ACTUALIDAD JURIDICA IBEROAMERICANA

IDIBE
Instituto de Derecho Iberoamericano

tirant lo blanch

Cátedra de Derecho Notarial de la Universidad de Alicante

ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA / EDICIÓN SEMESTRAL / DICIEMBRE 2022 / VALENCIA-ESPAÑA

Publicación de circulación Internacional
Actualidad Jurídica Iberoamericana
https://www.revista-aji.com

Editan:
Instituto de Derecho Iberoamericano.
C/ Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15 Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
web: www.idibe.org

Tirant lo Blanch.
C/Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia (España).
Telf. +34 963 61 00 48.
Correo electrónico: tlb@tirant.com
web: www.tirant.com

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

Actualidad Jurídica Iberoamericana se encuentra indexada en los siguientes índices de calidad: REDIB, ANVUR, LATINDEX, CIRC, MIAR y SCOPUS.

Así mismo se encuentra incluida en los siguientes catálogos: Dialnet, RODERIC, Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN), Ulrich's, Dulcinea.

Impreso en España
Diagramación: Elias On - elias.on@live.com

SUMARIO

17 bis

LAS NUEVAS FRONTERAS DEL DERECHO DE FAMILIA

Número extraordinario dirigido por Gabriele Carapezza Figlia, Catedrático de Derecho privado de la LUMSA (sede de Palermo), y José Ramón de Verda y Beamonte, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia.

DOCTRINA

A) CRISIS FAMILIARES.

01/ Solidarietà post-coniugale e intelligenza artificiale tra clausole generali e sistemi di calcolo scientifici. Enrico Al Mureden (Italia). 18

02/ La crisi del rapporto matrimoniale tra separazione e divorzio: evoluzione del sistema e prospettive di riforma. Antonino Astone (Italia). 38

03/ Crisi familiare e negoziazione assistita. La funzione sociale dell'avvocato oltre la giurisdizione. Filippo Romeo (Italia). 76

04/ La inacabada reforma de la atribución de la vivienda familiar *ex* art. 96 CC. Federico Arnau Moya (España). 98

05/ Residenza abituale: nozione, ruolo e significato. Maria Paola Francesca Bottoni (Italia). 144

06/ Diritto di famiglia e autonomia negoziale, un ossimoro apparente: la questione della ammissibilità dei patti in vista del divorzio. Clarissa Gola (Italia). 160

07/ L'assegnazione della casa familiare tra interesse dei figli, conflittualità dei genitori ed esigenze economiche della famiglia. Carlotta Ippoliti (Italia). 190

08/ Derechos de visita, comunicación y compañía: la onda expansiva de la Ley 8/2021. Covadonga López Suárez (España). 214

09/ La pensión compensatoria en las situaciones de crisis matrimoniales: naturaleza jurídica y extinción por el *cese de la causa que la motivó*. Manuel Ortiz Fernández (España). .. 246

10/ Assegno divorzile e convivenza di fatto del coniuge beneficiario. Chiara Sartoris (Italia). 276

11/ Extinción de la obligación de alimentos, en particular por desafección de los hijos. Pablo Tortajada Chardí (España). 306

12/ Per una rilettura della funzione assistenziale dell'assegno divorzile. Giulia Travan (Italia). 330

13/ El derecho y el deber de alimentos en el concurso de acreedores. Sonia Uceda Martínez (España)..... 356

B) FILIACIÓN.

14/ Il principio di bigenitorialità tra sanzioni e rimedi nella riforma del processo della famiglia. Antonina Astone (Italia). 384

15/ La fecondazione eterologa e le coppie omoaffettive nel sistema italiano: prospettive di tutela del nato. Carlo Attanasio (Italia)..... 410

16/ La renuncia a la maternidad: ¿hacia el parto anónimo?. Jon Atxutegi Gutiérrez (España). 436

17/ La gestazione per altri tra diritto alla procreazione, dignità umana e superiore interesse del minore. Una riflessione comparatistica. Tania Bortolu (Italia)..... 458

18/ La maternità surrogata alla luce della responsabilità genitoriale: alla ricerca di un delicato equilibrio tra genitorialità di intenzione e diritto del minore ad una famiglia. Serena Cancellieri (Italia)..... 492

19/ Las fecundaciones *póstumas*: una realidad a veces perjudicial. Valeria Caputo (España)..... 526

20/ La (de)construcción de las relaciones de filiación y paternidad a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jonatán Cruz Ángeles (España). 550

21/ La procreazione medicalmente assistita *post mortem*. Un confronto italo-spagnolo. Rosina Elsa de Rosa (Italia)..... 576

22/ Los límites legislativos al ejercicio de las acciones de filiación. Laura Fernández Echegaray (España). 604

23/ La gestación por sustitución a partir de los nuevos criterios judiciales en México. Gisela María Pérez Fuentes (México). 638

24/ Accordi sulla sorte di embrioni e gameti crioconservati in caso di crisi familiare. Marco Rizzuti (Italia)..... 662

25/ Adozione in casi particolari e modelli familiari, tra effettiva equiparazione dello status filiationis e legami parentali. Federico Ruggeri (Italia). 684

26/ Procreazione medicalmente assistita eterologa e preminente interesse del nato. Emilia Senatore (Italia)..... 716

27/ Prime riflessioni sul parto anonimo nell'ordinamento giuridico italiano. Gabriele Toscano (España)..... 738

28/ L'itinerario italiano della maternità surrogata nel quadro di una giurisprudenza evolutiva: linee di una soluzione. Calogero Alberto Valenza (Italia). 756

C) RELACIONES PATERNO FILIALES.

29/ I termini giuridici della funzione educativa nell'attuale quadro delle relazioni tra genitori e figli. Giovanni Di Rosa (Italia). 806

30/ Familias reconstituidas y ejercicio de funciones parentales. Una mirada desde las prerrogativas de infancia y adolescencia. Rommy Álvarez Escudero (Chile). 828

31/ Esercizio della responsabilità genitoriale e poteri di intervento del giudice. Nicolo Cevolani (Italia). 856

32/ La responsabilità genitoriale: profili evolutivi e limiti operativi della disciplina codicistica. María Cimmino (Italia). .884

33/ La risarcibilità del danno non patrimoniale da disinteresse genitoriale: inquadramento assiologico e questioni applicative. Claudio Corso (Italia). 916

34/ Soggettività delle persone minori di età e allontanamento forzato dei figli. Veronica Rita Miarelli (Italia). 948

35/ El régimen jurídico de la vacuna contra la Covid-19 en la actualidad: de la imposición general a la resolución de conflictos entre progenitores. Víctor Moreno Soler (España). 980

36/ Procreazione medicalmente assistita *post mortem*, s*tatus filiationis* e diritti successori del nato. Carlo Petta (Italia)..... 1016

37/ Il ruolo della derivazione biologica nella genitorialità: il difficile bilanciamento tra divieti generali e diritti dei singoli. Barbara Salvatore (Italia). 1050

38/ La responsabilidad parental en los entornos digitales. Necesario equilibrio entre acceso, control y seguridad. Lisandra Suárez Fernández (Italia). 1076

D) MENORES.

39/ Dal diritto ad una famiglia al diritto alle relazioni affettive del minore. Concetta Parrinello (Italia). 1098

40/ Diritti del minore e *diritto allo sport*. Ángela Busacca (Italia). 1122

41/ El interés del menor en la reagrupación familiar. Joel Harry Clavijo Suntura (España). 1154

42/ Menores en internet: problemas del ejercicio de la patria potestad sobre los *nativos digitales*. Silvia Durán Alonso (España). 1176

43/ Violencia familiar hacia niñas, niños y adolescentes en México: coexistencia de modelos y control de constitucionalidad. Mónica González Contró (México). 1204

44/ La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia: líneas maestras con trascendencia jurídico-civil. María Remedios Guilabert Vidal (España). 1232

45/ Funciones implícitas y explícitas del principio del resguardo del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en el ordenamiento jurídico chileno, con una especial referencia a la relación de consumo. Erika Isler Soto (Chile)..... 1264

46/ Il doppio cognome dei genitori ai figli tra il principio di eguaglianza e il diritto fondamentale all'identità personale. Rosita Lifrieri (Italia). 1284

47/ Il trattamento dei dati digitali del minore. Daniela Marcello (Italia). 1304

48/ El tratamiento automatizado de datos personales pertenecientes a menores de edad: una visión desde el Derecho europeo y desde los ordenamientos jurídicos español e italiano. Javier Martínez Calvo (España)..... 1318

49/ El beneficio afectivo derivado de las salidas al extranjero de niños, niñas y adolescentes. Alexis Mondaca Miranda y Constanza Astudillo (Chile). 1342

50/ El interés del menor y su participación en los procesos de familia tras la LO 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia. Beatriz Morera Villar (España)..... 1370

51/ L'educazione del minore al consumo digitale, consapevole e sostenibile: quale ruolo per i genitori?. Gabriele Perfetti (Italia). 1396

52/ Il *best interest* del minore tra società dell'informazione e repsonsabilità genitoriale nella disciplina italiana. Interventi normativi e novità rimediali. Eleonora Stella (Italia). 1426

53/ Denial of paternity and judicial decision-making in the Slovak Republic. Tamara Čipková e Igor Trávniček (Eslovaquia)..... 1448

E) ECONOMÍA DE LA FAMILIA.

54/ Distribuzione patrimoniale nel regime della comunione legale: una diversa prospettiva d'indagine. Dario Scarpa (Italia). 1478

55/ Le sorti dell'azienda coniugale e dell'impresa familiare nel caso di morte di uno dei coniugi. Francesco Angeli (Italia). 1524

56/ Atribuciones gratuitas de bienes en el marco de las separaciones matrimoniales. José María Cardós Elena (España). 1546

57/ La comunione *de residuo*. Alcune riflessioni sulla natura e sull'attualità della comunione differita. Michele Ciancimino (Italia). 1574

58/ Finalità di protezione e carattere inderogabile della disciplina italiana dell'impresa familiare nel contesto europeo. Gaetano Guzzardi (Italia)..... 1598

59/ Il patto di famiglia quale strumento di trasmissione dei beni aziendali: prospettive evolutive e potenzialità inespresse. Marco Li Pomi (Italia). 1630

60/ La protección del patrimonio familiar mediante la prohibición de disponer testamentaria. Jesús Palomares Bravo (España)..... 1652

61/ Las posiciones crediticias de los cónyuges durante y después de la comunidad legal italiana y la todavía difícil reconstrucción dogmática de la *comunione de residuo*. Sara Scola (Italia)..... 1696

62/ Acuerdos prenupciales. Simona Scuderi (Italia)..... 1724

F) MEDIDAS DE APOYO.

63/ La comparecencia ante el Notario de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021. Esther Alba Ferré (España). 1752

64/ Cuestiones relativas a la aplicación de la ley 8/2021, de medidas de apoyo, en el ámbito familiar. Javier Badenas Boldó (España)..... 1780

65/ Aspectos procesales del nuevo sistema español de provisión de medidas judiciales de apoyo: dudas y posibles soluciones prácticas. Rebeca Castrillo Santamaría (España). 1798

66/ L'amministrazione di sostegno e l'interesse *preferito* della persona con disabilità. Ettore William Di Mauro (Italia). 1824

67/ Il curatore speciale del minore nella legge delega di riforma del processo civile. Laura Durello (Italia). 1860

68/ Nuevos intervinientes en procesos de familia y provisión de medidas de apoyo a personas con discapacidad. Francisco de Asís González Campo (España)..... 1890

69/ Personas con discapacidad intelectual y medidas de apoyo en el ejercicio de su derecho a otorgar testamento. Análisis de la reforma operada por Ley 8/2021. Beatriz Hermida Bellot (España)..... 1914

70/ Il *guardador de hecho* o *caregiver* in Italia. Emanuela Morotti (Italia)..... 1934

G) NUEVOS MODELOS DE FAMILIA.

71/ La autoridad familiar en el Código civil español. Juan Manuel Badenas Carpio (España)..... 1962

72/ Una doble perspectiva acerca del matrimonio homosexual en España y la unión civil entre personas del mismo sexo en Italia. Cristina López Sánchez (España). 1982

73/ Apuntes sobre las familias monoparentales: una paleta de colores en busca de alguna armonía jurídica. Julia Ammerman Yebra (España). 2016

74/ La convivencia marital como causa de extinción del derecho de atribución del uso de la vivienda familiar. David Aviñó Belenguer (España). 2036

75/ Le mobili frontiere del diritto familiare. L'assegno divorzile. Susanna Cappuccio (Italia)..... 2064

76/ L'attuazione degli obblighi genitoriali nella crisi familiare tra effettività della tutela e proporzionalità della sanzione. Francesco Disalvo (Italia)..... 2092

77/ L'evoluzione della disciplina italiana sugli ordini di protezione contro le violenze e *family metamorphosis*. dinamiche processuali e risvolti sostanziali. Giuseppe Foti (Italia). 2114

78/ Dispense e privilegi: prospettive interculturali del diritto matrimoniale canonico. Federico Gravino (Italia)..... 2152

79/ El carácter excepcional de la *cláusula rebus sic stantibus* y su innecesaria articulación para la revisión de las obligaciones intrafamiliares. Leire Imaz Zubiaur (España)..... 2182

80/ Contratto di convivenza e sopravvenienze c.d. atipiche. Riccardo Mazzariol (Italia). 2218

81/ I nuovi confini dell'adozione. Angela Mendola (Italia). 2244

82/ Movimiento de fronteras en el derecho de familia: los desafíos de la maternidad subrogada. Diana Sthefania Muñoz-Gómez (Colombia). 2282

83/ Adopción en casos especiales y unidad del *status filiationis* en el derecho italiano: ¿cómo repercute en el plano sucesorio?. Ivan Libero Nocera (Italia). 2310

84/ Nuevas tipologías familiares: su urgente reconocimiento en los sistemas jurídicos. Eduardo Oliva Gómez (México). ..2354

85/ La figura del allegado, Francisco Pérez del Amo (España). 2378

H) FAMILIA Y SUCESIONES.

86/ El sistema legitimario español. Una nueva configuración en orden a los nuevos modelos familiares. María Elena Cobas Cobiella (España). 2404

87/ Los animales de compañía y su destino en el ámbito sucesorio. Francisca Ramón Fernández (España). 2432

88/ Maltrato psicológico y abandono afectivo como causa de desheredación. Begoña Ribera Blanes (España)..... 2460

89/ Concreción del maltrato psicológico como causa de desheredación: la falta de relación familiar continuada. Alejandro Araque García (España). 2510

90/ Il patto di non pubblicazione del testamento olografo: ipotesi di ammissibilità. Giovanna Di Benedetto (Italia). 2534

91/ Il diritto di abitazione del coniuge superstite: il superamento dei confini della successione testamentaria. Giuliano Mattace (Italia). 2558

92/ La sospensione dalla successione *ex* art. 463 bis c.c. e le disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici. Giorgia Anna Parini (Italia)..... 2580

93/ Parejas de hecho y animales de compañía tras la Ley 17/2021, de 15 de diciembre. Tania Vázquez Muiña (España).2608

RECENSIONES

94/ Estellés Peralta, P.Mª (directora): *De l'autogovern valencià en la memòria col·lectiva al Dret Civil valencià i el nostre ancoratge col·lectiu i singular en la globalització*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. José Ramón de Verda y Beamonte ...2634

95/ Estellés Peralta, P.Mª: *El régimen de separación de bienes y su liquidación: problemáticas y soluciones en la praxis de los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. José Ramón de Verda y Beamonte. 2638

96/ Martínez Calvo, J.: *Autorregulación precautoria de la discapacidad. Adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2022. Pedro Botello Hermosa.....2642

97/ Mendola, A.: *Le mobili frontiere della filiazione*, Quaderni di Familia, Pacini Giuridica, 2020. Javier Martínez Calvo. 2646

98/ Cinà, G.: *Lo spazio del diritto privato tra federalismo e regionalismo. Un'analisi comparatistica*, Padova University Press, 2021. Remedio Sánchez Ferriz. 2651

DIRECTOR

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

SUBDIRECTOR

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

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Dr. Pedro Chaparro Matamoros
Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO

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

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

Dr. Enrico Al Mureden
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università di Bologna, Italia

Dr. Marco Angelone
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad "G. di Annunzio" de Chieti-Pescara, Italia

Dr. Vicenzo Barba
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

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

Dr. Cesare Massimo Bianca (†)
Professore Emerito di Diritto Privato, LUMSA, Roma, Italia

Dra. Mirzia Bianca
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

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

Dr. Gabriele Carapezza Figlia
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

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

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

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

Dr. Giampaolo Frezza
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Stefania Giova
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Molise, Italia

Dr. Pablo Girgado Perandones
Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

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

Dr. Cristián Lepin Molina
Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

Dr. Andrea Lepore
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

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

Dr. Fabrizio Marinelli
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

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

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

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

Dr. Juan Antonio Moreno Martínez
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dra. Gisela María Pérez Fuentes
Catedrática de Derecho Civil, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México

Dr. Giovanni Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dra. Carolina Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad Federico II, Nápoles, Italia

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

Dr. Raffaele Picaro
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Nelson Rosenvald
Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Damasio, Sao Paulo, Brasil

Dr. Dario Scarpa
Professore Associato di Diritto Privato, Università degli Studi di Milano-Bicocca

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

Dra. Antonella Tartaglia Polcini
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Sannio, Italia

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

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

COMITÉ EDITORIAL

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

Dra. Margarita Castilla Barea
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

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

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

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

Dra. Aurora López Azcona
Profesora Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

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

Dra. Pilar Estellés Peralta
Profesor Agregado de Derecho Civil, Universidad Católica de Valencia
"San Vicente Mártir", España

Dr. Pietro Virdagamo
Professore Ordinario Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia.

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: Dr. Gonzalo Muñoz Rodrigo
Profesor Ayudante de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Belén Andrés Segovia
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo, Universitat Jaume I, España

D. Francesco Angeli
Assegnista di ricerca, Università degli studi di Perugia, Italia

Dr. Adrián Arrebola Blanco
Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

Dra. Ana Isabel Berrocal Lanzarot
Profesora Contratada Doctora, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Giovanni Berti de Marinis
Professore Associato di Diritto dell'Economia, Universidad de Perugia, Italia

D. Álvaro Bueno Biot
Investigador Predoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Borja del Campo Álvarez
Profesor Sustituto de Derecho Civil, Universidad de Oviedo, España

Dra. Ana Isabel Blanco García
Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Cristina Cervale
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Andrea Casanova Asencio
Investigadora Postdoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España.

Dr. Jorge Enriquez Sordo
Abogado

Dra. Elena de Luis García
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

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

Dr. Massimo Foglia
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giuseppe Garofalo
Assegnista di ricerca, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Manuel García Mayo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Sevilla, España

Dr. Carlos Gómez Asensio
Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

Dr. Manuel Ángel Gómez Valenzuela
Profesor Sustituto Interino de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dr. Fernando Hernández Guijarro
Profesor Contratado Doctor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València, España

Dr. Francesco La Fata
Ricercatore di Diritto dell'Economia, Universidad de Florencia, Italia

D. Marco Li Pomi
Assegnista di Ricerca, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Miguel Herrero Medina
Profesor Ayudante Doctor del Departamento de Derecho Romano e Historia del Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Andrés Marín Salmerón
Investigador Postdoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

Dr. Javier Martínez Calvo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dr. Manuel Ortiz Fernández
Profesor Ayudante de Derecho Civil, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

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

D. Jesús Palomares Bravo
Investigador Predoctoral en Departamento de Derecho Civil, Universidad de Málaga, España

Dra. Carla Pernice
Ricercatore di Diritto dell'Economia, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", Universidad de Florencia, Italia

Dr. Rosario Petruso
Ricercatore di Diritto Comparato, Universidad de Palermo, Italia

Dra. Monica Pucci
Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Perugia, Italia

Dra. Isabel Rabanete Martínez
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Rizzuti
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Florencia, Italia.

D. Juan Carlos Rocha Valle
Notario y Defensor Público en el área del Derecho Civil, Nicaragua

Dr. Valerio Rotondo
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Molise, Italia

Dra. Romina Santillán Santa Cruz
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dr. Eduardo Taléns Visconti
Profesor Contrado Doctor de Derecho del Trabajo,Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins
Professora Auxiliar na Facultade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

D. Daniel Vicente Martínez
Profesor Contratado en el Área de Ciencias Jurídicas, Universidad Internacional de Valencia, España

D. Calogero Valenza
Assegnista di Ricerca, Uiversidad Ca' Foscari, Venecia, Italia

Dra. Sara Zubero Quintanilla
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

PRÓLOGO

Tenemos el placer de presentar un número extraordinario de la Revista "Actualidad Jurídica Iberoamericana", en el que se recoge una selección de las ponencias del Congreso Internacional "Las nuevas fronteras del Derecho de Familia (II)", celebrado en el Colegio Notarial de Valencia los días 26 y 27 de octubre del presente año, continuación del que tuvo lugar en la sede de Palermo de la LUMSA los días 3 y 4 de mayo, también del 2022.

Observará el lector que en este número se abordan una serie de argumentos de actualidad, en torno a los siguientes ejes temáticos: crisis familiares, filiación, relaciones paterno filiales, menores, economía de la familia, medidas de apoyo, nuevos modelos de familia y familia y sucesiones.

En él participan, junto a juristas consagrados, jóvenes y entusiastas investigadores, en una simbiosis, que lleva a un extraordinario resultado, de gran fuerza y dinamismo creativo, en el que confluyen experiencias jurídicas muy diversas, entre las que, con gran contento de la revista, destaca la italiana.

Sirva este número para acrecentar el fructífero intercambio de ideas entre estudiosos del ámbito latino.

Gabriele Carapezza Figlia y José Ramón de Verda y Beamonte

DOCTRINA

SOLIDARIETÀ POST-CONIUGALE E INTELLIGENZA ARTIFICIALE TRA CLAUSOLE GENERALI E SISTEMI DI CALCOLO SCIENTIFICI

SPOUSAL MAINTENANCE AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE BETWEEN GENERAL PRINCIPLES OF LAW AND SCIENTIFIC CALCULATION SYSTEMS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 18-37

Enrico AL MUREDEN

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: L'incedere di strumenti che, fondandosi sull'intelligenza artificiale, rendano calcolabili e prevedibili le conseguenze economiche della rottura del matrimonio induce a rivisitare gli orientamenti consolidati in materia di assegno divorzile. La prospettiva scientifica consente di porre in luce distorsioni ed inefficienze scaturenti da un approccio empirico e, al tempo stesso, di individuare soluzioni maggiormente idonee a conferire un significativo grado di calcolabilità delle decisioni che dovrebbe costituire un incentivo verso la definizione concordata degli assetti economici conseguenti alla separazione e al divorzio.

PALABRAS CLAVE: Metodi di calcolo; intelligenza artificiale; assegno divorzile; casa familiare.

ABSTRACT: *The advance of tools that, based on artificial intelligence, make the economic consequences of the breakdown of marriage calculable and predictable leads to revisiting the consolidated guidelines on the subject of divorce allowances. The scientific perspective makes it possible to highlight biases and inefficiencies deriving from an empirical approach and, at the same time, to identify more suitable solutions to confer a significant degree of calculability of the decisions which should constitute an incentive towards the agreed definition of the economic consequences of the separation and divorce.*

KEY WORDS: *Calculations methods; artificial intelligence; divorce allowance; matrimonial home.*

SUMARIO.- I. LE CONSEGUENZE ECONOMICHE DELLA ROTTURA DEL MATRIMONIO NELLA PROSPETTIVA DEI METODI DI CALCOLO.- II. L'ASSEGNO DIVORZILE TRA FUNZIONE COMPENSATIVA, LIMITAZIONE TEMPORALE DELL'INTERDIPENDENZA TRA CONIUGI.- III. E RIFLESSI DELL'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE.- IV. LE CONSEGUENZE ECONOMICHE DELLA CRISI CONIUGALE TRA METODI DI CALCOLO ED ISTANZE DI "PERSONALIZZAZIONE".- V. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

I. LE CONSEGUENZE ECONOMICHE DELLA ROTTURA DEL MATRIMONIO NELLA PROSPETTIVA DEI METODI DI CALCOLO.

L'opportunità di ricorrere a metodi di calcolo scientifici al fine di determinare le conseguenze economiche della crisi del matrimonio e, soprattutto, di conferire un più elevato livello di precisione, prevedibilità e obiettività alle disposizioni legislative e alle loro interpretazioni consolidatesi negli orientamenti elaborati dalla giurisprudenza di legittimità è stata avvertita originariamente all'inizio degli anni Duemila allorché una pronuncia del Tribunale di Firenze fece ricorso ad un metodo di calcolo econometrico al fine di determinare la spettanza e la misura dell'assegno di mantenimento dovuto all'ex coniuge separata, nonché di quello dovuto a titolo di mantenimento del figlio minore della coppia[1]. Proprio l'utilizzo dei metodi di calcolo obiettivi rese possibile, per la prima volta, dimostrare scientificamente il carattere "illusorio" del parametro del tenore di vita coniugale quale criterio in funzione del quale decidere riguardo alla attribuzione ed alla misura del contributo dovuto al coniuge separato e, a maggior ragione, all'ex coniuge divorziato. La prospettiva scientifica, applicata ad una fattispecie caratterizzata da una famiglia particolarmente benestante testimoniò in modo emblematico come l'obiettivo al quale l'assegno di mantenimento e l'assegno divorzile possono tendere non sia quello – utopistico – di assicurare ai coniugi il perdurante godimento del tenore di vita matrimoniale, ma debba coincidere con quello di garantire a tutti i componenti della famiglia "destrutturata" un tenore di vita tra loro equivalente in un contesto che, a seguito della rottura dell'unione coniugale, si caratterizza inevitabilmente per una significativa dispersione di risorse economiche e per un sensibile aumento dei costi. Sotto questo profilo riveste particolare interesse la fattispecie oggetto della decisione del tribunale di Firenze nella quale una famiglia così benestante da collocarsi al 16º posto in un campione di 10.000 famiglie italiane, si trovò, dopo la disgregazione della coppia, in una condizione nella quale il marito e padre subiva un ridimensionamento del proprio livello di benessere che lo collocava nella 51ª posizione, mentre il nucleo familiare composto dalla madre e dal figlio si collocava

1 Trib. Firenze, 3 ottobre 2007, *Famiglia e diritto*, 2008, num. 1, pp. 39 ss., con nota di Al Mureden E.: "Tenore di vita e assegni di mantenimento tra diritto ed econometria".

• Enrico Al Mureden
Professore Ordinario dell'Alma Mater Studiorum Università di Bologna. E-mail: enrico.almureden@unibo.it

nelle fasce di reddito maggiormente disagiate e, segnatamente, alla posizione 7156 di un campione composto da 10.000 famiglie.

La prospettiva dei metodi di calcolo fondati su criteri scientifici ha consentito porre in luce evidenti criticità anche per quanto concerne il più specifico problema dei riflessi che l'assegnazione della casa familiare può produrre sulla complessiva situazione patrimoniale della famiglia e conseguentemente sugli obblighi di mantenimento gravanti sulla parte economicamente forte. In particolare il condivisibile orientamento secondo il quale occorre operare una compensazione tra il beneficio economico ricevuto dalla titolarità dell'assegno di mantenimento o dell'assegno divorzile con quello conseguito dal coniuge che benefici del diritto ad abitare la casa familiare in quanto genitore prevalentemente convivente con i figli minori o non autosufficienti[2] – consolidato sotto il profilo delle enunciazioni di principio – denota una inopinata "opacità" sul piano applicativo. Con questa espressione i cultori delle materie scientifiche hanno sottolineato che, nonostante l'enunciazione della regola dello scomputo del valore della casa familiare dagli obblighi scaturenti dalla solidarietà post-coniugale, non è dato ravvisare nelle decisioni che ne fanno applicazione una puntuale corrispondenza tra il valore economico della casa familiare "messa a disposizione" da quello stesso coniuge che periodicamente corrisponde all'altro un assegno di mantenimento o un assegno divorzile ed una correlativa limitazione di detti obblighi in considerazione del beneficio che si cumula in capo a colui che al tempo stesso gode dell'assegnazione della casa familiare e del mantenimento che scaturisce dalla solidarietà post-coniugale[3].

L'utilità di metodi di calcolo obiettivi, inoltre, si apprezza particolarmente per quanto concerne gli obblighi di mantenimento dei figli minori o maggiorenni non autosufficienti gravanti sui genitori. Anche sotto questo profilo, infatti, la possibilità di individuare parametri standardizzati che consentano di circostanziare con maggiore precisione le clausole generali contenute nelle disposizioni che governano il mantenimento dei figli costituirebbe un significativo contributo al conseguimento di un elevato grado di prevedibilità delle decisioni e, di conseguenza, un incentivo alla soluzione concordata degli assetti economici che scaturiscono dalla crisi della coppia[4].

Sebbene le questioni descritte siano state affrontate dai diversi metodi di calcolo che nel tempo si sono affermati secondo modalità in parte differenziate,

2 Ippoliti Martini, C.: "I riflessi economici dell'assegnazione della casa familiare", in AA.VV.: *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 145.

3 Al Mureden, E.: *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Ipsoa, Milano, 2007, pp. 53 ss.

4 Bertoli, G.: "Il metodo *Palermo*", in AA.VV.: *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 243.

può riscontrarsi una tendenziale convergenza di tutti i metodi verso un minimo denominatore comune costituito dall'opportunità di valutare le conseguenze economiche della rottura del matrimonio sulla base di dati obiettivi e facendo ricorso ad una metodologia scientifica che consenta di conseguire una positiva sinergia tra la discrezionalità giudiziale e l'esigenza che questa possa essere esercitata nell'ambito di una cornice caratterizzata da un elevato grado di obiettività, prevedibilità e, soprattutto, seguendo un approccio improntato al perseguimento di una effettiva sostenibilità economica supportata da evidenze scientifiche[5].

II. L'ASSEGNO DIVORZILE TRA FUNZIONE CPOMPENSATIVA, LIMITAZIONE TEMPORALE DELL'INTERDIPENDENZA TRA CONIUGI…

L'osservazione delle decisioni di legittimità che negli anni più recenti hanno condotto ad una profonda rilettura delle norme che governano la solidarietà post-coniugale testimonia, da un lato, la validità delle suggestioni che l'utilizzo dei metodi obiettivi di calcolo avevano alimentato nel primo decennio degli anni Duemila soprattutto con riferimento al carattere "illusorio" del parametro del tenore di vita coniugale ed alle perplessità manifestate riguardo alla perdurante attualità del suo utilizzo quale criterio funzionale a determinare la spettanza e la misura dell'assegno di mantenimento e dell'assegno divorzile.

Al tempo stesso il quadro del diritto vivente delineato dalla decisione delle Sezioni Unite del 2018[6] e dalle successive pronunce che hanno ulteriormente

5 La finalità di affidare a metodi di calcolo obiettivi la quantificazione degli assegni di mantenimento nella crisi della famiglia e stata perseguita attraverso metodologie differenziate. In questo senso la prima esperienza si registra con riferimento alle problematiche concernenti l'assegno dovuto dal genitore per il mantenimento del figlio. In questa prospettiva, anche muovendo dalle esperienze maturate in altri ordinamenti europei, è stato sviluppato il metodo CHICOS – CHIld COst Software (Maglietta, M.: "CHICoS – Child Cost Software. Fondamenti, sviluppo e informazioni ottenibili da un metodo di calcolo che si basa sulla legge n. 54/2006", in AA.VV.: *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 225). L'interesse verso metodi di calcolo obiettivi sulla base dei quali operare la quantificazione degli assegni di mantenimento risulta ulteriormente confermata dall'affermarsi di altri sistemi di calcolo come quello elaborato presso il Tribunale di Palermo (Bertoli, G.: "Il metodo *Palermo*", in AA.VV.: *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 243), il metodo SAM (Rovatti, R.: "SAM - Stima Assegni di Mantenimento", in AA.VV.: *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 279), il metodo ReMida (D'Aietti, G.: "Il "metodo D'Aietti" e ReMida Famiglia", in AA.VV.: *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 301) ed il metodo MoCAM (Maltagliati, M., Marliani, G.: "Il modello MoCAM", in AA.VV.: *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 255). Per un'analisi dei diversi metodi in una prospettiva di raffronto Al Mureden, E., Rovatti, R.: "Metodi a confronto", in AA.VV.: Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 333.

6 Cass., SS.UU., 11 luglio 2018, n. 18287, *Il Corriere giuridico*, 2018, num. 10, p. 1186, con nota di Patti, S.: "Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite"; *Il Foro italiano*, 2018, parte I, 2671, con nota di Bianca, M.: "Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?"; *Giurisprudenza italiana*, 2018, 8-9, p. 1843, con nota di Rimini, C.: "Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa". Le molteplici questioni emerse sotto il profilo civilistico, processuale e penalistico a seguito della decisione delle Sezioni Unite sono analizzate nei contributi compendiati nel

circostanziato i principi da questa espressi si caratterizza per la presenza di soluzioni interpretative che, a loro volta, sembrano postulare ulteriormente l'esigenza di integrare l'enunciazione di clausole generali con criteri capaci di conferire alle enunciazioni di principio un ragionevole grado di obiettività e di prevedibilità soprattutto per quanto concerne la possibilità di effettuare un calcolo affidabile circa le conseguenze economiche della rottura del matrimonio.

Così l'attribuzione all'assegno divorzile una funzione composita nella quale trova spazio una finalità compensativa-perequativa ancorata all'assunzione di un "ruolo trainante endofamiliare" protratta per un significativo lasso temporale pone l'accento sull'esigenza di individuare criteri capaci di determinare con precisione il concetto di lunga durata del matrimonio, nonché di operare delicate valutazioni in merito all'effettivo valore del "contributo prestato" da colui che abbia sacrificato le proprie aspirazioni per l'interesse della famiglia[7]. La necessità di puntualizzare l'ampio concetto di funzione compensativa e perequativa emerge anche qualora occorra attribuire un concreto valore ai sacrifici effettuati da uno dei coniugi nell'interesse dell'altro[8]. Il problema può essere colto con maggiore immediatezza qualora si consideri la fattispecie nella quale all'inizio del matrimonio i due coniugi si trovino in posizione di assoluta parità reddituale essendo entrambi titolari di posizioni lavorative stabili retribuite, ad esempio, nella misura di 4.000 euro mensili soggetta ad un incremento futuro dipendente da progressioni collegate alla maturazione di anzianità nel ruolo. L'accordo sull'indirizzo della vita familiare in forza del quale uno di essi rinunci irreversibilmente alla propria posizione lavorativa per dedicarsi completamente ad assecondare l'ascesa professionale dell'altro – determinato ad affiancare alla professione già svolta un'ulteriore attività particolarmente impegnativa – costituisce il presupposto sulla base del quale può generarsi uno squilibrio economico che, in caso di divorzio, aprirebbe la via alla corresponsione di un assegno post-matrimoniale con finalità compensativa e perequativa. Optare per la soluzione secondo cui l'assegno post-matrimoniale dovrebbe essere calcolato attribuendo un valore assoluto alla rinuncia effettuata da colui che abbia deciso di favorire la carriera dell'altro abbandonando la propria attività professionale significherebbe, nella fattispecie prospettata, riconoscere il diritto ad un assegno il cui importo dovrebbe corrispondere al reddito mensile teoricamente percepito se la posizione lavorativa a suo tempo abbandonata fosse stata mantenuta (nel caso di specie 4000 euro). Questa stessa somma di denaro – calcolata attribuendo un valore assoluto alla rinuncia – risulterebbe

numero monografico di *Famiglia* e *diritto* intitolato *L'assegno di divorzio dopo la decisione delle Sezioni Unite*, 2018.

7 Sesta, M.: "Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare", *Famiglia e diritto*, 2018, num. 11, p. 983.

8 In questo senso Sesta, M.: "Attribuzione e", cit., p. 989, sottolinea come resti "impalpabile» la trasformazione del contributo fornito dal coniuge richiedente "in una somma di denaro o in una percentuale del reddito dell'altro».

tuttavia inadeguata sia nel caso in cui il reddito del coniuge dedicatosi all'attività professionale abbia subito un considerevole incremento rispetto al tempo in cui la decisone sull'indirizzo della vita familiare fu presa, sia nel caso in cui esso sia rimasto stabile. Nella prima ipotesi – assumendo che il reddito del coniuge economicamente forte si attesti nella misura di 40.000 euro mensili – il riconoscimento di un assegno dell'importo di 4000 euro a favore di colui che a suo tempo abbia rinunciato alla propria carriera per agevolare quella dell'altro consentirebbe di partecipare alla ricchezza frutto di un progetto e di sacrifici comuni in una misura pari al 10% e non condurrebbe ad una perequazione all'interno della coppia. D'altra parte, nell'ipotesi in cui il reddito del coniuge che abbia potuto coltivare le proprie aspirazioni professionali grazie ai sacrifici dell'altro rimanga sostanzialmente invariato rispetto al momento dell'accordo (4000 euro mensili), riconoscere alla parte economicamente debole il diritto ad un assegno il cui importo corrisponde a quanto teoricamente percepito in caso di prosecuzione del rapporto lavorativo a suo tempo abbandonato (4000 euro) costituirebbe una soluzione che, nella prospettiva del coniuge onerato, risulterebbe assolutamente impossibile da sostenere in quanto darebbe luogo ad un trasferimento di risorse pari al 100% del suo reddito [9].

Queste considerazioni inducono a ritenere che il valore dell'attività prestata a favore dell'altro coniuge anche sotto forma di sacrifici e rinunce non può essere calcolato in termini assoluti, ma deve essere necessariamente correlato alla posizione economica della parte nei confronti della quale la richiesta dell'assegno post-matrimoniale viene avanzata [10]. L'espressione "finalità compensativa e perequativa", pertanto, sembra indicare che la compensazione di colui che abbia sacrificato le proprie aspirazioni professionali nell'interesse dell'altro può operare

9 È evidente, infatti, che, nella fattispecie assunta ad esempio, il trasferimento di risorse corrispondenti allo stipendio teoricamente percepito dal coniuge che a suo tempo che rinunciò all'attività lavorativa comporterebbe la necessità di privare completamente di reddito il coniuge nei confronti del quale l'assegno viene richiesto.

10 In questo senso Sesta, M.: "Attribuzione e", cit., 988, osserva che "se la perequazione sta essenzialmente nel riconoscere al coniuge un compenso per il suo lavoro, commisurato ai redditi dell'altro, nelle concrete fattispecie, a pari quantità di contributo nella realizzazione della vita familiare possono corrispondere ben differenti quantità di compenso, perché quest'ultimo va determinato in funzione perequativa e in rapporto al reddito e alla condizione economico-patrimoniale di chi lo versa e non secondo astratti criteri di valutazione di stampo lavorista".
Queste considerazioni riecheggiano in una successiva decisione di legittimità (Cass. 29 gennaio 2019, n. 2480, *Diritto e giustizia*, 2019, Editoriale del 30 gennaio, "La liquidazione dell'assegno di mantenimento in sede divorzile e il rispetto del principio perequativo compensativo", nella quale è stato ribadito che "all'assegno divorzile in favore dell'ex coniuge deve attribuirsi, oltre alla natura assistenziale, anche natura perequativo-compensativa, che discende direttamente dalla declinazione del principio costituzionale di solidarietà, e conduce al riconoscimento di un contributo volto a consentire al coniuge richiedente non il conseguimento dell'autosufficienza economica sulla base di un parametro astratto, bensì il raggiungimento in concreto di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, in particolare tenendo conto delle aspettative professionali sacrificate". Cass. 28 febbraio 2019, n. 5975, *Diritto e giustizia*, Editoriale del 1° marzo 2019, "*L'an* e *il quantum* dell'assegno divorzile devono essere determinati sulla base di valutazioni concrete", "nella determinazione dell'assegno divorzile spettante al coniuge economicamente più debole, occorre tenere conto del contributo fornito da quest'ultimo alla formazione del patrimonio familiare, della durata del matrimonio e delle aspettative professionali sacrificate durante le nozze".

solo a vantaggio di chi si trovi in una posizione di inferiorità economica e deve mirare alla perequazione, ossia ad una divisione in linea di principio paritaria delle risorse complessivamente disponibili la quale, a ben vedere, costituisce al tempo stesso l'obiettivo a cui la solidarietà post-coniugale deve tendere ed il limite oltre il quale essa non può giustificare l'imposizione di obblighi alla parte economicamente più forte [11].

Da ultimo, la costante tensione verso forme di soluzione del conflitto coniugale ispirati alla finalità di eliminare perduranti obblighi periodici in capo ai coniugi ha suggerito l'opportunità di introdurre forme di mantenimento temporaneo o di chiusura concordata *una tantum* nell'ambito delle quali emerge ulteriormente l'importanza di individuare criteri affidabili sulla base dei quali determinare la limitazione temporale degli obblighi di solidarietà post-coniugale[12].

Anche sotto questo profilo, pertanto, la maggiore complessità che caratterizza le regole che governano l'attribuzione e la quantificazione dell'assegno divorzile testimonia l'opportunità di integrare le valutazioni operate discrezionalmente dal giudice con strumenti di supporto capaci di identificare secondo canoni obiettivi e standardizzati il valore del contributo endofamiliare e quantificarne l'effettiva utilità nel contesto dell'economia familiare ricorrendo a criteri standardizzati e a coefficienti che possano consentire una valutazione precisa, uniforme, prevedibile e, in ultima analisi, tale da incentivare una soluzione concordata da parte degli stessi coniugi.

III. …E RIFLESSI DELL'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE.

Come anticipato, un ulteriore ordine di questioni che interessano i rapporti economici tra coniugi si manifesta con riferimento al problema dell'equilibrata ponderazione delle conseguenze economiche che l'assegnazione della casa familiare, decisa in funzione dell'interesse dei figli, riflette sull'assegno di mantenimento e sull'assegno divorzile.

11 Cass. 14 febbraio 2019, n. 4523 (*www.dejure.it*), confermando la ragionevolezza di una decisione di merito che pur riferendosi al parametro del tenore di vita si è mostrata in "singolare sintonia" con l'orientamento espresso nel luglio del 2018 dalla decisione delle Sezioni Unite testimonia che la nuova lettura dell'art. 5 l. div. pure distaccandosi dall'orientamento consolidatosi dopo il 1990, continua a condividerne significativi elementi.

12 Cass., SS.UU., 5 novembre 2021, n. 32198, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, parte I, num. 6, pp. 1390 ss., con nota di Quadri, E.: "Assegno di divorzio e convivenza: le sezioni unite s'impegnano nella ricerca di una soluzione coerente"; *Famiglia e diritto*, 2022, num. 1, pp. 125 ss., con note di Danovi, F., "Assegno di divorzio: no alla caducazione automatica nel caso di nuova convivenza"; Rimini, C.: "Nuova convivenza e assegno divorzile: la funzione compensativa consente una soluzione finalmente equa del problema"; e Al Mureden, E: "Nuova convivenza e perdurante godimento dell'assegno divorzile "compensativo" tra diritto vigente e prospettive *de iure condendo*".

In effetti l'esigenza di tener conto del valore economico del diritto ad abitare nella casa familiare nella definizione delle conseguenze economiche della crisi coniugale testimonia in modo emblematico la presenza di significativi profili di interferenza tra i rapporti che intercorrono tra i coniugi e quelli che vedono interessati i figli. L'art. 337-*sexies* c.c., in linea con un risalente orientamento giurisprudenziale[13], dispone che "dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà". Il godimento della casa familiare, pertanto, rappresenta un "valore economico" (corrispondente – di regola – al canone ricavabile della locazione dell'immobile)" di cui il giudice deve tenere conto ai fini della determinazione dell'assegno "e del complessivo assetto dei rapporti patrimoniali tra i coniugi separati o divorziati nella prospettiva della realizzazione di un giusto equilibrio delle condizioni economiche dei coniugi anche dopo il divorzio, e del *favor* per il coniuge più debole"[14].

In quest'ottica il contributo che il coniuge intestatario della casa coniugale continua a dare alla famiglia sacrificando il proprio diritto di proprietario durante la separazione e per un tempo successivo al divorzio viene opportunamente considerato alla stregua di un elemento capace di determinare la riduzione dell'assegno di mantenimento o dell'assegno divorzile dovuto all'altro[15].

In termini speculari occorre considerare che, nell'ipotesi in cui il conseguimento dell'indipendenza da parte dei figli determini una modificazione del provvedimento di assegnazione della casa familiare favorevole al coniuge proprietario, si pone l'esigenza di una revisione ed un incremento dell'assegno di mantenimento o dell'assegno divorzile percepito dal coniuge economicamente debole e non proprietario dell'immobile. Quest'ultimo, infatti, si troverà a dover fronteggiare l'esigenza di reperire una diversa soluzione abitativa[16]; al tempo stesso l'altro coniuge, a seguito della raggiunta autosufficienza dei figli e del conseguimento

13 Cass., SS.UU., 28 ottobre 1995, n. 11297, *Famiglia e diritto*, 1995, num. 6, pp. 521 ss., con nota di Carbone, V.: "La soluzione sofferta delle Sezioni Unite: l'assegnazione della casa coniugale presuppone la prole"; Cass., 9 settembre 2002, n. 13065, *Famiglia e diritto*, 2002, num. 6, pp. 587 ss., con nota di Liuzzi, A: "Assegnazione della casa coniugale e indennità sostitutiva del mancato godimento"; Cass., 20 marzo 2004, n. 6074 (*www.dejure.it*); Cass., 20 aprile 2011, n. 9079 (*www.dejure.it*). In dottrina sull'argomento v. Ferrando, G.: "Le conseguenze patrimoniali del divorzio tra autonomia e tutela", *Il diritto di famiglia e delle persone,* 1998, num. 2, p. 728; Finocchiaro A., in Finocchiaro A. e M., *Diritto di famiglia. Legislazione, dottrina, giurisprudenza. Il divorzio*, Giuffrè, Milano, 1988, vol. III, 500-501; Roma, U.: "L'assegnazione della casa familiare", ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia* (a cura di M. Sesta, A. Arceri), in AA.VV., *Diritto di famiglia* diretto da M. Sesta, Torino, Utet, 2011, p. 173; Arceri, A.: commento *sub* art. 337-*sexies* c.c., in AA.VV.: *Codice della famiglia*, III ed. (a cura di M. Sesta), Giuffrè, Milano, p. 1316.

14 Così Cass., SS.UU., 28 ottobre 1995, n. 11297, cit.

15 Per un'accurata analisi dell'incidenza della assegnazione della casa familiare sulla modulazione dell'assegno di mantenimento e dell'assegno divorzile Carapezza Figlia, G.: "Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto. ricercando un «ragionevole bilanciamento» nel dialogo con la giurisprudenza", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, 3, p. 361; Lucchini Guastalla, E.: "Le esigenze dei figli assegnano la casa", *Il Sole 24 ore*, 16 febbraio 2006, p. 10.

16 Cass., 26 settembre 1994, n. 7865, in *Massimario della giustizia civile*, 1994, p. 1151, in cui si afferma il diritto ad un incremento dell'assegno a favore del coniuge che – già beneficiario della assegnazione della casa coniugale in veste di affidatario dei figli – si trovava nella situazione di dovere restituire l'immobile al titolare.

della disponibilità dell'immobile adibito a casa familiare, vedrà accrescersi il proprio "reddito disponibile".

Persino le delicate questioni che si pongono allorché il diritto dei figli alla permanenza nella casa familiare debba essere conciliato con quello del comandante che pretenda la restituzione dell'immobile possono essere osservate nell'ottica dei riflessi indiretti sull'assegno di mantenimento o sull'assegno divorzile. Infatti, nell'ipotesi – invero assai frequente – in cui la veste di proprietario e comodante sia assunta dai genitori del marito e quella di beneficiario del provvedimento di assegnazione della casa originariamente goduta titolo di comodato sia assunta dalla moglie, sembra possibile osservare il beneficio economico indirettamente derivante dall'assegnazione della casa familiare alla stregua di un supporto proveniente dalle famiglie di origine di cui occorrerebbe tenere conto nell'ottica di operare una "collazione" delle potenzialità economiche complessive dei coniugi.

L'analisi economica dei riflessi dell'assegnazione della casa familiare induce, da ultimo, a soffermare l'attenzione sul problema dell'assegnazione parziale. In quest'ottica è stata condivisibilmente suggerita la possibilità di riconsiderare in una diversa prospettiva la consolidata propensione della giurisprudenza a circoscrivere ad ipotesi eccezionali l'opzione per una assegnazione della casa familiare in unità separate che consentano la contemporanea permanenza di entrambi i coniugi dell'immobile in cui si era svolta la vita della famiglia unita[17].

17 Questa soluzione viene ritenuta praticabile dalla giurisprudenza solamente in ipotesi marginali ove concorrano caratteristiche strutturali dell'immobile tali da rendere agevole una sua divisione in unità separate ed una limitata conflittualità tra coniugi (Cass., 11 novembre 2011, 23631, *Famiglia e diritto*, 2012, num. 5, p. 476, con nota di Alvisi, V.: "L'assegnazione parziale della casa coniugale"; Cass., 17 dicembre 2009, n. 26586, *Famiglia, persone e successioni*, 2011, num. 1, p. 574, con nota di Caricato, C.: "Casa familiare ed esigenze imprenditoriali"; Cass. 12 novembre 2014, n. 24156, *Famiglia e diritto*, 2015, num. 12, p. 1085, con nota di Ippoliti Martini, C.: "L'assegnazione parziale della casa familiare tra interesse dei figli, conflittualità dei genitori ed esigenze economiche della famiglia"). Peraltro, è stato condivisibilmente rilevato che i margini entro i quali valutare positivamente l'eventualità di disporre una suddivisione in due unità abitative dell'immobile adibito a casa familiare meriterebbero di essere ampliati attribuendo rilievo ad esigenze di razionale sfruttamento delle risorse — spesso limitate — di cui dispone la parte economicamente forte e, più in generale, la famiglia nel suo complesso. In quest'ottica l'assegnazione della casa familiare in due unità separate si rifletterebbe positivamente sia sulla posizione di colui che, in caso di assegnazione indivisa si vedrebbe costretto a sostenere ulteriori spese per assecondare le proprie finalità abitative, sia, indirettamente, anche agli altri familiari che da esso dipendano economicamente. Questi ultimi, infatti, a seguito del peggioramento delle condizioni economiche del soggetto da cui dipendono, dovrebbero necessariamente limitare le loro aspettative in termini di mantenimento. Sul punto v. Ippoliti-Martini, C.: "L'assegnazione della", cit., secondo cui, "l'opzione per l'assegnazione in unità separate dell'immobile adibito a casa familiare appare preferibile rispetto a quella dell'assegnazione individuale qualora si consideri l'interesse della famiglia alla minore dispersione possibile delle limitate risorse economiche disponibili". Questa opzione, inoltre, risulterebbe conforme alle esigenze evidenziate dalle letture più attente ai profili economici connessi all'assegnazione della casa familiare, le quali hanno sottolineato come l'impiego dell'avverbio "prioritariamente" da parte del legislatore significhi senza dubbio che l'interesse della prole non costituisce l'unico da considerare ai fini dell'assegnazione. L'assegnazione della casa, quindi, potrebbe assolvere ad una funzione sicuramente rivolta al soddisfacimento dell'interesse dei figli, ma anche a quella di tutelare la parte economicamente più debole e riequilibrare le posizioni economiche dei coniugi, infine a quella di non gravare eccessivamente la parte proprietaria dell'immobile. In questo senso Sesta, M.: "L'assegnazione della casa familiare tra *preminente* interesse dei figli e diritti degli altri familiari", *Archivi di psicologia giuridica*, 2014, num. 1, p. 102; Roma, U.: "L'assegnazione della", cit., p. 152 e in part. p. 168.

IV. LE CONSEGUENZE ECONOMICHE DELLA CRISI CONIUGALE TRA METODI DI CALCOLO ED ISTANZE DI "PERSONALIZZAZIONE".

A quasi cinque anni di distanza dalla decisione delle Sezioni Unite[18] sembra possibile affermare che la nuova lettura dell'art. 5 l. div. costituisca una condivisibile ed apprezzabile attuazione del principio costituzionale della pari dignità dei ruoli e conferisca opportunamente un valore fondamentale al contributo del coniuge che abbia sacrificato le proprie potenzialità a vantaggio del nucleo familiare[19]. Ciononostante la valorizzazione delle funzioni compensativa e perequativa introduce un elemento di considerevole complessità nella decisione concernente l'attribuzione e la quantificazione dell'assegno, in quanto l'attribuzione di un valore al contributo effettuato a vantaggio dell'altro coniuge risulta sovente assai ardua essendo condizionata da valutazioni di fattori talvolta "impalpabili" che dipendono da valutazioni ipotetiche difficilmente verificabili[20]. In questo scenario, caratterizzato da una inevitabile incertezza circa l'esito delle decisioni giudiziali, appare verosimile ritenere che non si possano ravvisare particolari "incentivi" ad una soluzione concordata delle controversie concernenti la definizione degli assetti economici successivi al divorzio.

Invero, anche sulla scorta di esperienze avviate e consolidatesi in altri ordinamenti giuridici, apparirebbe opportuno corredare i condivisibili principi espressi con riferimento all'assegno divorzile con strumenti capaci di conferire un ragionevole tasso di standardizzazione e prevedibilità alle valutazioni attinenti al contributo fornito dal coniuge richiedente durante gli anni del matrimonio. Solo attraverso questa via sarebbe possibile elevare il livello di prevedibilità e calcolabilità delle conseguenze economiche del divorzio in un giudizio contenzioso e, in funzione di questo scenario, addivenire ad una soluzione negoziale fondata su una base di ragionamento individuata in funzione di parametri condivisi e quindi più agevolmente accettabile dalle parti come punto di riferimento comune.

In effetti la prospettiva dei metodi di calcolo fa emergere che – seppur nell'ambito delle marcate peculiarità che caratterizzano ciascuno dei diversi approcci – si riscontrano significativi punti di convergenza. Così, pur nell'ambito di una netta caratterizzazione di ciascuno dei metodi riguardo alle modalità

18 Cass., SS.UU., 11 luglio 2018, n. 18287, cit.

19 Bianca, C.M. "Sui persistenti margini di incertezza in tema di determinazione dell'assegno divorzile", in AA.VV.: *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. XVII, sottolinea in proposito l'opportunità di "scongiurare il degrado esistenziale del coniuge debole conseguente al radicale sconvolgimento della sua vita".

20 La concreta complessità insita nell'attribuzione di un preciso valore al contributo prestato da un coniuge ed alla sussistenza di un'efficienza causale tra questo e l'accresciuta posizione di benessere economico conseguita dall'altro è efficacemente evidenziata da Sesta, M.: "Attribuzione e", *cit.*, p. 989. Sempre in questo senso Balestra, L.: "L'assegno divorzile nella nuova prospettiva delle Sezioni Unite", *Familia*, 2019, num. 1, p. 19, pone in rilievo i profili di criticità scaturenti dall'ampliamento della discrezionalità giudiziaria che consegue alla nuova lettura interpretativa dell'art. 5, comma 6, l. div. operata dalle Sezioni Unite.

di quantificazione dell'assegno divorzile, si riscontra una piena convergenza nell'indicare l'obiettivo del tenore di vita coniugale come un parametro illusorio il cui conseguimento non può orientare adeguatamente né la decisione del giudice, né gli accordi delle parti. Proprio la prospettiva dei metodi di calcolo, pertanto, testimonia l'opportunità dell'abbandono di questo parametro – tuttora vigente nella determinazione dell'assegno *ex* art. 156 c.c. - e, al tempo stesso, la maggiore coerenza di quelle decisioni che, dovendo pronunciarsi con riferimento a nuclei familiari ricomposti[21], avevano intuito che l'obiettivo da perseguire non dovesse essere quello di garantire il persistente godimento del tenore di vita matrimoniale all'ex coniuge, ma, più propriamente, la garanzia di un tenore di vita simile tra loro a tutti coloro che dipendano dal medesimo soggetto obbligato[22].

I mutamenti impressi dalla decisione delle Sezioni Unite del 2018 e la valorizzazione della funzione compensativa dell'assegno divorzile, inoltre, impongono l'individuazione di parametri obiettivi idonei a misurare l'effettivo valore dell'apporto fornito da un coniuge alla crescita professionale ed economica dell'altro. Sotto questo profilo sembrano da osservare con interesse i meccanismi di compartecipazione standardizzata ideati in alcuni ordinamenti statunitensi nei quali la parte economicamente debole consegue una *share* sul reddito dell'altra che cresce in proporzione alla durata del matrimonio[23].

Anche per quanto concerne la reale incidenza sull'assegno divorzile del beneficio economico conseguito attraverso l'assegnazione della casa familiare tutti i metodi, seppur caratterizzati da profonde differenziazioni per quanto riguarda il calcolo del valore economico dell'assegnazione della casa familiare, prevedono meccanismi idonei ad attribuire una precisa misura allo scomputo da effettuare sull'assegno di mantenimento e sull'assegno divorzile[24]. In particolare, il consolidato orientamento secondo cui l'assegnazione della casa familiare costituisce un beneficio economico la cui portata costituisce un fattore di moderazione degli obblighi di mantenimento ha dato luogo ad una lettura interpretativa, talvolta emersa anche nell'ambito di

21 Cfr. in proposito Rescigno, P.: "La famiglia ricomposta: nuove prospettive giuridiche", *Familia*, 2002, num. 1, pp. 1 ss.; Al Mureden, E.: "Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze", *Famiglia e diritto*, 2016, num. 10, pp. 966 ss.; Bilò, G.: "Famiglia ricostituita", in AA.VV.: *Codice della famiglia*, III ed. (a cura di M. Sesta), Milano, 2015, p. 2394; Buzzelli, D.: *La famiglia «composita». Un'indagine sistematica sulla famiglia ricomposta: i neo coniugi o conviventi, i figli avuti da precedenti relazioni e i loro rapporti*, Napoli, 2012, *passim*; Mazzoni, S.: "Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi *partners* alla costellazione familiare ricomposta", *Il Diritto di Famiglia delle Persone*, 1999, num. 1, pp. 369 ss..

22 Cass. 19 marzo 2014, n. 6289, *Famiglia e diritto*, 2014, num. 11, pp. 1043 ss., con nota di Al Mureden, E.: "Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoresponsabilità""; Cass. 23 agosto 2006, n. 18367 (*www.dejure.it*); Cass. 24 gennaio 2008, n. 1595 (*www.dejure.it*). Sul principio dell'autoresponsabilità Cordiano, A.: *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, Giappichelli, Torino, Giappichelli, 2018. Con particolare riferimento al sistema tedesco Patti, S.: "La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, parte II, num. 2, p. 455.

23 Per una più dettagliata analisi delle conseguenze economiche del divorzio negli Stati Uniti Al Mureden, E.: *Nuove prospettive*, cit., pp. 106 ss.

24 Ippoliti Martini, C., "I riflessi", cit., p. 145.

progetti di riforma, secondo la quale il valore da attribuire al godimento della casa familiare dovrebbe corrispondere ad una cifra coincidente con il canone di locazione dell'immobile stesso.

La prospettiva dei metodi di calcolo, consente di sottolineare l'opportunità di modulare l'entità dello scomputo in considerazione di alcune variabili: è possibile, infatti, che il beneficio tratto dal coniuge che gode della casa familiare non corrisponda esattamente al sacrificio economico subito dall'altro. La piena corrispondenza tra beneficio dell'assegnatario e sacrificio del proprietario si riscontra nell'ipotesi in cui la casa appartenga in piena proprietà a quest'ultimo. Diversamente, nel caso di una abitazione che, in virtù del regime di comunione legale, risulti di comproprietà dei coniugi, si presenta uno scenario nel quale il sacrificio economico della parte obbligata ad abbandonare la propria casa familiare riveste una portata inferiore. Queste considerazioni possono essere ripetute, a maggior ragione, nelle ipotesi in cui uno dei coniugi benefici dell'assegnazione della casa familiare ricevuta a suo tempo in comodato dai genitori dell'altro. In questo caso, infatti, al beneficio economico dell'assegnatario non corrisponde un sacrificio "simmetrico" da parte dell'altro coniuge.

In definitiva, la necessità di modulare il giudizio sulla valenza economica dell'assegnazione della casa familiare e dei suoi riflessi nei rapporti che riguardano la solidarietà post-coniugale conferma il fondamentale ruolo dei metodi di calcolo obiettivi i quali, adeguatamente implementati, possono costituire un fondamentale strumento al fine di mettere precisamente a fuoco la portata delle conseguenze economiche della rottura della coppia nel loro complesso e, di conseguenza, consentire una più prevedibile definizione giudiziale della crisi, oltre ad incrementare le possibilità che le parti, incentivate da una visione obiettiva, divengano maggiormente inclini a conseguire una soluzione stragiudiziale della crisi.

V. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

Muovendo da queste prime indicazioni sembra possibile affermare che l'aspirazione ad introdurre criteri scientifici standardizzati funzionali a precisare l'ampio contenuto di principi e clausole generali che governano la solidarietà post-coniugale costituisce la manifestazione di un fenomeno più ampio che da tempo interessa molteplici contesti giuridici. Questo stesso processo, del resto, può cogliersi anche con riferimento al risarcimento del danno non patrimoniale e, in particolare, del cosiddetto danno biologico[25].

25 Franzoni, M.: "… e alla fine giunsero, le tabelle di Milano", *Danno e responsabilità*, 2021, num. 4, pp. 411 ss.; Franzoni, M.: "La legge, le sentenze, le tabelle milanesi", *Danno e responsabilità*, 2021, num. 1, pp. 21 ss.; Ponzanelli, G.: "Le Tabelle Milanesi, il danno da premorienza e la Corte di cassazione", *Danno e responsabilità*, 2022, num. 1, 77 ss.; Ponzanelli, G.: "Il risarcimento del danno alla persona: tabelle giudiziali, controllo della Corte di Cassazione e principio di uguaglianza", *Danno e responsabilità*, 2021, num. 4, 1027

La possibilità di attribuire un valore economico standardizzato e predeterminabile alla compromissione del diritto alla salute in quanto tale costituisce attualmente un presupposto indefettibile al fine di garantire il funzionamento dei complessi sistemi previdenziali ed assicurativi verso i quali convergono e si concentrano migliaia di pretese risarcitorie scaturenti dall'infortunistica cagionata da attività lavorative e da quella riconducibile alla circolazione stradale. In quei contesti la concentrazione delle pretese risarcitorie in capo ad enti esponenziali ha enormemente amplificato la dimensione collettiva dell'incertezza che caratterizzava ciascun giudizio risarcitorio individuale ed ha generato un'esigenza ineludibile di standardizzazione e oggettivazione delle pretese risarcitorie la cui calcolabilità diviene elemento imprescindibile al fine di garantire la sostenibilità economica dei sistemi assicurativi e previdenziali.

Queste considerazioni sembrano non poter essere ripetute, in prima approssimazione, con riferimento alle incertezze che caratterizzano gli esiti dei giudizi concernenti la spettanza e la quantificazione dell'assegno divorzile, nei quali la non calcolabilità preventiva degli esiti delle decisioni risulta frammentata in una dimensione eminentemente individuale. Ciononostante occorre considerare che la prospettiva delle scienze statistiche fa emergere due dati che, combinandosi, sottolineano la crescente rilevanza della dimensione collettiva delle incertezze che attualmente caratterizzano l'esito dei giudizi concernenti l'assegno divorzile.

La costante flessione del numero dei matrimoni, da un lato, e la crescente incidenza dei divorzi[26], dall'altro, testimoniano che il problema dell'estensione e della durata degli obblighi economici conseguenti al divorzio ha conseguito una diffusione sociale assai significativa. In quest'ottica, pertanto, sembra possibile affermare che la diffusa percezione di incertezza che caratterizza ogni singolo giudizio si rifletta sul piano collettivo con la conseguenza di rafforzare l'interesse generale all'implementazione di sistemi che, istituendo forme di standardizzazione dei giudizi, consentano di conseguire un più elevato grado di prevedibilità delle decisioni ed un incentivo verso forme di risoluzione stragiudiziale delle controversie dal quale dovrebbe derivare un progressivo decongestionamento delle procedure contenziose. Tali obiettivi, che potrebbero essere conseguiti grazie al decisivo apporto dei metodi di calcolo standardizzati, appaiono pienamente in linea con i

ss.; Ponzanelli, G.: "Perché abbiamo bisogno di una sola Tabella Giudiziale per il risarcimento del danno alla persona", *Contratto e impresa*, 2021, num. 4, 401 ss.; Ponzanelli, G.: "Tabelle Milanesi al vaglio della Cassazione", *Danno e responsabilità*, 2021, num. 1, 37 ss.; Ponzanelli, G.: "Il nuovo statuto del danno alla persona è stato fissato, ma quali sono le tabelle giuste?", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, parte I, num. 2, 277 ss.

26 Dal raffronto dei dati che emergono dallo studio "Matrimoni, unioni civili, separazioni e divorzi, anno 2019", pubblicato il 18 febbraio 2021, reperibile all'indirizzo *https://www.istat.it/it/archivio/253756*, con quelli relativi agli anni Settanta emerge una accresciuta intensità del divorzio: nel 1971infatti si registravano solo 13.000 divorzi a fronte di 395,000 matrimoni, mentre nel 2019 a 184.000 matrimoni corrispondono 85.349 divorzi.

principi ispiratori della recente riforma del processo[27] e con le linee tracciate dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, laddove – anche sulla scorta delle *Country Specific Recommendations* indirizzate all'Italia dalla Commissione Europea – viene sottolineata l'importanza di "strumenti evoluti di conoscenza (utili sia per l'esercizio della giurisdizione sia per adottare scelte consapevoli)" che, nel loro complesso tendano ad "aumentare l'efficienza del sistema giudiziario civile" ed incentivino "l'esercizio di una giustizia preventiva e consensuale, necessaria per il contenimento di una possibile esplosione del contenzioso presso gli uffici giudiziari"[28].

27 D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, "Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata".

28 Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), p. 51.

BIBLIOGRAFIA.

Al Mureden, E., Rovatti, R.: *Metodi a confronto*, in AA.VV.: *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, pp. 333 ss.

Al Mureden, E.: *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Ipsoa, Milano, 2007.

Al Mureden E.: "Tenore di vita e assegni di mantenimento tra diritto ed econometria", *Famiglia e diritto*, 2008, num. 1, pp. 39 ss.

Al Mureden, E.: "Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoresponsabilità"", *Famiglia e diritto*, 2014, num. 11, pp. 1043 ss.

Al Mureden, E.: "Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze", *Famiglia e diritto*, 2016, num. 10, pp. 966 ss.

Al Mureden, E: "Nuova convivenza e perdurante godimento dell'assegno divorzile "compensativo" tra diritto vigente e prospettive *de iure condendo*", *Famiglia e diritto*, 2022, num. 1, pp. 125 ss.

Arceri, A.: commento *sub* art. 337-*sexies* c.c., in AA.VV.:*Codice della famiglia*, III ed. (a cura di M. Sesta), Giuffrè, Milano, pp. 1316 ss.

Balestra, L.: "L'assegno divorzile nella nuova prospettiva delle Sezioni Unite", *Familia*, 2019, num. 1, pp. 19 ss.

Bertoli, G.: "Il metodo *Palermo*", in AA.VV.: *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, pp. 243 ss.

Bianca, C.M. "Sui persistenti margini di incertezza in tema di determinazione dell'assegno divorzile", in AA.VV.: *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, pp. XVII ss.

Bianca, M.: "Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?", *Il Foro italiano*, 2018, parte I, cc. 2671 ss.

Bilò, G.: "Famiglia ricostituita", in AA.VV.: *Codice della famiglia*, III ed. (a cura di M. Sesta), Milano, 2015, pp. 2394 ss.

Buzzelli, D.: *La famiglia «composita». Un'indagine sistematica sulla famiglia ricomposta: i neo coniugi o conviventi, i figli avuti da precedenti relazioni e i loro rapporti*, Napoli, 2012.

Carapezza Figlia, G.: "Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto. ricercando un «ragionevole bilanciamento» nel dialogo con la giurisprudenza", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, 3, p. 347

Carbone, V.: "La soluzione sofferta delle Sezioni Unite: l'assegnazione della casa coniugale presuppone la prole", *Famiglia e diritto*, 1995, num. 6, pp. 521 ss.

Cordiano, A.: *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, Giappichelli, Torino, Giappichelli, 2018.

D'Aietti, G.: "Il "metodo D'Aietti" e ReMida Famiglia", in AA.VV.: *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, pp. 301 ss.

Danovi, F., "Assegno di divorzio: no alla caducazione automatica nel caso di nuova convivenza", *Famiglia e diritto*, 2022, num. 1, pp. 125 ss.

Ferrando, G.: "Le conseguenze patrimoniali del divorzio tra autonomia e tutela", *Il diritto di famiglia e delle persone,* 1998, num. 2, pp. 728 ss.

Finocchiaro A., Finocchiaro M., *Diritto di famiglia. Legislazione, dottrina, giurisprudenza. Il divorzio*, Giuffrè, Milano, 1988, vol. III.

Franzoni, M.: "La legge, le sentenze, le tabelle milanesi", *Danno e responsabilità*, 2021, num. 1, pp. 21 ss.;

Franzoni, M.: "… e alla fine giunsero, le tabelle di Milano", *Danno e responsabilità*, 2021, num. 4, pp. 411 ss.;

Ippoliti Martini, C.: "L'assegnazione parziale della casa familiare tra interesse dei figli, conflittualità dei genitori ed esigenze economiche della famiglia", *Famiglia e diritto*, 2015, num. 12, pp. 1085 ss.

Ippoliti Martini, C., "I riflessi economici dell'assegnazione della casa familiare", in AA.VV.: *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, pp. 145 ss.

Liuzzi, A: "Assegnazione della casa coniugale e indennità sostitutiva del mancato godimento", *Famiglia e diritto*, 2002, num. 6, pp. 587 ss.

Lucchini Guastalla, E.: "Le esigenze dei figli assegnano la casa", *Il Sole 24 ore*, 16 febbraio 2006, pp. 10 ss.

Maglietta, M.: "CHICoS – Child Cost Software. Fondamenti, sviluppo e informazioni ottenibili da un metodo di calcolo che si basa sulla legge n. 54/2006", in AA.VV.: *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, pp. 225 ss.

Maltagliati, M., Marliani, G.: "Il modello MoCAM", in AA.VV.: *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, pp. 255 ss.

Mazzoni, S.: "Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi *partners* alla costellazione familiare ricomposta", *Il Diritto di Famiglia delle Persone*, 1999, num. 1, pp. 369 ss.

Patti, S.: "Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite", *Il Corriere giuridico*, 2018, num. 10, pp. 1186 ss.

Patti, S.: "La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, parte II, num. 2, pp. 455 ss.

Ponzanelli, G.: "Il nuovo statuto del danno alla persona è stato fissato, ma quali sono le tabelle giuste?", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, parte I, num. 2, 277 ss.

Ponzanelli, G.: "Tabelle Milanesi al vaglio della Cassazione", *Danno e responsabilità*, 2021, num. 1, 37 ss.

Ponzanelli, G.: "Perché abbiamo bisogno di una sola Tabella Giudiziale per il risarcimento del danno alla persona", *Contratto e impresa*, 2021, num. 4, 401 ss.

Ponzanelli, G.: "Il risarcimento del danno alla persona: tabelle giudiziali, controllo della Corte di Cassazione e principio di uguaglianza", *Danno e responsabilità*, 2021, num. 4, 1027 ss.

Ponzanelli, G.: "Le Tabelle Milanesi, il danno da premorienza e la Corte di cassazione", *Danno e responsabilità*, 2022, num. 1, 77 ss.

Quadri, E.: "Assegno di divorzio e convivenza: le sezioni unite s'impegnano nella ricerca di una soluzione coerente", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, parte I, num. 6, pp. 1390 ss.

Rescigno, P.: "La famiglia ricomposta: nuove prospettive giuridiche", *Familia*, 2002, num. 1, pp. 1 ss.

Rimini, C.: "Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa", *Giurisprudenza italiana*, 2018, 8-9, pp. 1843 ss.

Rimini, C.: "Nuova convivenza e assegno divorzile: la funzione compensativa consente una soluzione finalmente equa del problema", *Famiglia e diritto*, 2022, num. 1, pp. 125 ss.

Roma, U.: "L'assegnazione della casa familiare", in AA.VV.: *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia* (a cura di M. Sesta, A. Arceri), in AA.VV., *Diritto di famiglia* diretto da M. Sesta, Torino, Utet, 2011, pp. 173 ss.

Rovatti, R.: "SAM - Stima Assegni di Mantenimento", in AA.VV.: *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, pp. 279 ss.

Sesta, M.: "L'assegnazione della casa familiare tra «preminente» interesse dei figli e diritti degli altri familiari", *Archivi di psicologia giuridica*, 2014, num. 1, p. 102

Sesta, M.: "Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare", *Famiglia e diritto*, 2018, num. 11, pp. 983 ss.



LA CRISI DEL RAPPORTO MATRIMONIALE TRA SEPARAZIONE E DIVORZIO: EVOLUZIONE DEL SISTEMA E PROSPETTIVE DI RIFORMA

THE CRISIS OF THE MARRIAGE RELATIONSHIP BETWEEN SEPARATION AND DIVORCE: EVOLUTION OF THE SYSTEM AND PROSPECTS FOR REFORM

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 38-75

Antonino
ASTONE

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il contributo si propone di indagare criticamente il rapporto tra separazione e divorzio nell'ambito dei rimedi alla crisi coniugale, tenendo conto dell'evoluzione del sistema positivo. Dopo un'analisi del rapporto tra separazione e divorzio nei principali ordinamenti europei, si evidenzia che nell'ordinamento italiano la separazione diventa, nella maggior parte dei casi, una fase di transizione che porta allo scioglimento del matrimonio. La coesistenza nell'ordinamento italiano di entrambi i rimedi non è ispirata ad una logica alternativa, poiché per molti versi la distinzione tra separazione e divorzio ed i relativi profili normativi sono ancora evidenti. Pertanto, sulla base di un'interpretazione sistematica della normativa vigente, si propone di ricorrere a una regolamentazione unitaria della crisi coniugale, con un esito inevitabile: il divorzio immediato.

PALABRAS CLAVE: Separazione; divorzio; rimedi; alternativita'.

ABSTRACT: *The contribution aims to critically investigate the relationship between separation and divorce in the context of remedies for the marital crisis, taking into account the evolution of the positive system. After an analysis of the relationship between separation and divorce in the main European legal systems, it is highlighted that in the Italian legal system, separation becomes, in most cases, a transition phase that leads to the dissolution of marriage. The coexistence in the Italian legal system of both remedies is not inspired by an alternative logic, since in many ways the distinction between separation and divorce and the related regulatory profiles are still clear. Therefore, on the basis of a systematic interpretation of the regulations in force, it is proposed to resort to a unitary regulation of the marital crisis, with an inevitable outcome: immediate divorce.*

KEY WORDS: *Separation; divorce; remedies; alternatives.*

SUMARIO.- I. LA REGOLAMENTAZIONE DELLA CRISI FAMILIARE NEL NUOVO MILLENNIO.- II. LA PRIVATIZZAZIONE DELLE RELAZIONI FAMILIARI E DELLA GESTIONE DELLA CRISI CONIUGALE.- III. I RIMEDI ALLA CRISI MATRIMONIALE IN ALCUNE ESPERIENZE GIURIDICHE EUROPEE: UN'ANALISI COMPARATA.- IV. SEPARAZIONE E DIVORZIO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO.- 1. DALLA SEPARAZIONE PER COLPA AL DIRITTO POTESTATIVO ALLA SEPARAZIONE.- 2. SCIOGLIMENTO DEL MATRIMONIO E NECESSITÀ DI UNA PREGRESSA SEPARAZIONE. RILIEVI CRITICI.- V. IL REGOLAMENTO DELLA CRISI DELLA CONVIVENZA TRA UNITARIETÀ E DIFFERENZIAZIONE. NECESSITÀ DI UN TRATTAMENTO OMOGENEO DELLE ESPRESSIONI DELLA SOLIDARIETÀ NELLA CRISI CONIUGALE.- VI. INTERPRETAZIONE SISTEMATICA DELLA DISCIPLINA DELLA CRISI MATRIMONIALE ED ALTERNATIVITÀ DEI RIMEDI. L'INEVITABILE APPRODO AL DIVORZIO IMMEDIATO.

I. LA REGOLAMENTAZIONE DELLA CRISI FAMILIARE NEL NUOVO MILLENNIO.

Agli inizi del nuovo millennio può ritenersi superata la denunciata "fissità del nostro quadro normativo"[1] in materia di regolamentazione della crisi familiare e dei rapporti di famiglia; ed infatti la legge n. 54 del 2006 con la previsione, in via prioritaria e salvo l'esistenza di situazioni ostative, dell'affidamento condiviso e dell'assegnazione della casa familiare avuto riguardo all'interesse dei figli, ha configurato diversamente ed in termini unitari i provvedimenti relativi alla prole -anche quella nata fuori del matrimonio- in ogni caso di dissoluzione della coppia genitoriale, quindi sia in caso di separazione, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, che in caso di nullità o annullamento dello stesso. Sempre con riferimento all'interesse dei figli il legislatore del 2006, al fine di ridurre la conflittualità tra i coniugi, ha altresì previsto che il giudice possa valutare l'opportunità, sempre che i coniugi lo consentano, di rimettere gli stessi ad un mediatore qualificato per raggiungere un accordo. Ed ancora il d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito con modifiche dalla legge 10 novembre 2014 n. 162, ha introdotto due nuove modalità per ottenere la separazione personale, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio o la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, senza la mediazione giudiziale: la convenzione di negoziazione assistita (art. 6), conclusa dai coniugi, assistiti ciascuno da un avvocato diverso, e l'accordo concluso dai coniugi innanzi al Sindaco, quale Ufficiale dello stato civile, con l'assistenza facoltativa degli avvocati (art. 12).

1 L'espressione è di Quadri, E.: "Disciplina della crisi familiare: esperienze e prospettive", *Fam. dir*, 2009, p. 1060.

• Antonino Astone
Professore associato di Diritto privato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina, abilitato alla prima fascia

Un ulteriore intervento relativo alla vicenda estintiva del rapporto matrimoniale si registra inoltre con la l. n. 55 del 2015, che ha ridotto il termine di durata della separazione personale dei coniugi necessario per proporre la domanda di divorzio; oggi infatti, ai fini dell'estinzione del vincolo, la separazione deve protrarsi per dodici mesi dalla data di comparizione dei coniugi davanti al Presidente del Tribunale nella separazione personale contenziosa, e per sei mesi in caso di separazione consensuale, decorrenti dalla data dell'udienza presidenziale o dalla data di certificazione dell'accordo di separazione raggiunto in sede di negoziazione assistita o dalla data dell'accordo di separazione concluso innanzi all'ufficiale dello stato civile[2]. L'occasione sarebbe stata invece propizia per riflettere sulla opportunità di considerare ancora la separazione quale presupposto del divorzio. Con il medesimo provvedimento normativo, che ha introdotto il c.d. divorzio breve, si è inoltre modificato il dies a quo dello scioglimento della comunione legale dei beni in caso di separazione personale dei coniugi, coincidente con la data in cui il Presidente del tribunale autorizza i coniugi a vivere separati o da quella di sottoscrizione del verbale di separazione consensuale, purchè segua l'omologazione delle condizioni come prospettate dai coniugi. Anche la recente legge delega 26 novembre 2021, n. 206, di riforma della giustizia civile e familiare, come si dirà oltre, incide significativamente sui procedimenti di separazione personale dei coniugi, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio e di modificazione delle relative condizioni.

II. LA PRIVATIZZAZIONE DELLE RELAZIONI FAMILIARI E DELLA GESTIONE DELLA CRISI CONIUGALE.

Questo vento riformatore, per molti versi ancora debole, era comunque necessario al fine di adeguare la disciplina della patologia del rapporto matrimoniale alle trasformazioni economico-sociali intervenute nonché per partecipare al dialogo europeo *in subiecta materia*. In questa direzione anche altre esperienze giuridiche hanno registrato interventi significativi in materia di crisi dei rapporti familiari, realizzando un distacco netto della comunità familiare rispetto al passato ed alla concezione pubblicistica dei rapporti che ruotano intorno alla stessa[3]. Alla

2 In realtà già a partire dal 2002, nel corso della XIV legislatura, si cominciò a discutere in Parlamento della riduzione del termine richiesto per proporre domanda di divorzio. In questa direzione il 28 febbraio del 2002 è stata presentata, su iniziativa dell'on. Montecchi, una proposta di legge nella cui relazione introduttiva si afferma che "la disciplina del divorzio nel nostro Paese appare molto rigida rispetto alle effettive dinamiche sociali e culturali che il legislatore deve saggiamente accompagnare e che il termine di tre anni dall'inizio della separazione per lo scioglimento del matrimonio non serve in alcun modo come deterrente per la prosecuzione di esperienze di coppia ormai logorate ed invece funziona come intralcio per la formalizzazione delle ulteriori scelte di vita che nel frattempo sono maturate". La proposta non ha avuto seguito e, sulla base delle medesime argomentazioni, il 6 maggio del 2008, durante la XVI legislatura è stata presentata, su iniziativa dell'on. Paniz, altra proposta di legge sottoposta alla discussione del Parlamento il 21 maggio 2012.

3 Morace Pinelli, A.: *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 60 ss., ma sul punto già Sesta, M.: *Il diritto di famiglia tra le due guerre e la dottrina di Antonio Cicu*, contributo che introduce la ristampa dell'opera di Cicu, *Il diritto di famiglia*, 1978, p. 20. In questa prospettiva, afferma A. Rocco il cui

tutela di un non ben definito interesse superindividuale della famiglia -garantito e rafforzato dalla indissolubilità del matrimonio- è subentrata la prioritaria considerazione dei diritti fondamentali dei suoi membri, che passa attraverso l'attribuzione di una rilevanza sempre maggiore a soluzioni concordate della crisi ed un ridimensionato ruolo della colpa nella definizione delle vicende disgregative del rapporto coniugale[4]. Intesa la comunità familiare non più come istituzione bensì come formazione sociale, la cui essenza riposa sulla reciproca affectio e sulla solidarietà, si valorizzano le peculiari esigenze di tutela dei suoi componenti attribuendo loro ampia autonomia nella costituzione, gestione e cessazione del rapporto[5], informato sempre di più ai valori di autodeterminazione e negozialità[6]. Si assiste ad una sempre più marcata privatizzazione delle relazioni familiari e della gestione della crisi coniugale in particolare[7], realizzandosi anche in questo ambito la transizione dallo status, di cui la famiglia è terreno elettivo, al contratto, id est all'attribuzione ai soggetti di poteri di autonomia sempre più consistenti[8]. In questa direzione si muove altresì la codificazione europea del diritto di famiglia, che prevede la possibilità per gli ex coniugi di raggiungere un accordo sulle

pensiero è richiamato da (a cura di M. Bessone.-G. Alpa – A. D'angelo, -G. Feraando-. M. R. Spallarossa*: La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1995, p. 13, che il matrimonio è istituto non creato a beneficio dei coniugi bensì "atto di dedizione e sacrificio degli individui nell'interesse della società di cui la famiglia è nucleo fondamentale".

4 Sul punto anche Fortino, M.: "La separazione personale dei coniugi*", in Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, P.: *Famiglia* e *matrimonio* (a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello), I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1249.

5 In questa direzione anche Ferrando, G.: *Il matrimonio*, II° ed., in *Trattato di dir. civ. comm*. Cicu-Messineo, Miano, 2015, p. 62. Sulla nozione di famiglia in funzione strumentale alla tutela dei suoi membri e sulla reciproca affectio tra gli stessi Bianca, C. M. : voce "Famiglia (diritti di)", *Noviss. Dig. it*., VII, Torino, 1968, p. 73.

6 E' quanto emerge dalla parte motiva della sentenza della Corte di Cassazione del 22 gennaio 1994 n. 657, *Fam. dir*., 1994, p. 139, con nota di Carbone, V.: "Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)". Affermano i giudicanti che "l'accordo di separazione non si scinde in una duplice tipologia di clausole strutturalmente differenziate ("processuali" o "extraprocessuali"), ma è atto unitario ed essenzialmente negoziale, soggetto a controllo ma innanzitutto espressione della capacità dei coniugi di responsabilmente autodeterminarsi (artt. 2 e 29 Cost.), tanto che in dottrina si è indicata la separazione consensuale come uno dei momenti di più significativa emersione della negozialità nel diritto di famiglia".

7 Significative al riguardo le riflessioni di Furgiuele, G.*: Libertà* e *famiglia, Giuffrè, Milano, 1979, p. 59 ss.;* Mantovani, M.*:* voce "Separazione personale dei coniugi*", Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Torino, 1992, p. 5; in tal senso Al Mureden, E.: *La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, *La crisi della famiglia*, II, Giuffrè, Milano, 2015, p. 9 ss.

8 Sul passaggio dallo status al contratto in generale Maine, H. S *: Dallo status al contratto*, in (a cura di S. Rodota',), *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971, p. 211; Pocar, V.- Ronfani, P.: *La famiglia e il diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 5 e ss., e 49 ss., i quali rilevano che "lo status rappresenta l'elemento portante del modello della famiglia che si traduce nell'istituzione, caratterizzata dalla continuità nel tempo e dal sovraordinamento delle sue funzioni e della sua stessa ragion d'essere rispetto agli individui che la compongono". La qualifica della famiglia come istituzione, si osserva, implica che "i membri della famiglia non possono agire secondo i loro desideri e che le loro condotte sugli aspetti essenziali sono programmate, sicchè esse sfuggono alla libertà delle scelte individuali. L'idea della famiglia istituzione nella quale gli obblighi prevalgono sulle pretese, i doveri sui diritti, l'ascrizione di responsabilità sull'assunzione delle responsabilità-rimanda prevalentemente a una dimensione di staticità, al suo permanere nel tempo al di là delle vicende dei singoli membri…dai membri della famiglia, secondo il ruolo assegnato sulla base delle loro identità giuridiche, ci si attende dunque un certo comportamento e l'espressione formale di tale comportamento è appunto lo status".

conseguenze patrimoniali della cessazione del vincolo[9]. La visione essenzialmente privata della relazione coniugale, costituente l'esito del descritto processo di transizione, si esprime, su un piano generale, nel potere attribuito alle parti del rapporto coniugale di impedire ogni e qualsivoglia ingerenza esterna nella gestione delle questioni familiari sia in costanza di rapporto che nel momento patologico dello stesso.

Con riferimento a questo momento del rapporto l'autonomia attribuita ai coniugi si manifesta nel potere attribuito a ciascuno di essi di sottrarsi ad una convivenza divenuta, indipendentemente da profili di colpa, intollerabile, con una valutazione dei possibili comportamenti contrari ai doveri matrimoniali confinata in una prospettiva di esclusivo determinismo causale del fallimento dell'unione[10]. L'accordo, espressione del principio di uguaglianza cui le relazioni familiari sono improntate, diviene allora fonte autonoma e/o concorrente di regolamentazione della crisi coniugale sia nei rapporti tra i coniugi che rispetto ai figli. In questa direzione è significativo l'accordo di separazione consensuale, sospensivo di alcuni effetti del rapporto coniugale, attraverso il quale i coniugi definiscono le condizioni della loro vita separata, in particolare le conseguenze personali e patrimoniali, la cui efficacia è subordinata al controllo giudiziale di omologazione, diretto a verificare la corrispondenza delle pattuizioni riguardanti il mantenimento e l'affidamento dei figli con l'interesse degli stessi. Condizioni sempre modificabili qualora mutino le circostanze sulle quali le stesse si fondavano. Si tratta di un negozio giuridico di diritto familiare autonomo e perfetto cui sono applicabili, nei limiti della compatibilità, le norme sui vizi del consenso[11].

9 Par. 2.10 dei Principles of european family law regarding divorce and mantenance dove si afferma "1) Spouses should be permitted to make an agreement about maintenance after divorce. The agreement may concern the extent, performance, duration and termination of the maintenance obligation and the possible renouncement of the claim to maintenance. (2) Such an agreement should be in writing. (3) Notwithstanding paragraph 1, the competent authority should at least scrutinise the validity of the maintenance agreement".

10 Cass., 2.09.2022, n. 25966, *Diritto &Giustizia* 2022, 5 settembre, secondo cui "la dichiarazione di addebito implica la prova che l›irreversibile crisi coniugale sia ricollegabile esclusivamente al comportamento di uno o di entrambi i coniugi, consapevolmente e volontariamente contrario ai doveri nascenti dal matrimonio, ovverosia che sussista un nesso di causalità tra i comportamenti addebitati ed il determinarsi dell›intollerabilità dell›ulteriore convivenza. Tale principio è stato ritenuto applicabile anche all›inosservanza dello obbligo di fedeltà coniugale, la quale, costituendo una violazione particolarmente grave, normalmente idonea a rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza, è stata ritenuta di regola sufficiente a giustificare l›addebito della separazione al coniuge responsabile, a meno che non si accerti, attraverso un›indagine rigorosa ed una valutazione complessiva del comportamento di entrambi i coniugi, che l›infedeltà non ha costituito la causa efficiente della crisi coniugale, essendosi manifestata in presenza di un deterioramento dei rapporti già irrimediabilmente in atto, in un contesto caratterizzato da una convivenza divenuta ormai meramente formale".

11 In tal senso Trib. Milano, 27.03.2013, *Giur. merito*, 2013, 7-8, p. 1557, secondo cui "la separazione consensuale trova la sua unica fonte nel consenso manifestato dai coniugi dinanzi al presidente del tribunale (atteso che l'art. 158 c.c. fa dipendere la separazione dal solo consenso dei coniugi) e la successiva omologazione agisce come mera condizione di efficacia dell'accordo, di per sé già integrante un negozio giuridico perfetto ed autonomo". Rileva il giudicante che il decreto di omologazione viene emesso nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione e si sostanzia in un provvedimento con il quale il tribunale, esercitato positivamente il proprio controllo sull'osservanza del rito e sulla conformità delle clausole convenzionali sottopostegli dai coniugi alle norme imperative che regolano la materia ed all'ordine pubblico, imprime efficacia giuridica all'accordo già intervenuto tra le parti. L'accordo di separazione, prosegue il giudice, costituisce pertanto un atto essenzialmente negoziale, espressione della capacità

L'accordo è parimenti idoneo a determinare lo scioglimento del vincolo coniugale qualora i coniugi presentino domanda congiunta di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, indicando compiutamente le condizioni inerenti alla prole ed ai relativi rapporti economici e sottoponendo al vaglio giudiziale l'esistenza dei presupposti di legge per la cessazione del vincolo e la rispondenza delle condizioni pattuite all'interesse dei figli. In questo caso tuttavia, a differenza di quanto avviene nella separazione consensuale, il potere di autonomia, certamente esistente, si atteggia in modo diverso esprimendosi in un atto avente una duplice natura: per un verso ricognitiva dei presupposti richiesti per lo scioglimento del matrimonio e negoziale per altro verso, per quanto attiene alle condizioni riguardanti la prole ed i rapporti economici[12]. L'autonomia delle parti può inoltre esprimersi in questo ambito attraverso la possibilità di disporre la corresponsione dell'assegno divorzile in un'unica soluzione, con esclusione di

dei coniugi di autodeterminarsi responsabilmente, ponendosi come "uno dei momenti di più significativa emersione della negozialità nel diritto di famiglia", mentre al giudice è attribuito un mero potere/dovere di controllo nell'ambito della procedura di omologazione, destinata a definirsi non certo con una sentenza costitutiva dei rapporti tra i coniugi separati bensì, e solo, con un decreto che si connota come semplice condizione di efficacia del consenso già manifestato. Si afferma inoltre che l'esclusione della natura contrattuale dell'accordo di separazione ed il suo inquadramento nella categoria negoziale comportano la non operatività delle norme proprie del contratto che trovano ragione nella specifica natura di questo e, tuttavia, "non esclude che possano applicarsi, nei limiti della loro compatibilità, le norme del regime contrattuale che riguardano in generale la disciplina del negozio giuridico o che esprimono principi generali dell'ordinamento, come quelle in tema di vizi del consenso e di capacità delle parti". Consegue che l'esito di siffatta ricostruzione è l'applicabilità alla separazione consensuale delle norme generali relative alla disciplina dei vizi della volontà, entro i limiti di compatibilità con la specificità di tale negozio di diritto familiare, dovendosi escludere "la possibilità per ciascuno dei coniugi di far valere il proprio diritto e di contestare l'eventuale vizio del consenso mediante la via interna del procedimento camerale e, in ispecie, attraverso la mera unilaterale revoca del consenso in precedenza prestato in funzione di ostacolo alla successiva omologazione dell'accordo che si assume non più conveniente o, in taluni casi, inficiato da vizio della volontà". Si supera per molti versi il precedente orientamento che ammetteva la revocabilità del consenso prestato dai coniugi davanti al Presidente del Tribunale e fino all'intervento del decreto di omologa. Sul punto Cass., 24.08.1990, n. 8712, *Giust. civ.*, 1990, p. 2826, secondo cui "l'atto giudiziario di controllo imprime efficacia giuridica al negoziato privato: l'art. 158 c.c., invero, dispone che la separazione per il solo consenso dei coniugi "non ha effetto" senza l'omologazione del tribunale; e l'art. 711 c.p.c. stabilisce che per mezzo dell'omologazione la separazione consensuale "acquista efficacia". Così, il titolo negoziale può cedere, per giurisprudenza costante, ad una pronuncia giudiziale di separazione; le specifiche condizioni in esso formulate sono modificabili con procedimento autonomo per circostanze sopravvenute, secondo la clausola legale "rebus sic stantibus" (art. 711, u.c. c.p.c., in rel. all'art. 710, nov. dalla l. 29 luglio 1985, n.331); il regime della revocabilità - bilaterale o unilaterale - del consenso prestato dai coniugi fino al momento della omologazione è concettualmente subordinato alla definizione del rapporto intercorrente fra l'atto negoziale e il decreto". Sulla natura negoziale dell'accordo di separazione in dottrina Mantovani, M.: voce "Separazione personale dei coniugi", cit., p. 28. Sulle possibilità di impiego della categoria negoziale nei rapporti familiari in anni risalenti Santoro Passarelli, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Dir. giur.*, 1945, p. 3.

12 In questa direzione Cass., 24.07.2018, n. 19540, in *Giust. civ. Mass.*, 2018, secondo cui "'l' accordo sotteso alla relativa domanda riveste natura meramente ricognitiva con riferimento ai presupposti necessari per lo scioglimento del vincolo coniugale, la cui sussistenza è soggetta a verifica da parte del tribunale, avente pieni poteri decisionali al riguardo, mentre ha valore negoziale per quanto concerne la prole ed i rapporti economici, nel cui merito il tribunale non deve entrare, a meno che le condizioni pattuite non si pongano in contrasto con l'interesse dei figli minori; la revoca del consenso da parte di uno dei coniugi, mentre risulta irrilevante sotto il primo profilo, in quanto il ritiro della dichiarazione ricognitiva non preclude al tribunale il riscontro dei presupposti necessari per la pronuncia del divorzio, è inammissibile sotto il secondo, dal momento che la natura negoziale e processuale dell'accordo intervenuto tra le parti in ordine alle condizioni del divorzio ed alla scelta dell'iter processuale esclude la possibilità di ripensamenti unilaterali, configurandosi la fattispecie non già come somma di distinte domande di divorzio o come adesione di una delle parti i alla domanda dell'altra, ma come iniziativa comune e paritetica, rinunciabile soltanto da parte di entrambi i coniugi".

ogni altra pretesa di contenuto economico, e previo controllo giudiziale di equità. (art. 5, comma 8, l. div.). Parimenti in unica soluzione, su accordo delle parti, può avvenire la corresponsione dell'assegno periodico a carico dell'eredità ai sensi dell'art. 9 bis della legge sul divorzio. Ed ancora, l'autonomia dei coniugi nella fase patologica del rapporto può esplicarsi attraverso l'accordo fra i genitori in ordine all'affidamento dei figli, al loro mantenimento ed alle concrete modalità di esercizio della responsabilità genitoriale[13].

Trattasi nei casi esaminati di esercizio di attività negoziale attraverso la quale i coniugi prospettano un assetto di interessi, produttivo di effetti giuridici soltanto a seguito della mediazione dell'ordinamento giuridico -secondo la dinamica propria della negozialità-nella misura in cui non si ravvisi un contrasto con i valori formali e sostanziali del sistema[14], che in subiecta materia si specificano nell'interesse superiore della prole e, in una prospettiva più ampia, dei soggetti deboli del rapporto.

L'accordo dei coniugi ha modo di esplicarsi anche nell'ambito del procedimento di negoziazione assistita, assumendo i medesimi contenuti di quello raggiunto nell'ambito della separazione consensuale o del divorzio su domanda congiunta[15].

In realtà potrebbe ipotizzarsi una vis espansiva dell'autonomia dei soggetti al punto da consentire loro, anche sulla base di quanto si registra in altre esperienze giuridiche, di stipulare accordi prematrimoniali, al fine di regolare le conseguenze di una eventuale crisi[16], rinunciando, per esempio, reciprocamente al mantenimento spettante al verificarsi dei presupposti indicati dall'art. 156 c.c, o, viceversa, prevedendo la corresponsione di un assegno di mantenimento, pur in difetto dei presupposti legislativamente richiesti ed in ragione del contributo prevalente dato alla conduzione familiare. Medesimo contenuto potrebbe avere un accordo diretto a regolare le conseguenze economiche della cessazione del vincolo[17]. Occorre tuttavia rilevare che nell' ordinamento giuridico italiano la possibilità di stipulare accordi prematrimoniali aventi ad oggetto l'assegno di mantenimento o quello divorzile o accordi temporalmente collocati nello spatium temporis intercorrente tra la separazione ed il divorzio, al di fuori del vaglio giudiziale, pur se auspicata dalla dottrina, non è ammessa dalla giurisprudenza,

13 In questa direzione Alpa, G. - Bargelli, E.: "Premessa : i rimedi alla crisi familiare", in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, P.: Famiglia e matrimonio (a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello), cit., p.. 1231.

14 Sul punto Scalisi, V.: *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 58.

15 Rimini, C.: *Il nuovo divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, *La crisi della famiglia*, II, Giuffrè, Milano, 2015, p. 235; Sesta, M.: "Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia", *Fam. dir.*, 2015, p. 296.

16 Significativo in questa direzione la proposta di legge a firma dei senatori Filippi, Garavaglia e Mazzatorta, presentato il 18 marzo 2011 dal titolo "Modifiche al codice civile e alla l. 1° dicembre 1970 n. 898 in materia di patti prematrimoniali".

17 Al Mureden, E.: *La separazione personale dei coniugi*, cit., p. 397.

che ne dichiara la nullità. In particolare si afferma la nullità degli accordi conclusi in sede di separazione, con i quali i coniugi fissano il regime giuridico-patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio, per illiceità della causa, perchè stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale di cui all'art. 160 c.c.. L'invalidità riguarda non soltanto gli accordi che escludono o limitano il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto necessario a soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente tali esigenze, in quanto una preventiva pattuizione potrebbe condizionare e/o determinare il consenso alla dichiarazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio[18]. L'orientamento richiamato è condivisibile nella misura in cui pone l'accento sulla necessità di tutelare il coniuge debole, tuttavia sarebbe opportuno non assumere posizioni preconcette in ordine alla invalidità di tali accordi, occorrendo verificare se l'interesse perseguito, con la regolamentazione degli effetti di una eventuale futura crisi del rapporto, sia in concreto meritevole di tutela. In questa direzione è evidente che un accordo che non garantisca una adeguata tutela al coniuge debole non potrebbe superare il vaglio giudiziale di meritevolezza.

Il problema si pone anche con riferimento ad accordi che si presentino in astratto migliorativi rispetto alla tutela legislativamente offerta ai coniugi; bisogna infatti verificare il grado di consapevolezza che i soggetti hanno al momento della conclusione di accordi prematrimoniali, o comunque preventivi alla fase patologica del rapporto, ed in questa logica sarebbe opportuno, sulla scorta di quanto avviene in altri ordinamenti, supportare l'esercizio dell'autonomia privata sì da assicurare ai soggetti un esercizio responsabile della stessa, che valuti le possibili conseguenze delle scelte operate[19].

III. I RIMEDI ALLA CRISI MATRIMONIALE IN ALCUNE ESPERIENZE GIURIDICHE EUROPEE: UN'ANALISI COMPARATA.

Accertata la rilevanza attribuita all'autonomia dei soggetti anche nella fase patologica del rapporto matrimoniale, occorre a questo punto verificare, attraverso uno sguardo comparatistico, la funzione che i rimedi alla crisi coniugale assolvono nei vari sistemi giuridici. In termini più espliciti bisogna accertare se ed in che misura i due rimedi alla crisi del rapporto si presentino alternativi, rimettendo ai coniugi la scelta della modalità di risoluzione della crisi coniugale attraverso la richiesta di separazione o di scioglimento e/o cessazione degli effetti civili del matrimonio. L'alternatività presuppone una identità di regolamentazione sia delle cause che delle conseguenze - sul piano dei rapporti personali e con

18 Limitandosi alle statuizioni più recenti Cass., ord., 26.04.2021, n. 11012, *Resp. civ. prev.*, 2021, 4, p. 1339, ma negli stessi termini già Cass., 30.01.2017, n. 2224, in Giuda al dir., 2017, 9, p. 82.

19 In questa direzione Al Mureden, E.: "*La separazione personale dei coniugi*", cit., p. 441.

i figli e su quello dei rapporti patrimoniali- dei due rimedi. Consapevoli che le esperienze giuridiche europee che passeremo in rassegna non sono culturalmente e socialmente omogenee.

Nella esperienza giuridica italiana, si anticipa sin da adesso, la separazione, nelle varie forme nelle quali può essere pronunciata, in quanto attesta il venir meno della comunione di vita materiale e spirituale tra coniugi, rappresenta il presupposto legittimante la domanda di scioglimento del matrimonio, eccettuate le altre ipotesi non strettamente inerenti ad una crisi coniugale in senso stretto, e non soltanto fonte di regolamentazione delle condizioni della vita separata.[20]

Il sistema giuridico tedesco non prevede invece la separazione legale, già presente nel codice civile in quanto espressiva del venir meno della comunione materiale e spirituale di vita dei coniugi, attribuendo piuttosto rilevanza alla separazione di vita dei coniugi, quale situazione di fatto che, protrattasi nel tempo, fa presumere la disgregazione del rapporto coniugale e costituisce nel contempo il fondamento della domanda di scioglimento del matrimonio, oltre ad essere produttiva di effetti nei rapporti patrimoniali tra i coniugi. Pertanto, anche in questa esperienza giuridica, così come in quella italiana, la separazione (di fatto) acquista una funzione strumentale rispetto allo scioglimento del matrimonio e, a seguito delle già rilevate riforme intervenute nell'ordinamento italiano, si accorciano le distanze tra il modo di atteggiarsi dei due rimedi, rimettendosi in entrambi gli ordinamenti ai coniugi la definizione della crisi del rapporto e dei conseguenti effetti, senza che occorra quale passaggio obbligato la mediazione giudiziale. Accertata la disgregazione dell'unione coniugale, sulla base del protrarsi nel tempo della separazione di vita, è possibile proporre domanda di divorzio senza che assumano più rilevanza ai fini della pronuncia, a differenza di quanto avveniva in passato, eventuali responsabilità nel fallimento del rapporto di coniugio. Qualora la mancanza di comunione di vita materiale e spirituale si sia protratta per tre anni è possibile lo scioglimento del vincolo su domanda di uno solo dei coniugi; il consenso di entrambi consente invece di ritenere sufficiente a fare presumere il fallimento del matrimonio la mancata convivenza protratta per un solo anno. Presupposto, di fatto e giuridico nello stesso tempo, è quindi l'accertato venir meno dell'affectio coniugalis. Sistematicamente incoerente è invece la previsione di un ostacolo allo scioglimento del vincolo derivante dalla tutela di un superiore interesse della prole o dalla opposizione dell'altro coniuge ex par. 1568 BGB.

In presenza di fatti particolarmente gravi posti in essere da un coniuge nei confronti dell'altro e lesivi della sua dignità, quali umiliazioni e maltrattamenti ma anche condotte violative del dovere di fedeltà, è sufficiente, con una evidente

20 Fortino, M.: "La separazione personale dei coniugi", cit., p. 1249.

curvatura sanzionatoria, anche un periodo di separazione più breve per proporre domanda di divorzio.

L'esperienza francese prevede viceversa entrambi i rimedi avverso la crisi del rapporto matrimoniale, fondati sul medesimo presupposto del fallimento dell'unione coniugale. La separazione personale (séparation de corps), reintrodotta nel sistema con finalità dichiaratamente compromissorie, era configurata all'origine come rimedio utilizzabile dai cattolici in ragione del solo effetto sospensivo di taluni obblighi nascenti dal vincolo matrimoniale, che come sacramento rimaneva indissolubile; la stessa può però divenire mero presupposto del successivo scioglimento del matrimonio, ciò in quanto si consente ad uno dei coniugi di chiedere, in presenza di una separazione protrattasi per due anni, la conversione in divorzio[21]. Si tratta tuttavia di un percorso non necessario, essendo il ricorso alla separazione rimesso alla scelta dei coniugi e rimanendo su un piano generale i due rimedi quali soluzioni alternative, identiche essendo le cause che giustificano il ricorso all'uno o all'altro rimedio nonché le conseguenze sul piano personale e patrimoniale, con la ovvia differenza che uno sospende e l'altro fa venir meno definitivamente il rapporto coniugale. Sono quattro le cause di separazione e divorzio nell'ordinamento francese ex artt. 229 e 296 c.c. : due (il mutuo consenso e l'accettazione della separazione richiesta dall'altro coniuge) sono espressive della volontà, condivisa da entrambi i coniugi, di porre fine al rapporto matrimoniale, pur diversificandosi al loro interno in quanto attraverso il mutuo consenso i coniugi definiscono compiutamente i loro rapporti personali e patrimoniali e quelli con i figli e sottopongono al giudice per la relativa omologa gli accordi raggiunti; in caso di separazione proposta da un coniuge ed accettata dall'altro si conviene soltanto sull'intervenuto fallimento del rapporto coniugale, accettazione peraltro sottoposta al vaglio giudiziale, che ne verificherà la consapevolezza e serietà, ma difetta un accordo sui rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi, rimesso all'autorità giudiziaria a seguito di una procedura contenziosa.

Le altre due (alterazione definitiva del legame coniugale e colpa, rectius violazione dei doveri coniugali) sono fondate sulla richiesta unilaterale senza il consenso dell'altro coniuge. Se proposte in giudizio entrambe, una in via principale e l'altra in via subordinata, verrà esaminata prima la domanda di separazione per colpa e, in caso di rigetto della stessa, potrà pronunciarsi la separazione o il divorzio per alterazione definitiva del legame coniugale pur in assenza di una pregressa separazione tra coniugi[22]. L'esistenza della colpa non sembra tuttavia produttiva di conseguenze sul piano patrimoniale, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento italiano, poiché le pension alimentaire, in caso di separazione,

21 A riguardo Hauser, J.-Huet-Weiller, D. : *La famille. La dissolution de la famille*, in *Traitè Ghestin*, L-G-D-J, 1991, p. 507.

22 Fortino, M.: "La separazione personale dei coniugi", cit., p. 1259.

non è subordinata per nessun verso all'assenza di colpa in capo al richiedente. Nel giudizio di divorzio invece il giudice potrà equitativamente non attribuire la prestation compensatoire in caso di colpa esclusiva del coniuge richiedente, ed in questo caso, così come nel caso in cui la domanda di divorzio si fondi sull'alterazione definitiva del legame coniugale, potrà proporsi da parte del coniuge non in colpa un'azione di responsabilità civile. Il divorzio rimane tuttavia in quel contesto lo strumento principale di risoluzione del conflitto, come dimostrato sul piano processuale dalla prevalenza della domanda di divorzio su quella di separazione, ove siano giudizialmente attivati entrambi i rimedi sul presupposto della cessazione dell'unione coniugale e di comportamenti rimproverabili ad uno dei coniugi[23]. Con un evidente favor nei confronti del divorzio su base consensuale e per quello acceptè. In questa direzione la legge del 18 novembre 2016 n. 1547 (modernisation de la iustice du XX° siècle) ha previsto una procedura consensuale stragiudiziale del divorzio per mutuo consenso per scrittura privata controfirmata dagli avvocati, che assistono le parti.

Separazione e divorzio si configurano anche nell'ordinamento giuridico inglese quali strumenti alternativi, legati al dato oggettivo di una crisi nel rapporto coniugale e, in caso di divorzio, della rottura della convivenza coniugale, senza attribuire rilevanza alcuna alle ragioni di tale rottura e quindi ad eventuali colpe nel fallimento dell'unione coniugale. In questa direzione si muove il Family Law Act del 1996, che esprime il proprio favore per una composizione stragiudiziale della crisi, configurando come residuale l'intervento dell'autorità giudiziaria[24]. Entrambi i rimedi sono destinatari della medesima regolamentazione, divenendo così la separazione tanto un'alternativa di cui i coniugi dispongono nella gestione della crisi coniugale, senza incidere sulla sostanza del vincolo[25], quanto una pausa di riflessione imposta a coloro che non possono sciogliersi dal vincolo non essendo trascorso un anno dalla celebrazione del matrimonio. La soluzione concordata della crisi può sostanziarsi nella conclusione di separation agreements con i quali si definiscono i rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi e tutte le altre condizioni della vita separata, sottoposte al filtro giudiziale, che ne verificherà la conformità con l'interesse dei figli. In mancanza di accordo la determinazione delle conseguenze sarà affidata alla decisione giudiziale, necessariamente preceduta da una fase di mediazione[26] e, ove questa non dia esito positivo, la stessa dovrà essere preceduta da una pausa di riflessione della durata di 9 o 15 mesi, a seconda che vi sia o meno l'accordo tra i coniugi sulla richiesta di divorzio o in ragione dell'esistenza di figli di età inferiore ad anni 16, durante la quale può addivenirsi

23 Ampie argomentazioni sul punto in Fortino, M.: "La separazione personale dei coniugi", cit., p. 1509.

24 Autorino Stanzione , G. - Zambrano, V.: *Separazione e divorzio nell'esperienza europea*, Utet, Torino, 2003, p. 62.

25 Autorino Stanzione , G. - Zambrano, V.: *Separazione e divorzio nell'esperienza europea*, cit. p. 62.

26 Sul punto Zambrano, V. : "Un modello alternativo di giustizia: la mediazione familiare in Europa", *Familia,* 2005, p. 495 ss.

ad una soluzione concordata successivamente recepita dal giudice. Ove la definizione concordata non si raggiunga, sarà la statuizione giudiziale a fissare le conseguenze dello scioglimento del vincolo matrimoniale[27]. Anche nell'esperienza giuridica statunitense lo scioglimento del vincolo matrimoniale non deve essere necessariamente preceduto da un periodo di separazione dei coniugi, assumendo questa circostanza -che trova peraltro riscontro nel Covenant marriage non avente diffusione generalizzata- carattere eccezionale e territorialmente circoscritta agli ordinamenti statali dell'Arizona, Arkansas e Lousiana. La separazione dei coniugi anche in questo ambito diviene un'alternativa per la definizione della crisi coniugale senza incidere sulla sussistenza del vincolo matrimoniale[28].

La ley 15/2015 de 8 de julio, innovando rispetto alla legge 30/1981 de 7 julio, ha dettato, nell'ordinamento spagnolo, una più lineare disciplina dei rimedi alla crisi coniugale, ispirata al principio costituzionale della libertà del consenso matrimoniale (art. 32 Cost.). Se la libertà costituisce la condicio sine qua non del negozio matrimoniale, la stessa dovrà supportare parimenti il matrimonio inteso come rapporto, con la conseguenza che il venir meno dell'affectio tra i coniugi è condizione sufficiente per proporre domanda di separazione e divorzio, che anche in questa esperienza giuridica costituiscono rimedi alternativi, fondati sulle medesime cause e produttive dei medesimi effetti, salvo come è ovvio il venir meno del vincolo in caso di divorzio e l'attenuazione invece degli effetti in caso di separazione. E' sufficiente in questa logica la volontà di entrambi i coniugi o anche di uno solo di essi per proporre domanda di separazione o divorzio, senza dovere addurre o provare i fatti che stanno a fondamento della richiesta. In caso di domanda congiunta, accompagnata da una proposta di accordo (convenio regulador), il giudice adito pronuncia la separazione o il divorzio richiesti, prendendo atto della volontà come manifestata. Allo stesso modo si procederà qualora la richiesta provenga da uno solo dei coniugi, alla quale l'altro non potrà opporsi, corredata da una proposta contenente la regolamentazione dei rapporti personali e patrimoniali. Soltanto il contrasto e/o la dannosità grave degli intervenuti accordi o della proposta all'interesse dei figli o del coniuge determinerà il diniego giudiziale e, qualora l'accordo non si raggiunga, una regolamentazione sostitutiva di fonte giudiziale.

L'unico presupposto richiesto, sia in caso di domanda di separazione che di divorzio congiunta o unilaterale, è che il matrimonio abbia avuto una durata di almeno tre mesi; presupposto questo non richiesto in presenza dell'iniziativa di un solo coniuge se vi siano rischi per la vita, l'incolumità fisica, la libertà , anche sessuale, del coniuge o dei figli. In questo caso la gravità delle ragioni che supportano la domanda non consente di osservare lo spatium temporis normalmente richiesto

27 Fortino M.: "La separazione personale dei coniugi", cit., p. 1518.

28 Wardle, L. -Nolan, L. :" Family law in the USA", Kluwer law International, Netherlands, 2011, p. 121.

dal legislatore. Così strutturati i due rimedi, può ritenersi che il divorzio rappresenta lo strumento cardine di risoluzione dei conflitti, mentre la separazione diviene modalità alternativa di composizione della crisi e non passaggio necessario per addivenire allo scioglimento del vincolo matrimoniale. A seguito della riforma del 2005, la differenza rispetto alla esperienza giuridica italiana è netta; la separazione in Italia infatti, e *non senza ambiguità*[29], è dotata in astratto di una pluralità di funzioni consistenti ora nella transitoria composizione della crisi coniugale, ora nel mero presupposto per lo scioglimento del matrimonio ora infine in uno strumento di verifica del perdurare dell'affectio che può sfociare in una riconciliazione tra i coniugi[30].

Dalla superiore analisi comparata del modo in cui si atteggiano i rimedi avverso la crisi coniugale nelle principali, non certamente uniche[31], esperienze europee emerge come la relativa disciplina sia oggi improntata alla tutela di un valore che risulta essere preminente: la libertà dei coniugi nella valutazione della prosecuzione della convivenza qualora la comunione di vita materiale e spirituale sia venuta meno. In questa logica, con riferimento allo scioglimento del matrimonio, si assiste nel panorama europeo al passaggio da un divorzio funzionalmente caratterizzato dalla finalità di sanzionare una condotta del coniuge, violativa dei doveri nascenti dal matrimonio, che si riflette sugli effetti, come avviene ancora oggi sotto alcuni profili nell'esperienza francese,[32] ad un divorzio che pone rimedio alla compromissione irreversibile del rapporto coniugale, desunta proprio da una separazione di vita, o in alcuni casi formalizzata, protrattasi per un determinato periodo di tempo. E' altresì emerso che i vari ordinamenti esprimono un favor nei confronti di una definizione il più possibile consensuale della crisi del rapporto matrimoniale e, come in alcuni casi, sia sufficiente l'iniziativa unilaterale non contrastata dall'altra parte, configurandosi il rimedio come atto di esercizio di un diritto potestativo a sciogliersi immediatamente o progressivamente da un vincolo non più espressivo di una condivisione di intenti[33]. Il valore della stabilità del vincolo cede di fronte al definitivo fallimento del rapporto matrimoniale. Può dunque ritenersi che, malgrado le diversità culturali esistenti nei vari paesi europei, vi sia una indubbia convergenza dei sistemi giuridici su alcuni profili dei rimedi avverso la crisi coniugale, come ad esempio, la mancata rilevanza della colpa, il

29 Fortino, M.: "La separazione personale dei coniugi", cit., p. 1256.

30 Franceschelli, V.: "Perplessità e interrogativi nel nuovo diritto di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 524.

31 Sul modo di atteggiarsi del divorzio nelle esperienze giuridiche europee Oberto, G. : "Il divorzio in Europa," *Fam. dir.*, 2021, p. 112 ss.

32 La colpa assume tuttavia rilevanza anche in altri ordinamenti, come quello italiano, il quale nell'attribuire importanza, ai fini dello scioglimento immediato del vincolo, a fatti penalmente rilevanti, introduce certamente profili di colpa.

33 In questa direzione anche, Oberto, G. : "Il divorzio in Europa," cit., p. 119, il quale distingue tra sistemi monisti nei quali il divorzio si fonda su un unico presupposto quale l'irreversibile fallimento del rapporto coniugale, e sistemi pluralisti nei quali invece lo scioglimento del matrimonio si fonda su una pluralità di motivi. Trattasi tuttavia di una distinzione tendenziale (p. 121).

diritto di interrompere la convivenza qualora la stessa non sia più supportata dall'affectio originaria, ed ancora, tranne alcune eccezioni quale quella italiana, l'irrilevanza della separazione personale dei coniugi ai fini della proposizione della domanda di divorzio, o la contrattualizzazione dei rapporti patrimoniali conseguenti alla rottura della convivenza coniugale. E ciò malgrado la resistenza ad individuare linee di tendenza comuni in ragione delle diversità culturali e religiose dei sistemi nazionali[34]. Non mancano tuttavia le divergenze, specie sotto il profilo delle conseguenze patrimoniali tra i coniugi, atteggiandosi diversamente nei vari ordinamenti l'avvertita esigenza perequativa ed assistenziale che caratterizza la fase post coniugale. Significativa al riguardo l'esperienza tedesca in cui la solidarietà post coniugale introduce una mera eccezione al principio di autoresponsabilità dei coniugi, che nel sistema italiano ha sostituito per un breve periodo il criterio del tenore di vita[35], utilizzato dalla giurisprudenza per circa un trentennio ai fini della determinazione dell'an e del quantum dell'assegno divorzile[36]. Allo stato in Italia all'assegno divorzile è invece attribuita una funzione assistenziale

34 Marella, M. R .: "The non subversive function of european privatelaw: the case of harmonisation of family law", *European law journal*, 12, 2008, p. 84; Hondius, E.: "Naar en europees personene-en familierecth", in AA. VV., *Drie treden: over politiek, bleiden en recht*, Zwolle, 1995, p. 173 ss.

35 Cass., 10.05.2017, n. 11504, *Dir. Fam. pers*., 2017, 4, p. 1207 ss, con nota di Astone, A.: "Assegno di divorzio e nuovo parametro del giudizio di adeguatezza dei mezzi: dal tenore di vita matrimoniale alla indipendenza economica degli ex coniugi", secondo cui "Il giudice del divorzio, richiesto dell'assegno di cui alla L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, come sostituito dalla L. n. 74 del 1987, art. 10, nel rispetto della distinzione del relativo giudizio in due fasi e dell'ordine progressivo tra le stesse stabilito da tale norma: A) deve verificare, nella fase dell'an debeatur - informata al principio dell'"autoresponsabilità economica" di ciascuno degli ex coniugi quali "persone singole", ed il cui oggetto è costituito esclusivamente dall'accertamento volto al riconoscimento, o no, del diritto all'assegno di divorzio fatto valere dall'ex coniuge richiedente -, se la domanda di quest'ultimo soddisfa le relative condizioni di legge (mancanza di "mezzi adeguati" o, comunque, impossibilità "di procurarseli per ragioni oggettive"), con esclusivo riferimento all'"indipendenza o autosufficienza economica" dello stesso, desunta dai principali "indici" - salvo altri, rilevanti nelle singole fattispecie - del possesso di redditi di qualsiasi specie e/o di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari (tenuto conto di tutti gli oneri lato sensu "imposti" e del costo della vita nel luogo di residenza dell'ex coniuge richiedente), delle capacità e possibilità effettive di lavoro personale (in relazione alla salute, all'età, al sesso ed al mercato del lavoro dipendente o autonomo), della stabile disponibilità di una casa di abitazione; ciò, sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte dal richiedente medesimo, sul quale incombe il corrispondente onere probatorio, fermo il diritto all'eccezione ed alla prova contraria dell'altro ex coniuge; B) deve "tener conto", nella fase del quantum debeatur - informata al principio della "solidarietà economica" dell'ex coniuge obbligato alla prestazione dell'assegno nei confronti dell'altro in quanto "persona" economicamente più debole (artt. 2 e 23 Cost.), il cui oggetto è costituito esclusivamente dalla determinazione dell'assegno, ed alla quale può accedersi soltanto all'esito positivo della prima fase, conclusasi con il riconoscimento del diritto -, di tutti gli elementi indicati dalla norma ("(....) condizioni dei coniugi, (....) ragioni della decisione, (....) contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, (....) reddito di entrambi (....)"), e "valutare" "tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio", al fine di determinare in concreto la misura dell'assegno di divorzio; ciò sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte, secondo i normali canoni che disciplinano la distribuzione dell'onere della prova (art. 2697 cod. civ.)".

36 Il riferimento è a Cass., ss..uu., 29.11.1990, n. 11490, in *Foro it*,, 1991, I, 1, 67, con note di Quadri, E.: "L'assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite", e Carbone, V.: "Urteildammerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)". L'orientamento si è consolidato fino al revirement del 2017; limitandosi all'ultimo decennio si segnalano, a titolo indicativo, le seguenti decisioni: Cass., 12.7.2007, n. 15611, *Fam. e dir*., 2007, p. 1092; Cass., 24.3.2010, n. 7145, *Fam. dir*., 2010, p. 606; Cass, 27.12.2011, n. 28892, *Fam. dir*., 2012, p. 304; Cass., 30.3.2012, n. 5177, *Guida al dir*., 2012, 25, p. 65; Cass., 3.7.2013, n. 16597, *Fam. dir*., 2013, p. 1079, con nota di Alcaro, F.: "Note in tema di assegno divorzile: il "tenore di vita in costanza di matrimonio", un'aporia interpretativa; Cass., 12.10.2014, n. 21597, in *Fam. e dir*., 2014, 1136.

e perequativo-compensativa[37]. Le finalità perequativo-compensative nel sistema francese vengono affidate alla già menzionata prestation compensatoire, che deve riequilibrare la disparità reddituale dei coniugi al momento della cessazione del vincolo, indipendentemente dallo stato di bisogno del coniuge richiedente[38]. Parimenti differenziate nei vari sistemi europei sono le modalità di calcolo della contribuzione post coniugale, ora affidate alla discrezionalità del giudicante, come avviene nei paesi di common law, ora invece determinate sulla base di criteri legislativi e/o giurisprudenziali, come si registra in altri paesi[39].

IV. SEPARAZIONE E DIVORZIO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO.

1. Dalla separazione per colpa al diritto potestativo alla separazione.

Nell'impianto codicistico, ispirato al principio di indissolubilità del matrimonio, la separazione personale dei coniugi rappresenta l'unico rimedio all'oggettiva impossibilità di proseguire nel rapporto matrimoniale, consentendo ai coniugi di sospenderne alcuni effetti. Storicamente siffatta funzione del rimedio si giustifica con la evidente integrazione -già realizzata nel codice previgente- tra la disciplina civile del matrimonio e quella ecclesiastica, cui il Concordato lateranense aveva dato un significativo impulso, e che ha avuto seguito nella codificazione del 1942, laddove la separazione personale dei coniugi diviene strumento di composizione dell'indissolubilità del matrimonio con l'esigenza di libertà dei coniugi in caso di intollerabilità sopravvenuta della convivenza[40]. Tuttavia siffatto rimedio veniva accordato, su richiesta del coniuge incolpevole, con una precisa connotazione sanzionatoria, soltanto in presenza di gravi violazioni dei doveri matrimoniali quali l'adulterio, l'abbandono volontario, eccessi, sevizie, minacce, o ingiurie gravi (ex art. 151 c.c. originaria formulazione), quindi per colpe di uno o entrambi i coniugi, dalle quali è dato certamente desumere l'impossibilità della prosecuzione della convivenza, e ciò malgrado si richiedesse, anche in sede interpretativa, la prova della sussistenza del presupposto legittimante la richiesta, una sua imputazione oggettiva e non, per le lungaggini cui si esporrebbe, soltanto soggettiva[41].

Con l'emanazione della Costituzione e la graduale attuazione dei suoi valori si assiste ad un cambiamento di prospettiva; l'indissolubilità del matrimonio,

37 Cass. S.U. 11.07.2018, n. 18287, *Dir. Fam. pers.*, 2018, 3, p. 859, con nota di Savi, G.: "Riconoscimento e determinazione dell'assegno post-matrimoniale: il ritrovato equilibrio ermeneutico". Principio ribadito di recente da Cass., 23.09.2022, n. 27948, *www.dejure.it*

38 Oberto, G.: "Il divorzio in Europa", cit., p. 132.

39 Sui metodi di calcolo degli assegni di separazione e divorzio in Italia, AA.VV., *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, a cura di Al mureden, E., Giappichelli, Torino, 2020.

40 In questi termini Al mureden, E.: *La separazione personale dei coniugi*, cit., p. 9.

41 In questa direzione Danovi, F.: "I presupposti della separazione, ovvero quando il diritto "cede il passo" alla libertà del singolo (e per il divorzio?)", *Fam. dir.*, 2019, p. 74.

espressione di una concezione pubblicistica della famiglia, si poneva in evidente contrasto con la libera esplicazione delle istanze di realizzazione all'interno del rapporto coniugale. Questo dato ha reso pertanto necessari tanto la previsione della possibilità di sciogliere il rapporto matrimoniale, avvenuta con la legge 1° dicembre 1970 n. 898, quanto un intervento riformatore della separazione personale dei coniugi, attuato con la novella del 1975, che ha inciso profondamente sulla disciplina del diritto di famiglia, configurando la separazione personale non più come una sanzione a carico del coniuge responsabile delle condotte, come tipizzate dal legislatore, bensì rimedio avverso una crisi coniugale. Il rapporto matrimoniale si alimenta infatti della comunione di vita materiale e spirituale, qualora questa venga meno, riemerge la necessità di tutelare la sfera di libertà del singolo coniuge di scegliere un personale percorso di vita[42]. In questa logica la separazione si fonda sulla oggettiva intollerabilità della convivenza, che può essere fonte di pregiudizio anche per la prole. La nuova formulazione dell'art. 151 c.c. è suscettibile di essere variamente interpretata potendosi infatti ritenere che l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza debba scaturire necessariamente dal verificarsi di determinati fatti, anche se gli stessi possono non essere riconducibili alla volontà dei coniugi. La posizione iniziale della giurisprudenza è stata particolarmente rigorosa ritenendo la stessa necessaria, ai fini della pronuncia della separazione, l'allegazione e la prova delle circostanze dalle quali scaturirebbe la intollerabile prosecuzione della convivenza coniugale[43]. La tesi oggettivistica, particolarmente seguita in giurisprudenza, argomentava dalla giuridicità del vincolo coniugale nonchè dall'esigenza di garantire l'unità della famiglia e dal diritto di ciascun coniuge alla prosecuzione della convivenza, sempre che non si verificassero fattori di intollerabilità oggettiva che, nelle interpretazioni restrittive, erano identificati con la violazione degli obblighi familiari[44]. Si richiedeva, pertanto, un controllo giudiziale sulle motivazioni addotte dal coniuge richiedente la separazione, oggettivamente riscontrabili, sì da evitare che la separazione potesse essere pronunciata soltanto sulla base della volontà di un coniuge di non volere più proseguire nel rapporto coniugale[45]. Utilizzandosi peraltro quale parametro del giudizio di intollerabilità il soggetto medio.

42 Riflessioni queste condivise da Morace pinelli, A.: E' tempo di abrogare la separazione giudiziale", *Nuova giur. civ. comm.,* 2020, 4, p. 892.

43 Sul punto Cass., 17.07.1997, n. 6566, *Fam. dir,* 1998, p. 82, secondo cui "la riforma del 1975 ha profondamente innovato l'istituto della separazione, eliminando la concezione della "sanzione" basata sulla "colpa", ed introducendo il concetto del "rimedio" ad una situazione di intollerabilità della convivenza, o di grave pregiudizio all'educazione della prole, anche indipendente dalla volontà dei coniugi. La formulazione dell'art. 151 c.c. costruisce un modello unitario di separazione, fondato sull'accertamento di presupposti oggettivi, rappresentati dalla sussistenza di fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole, rispetto al quale l'addebitabilità ad uno o ad entrambi i coniugi si pone come dichiarazione eventuale, da pronunciare nel contesto della separazione, ove ne ricorrano le circostanze".

44 Cass., 21.01.2014, n. 1164, in *Giur. it*., 2015, p. 38, con nota di Tommaseo, F.: "La separazione giudiziale: basta volerla per ottenerla".

45 Hanno affermato sul punto i giudici di legittimità (Cass., 10.01.1986, n. 67, in *Giust. civ*., I, p. 2213) in una statuizione che appare estremamente significativa della concezione oggettiva della intollerabilità che

In realtà i giudici aditi hanno attribuito rilevanza, ai fini dell'accoglimento della domanda di separazione e dell'eventuale pronuncia di addebito, all'incidenza che i fatti come allegati in giudizio hanno sul rapporto di coppia piuttosto che sui fatti oggettivamente considerati[46]. Il rigore originario della giurisprudenza, determinato da un approccio formalistico e poco aderente alla ratio della previsione normativa, si è progressivamente attenuato, anticipato dalla dottrina[47], e l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza viene ora valutata come un fatto "psicologico squisitamente individuale"[48]. L'impostazione oggettivistica originaria sopravvive nella misura in cui si traduce in un controllo giurisdizionale sulla intollerabilità della prosecuzione della convivenza, dovendo le situazioni di intollerabilità essere oggettivamente apprezzabili e giudizialmente controllabili[49], fermo restando che la separazione non è più determinata dalla cosciente violazione degli obblighi derivanti dal matrimonio, ma dal dato oggettivo dell'intollerabilità della convivenza o del grave pregiudizio per i figli, non necessariamente dipendente dalla condotta

"L'art. 151 c.c. (nuovo testo), pur svincolando la pronuncia della separazione giudiziale dalle situazioni tipiche previste dal precedente testo della norma, non ha inteso configurarla come una automatica conseguenza di qualsiasi ragione di contrasto nell'ambito del rapporto coniugale, in quanto, anche nel nuovo sistema, l'istituto conserva, sia pure in una sfera di situazioni e di valutazioni più ampia rispetto a quella consentita dal regime anteriore, il carattere di rimedio ad uno stato di fatto di particolare gravità, da qualunque causa dipendente, che renda intollerabile la convivenza. Ciò significa che la situazione, presa in considerazione dalla lege, non può ridursi al mero atteggiamento soggettivo di rifiuto della convivenza, ma deve esprimersi in circostanze che rendano oggettivamente apprezzabile (e quindi giudiziariamente controllabile) la situazione di intollerabilità, nella sua essenza e nella sua dinamica causale". Principio questo ribadito a distanza di anni dai giudici di merito (Trib. Roma, 6.05.2005, in www.dejure.it), secondo cui "nella valutazione della obiettiva intollerabilità della convivenza non può solo (e tanto meno esclusivamente) aversi riguardo alla "intenzionalita'" di un coniuge di volere la separazione (come pare invece sostenere la difesa del ricorrente nella memoria conclusionale), posto che, al fine della pronuncia di separazione, e' insufficiente un mero atteggiamento soggettivo consistente nella volonta' di separarsi". Il Tribunale richiama sul punto la giurisprudenza della Suprema Corte (Cass. 6970/2003) che ha ribadito "che "l'intollerabilita' della convivenza non puo' essere implicita nella volonta' di un coniuge di separarsi: cosi' ragionando, infatti, la separazione, anziche' fondarsi sull'intollerabilita' del rapporto coniugale, finirebbe per identificarsi in una sorta di ripudio unilaterale, asseritamene giustificato da scelte di vita, anche se non condivise dall'altro coniuge". In dottrina sulla concezione oggettiva della intollerabilità della convivenza Corona, R.: *Convivenza intollerabile e separazione dei coniugi*, Jovene, Napoli, 1984, p. 206; Montesano, *L.*:"Nuovi rimedi giudiziari per famiglie in crisi", *Riv. dir. proc. civ.*, 1977, p. 7*;* Grassetti, *C. :* sub art. 151 c. c., in *Comm. dir. it. fam.*, a cura di G. Cian-G. Oppo-A. Trabucchi, II, Cedam, Padova, 1992, p. 682.

46 Significativa a riguardo Cass., 6.08.2004, n. 15241, *Fam. dir.*, 2005, p. 171, con nota di commento di Bugetti, M. N. :"Professioni di credo religioso, violazione dei doveri coniugali e pronuncia di addebito".

47 Sul punto le significative riflessioni di Vettori, G. : "L'unità della famiglia e la nuova disciplina della separazione giudiziale tra coniugi (profili interpretativi degli artt. 151 e 156 c.c.)", *Riv. trim. dir. proc.*,1978, p. 711.

48 Cass. 29.04.2015, n.8713, *Giust. civ. Mass.*, 2015. Hanno affermato i giudici della Suprema Corte che " con la riforma del diritto di famiglia del 1975 la separazione dei coniugi è stata svincolata dal presupposto della colpa di uno di essi e consentita, invece, tutte le volte che "si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza" (art. 151 c.c., nel testo riformato).Con la sentenza n. 3356 del 2007 questa Corte ha ampliato l'originaria interpretazione, di stampo strettamente oggettivistico, di tale norma - interpretazione secondo la quale il diritto alla separazione si fonda su fatti che nella coscienza sociale e nella comune percezione rendano intollerabile il proseguimento della vita coniugale - per dare della medesima norma una lettura aperta anche alla valorizzazione di "elementi di carattere soggettivo, costituendo la intollerabilità un fatto psicologico squisitamente individuale, riferibile alla formazione culturale, alla sensibilità e al contesto interno alla vita dei coniugi".

49 Cass. 29.04.2015, n. 8713, cit.

volontaria di uno o di entrambi i coniugi[50]. In questa nuova e condivisibile logica non occorre più allegare fatti e circostanze dalle quali desumere che la convivenza è divenuta intollerabile, essendo invece sufficiente, ai fini della domanda di separazione personale, il venir meno dell'affectio e la manifestazione della volontà di intraprendere un percorso di vita autonomo. Non è più necessaria la sussistenza di una situazione conflittuale tra i coniugi, riconducibile o meno a comportamenti agli stessi imputabili, è sufficiente invece il venir meno dell'idem sentire, che costituisce la linfa vitale del rapporto matrimoniale. In termini ancora più espliciti la disgregazione del rapporto può scaturire da una disaffezione al matrimonio e da un distacco spirituale di uno solo dei coniugi, che rende incompatibile, indipendentemente da elementi di addebitabilità da parte dell'altro, la convivenza[51]. La frattura dell'unione può desumersi inoltre sic et simpliciter dalla proposizione del ricorso per separazione personale nonché dalle risultanze dell'esperito tentativo di conciliazione, previsto verosimilmente in una prospettiva pubblicistica del negozio matrimoniale[52], la cui omissione, pur costituendo lo stesso una fase necessaria nell'indagine in ordine alla rottura irreversibile dell'unione coniugale, non determina tuttavia la nullità del provvedimento presidenziale e degli atti allo stesso successivi, potendo il giudice non ravvisarne la necessità o anche soltanto l'opportunità[53].

La violazione eventuale degli obblighi derivanti dal matrimonio può invece assumere rilevanza ai fini della domanda autonoma di addebito ma non è idonea per nessun verso ad incidere sull'an della separazione ma soltanto (e questo è almeno opinabile) sugli effetti che ne conseguono[54].

50 In tal senso Cass., 17.03.1995, n. 3098, *Giur. it*., 1996, I, p. 68 ss., con nota di Lenti, L. : "Un addio senza rimpianti al mutamento di titolo della separazione".

51 29.04.2015, n. 8713, cit.

52 Cass., 14.02.2007, n. 3356, *Giust. civ. Mass*., 2007, 9, secondo cui " In una visione evolutiva del rapporto coniugale - ritenuto, nello stadio attuale della società, incoercibile e collegato al perdurante consenso di ciascun coniuge - che secondo questo collegio deve adottarsi, ciò significa che il giudice, per pronunciare la separazione, deve vetrificare, in base ai fatti obbiettivi emersi, ivi compreso il comportamento processuale delle parti, con particolare riferimento alle risultanze del tentativo di conciliazione ed a prescindere da qualsivoglia elemento di addebitabilità, la esistenza, anche in un solo coniuge, di una condizione di disaffezione al matrimonio tale da rendere incompatibile, allo stato, pur a prescindere da elementi di addebitabilità da parte dell'altro, la convivenza". Nella stessa direzione Cass., 30.01.2013, n. 2183, Giust. civ., 2013, p. 2494.

53 In questi termini Cass., 23.07.2010, n. 17336, *Giust. civ. Mass*., 2010, p. 1146. Secondo il supremo Collegio "il tentativo di conciliazione nelle cause di divorzio, pur configurandosi come un atto necessario ai fini dell'indagine sulla irreversibilità della crisi coniugale, non costituisce un presupposto indefettibile del giudizio, onde la mancata comparizione di una delle parti non comporta la fissazione necessaria di una nuova udienza presidenziale, che per contro può essere omessa quando, con incensurabile apprezzamento discrezionale, non se ne ravvisi la necessità o l'opportunità".

54 Cass. 17.03.1995, n. 3098, cit., dove si afferma che " la dichiarazione di addebito si pone come una mera variante dell'accertamento dell'improseguibilità della convivenza, come una modalità accessoria ed eventuale, idonea a produrre una serie di effetti a carico del coniuge colpevole, accertabile solo se espressamente richiesta e "ove ne ricorrano le circostanze" (secondo una formula che sembra rimettere ad una valutazione di opportunità del giudice in rapporto alla gravità del comportamento in contestazione). Ed è appunto il rilievo fondante che l'ordinamento attribuisce, ai fini della separazione, all'intollerabilità della convivenza (o al grave pregiudizio all'educazione della prole) che impone che la responsabilità di essa sia accertata solo all'atto del verificarsi della causa di interruzione dell'unione familiare, secondo l'univoca

Deve quindi ritenersi sussistente, alla luce dell'evoluzione del sistema, un vero e proprio diritto potestativo alla separazione, correlato al carattere strettamente personale del vincolo coniugale[55]. Invero tale diritto ha un fondamento negli artt. 2 e 29 Cost, i quali riconoscendo e tutelando rispettivamente i diritti inviolabili dell'uomo "sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità", e riconoscendo "i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio", implicano il diritto di ciascun coniuge di ottenere la separazione qualora per fatti obiettivi, ancorchè non dipendenti da colpa dell'altro coniuge o propria, tale convivenza sia per lui divenuta "intollerabile", così da essere divenuta impossibile la realizzazione della propria personalità in quella "società naturale" costituita con il matrimonio, che è la famiglia[56]. Con ogni conseguenza sotto il profilo probatorio, non dovendo il coniuge richiedente fornire la prova dei fatti che stanno a fondamento della chiesta separazione. Il diritto di azione si atteggia così non soltanto a "diritto ad un provvedimento di merito, bensì come vero e proprio diritto a un provvedimento (necessariamente) favorevole", pertanto l'iniziativa che dà impulso al processo giustifica sic et simpliciter l'esistenza del diritto sostanziale[57].

Diritto alla costituzione del vincolo coniugale e diritto alla disgregazione dello stesso sono dunque esattamente simmetrici.

2. Scioglimento del matrimonio e necessità di una pregressa separazione. Rilievi critici.

Diversi sono tuttavia i presupposti richiesti per lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, non venendo in rilievo in questo caso un diritto allo scioglimento del vincolo, sganciato dalla sussistenza di presupposti specifici, come nel caso della separazione dei coniugi.

indicazione fornita dal capoverso dell'art. 151 C.C., il quale prevede la dichiarazione di addebito quale pronunzia contestuale a quella di separazione. Appare peraltro evidente l'illogicità e l'incongruenza di una valutazione dei comportamenti contrari ai doveri derivanti dal matrimonio ai fini dell'accertamento dell'intollerabilità di una convivenza che ha cessato di essere, trattandosi di comportamenti intrinsecamente privi di ogni influenza in ordine ad una già acquisita impossibilità di prosecuzione della convivenza".

55 Sul punto Trib. Messina, 23.02.2018, *Guida al dir.*, 2018, 28, p. 70, che tuttavia ritiene necessario l'accertamento di fatti che rendano intollerabile la prosecuzione della convivenza, secondo cui " ai sensi dell›art. 151 c.c., la pronuncia della separazione giudiziale non è vincolata a presupposti tassativi e specifici, ma è, piuttosto, collegata all'accertamento dell'esistenza di fatti che rendano intollerabile per i coniugi la prosecuzione della convivenza. L'accertamento della sussistenza di fatti obiettivamente apprezzabili e, quindi, giuridicamente controllabili, che rendono intollerabile la prosecuzione della convivenza, diviene, pertanto, il presupposto della separazione, anche quando il comportamento non sia direttamente imputabile alla condotta dell'uno o dell'altro coniuge. Ove tale situazione di intollerabilità si verifichi, anche rispetto ad un solo coniuge, deve ritenersi che questi abbia diritto a chiedere la separazione, con la conseguenza che la relativa domanda costituisce esercizio di un suo diritto".

56 Cass., 9.10.2007, n. 21099, *Giust. civ.*, 2008, 3, p. 673.

57 Danovi, F. : *I presupposti della separazione,* cit., pp. 79-80.

Il presupposto fondamentale, come si evince dall'art. 1 della legge n. 898/1970 e successive modifiche ed integrazioni, è costituito dalla impossibilità di mantenere o ricostituire la comunione spirituale e materiale di vita dei coniugi, derivante da una delle cause (civili e penali) indicate nell'art. 3 della legge stessa, costituenti invero una sorta di presunzione iuris et de iure della richiesta impossibilità a proseguire nel rapporto matrimoniale[58]. Si incide, si è ritenuto, così sulla funzione rimediale del divorzio non più giustificato dalla pura e semplice impossibilità di mantenere o ricostituire una comunione di vita tra i coniugi, bensì legato al verificarsi di circostanze specifiche[59]. Malgrado prima facie sembra emergere da alcune cause penali di divorzio una curvatura sanzionatoria, in realtà la caratterizzazione rimediale del divorzio non viene meno in quanto lo scioglimento del matrimonio è pur sempre legato ad una convivenza non più tollerabile da parte di uno o entrambi i coniugi, che non può quindi essere più mantenuta. Il divorzio rappresenta nella maggior parte nei casi, id est nella ipotesi statisticamente più ricorrente di pregressa separazione tra i coniugi, un rimedio ad una crisi coniugale irreversibile per il venir meno dell'affectio, che ha già determinato la separazione dei coniugi; a supporto della funzione rimediale deve evidenziarsi che, ai fini della statuizione sullo scioglimento del vincolo, nessuna rilevanza assumono eventuali responsabilità nel fallimento dell'unione coniugale, nella consapevolezza che le ragioni della decisione sono richiamate dal legislatore ai fini della determinazione dell'assegno di divorzio con possibili finalità sanzionatorie[60]. Peraltro anche a fondamento di tutte le altre cause di divorzio vi è l'impossibilità di proseguire nel rapporto coniugale per il verificarsi di circostanze eccezionali, che determinano la compromissione di valori assoluti, oppure in altri casi, che incidono su "scelte globali di vita" dei coniugi e non in ragione del fallimento del rapporto coniugale per violazione di obblighi derivanti dal matrimonio[61]. Mutano tuttavia nelle varie cause di divorzio i parametri di determinazione della impossibilità di proseguire nella convivenza ma non la funzione che rimane in senso lato rimediale, il cui *ulteriore* e *logico sviluppo* è rappresentato dalla domanda congiunta di divorzio ex art. 4, comma 16, l. n. 898/1970, con la quale i coniugi indicano compiutamente

58 Pur ribadendo la giurisprudenza la necessità che l'impossibilità di mantenere o ricostituire la convivenza sia oggetto di un accertamento autonomo. In questa direzione Cass., 6.12.2006, n. 26165, *Dir. Fam. pers.*, 2007, p. 703, ha affermato che "la declaratoria di cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato secondo il rito religioso non consegue automaticamente alla constatazione della presenza di una delle cause previste dalla L. n. 898 del 1970, art. 3 (oggi dalla L. n. 74 del 1987, artt. 1 e 7), ma presuppone, in ogni caso, attesi i riflessi pubblicistici riconosciuti dall'ordinamento all'istituto familiare, l'accertamento, da parte del giudice, dell'esistenza (ovvero dell'essenziale condizione) della concreta impossibilità di mantenere o ricostituire il consorzio coniugale per effetto della definitiva rottura del legame di coppia, onde, in questo senso, lo stato di separazione dei medesimi coniugi concreta un requisito dell'azione, necessario secondo la previsione della citata L. n. 898 del 1970, art. 3, n. 2, lett. "b".

59 Barbera, L.: Divorzio, sub. art. 1 l. n. 898/1970, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian-G. Oppo- A. Trabucchi, Cedam, Padova, 1992, p. 70.

60 In questa direzione anche Santosuosso, F. :*Il divorzio*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 3, Persone famiglia, 2, Utet, Torino, 1996, p. 295.

61 Fortino, *M.* : Il divorzio, cit., p. 1528.

le condizioni inerenti alla prole ed ai rapporti economici[62]. I presupposti per ottenere il divorzio si prestano dunque ad una lettura unitaria, tutti riconducibili alla clausola generale dell'impossibilità di mantenere o ricostituire la comunione di vita, formula questa nella sostanza non dissimile da quella della intollerabilità della convivenza, che giustifica la separazione dei coniugi e accorcia sempre più la distanza tra i due rimedi avverso la crisi coniugale. In questa logica si inscrive il già richiamato provvedimento (legge 6.05.2015, n. 55) che ha abbreviato i termini per proporre domanda di divorzio, introducendo il c.d. divorzio breve, nonchè il decreto legislativo del 10 ottobre 2022 n. 149 (attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonche' in materia di esecuzione forzata), che ha introdotto l'art. 473 bis.49 c.p.c (Cumulo di domande di separazione e scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio), ai sensi del quale "negli atti introduttivi del procedimento di separazione personale le parti possono proporre anche domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio e le domande a questa connesse. Le domande così proposte sono procedibili decorso il termine a tal fine previsto dalla legge, e previo passaggio in giudicato della sentenza che pronuncia la separazione personale. Se il giudizio di separazione e quello di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio sono proposti tra le stesse parti davanti a giudici diversi, si applica l'articolo 40. In presenza di figli minori, la rimessione avviene in favore del giudice individuato ai sensi dell'articolo 473-bis.11, primo comma. Se i procedimenti di cui al secondo comma pendono davanti allo stesso giudice, si applica l'articolo 274. La sentenza emessa all'esito dei procedimenti di cui al presente articolo contiene autonomi capi per le diverse domande e determina la decorrenza dei diversi contributi economici eventualmente previsti".

Con la evidente finalità di ridurre i tempi di celebrazione dei giudizi e con indubbio risparmio di energie processuali[63], il decreto legislativo n. 149/2022 prevede la possibilità di una proposizione contestuale della domanda di separazione giudiziale e di divorzio contenzioso, che possono così essere definite dal giudice in unico procedimento, all'esito del quale l'autorità giudiziaria pronuncia sentenza di scioglimento e/o cessazione degli effetti civili del matrimonio. Con la precisazione che la procedibilità della domanda di divorzio è pur sempre subordinata alla definitività della sentenza parziale, che abbia statuito sulla separazione dei coniugi, ed al decorso dei termini necessari per la definizione del giudizio intorno allo status coniugale. Se la domanda di separazione personale e quella di divorzio possono

62 Quadri, E.: "*I* presupposti del divorzio" in. (a cura di F. Cipriani, E. Quadri), *La nuova legge sul divorzio*, Napoli, 1988, p. 11 ss.

63 In questi termini si esprime la Commissione Luiso.

essere proposte congiuntamente è allora evidente che l'intenzione del legislatore è quella di ritenere sufficiente, anche ai fini dello scioglimento del matrimonio, l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza e la conseguente impossibilità di mantenere la comunione di vita materiale e spirituale tra i coniugi, rendendo così superfluo un doppio passaggio. Sembra assistersi ad una sorta di abrogazione della separazione personale, e della eventuale domanda di addebito alla stessa correlata, tuttavia, come evidenziato, la procedibilità della domanda di divorzio è subordinata al passaggio in giudicato della sentenza (parziale) che pronuncia la separazione personale, pregiudiziale rispetto a quella di divorzio. In ogni caso, pur con questa precisazione, che irragionevolmente conserva alla separazione il ruolo di presupposto necessario per ottenere lo scioglimento del vincolo, non si comprende, in ragione della sostanziale identità del presupposto legittimante i due rimedi, la necessità di richiedere ancora uno spatium temporis prima della pronuncia sullo status coniugale. La via per un divorzio diretto è stata tracciata ma non percorsa.

La possibilità di un divorzio diretto, non mediato necessariamente da una pregressa separazione personale, di là dei casi previsti dall'art. 1 n. 898/1970, potrebbe ispirarsi su un piano sistematico alla disciplina di un istituto, che presenta non pochi elementi di affinità con il negozio ed il correlato rapporto matrimoniale, malgrado sia stato considerato nella riflessione giuridica un minus rispetto al matrimonio, quello dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, disciplinato dalla legge n. 76/2016, che all'art. 1, comma 24, prevede la possibilità per le parti di manifestare, anche disgiuntamente, la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile e di proporre, entro tre mesi dalla manifestata volontà, la relativa domanda. Nessun presupposto viene richiesto, ai fini dello scioglimento dell'unione civile, ritenendosi implicita nella domanda di scioglimento la volontà insindacabile di non proseguire nel rapporto.

Sulla base delle superiori argomentazioni l'interprete deve allora interrogarsi sulla opportunità di considerare ancora nel nostro sistema la pregressa separazione dei coniugi quale necessario momento per potere accedere al divorzio anche in ragione delle seguenti ulteriori considerazioni. Il nostro ordinamento dà riconoscimento, ex art. 21 Regolamento CE n. 2201/2003, a sentenze straniere di divorzio diretto, non ritenendo la giurisprudenza il divorzio senza pregressa separazione contrario all'ordine pubblico[64]; inoltre, ai sensi dell'art. 5 del Regolamento 1259/2010

64 Cass., (ord.) 21.05.2018, n. 12473, *Guida al dir.*, 2018, 32, p. 48, secondo cui "In tema di riconoscimento di sentenza straniera di divorzio, la circostanza che il diritto straniero preveda che il divorzio possa essere pronunciato senza passare attraverso la separazione personale dei coniugi ed il decorso di un periodo di tempo adeguato tale da consentire ai coniugi medesimi di ritornare sulla loro decisione, non costituisce ostacolo al riconoscimento in Italia della sentenza straniera che abbia fatto applicazione di quel diritto, per quanto concerne il rispetto del principio dell'ordine pubblico, richiesto dalla L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 64, comma 1, lett. g) essendo a tal fine necessario, ma anche sufficiente, che il divorzio segua all'accertamento dell'irreparabile venir meno della comunione di vita tra i coniugi."

(Roma III), i coniugi possono designare di comune accordo la legge applicabile alla separazione ed al divorzio purchè ricorrano le condizioni stabilite dalla norma stessa, potendo così ottenere un divorzio, senza pregressa separazione, qualora la fattispecie concreta presenti elementi di estraneità rispetto al nostro ordinamento ed applicazione di un sistema che contempli il divorzio diretto.

V. IL REGOLAMENTO DELLA CRISI DELLA CONVIVENZA TRA UNITARIETÀ E DIFFERENZIAZIONE. NECESSITÀ DI UN TRATTAMENTO OMOGENEO DELLE ESPRESSIONI DELLA SOLIDARIETÀ NELLA CRISI CONIUGALE.

Dalla superiore disamina è emerso come, a differenza di quanto si registra in altre esperienze giuridiche sia di civil law che di common law, nel nostro sistema la separazione non costituisce un'alternativa al divorzio, nel quadro dei rimedi alla crisi della coppia, e ciò in ragione delle diverse conseguenze che scaturiscono rispettivamente dalla dissoluzione del vincolo e dalla attenuazione dei doveri coniugali. Deve tuttavia rilevarsi che, se si interroga il sistema, si scorgono profili regolamentari comuni, nonché soluzioni interpretative finalizzate ad omologare il trattamento del coniuge separato a quello dell'ex coniuge.

In primo luogo gli artt. 337 bis e ss. c.c., introdotti dall'art. 7 del dlgs. n. 154/2013, applicano, la disciplina relativa all'esercizio della responsabilità genitoriale sia in caso di separazione, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, nullità ed annullamento del matrimonio, che all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio, dettando pertanto, sotto tale profilo, una disciplina unitaria. Diventa unica la disciplina dei rapporti tra genitori e figli tanto nella fase fisiologica del rapporto genitoriale quanto nel caso in cui "si dissolva il legame, matrimoniale o di fatto, tra i genitori"[65]. Si acquisisce consapevolezza che, indipendentemente dalle modalità con le quali la cessazione del rapporto viene formalizzata e dalla fonte del rapporto stesso, le esigenze di tutela dei figli minori sono certamente identiche e meritano la medesima risposta in termini effettuali[66].

Si propone inoltre di valutare, ai fini della corresponsione dell'assegno di mantenimento, le condizioni oggettive, ostative al raggiungimento della indipendenza economica, analogamente a quanto dispone l'art. 5, comma 6, l. n. 898/1970[67]. Ed ancora, in questa direzione appare utile richiamare l'orientamento della Suprema Corte[68], che esclude la sussistenza di una causa di sospensione della prescrizione tra coniugi separati, assimilandone la condizione a quella degli

65 In questi termini la Relazione illustrativa alla legge 219/2012.

66 Morace pinelli, A.: "E' tempo di abrogare la separazione giudiziale", cit., p. 898.

67 Carbone, V.: "Sul concetto di adeguatezza dei redditi del coniuge separato", *Fam. dir.*, 1994, p. 607.

68 Cass., 4.04.2014, n. 7981, *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 890, con nota di commento di De pamphilis, M.: "La prescrizione dei reciproci diritti patrimoniali dei coniugi separati nelle recenti (e contraddittorie) pronunce della Cassazione".

ex coniugi[69]. Si ritiene infatti che l'art. 2941, n. 1, c.c. si riferisca al vincolo coniugale pienamente inteso, con esclusione del regime della separazione personale, facendo così prevalere sul criterio ermeneutico letterale un'interpretazione conforme alla ratio legis, che tenga conto dell'evoluzione della coscienza sociale e della valorizzazione delle posizioni individuali dei membri della famiglia rispetto alla conservazione dell'unità familiare, nonchè della tendenziale equiparazione del regime di prescrizione dei diritti post-matrimoniali e delle azioni esercitate tra coniugi separati. Né in caso di separazione può ritenersi sussistente la riluttanza a convenire in giudizio il coniuge, collegata al timore di turbare l'armonia familiare, essendo già subentrata una crisi consolidata ed esperite le relative azioni giudiziarie, con la conseguente cessazione della convivenza[70].

Il matrimonio, quando i coniugi hanno deciso di intraprendere con la separazione percorsi di vita autonomi, si è ridotto verosimilmente a mera forma, priva dell'elemento sostanziale e fondante dell'affectio; la separazione pertanto non costituisce una semplice pausa di riflessione in funzione della ripresa della vita di coppia, né mero momento preliminare del successivo scioglimento del matrimonio, segna piuttosto "la sostanziale esautorazione dei principali effetti del vincolo matrimoniale"[71]. E questo dato impone la auspicata equiparazione quoad effectum tra separazione e divorzio -ovviamente con il limite del permanere del vincolo in caso di separazione- essendo allo stato non unitario il regolamento della crisi della convivenza, specie sotto il profilo dei rapporti patrimoniali tra i coniugi, ed in particolare con riferimento alle forme di contribuzione nella crisi coniugale. In questa direzione si rileva che gli enunciati normativi di cui agli artt. 156 c.c. e 5, comma 6, l. n. 898/1970, prevedono rispettivamente a favore del coniuge separato il diritto di ricevere dall'altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento in mancanza di adeguati redditi propri, e a favore dell'ex coniuge il diritto ad un assegno divorzile qualora questi non abbia mezzi adeguati e non può procurarseli per ragioni oggettive. Invero fino al maggio del 2017[72] si era consolidato l'orientamento che concretizzava la solidarietà nella crisi coniugale attraverso la corresponsione di un assegno a favore del coniuge economicamente debole utilizzando in via parametrica il criterio del tenore di vita coniugale, e ciò tanto in sede di separazione quanto in sede di divorzio[73]. In particolare veniva in

69 Sul punto anche Al mureden, E.:, "La separazione personale dei coniugi", in Alberto Trabucchi (a cura di S. Delle monache, - G. Gabrielli), Edizioni Scientifiche italiane- Napoli, 2021, p. 113.

70 Cass., 14.12.2018, n. 32524, *Guida al dir.*, 2019, 21, p. 47.

71 Cass., 20.08.2014, n. 18078, *Foro it*, 2014, I, p. 3481, che richiama Cass., 4.04.2014, n. 7981, cit.

72 Cass., 10.05.2017, n. 11504, cit.

73 Cass., 9.06.2015, n. 11870, *Giust. civ. Mass.*, 2015, secondo cui "l'accertamento del diritto all'assegno divorzile dev'essere effettuato verificando l'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente, raffrontati ad un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio e che sarebbe presumibilmente proseguito in caso di continuazione dello stesso o quale poteva legittimamente e ragionevolmente configurarsi sulla base di aspettative maturate nel corso del rapporto, mentre la liquidazione in concreto dell'assegno, ove sia riconosciuto tale diritto per non essere il coniuge richiedente in grado di mantenere con i propri mezzi detto tenore di vita, va compiuta tenendo conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione

rilievo l'impossibilità di ottenere mezzi idonei a consentire il raggiungimento non dell'autosufficienza economica bensì di un tenore di vita sostanzialmente analogo a quello goduto in costanza di rapporto matrimoniale[74].

Dal 2017, a seguito dei noti arresti giurisprudenziali che hanno abbandonato il criterio del tenore di vita ai fini della determinazione dell'an e del quantum dell'assegno divorzile, la solidarietà post-coniugale comincia a percorrere un doppio binario[75].

Poiché la separazione personale, a differenza dello scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, presuppone la permanenza del vincolo coniugale, i redditi adeguati cui va rapportato l'assegno di mantenimento a favore del coniuge, in assenza della condizione ostativa dell›addebito, si ritiene siano quelli necessari a mantenere il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, "essendo ancora attuale il dovere di assistenza materiale, che non presenta alcuna incompatibilità con tale situazione temporanea, dalla quale deriva solo la sospensione degli obblighi di natura personale di fedeltà, convivenza e collaborazione, e che ha una consistenza ben diversa dalla solidarietà post-coniugale, presupposto dell'assegno di divorzio"[76]. In questa prospettiva l'assegno di mantenimento rappresenta la prosecuzione dell'obbligo di assistenza materiale cui i coniugi a seguito della separazione sono tenuti e questo giustifica l'utilizzo del parametro delle condizioni di vita dei coniugi in costanza di rapporto matrimoniale[77]. In realtà l'assegno di mantenimento, in ragione dell'attenuazione dell'obbligo di assistenza materiale a seguito dell'evento separatizio, espressione del dovere di solidarietà che deve sussistere anche nella crisi coniugale, presuppone una condizione di diseguaglianza reddituale dei coniugi che va indubbiamente colmata attraverso la corresponsione di un assegno, che tenga conto nella sua determinazione, come si esprime il legislatore (art. 156, comma 2, c.c.), "delle circostanze e dei redditi dell'obbligato". Il dato, incontestabile e non meramente formale, che alla separazione non segue lo scioglimento del vincolo coniugale bensì l'attenuazione e/o rimodulazione di alcuni doveri, nonché il fondamento costituzionale del dovere solidaristico, di cui l'assegno di mantenimento è espressione, non implicano sic et simpliciter che l'adeguatezza dei redditi del coniuge beneficiario debba valutarsi necessariamente sulla base del tenore goduto durante la vita matrimoniale, dalla quale in modo graduale i coniugi

e del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ognuno e di quello comune, nonchè del reddito di entrambi, valutandosi tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio".

74 Cass., 23.10.2015, n. 21670, *www.dejure.it*

75 Di doppio binario, riferito alla crisi coniugale, parla Morace pinelli, A.: "E' tempo di abrogare la separazione giudiziale", cit., p. 896.

76 Cass., 20.01.2021, n. 975, *Giust. civ.* Mass., 2021.

77 Bianca, C.M.: *Diritto civile. 2.1. La famiglia.* 6°, Giuffrè, Milano, 2017, p. 199.

si stanno allontanando[78]. La circostanza che spesso la separazione costituisca una fase intermedia, di transizione verso lo scioglimento del matrimonio, con un intervallo temporale, oggi sensibilmente ridotto, non supera di per sé il dato che la separazione viene richiesta o concordata quando la convivenza tra i coniugi, per le ragioni più varie, non è più tollerabile con conseguente dissoluzione del rapporto. Le condizioni della pregressa vita matrimoniale, in termini più espliciti, pertanto non vanno utilizzate quale parametro esclusivo per valutare se i redditi del coniuge richiedente siano o meno adeguati. L'assenza di criteri specificatori ulteriori della determinazione dell'assegno di mantenimento, a differenza di quanto avviene in caso di divorzio, non esime dall'effettuare una comparazione di tutte le circostanze concrete al fine di determinarne l'ammontare. Ed il pregresso rapporto matrimoniale deve certamente orientare la determinazione del quantum dell'assegno di mantenimento ma non con riferimento al tenore di vita, che si inserisce nella logica del (cessato) rapporto coniugale, non del negozio matrimoniale, ancora formalmente esistente, bensì con riferimento al contributo dato dal coniuge alla conduzione del menage familiare ed alla formazione del patrimonio comune e personale dell'altro coniuge. Alla disgregazione del rapporto devono pertanto seguire effetti omogenei, non differenziati, con conseguente rivisitazione dei parametri determinativi dell'assegno di mantenimento sì da assimilarlo a quello divorzile.

Il diritto all'assegno divorzile, avente fondamento costituzionale nel dovere inderogabile di solidarietà economica ex art. 2 Cost. è un diritto condizionato dalla mancanza, in capo all'ex coniuge richiedente, di "mezzi adeguati" o "dalla impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive"[79]. In assenza della individuazione, da parte del legislatore, del parametro cui riferire il giudizio di adeguatezza dei mezzi, ha ritenuto la giurisprudenza di dovere reinterpretare il sintagma normativo "mezzi adeguati", con l'individuazione di parametri di riferimento. non più individuati nell'inadeguatezza dei mezzi del coniuge a conservare un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio. Il riferimento al pregresso tenore di vita, ad avviso dei giudici di legittimità, collide radicalmente con la natura del divorzio e con i suoi effetti estintivi tipici, determinando, pur se limitatamente alla dimensione economica, una sorta di ultrattività del rapporto matrimoniale, da ritenersi, invece, definitivamente cessato sotto ogni profilo[80].

78 Così invece Spangaro, A.: "Assegno di mantenimento e di divorzio: le strade si separano", *Giur. it.,* 2020, p. 2433.

79 Anche le Sezioni unite della Suprema Corte nella sentenza 29.11.1990, n. 11490, cit., rilevano, richiamando precedenti orientamenti, che "il rapporto di conseguenzialità fra la mancanza dei mezzi adeguati ed il diritto all'assegno assume carattere esclusivo, nel senso che per l'attribuzione dell'assegno nessun'altra ragione può avere rilievo".

80 In tal senso Cass., 10.05.2017, n. 11504, cit.

La mutata concezione del matrimonio come negozio dissolubile per decisione unilaterale di ciascuno dei coniugi, espressione della libertà ed autoresponsabilità degli stessi, impone, allora, una interpretazione evolutiva delle norme che disciplinano l'assegno divorzile, rendendo non più attuale e sostenibile l'individuazione di un parametro, quale quello del tenore di vita matrimoniale, che procrastina sine die gli effetti economico-patrimoniali del rapporto coniugale. All'assegno di divorzio viene oggi attribuito dalla giurisprudenza, come sopra rilevato, funzione assistenziale, ed in pari misura perequativo-compensativa, derivante direttamente dal principio costituzionale di solidarietà, con il riconoscimento al coniuge richiedente di un contributo idoneo a consentirgli il raggiungimento in concreto di un livello reddituale adeguato alle risorse impiegate nella realizzazione della vita familiare e tenendo conto delle aspettative professionali sacrificate. All'assegno divorzile va assegnata una funzione equilibratrice del reddito degli ex coniugi, finalizzata non alla ricostituzione del tenore di vita endoconiugale, ma al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli ex coniugi[81]. Si ricostruisce in tal modo il "profilo soggettivo del richiedente" mediante l'applicazione di tutti i criteri determinativi indicati dall'art. 5, comma 6, l. n. 898/1970. Le funzioni attribuite all'assegno di divorzio possono peraltro operare anche disgiuntamente, come hanno statuito i giudici di legittimità[82], che hanno riconosciuto ad un ex coniuge, in presenza di una convivenza di fatto, il diritto alla contribuzione post-coniugale con funzione compensativa, escludendone la componente assistenziale.

Sulla base di quanto argomentato non appare allora ragionevole discriminare le due espressioni della solidarietà nella crisi coniugale. In entrambi i casi si avverte infatti l'esigenza di operare una valutazione complessiva e comparativa delle condizioni patrimoniali dei coniugi al momento della rottura dell'unione, segua o meno alla stessa sul piano formale il venir meno del vincolo. In questa direzione si rileva che, a seguito della separazione personale dei coniugi, quali che siano le modalità con le quali si realizza, si instaurano non soltanto autonomi percorsi di vita ma si scioglie – già a far data dall'autorizzazione data ai coniugi a vivere separatamente nella variante contenziosa- la comunione legale dei beni

81 Cass. S.U. 11.07.2018, n. 18287, cit.

82 Cass., S.U. 5.11.2021, n. 32198, *Dir. Fam. pers*., 2021, 4, p. 1657. Hanno affermato i giudici della Suprema Corte che "In caso si instauri una convivenza stabile, giudizialmente provata, deve ritenersi che essa valga ad estinguere, di regola, il diritto alla componente assistenziale dell'assegno di divorzio anche per il futuro, per la serietà che deve essere impressa al nuovo impegno, anche se non formalizzato, e per la dignità da riconoscere alla nuova formazione sociale. Quanto alla componente compensativa, in caso di nuova convivenza il coniuge beneficiario non perde automaticamente il diritto all'assegno, ma esso potrà essere rimodulato, in sede di revisione, o quantificato, in sede di giudizio per il suo riconoscimento, in funzione della sola componente compensativa, purché al presupposto indefettibile della mancanza di mezzi adeguati, nell'accezione sopra riportata, si sommi, nel caso concreto, il comprovato emergere di un contributo, dato dal coniuge debole con le sue scelte personali e condivise in favore della famiglia, alle fortune familiari e al patrimonio dell'altro coniuge, che rimarrebbe ingiustamente sacrificato e non altrimenti compensato se si aderisse alla caducazione integrale. Un sacrificio che è proteso solo verso il passato e che solo nella definitiva regolamentazione dei rapporti con l'ex coniuge, in relazione al delimitato arco di vita del matrimonio, può trovare la sua soddisfazione".

e si procede quindi alla divisione del patrimonio comune con ogni conseguente eventuale effetto restitutorio. Pertanto già in questa sede possono emergere diseguaglianze reddituali che pongono problemi di riequilibrio complessivo delle sfere patrimoniali dei soggetti in conseguenza della disgregazione del rapporto ed impongono di tenere conto, senza necessità alcuna di differimento ad un momento successivo, del contributo dato alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio comune e di quello personale dell'altro coniuge. La permanenza del vincolo coniugale in caso di separazione personale dei coniugi non appare dunque di per sè ostativa alla individuazione di un trattamento omogeneo delle contribuzioni conseguenti alla crisi coniugale.

Altri profili di differenziazione tra coniuge separato ed ex coniuge, sui quali, nella prospettiva nella quale ci siamo collocati, occorre intervenire, riguardano i profili successori.

Il coniuge separato cui non sia stata addebitata la separazione ha gli stessi diritti successori del coniuge non separato; in caso di addebito, invece, ha diritto ad un assegno vitalizio qualora al momento dell'apertura della successione godeva degli alimenti a carico del coniuge deceduto (artt. 548 e 585c.c.). L'assegno vitalizio va commisurato alla consistenza del patrimonio ereditario nonché alla qualità ed al numero degli eredi legittimi e, quanto al suo ammontare, non potrà essere superiore alla prestazione alimentare precedentemente goduta. L'ex coniuge, viceversa, ai sensi dell'art. 9 bis della legge n. 898/1970, qualora titolare dell'assegno divorzile, in caso di decesso dell'obbligato, se in stato di bisogno, ha diritto ad un assegno periodico a carico dell'eredità, avuto riguardo alla prestazione goduta, all'entità del bisogno stesso, all'eventuale pensione di reversibilità, nonché alle sostanze ereditarie ed alla qualità ed al numero degli eredi ed alle loro condizioni economiche. Soluzione questa, coerente con la cessazione del vincolo coniugale, che attribuisce all'assegno una funzione essenzialmente alimentare, essendo venuta meno la funzione solidaristica della successione necessaria. In realtà questa diversità di trattamento normativo non appare ragionevole e non appare giustificata la parificazione del coniuge separato, pur se senza addebito, a quello non separato. La scelta separatizia è infatti determinata dalla rottura dell'unione coniugale, che certamente non fa presumere l'inclusione del coniuge separato nella cerchia di coloro nei confronti dei quali il testatore avrebbe disposto. Rispetto al coniuge separato deve pertanto ritenersi priva di fondamento la funzione solidaristica della successione necessaria. La parificazione del trattamento tra coniuge separato e non separato peraltro confligge con il principio di uguaglianza, trattandosi nella specie in modo eguale situazioni che sono differenziate già "nella realtà dei rapporti sociali"[83].

83 Così Ferrando, G.-Lenti, L., *La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato* diretto da G. Alpa e Patti, S., Cedam, Padova, 2011, p. 23 della Premessa.

La situazione del coniuge legalmente separato va dunque parificata a quella del coniuge divorziato, escludendolo quindi da qualsiasi diritto sulla successione, e prevedendo a favore del coniuge legalmente separato al pari di quello divorziato, un assegno esclusivamente nel caso in cui al momento dell'apertura della successione versi in stato di bisogno e goda degli alimenti a carico del coniuge deceduto[84].

VI. INTERPRETAZIONE SISTEMATICA DELLA DISCIPLINA DELLA CRISI MATRIMONIALE ED ALTERNATIVITÀ DEI RIMEDI. L'INEVITABILE APPRODO AL DIVORZIO IMMEDIATO.

A questo punto dell'indagine appare utile trarre qualche considerazione sulla idoneità della disciplina attuale in materia di crisi coniugale a dare risposte adeguate e coerenti con l'inarrestabile processo evolutivo, che caratterizza il costume sociale e conseguentemente gli interessi della comunità giuridica nel momento patologico del rapporto matrimoniale.

Nell'ordinamento italiano l'introduzione della separazione personale ha costituito, come già rilevato, la prima risposta, in termini di rimedio, che il legislatore ha dato ai coniugi a fronte del fallimento dell'unione matrimoniale, in un sistema che fino al 1970 aveva adottato una scelta indissolubilista. Successivamente, venuta meno l'indissolubilità del vincolo, la separazione diviene, nella maggior parte dei casi, una fase di transizione che conduce allo scioglimento del matrimonio, escluse ovviamente quelle cause di divorzio c. d. diretto, non riconducibili ad una crisi in senso stretto del rapporto coniugale[85]. La compresenza di entrambi i rimedi tuttavia, come ampiamente argomentato sopra, non si ispira ad una logica alternativa, essendo per molti versi ancora netta, sotto il profilo delle conseguenze patrimoniali tra i coniugi e sotto quello successorio, la distinzione tra separazione e divorzio ed i correlati profili regolamentari[86]. Si è già evidenziato come nella determinazione delle contribuzioni conseguenti alla crisi coniugale si utilizzino parametri diversi, malgrado una interpretazione sistematica della disciplina (sostanziale e processuale) della crisi coniugale orienti verso l'individuazione di un presupposto unitario dei rimedi. Nel valutare l'adeguatezza dei redditi, in caso di separazione personale, si utilizza, pur se con qualche voce di dissenso[87], il parametro del tenore di vita matrimoniale, in ragione della permanenza del vincolo coniugale e ciò nonostante

84 In questa direzione lo studio del consiglio nazionale del Notariato, ottobre 2011, "Nuove regole tra affetti ed economia. Le proposte del notariato".

85 Fortino, M.: "La separazione personale dei coniugi" cit., p. 1249.

86 Danovi, F.: "I rapporti tra separazione e divorzio, vie parallele, cumulo processuale o cessazione della materia del contendere", *Il giusto processo civile*, 2018, p. 95.

87 Cass., 19.06.2019, n. 16405, *Dir. Fam. pers.*, 2019, 3, I, p. 1172, secondo cui "va ribadita la funzione dell'assegno che non è più, neanche dopo la sentenza delle Sezioni Unite n. 18287 dell'11 luglio 2018, quella di realizzare un tendenziale ripristino del tenore di vita goduto da entrambi i coniugi nel corso del matrimonio ma invece quello di assicurare un contributo volto a consentire al coniuge richiedente il raggiungimento in concreto di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare".

sia venuta meno la comunione di vita materiale e spirituale tra i coniugi. Viceversa, in caso di divorzio, il giudizio di adeguatezza non si avvale, ai fini della determinazione del contributo post-coniugale, del criterio del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, assegnandosi all'assegno divorzile natura assistenziale ed allo stesso tempo perequativo-compensativa. Questa differenziazione invero può prestarsi in astratto ad una utilizzazione distorta degli strumenti processuali da parte del coniuge, che ha ottenuto un assegno di mantenimento congruo, destinato ad essere verosimilmente ridotto nel giudizio di divorzio in ragione dell'applicazione di un diverso criterio[88]. Anche il differenziato trattamento successorio, riservato al coniuge separato ed all'ex coniuge, si è evidenziato non essere per nessun verso ragionevole, essendo entrambi fuoriusciti dalla ristretta cerchia degli affetti del de cuius con la dissoluzione dell'unione coniugale.

Ed ancora, dal sistema emerge una sempre più accentuata privatizzazione della gestione della crisi familiare, come si è tentato di fare emergere dalla rassegna dei provvedimenti legislativi, che hanno per molti versi attribuito ai coniugi il governo della crisi del rapporto matrimoniale, e che va ulteriormente completato con l'attribuzione agli stessi di un reale potere di scelta dei rimedi da configurare come alternativi.

Si coglie inoltre un deciso favor libertatis dell'ordinamento, risultante non solo dalla introduzione del divorzio breve ma anche dalla possibilità di incidere, indipendentemente dalla mediazione giudiziale, sullo status coniugale, ed ancora dalla proponibilità contestuale della domanda di separazione giudiziale e di divorzio contenzioso, che possono così essere definite dal giudice in unico procedimento. E questo dato conferma l'unitarietà del presupposto dei rimedi alla crisi coniugale che richiede un trattamento normativo unitario sì da configurare, anche nel nostro sistema, la separazione un'alternativa al divorzio e non un mero presupposto dello stesso. L'idoneità a dispiegare tendenzialmente i medesimi effetti rispetto al rapporto matrimoniale, con la sola eccezione della permanenza del vincolo in caso di separazione, non implica per nessun verso un giudizio di inutilità e/o superfluità della separazione, pur essendo consapevoli che sia l'introduzione del divorzio breve che la contestuale proponibilità delle domande di separazione e divorzio comportano la sovrapposizione ed evidenti problemi di coordinamento dei due giudizi, atteso anche che la proposizione della domanda di divorzio non consente al giudice della separazione di ius dicere in ordine alle questioni economiche dei coniugi ed a quelle riguardanti i rapporti con i figli[89]. In questa diversa ed auspicata prospettiva la separazione diviene una scelta dei coniugi determinata da motivazioni personali, non aventi necessariamente una caratterizzazione

88 Per queste riflessioni anche Morace pinelli, A.: "E' tempo di abrogare la separazione giudiziale", cit., p. 901.

89 In questo senso Trib. Milano, 26.02.2016, *Giur. it.,* 2016, p. 2167, con nota di commento di Fratini, B.:"Il difficile coordinamento tra il giudizio di divorzio e quello di separazione ancora pendente".

ideologica, del tutto alternativa al divorzio[90], con la quale gli stessi formalizzano una situazione di intollerabilità della prosecuzione della convivenza. Essa tuttavia non sembra rappresentare uno strumento idoneo a "preservare il maggiore grado possibile di coesione della famiglia compatibile con l'esigenza di condurre una vita separata della coppia"[91], perché quando viene formalizzata giudizialmente o stragiudizialmente la separazione personale dei coniugi, la famiglia, intesa come realtà affettiva, non esiste più. Alla stessa subentra una pluralità di rapporti tra i figli e ciascun genitore.

La scelta dei coniugi di non sciogliere il vincolo e di permanere nello stato di separazione non è allora univocamente espressiva dell'intenzione degli stessi di adottare un regime della crisi coniugale compatibile con elementi di coesione, in quanto separazione dei coniugi e coesione della famiglia sembrano ontologicamente incompatibili. In questa logica non è pertanto auspicabile un'abrogazione né dell'istituto della separazione né della sola separazione giudiziale[92], potendo i coniugi essere d'accordo sia sulla scelta di permanere nel vincolo e sulle condizioni della vita separata oppure soltanto sulla permanenza del vincolo ma non sulle condizioni che regoleranno i loro percorsi autonomi di vita.

Ciò che de iure condendo va invece abrogato, in quanto espressivo di una logica sanzionatoria non più attuale e confliggente con quella rimediale, è l'addebito della separazione[93] in ragione della violazione dei doveri scaturenti dal matrimonio, di cui peraltro la giurisprudenza non ha fatto largo uso, richiedendo una indubbia efficienza causale nella rottura dell'unione e così restringendone l'applicazione. Né questo inciderebbe sulla giuridicità degli obblighi matrimoniali in quanto, qualora la loro violazione raggiunga significatività aquiliana, può attivarsi una risposta risarcitoria.

Il delineato trend evolutivo deve allora approdare ad un divorzio immediato, fondato, al pari della separazione, sul presupposto generale della intollerabilità della prosecuzione della convivenza, senza richiedere, come avviene oggi, quale presupposto una pregressa separazione, modellando quindi lo scioglimento del rapporto matrimoniale su quello dell'unione civile, che può cessare, secondo quanto dispone il comma 24 dell'art. 1 della legge n. 76/2016, qualora le parti, anche disgiuntamente, manifestino in tal senso la loro volontà all'ufficiale dello

90 Quadri, E.: "L'introduzione del divorzio: il dibattito, la legge e la sua conferma, i successivi interventi legislativi", *Fam. dir.,* 2021, p. 15.

91 Al mureden, E.:, "La separazione personale dei coniugi", cit., p. 120.

92 In questa direzione invece Morace Pinelli, A.: "E' tempo di abrogare la separazione giudiziale", cit., p. 900.

93 Di residuo storico al riguardo parla Quadri, E.: "L'introduzione del divorzio", cit., p. 15.

stato civile e propongano la relativa domanda decorsi tre mesi dalla manifestata volontà di scioglimento[94].

In caso di divorzio pertanto i coniugi, de iure condendo, devono potere proporre la relativa domanda adducendo soltanto la sopravvenuta intollerabilità della convivenza coniugale, con la previsione ex lege di un termine, decorso il quale l'organo giudicante potrà istruire la causa e definire il giudizio o l'autorità investita in sede stragiudiziale prendere atto dell'intervenuto accordo estintivo del vincolo coniugale.

In questo modo il sistema acquista coerenza e si delinea un regime unitario della crisi dei rapporti di coppia.

94 Sul punto appaiono significative le riflessioni di Quadri, E.: "L'introduzione del divorzio", cit., p. 15, il quale propone di inserire nel codice civile l'intera disciplina della crisi familiare, unitariamente considerata, prescindendo dal sesso delle parti.

BIBLIOGRAFIA.

Alcaro, F.: "Note in tema di assegno divorzile: il "tenore di vita in costanza di matrimonio", *Fam. dir.*, 2013, p. 1079.

Al mureden, E.: *La separazione personale dei coniugi*, in Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, *La crisi della famiglia*, II, Giuffrè, Milano, 2015, p. 9 ss.

Alpa, G. - Bargelli, E.: "Premessa : i rimedi alla crisi familiare", in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, P.: *Famiglia e matrimonio* (a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello), Giuffrè, Milano, 2011, p. 1231.

Astone, A.: "Assegno di divorzio e nuovo parametro del giudizio di adeguatezza dei mezzi: dal tenore di vita matrimoniale alla indipendenza economica degli ex coniugi", *Dir. Fam. pers.*, 2017, 4, p. 1207 ss.

Autorino Stanzione , G. - Zambrano, V.: *Separazione e divorzio nell'esperienza europea,* Utet, Torino, 2003, p. 62.

Barbera, L.: Divorzio, sub. art. 1 l. n. 898/1970, in *Commentario al diritto italiano della famiglia,* diretto da G. Cian-G. Oppo- A. Trabucchi, Cedam, Padova, 1992, p. 70.

M. Bessone.-G. Alpa – A. D'angelo, -G. Ferrando-. M. R. Spallarossa (a cura di): *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1995, p. 13.

Bianca, C. M.: voce "Famiglia (diritti di)", *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1968, p. 73.

Bianca, C.M.: *Diritto civile. 2.1. La famiglia.* 6°, Giuffrè, Milano, 2017, p. 199.

Bugetti, M. N.: "Professioni di credo religioso, violazione dei doveri coniugali e pronuncia di addebito", p. 47.

Carbone, V.: "Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi), *Fam. dir.*, 1994, p. 139.

CAarbone, V.: "Sul concetto di adeguatezza dei redditi del coniuge separato", *Fam. dir.*, 1994, p. 607.

Carbone, V.: "Urteildammerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)", *Foro it,*, 1991, I, 1, 67.

Corona, R.: *Convivenza intollerabile e separazione dei coniugi*, Jovene, Napoli, 1984, p. 206.

Danovi, F.: "I presupposti della separazione, ovvero quando il diritto "cede il passo" alla libertà del singolo (e per il divorzio?)", *Fam. dir.*, 2019, p. 74.

Ferrando, G.: *Il matrimonio*, II° ed., in *Trattato di dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 62.

Ferrando, G.-Lenti, L., *La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato* diretto da G. Alpa e S. Patti, Cedam, Padova, 2011, p. 23.

Fortino, M. : Il divorzio, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, P. : *Famiglia* e *matrimonio* (a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello), Giuffrè, Milano, 2011, p. 1528.

Fortino, M.: "La separazione personale dei coniugi", in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, P.: *Famiglia* e *matrimonio* (a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello), I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1249.

Franceschelli, V.: "Perplessità e interrogativi nel nuovo diritto di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 524. 31.

Furgiuele, G.: *Libertà* e *famiglia*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 59 ss..

Grassettil, C.: sub art. 151 c. c., in *Comm. dir. it. fam.*, a cura di G. Cian-G. Oppo-A. Trabucchi, II, Cedam, Padova, 1992, p.68.

Hauser, J.—Huet-Weiller, D.: *La famille. La dissolution de la famille*, in Traitè Ghestin, L-G-D-J, 1991, p. 507.

Hondius, E.: "Naar en europees personene-en familierecth", in AA. VV., *Drie treden: over politiek, bleiden en recht,* Zwolle, 1995, p. 173 ss. 35.

Lenti, L.: "Un addio senza rimpianti al mutamento di titolo della separazione", *Giur. it.*, 1996, I, p. 68 ss.

Maine, H. S.: "Dallo status al contratto", in (a cura di S. Rodota',), *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971, p. 211.

Mantovani, M.: voce "Separazione personale dei coniugi", *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Torino, 1992, p. 5.

Marella, M. R.: "The non subversive function of european privatelaw: the case of harmonisation of family law", *European law journal*, 12, 2008, p. 84.

Montesano, L.:"Nuovi rimedi giudiziari per famiglie in crisi", *Riv. dir. proc. civ.*, 1977, p. 7.

Morace pinelli, A.: E' tempo di abrogare la separazione giudiziale", *Nuova giur. civ. comm.,* 2020, 4, p. 892.

Morace pinelli, A.: *La crisi coniugale tra separazione* e *divorzio*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 60 ss..

Oberto, G.: "Il divorzio in Europa," *Fam. dir.*, 2021, p. 112 ss.

Pocar, V.- Ronfani, P.: *La famiglia* e *il diritto,* Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 5 e ss., e 49 ss..

Quadri, E.: "Disciplina della crisi familiare: esperienze e prospettive", *Fam. dir*, 2009, p. 1060.

Quadri, E.: "L'assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite", *Foro it*,, 1991, I, 1, 67

Quadri, E.: "L'introduzione del divorzio: il dibattito, la legge e la sua conferma, i successivi interventi legislativi", *Fam. dir.*, 2021, p. 15.

Santosuosso, F.: *Il divorzio*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 3, *Persone famiglia*, 2, Utet, Torino, 1996, p. 295.

Santoro passarelli, F.:"L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Dir. giur.*, 1945, p. 3.

Savi, G.: "Riconoscimento e determinazione dell'assegno post-matrimoniale: il ritrovato equilibrio ermeneutico, *Dir. Fam. pers.*, 2018, 3, p. 859.

Scalisi, V.: *Il negozio giuridico tra scienza* e *diritto positivo*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 58.

Rimini, C.: *Il nuovo divorzio*, in *Trattato di diritto civile* e *commerciale* diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, *La crisi della famiglia*, II, Giuffrè, Milano, 2015, p. 235.

Sesta, M.: "Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia", *Fam. dir.,* 2015, p. 296.

SESTA, M.: Il diritto di famiglia tra le due guerre e la dottrina di Antonio Cicu, contributo che introduce la ristampa dell'opera di Cicu, *Il diritto di famiglia*, 1978, p. 20.

SPANGARO, A.: "Assegno di mantenimento e di divorzio: le strade si separano", *Giur. it*., 2020, p. 2433.

TOMMASEO, F.: "La separazione giudiziale: basta volerla per ottenerla", *Giur. it*., 2015, p. 38.

VETTORI, G. : "L'unità della famiglia e la nuova disciplina della separazione giudiziale tra coniugi (profili interpretativi degli artt. 151 e 156 c.c.)", *Riv. trim. dir. proc*.,1978, p. 711.

WARDLE, L. -NOLAN, L.: "Family law in the USA", Kluwer law International, Netherlands, 2011, p. 121.



CRISI FAMILIARE E NEGOZIAZIONE ASSISTITA. LA FUNZIONE SOCIALE DELL'AVVOCATO OLTRE LA GIURISDIZIONE

FAMILY CRISIS AND ASSISTED NEGOTIATION. THE SOCIAL FUNCTION OF THE LAWYER BEYOND THE JURISDICTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 76-97

* Il presente Saggio è dedicato alla memoria del Prof. Cesare Massimo Bianca - Maestro di diritto e di vita - nel secondo anniversario della Sua scomparsa.

Filippo ROMEO

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Preso atto che la crisi pandemica ha messo a dura prova l'attività essenziale della giurisdizione, il saggio evidenzia l'importanza di promuovere l'implementazione di percorsi stragiudiziali e di rilanciare la negoziazione assistita dagli avvocati in separazione e divorzio. La legge n. 162/2014 - imponendo sistemi compositivi e non antagonisti - potrebbe rivelarsi un rilevante strumento di coesione sociale idoneo, al contempo, a garantire una normalizzazione della crisi familiare.

PALABRAS CLAVE: Crisi pandemica; negoziazione assistita dagli avvocati; crisi familiare.

ABSTRACT: *Considered how the pandemic crisis has affected the essential activity of the jurisdiction, the essay highlights the need to promote the implementation of out-of-court procedures and to relaunch assisted negotiation by lawyers in separation and divorce. Law n. 162/2014 - imposing compositional and non-antagonic systems - could be an important instrument of social cohesion suitable, at the same time, to guarantee the normalization of family crisis.*

KEY WORDS: *Pandemic crisis; assisted negotiation by lawyers; family crisis.*

SUMARIO.- I. LA LEGGE N. 206/2021 TRA EMERGENZA PANDEMICA E SOSTENIBILITÀ DELLA GIUSTIZIA.- II. RIMODULAZIONE DEI MODELLI FAMILIARI, RAPPORTI INTERPERSONALI E IRREQUIETEZZA ESISTENZIALE DEGLI ADULTI.- III. ACCORDI NEGOZIATI E RESPONSABILITÀ SOCIALE DELL'AVVOCATO.- IV. I VERI PROTAGONISTI DELLA NEGOZIAZIONE ASSISTITA: LE PARTI E GLI AVVOCATI.- V. LA NEGOZIAZIONE SI COLORA DI GIURISDIZIONE: IL "FILTRO" (INCONGRUENTE) DEL P.M.- VI. LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA FAMILIARE: UNA SFIDA PER L'AVVOCATURA. BREVI RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

I. LA LEGGE N. 206/2021 TRA EMERGENZA PANDEMICA E SOSTENIBILITÀ DELLA GIUSTIZIA.

Preliminarmente, occorre prendere atto che negli ultimi due anni la crisi pandemica da Covid 19 ha messo a dura prova l'attività essenziale della giurisdizione ed ha fortemente condizionato il lavoro di tutti gli operatori del diritto[1]. Peraltro, la sostanziale cristallizzazione della giustizia civile durante i primi sei mesi dell'emergenza sanitaria ha determinato una serie di rallentamenti che hanno reso molto difficile la gestione della ripresa, aggravata dall'emersione del nuovo contenzioso derivante - soprattutto in materia contrattuale - proprio dalla situazione emergenziale[2].

In questo contesto, si consolida la consapevolezza - già emersa nei primi mesi dell'emergenza sanitaria - dell'opportunità di sostenere e promuovere l'implementazione di percorsi stragiudiziali necessari per il conseguimento di una pacificazione sociale[3]. Ineludibile, in particolare, appare l'esigenza di incentivare l'utilizzo di strumenti idonei a rafforzare la coesione sociale. In una fase storica in cui la lacerazione del tessuto sociale impone sistemi compositivi e non antagonisti, non è dato dubitare che le parole d'ordine (oggi più che in passato) devono essere resilienza dell'operatore forense e sostenibilità della giustizia. In particolare, l'avvocato deve avere la capacità di smorzare la logica avversariale e di privilegiare i mezzi di risoluzione alternativa delle controversie.

1 Del resto, non si può disconoscere che anche la c.d. fase 3 dell'emergenza sanitaria da Covid 19 è stata contrassegnata da una ripartenza molto lenta e da molte incertezze. Ciò premesso, occorre prendere atto che sul sistema giustizia - cristallizzato durante la c.d. fase 2 - pesa enormemente la circostanza per cui l'attività essenziale della giurisdizione è divenuta operativa solo con la ricalendarizzazione delle udienze dopo il 31 luglio 2020 (*rectius* 1° settembre 2020) e cioè 7 mesi dopo il primo *lockdown*.

2 Tale situazione sta causando l'appesantimento dei ruoli dei singoli giudici e la conseguente redistribuzione e ricalendarizzazione nel tempo delle cause, con ritardi che difficilmente potranno essere recuperati in tempi brevi.

3 Soprattutto in questa fase appare indispensabile l'adozione di strumenti agili, rapidi, flessibili che possano consentire di fronteggiare adeguatamente la situazione di stallo delle cause pendenti e l'incombere di un esponenziale incremento della domanda di giustizia.

• Filippo Romeo
Associato di Diritto privato, Università degli Studi di Enna Kore. E-mail: filippo.romeo@unikore.it

Si innesta in questo scenario la riflessione fatta nella primavera del 2020, in pieno *lockdown*, dalla Commissione "Diritto di famiglia" istituita presso il Consiglio Nazionale Forense (CNF) in ordine all'opportunità (*rectius* necessità) di "riscoprire" la negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio disciplinata dalla legge n. 162/2014[4]. Come già ebbi a dire in occasione della presentazione della Guida Operativa del CNF sulla negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio oggi è il tempo della mediazione e della negoziazione, perché è il tempo della coesione. Ognuno è chiamato, nel proprio ruolo, a dare un contributo in termini di competenza e di leale partecipazione al fine di garantire una giustizia civile sostenibile e coesistenziale[5].

Peraltro, nell'ottica di implementare il ricorso alla negoziazione assistita familiare, non si può fare a meno di ricordare che la legge n. 206/2021[6] (c.d. Riforma Cartabia) - accogliendo molte delle proposte normative messe a punto, nel maggio del 2021, dalla "Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi" (c.d. Commissione Luiso)[7] - ha previsto alcune novità di non poco momento che sono entrate in vigore il 22 giugno 2022. Si pensi, in particolare, alla possibilità riconosciuta ai genitori di ricorrere alla negoziazione assistita per accordarsi sull'affidamento ed il mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio e per raggiungere una soluzione consensuale per la determinazione dell'assegno di mantenimento richiesto ai genitori dal figlio maggiorenne economicamente non autosufficiente e per la determinazione degli alimenti, ai sensi dell'art. 433 c.c. (art. 1, comma 35°, lett. b)[8].

4 Legge 10 novembre 2014, n. 162 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile, in G.U. n. 261 del 10 novembre 2014". Tra i primi commenti alla legge n. 162/2014 si segnalano i contributi di Sesta, M.: "Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia", *Famiglia e diritto*, 2015, p. 295; Bugetti, M.N.: "Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco", *Il Corriere giuridico*, 2015, p. 515; Danovi, F.: "I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti", in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 1141.

5 Peraltro, la negoziazione assistita può rappresentare una grande opportunità per la classe forense. Gli avvocati, infatti, come meglio vedremo, sono chiamati a svolgere, attraverso un'effettiva e trasparente interazione con le parti, un ruolo centrale nella soluzione della crisi familiare, raggiungendo un accordo dotato - vale la pena ricordarlo - degli stessi effetti dei provvedimenti giudiziali. Sul punto v. Cecchella, C.: *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Zanichelli, Bologna, 2018, p. 292 s.

6 Legge 26 novembre 2021, n. 206 "Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata", in G.U. n. 292 del 9 dicembre 2021. Per una prima disamina della legge n. 206/2021 AA.VV.: *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie*, (a cura di C. Cecchella, C.), Giappichelli, Torino, 2022.

7 La "Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi" presieduta dal Prof. Luiso muovendo dall'idea di "liberare" la magistratura da compiti non necessari al fine di ridurre i tempi dei processi, si propone di rafforzare la appetibilità della via arbitrale e degli accordi negoziali derivanti dalla mediazione e dalla negoziazione assistita in materia di famiglia.

8 In particolare, la legge n. 206/2021 ha previsto l'inserimento dopo l'art. 6, comma 1°, del comma 1° bis, specificando che "la convenzione di negoziazione assistita da almeno un avvocato per parte può essere conclusa tra i genitori al fine di raggiungere una soluzione consensuale per la disciplina delle modalità di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, nonché per la disciplina delle modalità di mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti nati fuori dal matrimonio

In virtù delle misure da ultimo richiamate, pertanto, i genitori non coniugati di figli minori possono oggi ricorrere alla negoziazione assistita per disciplinare, consensualmente, le modalità di affidamento e mantenimento degli stessi, nonché per prevedere una modifica ai precedenti accordi in materia, ovvero per prevedere il diritto agli alimenti anziché ricorrere congiuntamente al Tribunale territorialmente competente. Inoltre, è possibile ricorrere alla negoziazione assistita per determinare l'assegno di mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti nati fuori dal matrimonio anche qualora l'istanza sia stata avanzata direttamente da costoro. Da tale previsione discende che il figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente è legittimato ad agire direttamente per rivendicare il proprio diritto soggettivo al mantenimento[9]; tale legittimazione, invero, così come avviene nel caso in cui si presenti ricorso avente il medesimo oggetto innanzi al Tribunale, permarrà anche in capo al genitore convivente con il figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente.

Inoltre, il d.lgs. n. 149/2022[10] nel dare attuazione alla legge n. 206/2021 ha previsto altre rilevanti novità che, tuttavia, entreranno in vigore solo a far data dal 30 giugno 2023. In particolare, attraverso la novellazione dell'art. 6 della legge n. 162/2014 è stato sancito che:

- l'accordo venga trasmesso con modalità telematiche, a cura degli avvocati che assistono le parti, al procuratore della Repubblica per il rilascio del nullaosta o per l'autorizzazione. A sua volta, il procuratore della Repubblica, apposto il nullaosta o rilasciata l'autorizzazione, trasmetterà l'accordo sottoscritto digitalmente agli avvocati delle parti (art. 6, comma 2° *bis*, legge n. 162/2014);

- l'accordo raggiunto a seguito di negoziazione assistita possa contenere anche patti di trasferimenti immobiliari con effetti obbligatori (art. 6, comma 3°, legge n. 162/2014)[11];

e per la modifica delle condizioni già determinate". Il richiamato comma 1° *bis*, inoltre, prevede che la convenzione di negoziazione assistita possa essere conclusa tra le parti al fine di raggiungere "una soluzione consensuale per la determinazione dell'assegno di mantenimento richiesto ai genitori dal figlio maggiorenne economicamente non autosufficiente […]". Non si può fare a meno di esprimere apprezzamento per tale previsione che ha novellato la legge n. 162/2014. Si colma una lacuna grave. Del resto, la stessa "Commissione Luiso" - nella relazione consegnata il 24 maggio 2021 alla Ministra Cartabia - rimarcava la gravità di tale lacuna che, oltre a generare una ingiustificata discriminazione in danno dei genitori non coniugati, impediva l'accesso a tale modalità alternativa di soluzione delle controversie in un rilevante numero di casi.

9 Conseguentemente, nel caso in cui il figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente opti per tale richiesta in sede di negoziazione assistita, raggiunto l'accordo tra i genitori, lo stesso dovrà essere autorizzato dal pubblico ministero che dovrà verificare la conformità dell'accordo al superiore interesse del figlio stesso.

10 D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 "Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata", in G.U. n. 243 del 17 ottobre 2022.

11 La possibilità che gli accordi di negoziazione assistita possano contenere patti di trasferimento immobiliari con effetti obbligatori - attribuendo espressamente all'avvocato negoziatore nuovi campi di azione - appare apprezzabile. Tuttavia, lascia perplessi la mancata previsione di patti di trasferimento con effetti

- l'accordo - nei casi di scioglimento, di cessazione degli effetti civili del matrimonio o di scioglimento dell'unione civile - possa prevedere la corresponsione di un assegno in unica soluzione sulla base della valutazione di equità effettuata dagli avvocati, mediante certificazione della pattuizione *ex* art. 5, comma 8, della legge n. 898/1970 (art. 6, comma 3° *bis*, legge n. 162/2014)[12];

- l'accordo di negoziazione assistita munito di nullaosta o di autorizzazione - trasmesso a mezzo posta elettronica certificata, dagli avvocati che lo hanno sottoscritto - sia conservato, in originale, a cura dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati (d'ora in avanti COA) del luogo in cui è iscritto uno dei difensori[13].

La previsione da ultimo richiamata - quanto meno da un punto di vista eminentemente pratico - appare molto rilevante. I COA, infatti, dovranno farsi carico di una serie di oneri di non poco conto attualmente previsti in capo agli avvocati[14].

II. RIMODULAZIONE DEI MODELLI FAMILIARI, RAPPORTI INTERPERSONALI E IRREQUIETEZZA ESISTENZIALE DEGLI ADULTI.

Esaurita questa iniziale premessa, occorre prendere atto che il diritto di famiglia si modifica ciclicamente dando vita a riforme di non poco momento. Peraltro, in taluni casi gli interventi del legislatore segnano un *point de non retour* nella

immediatamente traslativi di diritti reali immobiliari: si palesa una (non del tutto condivisibile) differenza con quanto avviene nei procedimenti in materia di separazione e divorzio. In seno a questi procedimenti, infatti, secondo una parte della giurisprudenza, è possibile prevedere nel verbale di udienza clausole aventi ad oggetto la proprietà di beni immobili o altri diritti reali o il trasferimento degli stessi in capo ad una parte o ad un figlio, con la stessa forza di un atto pubblico ex art. 2699 c.c. e quindi direttamente trascrivibile ex art. 2657 c.c. Sul punto, da ultimo, le sezioni unite della Corte di cassazione hanno affermato che in sede di separazione consensuale o divorzio congiunto, l'accordo con il quale i coniugi operano trasferimenti immobiliari l'uno in favore dell'altro, o in favore dei figli, assume forma di atto pubblico e costituisce titolo per la trascrizione nei pubblici registri, purché sia previsto nel verbale di separazione consensuale o nella sentenza recettivi degli accordi raggiunti tra le parti (cfr. Cass. S.U., 29 luglio 2021, n. 21761, in *www.osservatoriofamiglia.it*). Più diffusamente, su tali profili, Lombardi R.: La negoziazione assistita, in AA.VV., *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie* (a cura di C. Cecchella), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 399 ss.

12 Il c.d. sindacato di congruità degli avvocati in materia di *una tantum* divorzile si palesa come esorbitante rispetto alla mera difesa tecnica degli interessi di parte. Peraltro, non si può fare a meno di chiedersi come gli avvocati dovranno effettuare il giudizio di congruità. La questione è molto delicata: l'avvocato - anche al fine di non incorrere in responsabilità professionale - dovrà certamente porre in essere una puntuale analisi della situazione patrimoniale delle parti e della documentazione fiscale (così come avviene nei casi dei divorzi congiunti). Tuttavia, il giudizio di congruità potrebbe rivelarsi ben più complesso laddove (come accade sovente) che vi siano fonti di reddito non dichiarate. Ciò premesso, forse sarebbe stato più opportuno attribuire il giudizio di equità al procuratore della Repubblica.

13 Fondamentale, infatti, appare l'esigenza che rimanga un archivio degli originali di accordi equiparati a quelli giudiziali. La creazione di un archivio permetterà alle parti, ai difensori che hanno sottoscritto l'accordo - in virtù di quanto previsto dal novellato art. 6, comma 3° *ter*, legge n. 162/2014 di ricevere copia autentica dell'accordo da parte del Consiglio dell'ordine.

14 Gli avvocati, pertanto, non saranno più tenuti ad occuparsi della conservazione degli accordi, muniti di nulla osta o di autorizzazione, in originale. Saranno, a carico dei COA anche gli oneri economici relativi alla conservazione della banca dati ed al rilascio delle copie autentiche dell'accordo alle parti e ai difensori che lo hanno sottoscritto.

rimodulazione dei modelli familiari e dei rapporti interpersonali[15]. Paradigmatiche, al riguardo, appaiono la Riforma della filiazione e la legge n. 76/2016. Dal raffronto tra questi due filoni di riforme emerge prepotentemente la contrapposizione tra l'unicità dello stato di figlio e la pluralità dei modelli familiari.

Al riguardo, come sottolineato dall'indimenticato Maestro che ho l'onore di ricordare in questo saggio, la Riforma della filiazione "ha dato un volto nuovo al diritto della filiazione, un volto improntato ai valori della unicità e centralità allo stato di figlio"[16] mentre la legge n. 76/2016 segna la definitiva presa d'atto della rilevanza assunta, anche sul piano del diritto vigente da taluni vincoli non fondati sul matrimonio[17].

In questo scenario si materializzano e prendono forma schemi familiari plurali, continuamente rimodulabili[18]. Le molteplici e mutevoli relazioni di coppia, infatti, si liberalizzano nelle modalità di costituzione e nel contenuto. Ma non solo. Si liberalizzano nelle modalità di scioglimento. Alla possibilità di scegliere *à la carte* tra i diversi modelli di convivenza, si affianca una significativa libertà nella determinazione di diritti e doveri e nello scioglimento del rapporto, al punto da potersi ipotizzare una sorta di recesso *ad nutum*[19]. Inoltre, si affermano compagini familiari sempre più ristrette nel numero e corte nel tempo: si riscontra, infatti, un progressivo affievolimento dell'intensità del vincolo che si spiega alla luce di

15 Negli oltre quarant'anni che ci separano dalla ricostruzione generale operata dalla *Riforma* del 1975 il diritto di famiglia ha assunto, come segnalato da autorevole dottrina, le sembianze di un "cantiere inesausto e in perenne fermento" (cfr. Paradiso, M.: "Filiazione, stato di figlio e gruppi familiari tra innovazioni normative e riforme annunciate", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 101).

16 Cfr. Bianca, C.M.: Note introduttive, in AA.VV.: *La riforma della filiazione* (a cura di C.M. Bianca), Cedam, Padova, 2015, p. XXVII. Sul punto v. altresì Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 1 s.

17 Il pluralismo dei modelli familiari trova oggi una puntuale conferma nella legge n. 76/2016 sulla "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze" segna, inevitabilmente, un momento di svolta nel quadro dell'articolato, lungo e tormentato dibattito relativo alla opportunità di disciplinare normativamente le unioni non fondate sul matrimonio. Sul punto v. le puntuali riflessioni di Auletta, T.: "Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?", *Le Nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 367; Venuti, M.C.: "La regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia", *Politica del diritto*, 2016, p. 95 ss. V. anche Alpa, G.: "La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico", *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 1718 ss.; Bonilini, G.: "Convivenza, matrimonio, unione civile e famiglia", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, p. 765 ss. Per un commento analitico della legge n. 76/2016 e ai tre decreti attuativi AA.VV.: *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2017 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, (a cura di C.M. Bianca), Giappichelli, Torino, 2017. Con specifico riferimento alla disciplina delle unioni civili v. l'ampio, e ricco di spunti, contributo di Perlingieri, G.: Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi, in AA.VV.: *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale* (a cura di F. Romeo), ESI, Napoli, 2018, pp. 77 ss.. Con specifico riferimento alla disciplina delle convivenze sia consentito rinviare a Romeo, F.: "Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina sulle convivenze. Prime riflessioni a margine della L. 20 maggio, 2016, n. 76", Le *Nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 665.

18 Ciascun individuo risulta titolare del diritto soggettivo di sposarsi, di separarsi, di divorziare e di costituire una nuova famiglia fondata sul matrimonio ovvero di dare luogo ad una relazione affettiva non matrimoniale socialmente diffusa o regolata dalla legge.

19 Su tali profili v. le riflessioni di Paradiso, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", *Rivista di diritto civile*, 2016, p.1038.

una pluralità di regole, soprattutto processuali[20]. Eloquenti, in questa direzione, appaiono le novità legislative sul c.d. divorzio breve[21] e le modalità di separazione e divorzio alternative al processo[22]. Queste ultime, in particolare, attenuando il ruolo dell'autorità giurisdizionale, potenziano il valore degli accordi raggiunti direttamente dai coniugi. In buona sostanza, rendendo sempre più mobili i confini dell'autonomia privata nell'ambito del diritto di famiglia, si accentua il carattere privatistico della relazione matrimoniale e si esalta il principio di autodeterminazione dei coniugi che - come meglio vedremo - possono disporre del loro vincolo matrimoniale anche in presenza di figli minori ovvero maggiorenni portatori di *handicap* o non autosufficienti economicamente.

Ciò premesso, non si può fare a meno di rilevare che l'irrequietezza esistenziale degli adulti si ripercuote sovente in modo negativo sui figli minori di età. Al riguardo, appare concreto il rischio che la separazione personale dei coniugi, il divorzio, la cessazione della convivenza (di mero fatto o normativizzata) possano riverberarsi negativamente nel quadro della complessa relazione "genitori-figli"[23]. Non è un caso che i ripetuti conflitti tra *ex* coniugi ovvero tra *ex* conviventi - mortificando la salvaguardia dei diritti dei figli -finiscono con lo svilire la portata dell'articolato normativo tracciato dagli artt. 337 *bis* ss. c.c. nonché i principi fondanti della "Carta dei diritti dei figli nella separazione dei genitori" varata nel 2019 dall'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza (AGIA) al primario fine di promuovere la centralità dei figli proprio nel momento della crisi della coppia genitoriale[24]. Del resto, la Carta - pur essendo indirizzata ai bambini e ai ragazzi

20 Nell'esperienza italiana la privatizzazione del diritto di famiglia trova il suo momento fondante nella caduta del principio dell'indissolubilità del matrimonio: il divorzio, infatti, ha consentito a ciascuno dei coniugi di porre fine alla relazione matrimoniale e dare vita a nuove famiglie. Non è un caso che la giurisprudenza, ormai da tempo, ha affermato l'esistenza di un diritto costituzionalmente garantito a porre fine all'unione matrimoniale ogni qual volta la convivenza sia divenuta intollerabile (cfr. Cass. 9 ottobre 2007, n. 21099, *La Nuova giurisprudenza civile commerciale*., 2008, p. 519 con nota di Lenti, L.: "Il criterio per valutare l'intollerabilità della convivenza: la cassazione abbandona le declamazioni ideologiche e disvela le regole operative"). Peraltro, l'introduzione del divorzio ha portato con sé la possibilità che nella vita di una persona potessero darsi più famiglie legittime, tutte fondate sul matrimonio ed egualmente protette dal diritto.

21 Legge 6 maggio 2015, n. 55 "Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi". In argomento, tra gli altri, Ferrando, G.: "Il divorzio breve: un'importante novità nel solco della tradizione", *Il Corriere giuridico*, 2015, p. 1041; Danovi, F.: "Al via il "divorzio breve": tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione", *Famiglia e diritto*, 2015, p. 607; Oberto, G.: "Divorzio breve, separazione legale e comunione tra i coniugi", *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 615 ss. Come emerge anche dai verbali dei lavori parlamentari, la legge n. 55/2015 si propone di incentivare gli accordi tra le parti, riducendo così la conflittualità tra i coniugi. Occorre sottolineare la non banalità di questo intervento che tende a rafforzare la libertà personale e l'autodeterminazione rispetto al valore costituzionale dell'unità familiare.

22 Sul tema Danovi, F.: "I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti", *Famiglia e diritto*, 2014, p. 1141.

23 Il processo di decodificazione del diritto di famiglia nell'epoca del pluralismo familiare mette in luce l'esigenza di tutelare il fanciullo rispetto all'irrequietezza dell'adulto. Quest'ultimo, infatti, nel quadro di un processo di valorizzazione degli interessi individuali, risulta libero di "governare" la sua vita di coppia. Tutti i legami diventano meno avvolgenti e l'individuo può rimodulare continuamente i propri progetti di vita.

24 La "Carta dei diritti dei figli nella separazione dei genitori" - i cui principi fondanti sono ispirati alla Convenzione di *New York* e in particolare a quelli dell'ascolto e del superiore interesse dei minori - rappresenta un'enunciazione di diritti e principi di valore etico finalizzati a promuovere, come sopra

- si pone l'obiettivo di rendere consapevoli gli adulti e in *primis* i genitori, della necessità di mantenere inalterata la centralità del figlio nella costruzione comune del nuovo assetto familiare[25].

D'altro canto, proprio nell'ottica di salvaguardare il "best interest of the child", occorre ricordare che l'articolato normativo tracciato dagli artt. 337 *bis* ss. c.c. ha puntualizzato quali siano i diritti dei figli che devono essere tutelati nonostante l'intervenuta crisi della coppia genitoriale[26]. Paradigmatica, al riguardo, risulta la previsione contenuta nell'art. 337 *ter*, comma 1°, c.c. laddove si sancisce il diritto del figlio minore di età a "mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale"[27].

Proprio in quest'ottica, non ci si può esimere dal ricordare che il figlio - usando un'espressione letterale molto cara al Prof. Bianca - ha il "diritto ad essere amato dai propri genitori". L'espressione, sostituita in sede di approvazione della legge delega con quella di "assistenza morale", segna l'affermazione - in un ordinamento che storicamente ha mostrato scarsa attenzione ai fatti di sentimento - di un diritto del figlio a ricevere "cura amorevole" da entrambi i genitori tanto nella fase fisiologica quanto nella fase patologica del rapporto[28]. Peraltro, occorre rammentare

evidenziato, la centralità dei figli minori di età proprio nel momento dello scioglimento del *ménage*. Obiettivo della Carta, è quello di rendere consapevoli i figli dei loro diritti e di contribuire alla crescita culturale dei genitori e in generale della società, al fine di garantire il rispetto dei diritti di cui sono portatrici le persone di minore età. La Carta è articolata in dieci punti (*rectius* dieci diritti) e vuole rappresentare uno strumento pensato a tutela e protezione dei bambini e dei ragazzi coinvolti nell'esperienza della separazione dei genitori.

25 La "Carta dei diritti dei figli nella separazione dei genitori" - prioritariamente indirizzata ai figli minori di età - si rivolge ad una eterogeneità di destinatari (*i.e.* genitori, giudici, avvocati, professionisti del settore sanitario e psicosociale).

26 Gli artt. 337 *bis* ss. c.c. costituiscono, a ben vedere, la proiezione della responsabilità genitoriale, intesa quale attuazione del rapporto "genitori-figli" nella fase patologica della vita della coppia genitoriale.

27 Con il termine ascendenti ci si riferisce ai nonni, la cui nella vita dei nipoti presenza - come sottolineato dal Prof. Bianca - è di primaria importanza. Tuttavia, non si può fare a meno di sottolineare come dalla lettura dell'art. 337 *ter*, comma 1°, c.c. la posizione dei nonni rimane incerta: permane il dubbio circa l'esistenza di un diritto di visita dei nonni autonomamente tutelabile in caso di separazione o divorzio dei genitori del minore. A riguardo, appare necessario fare riferimento all'art. 317 *bis* c.c. che prevede al comma 1°, il diritto degli ascendenti di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni. Il medesimo articolo, al comma 2°, specifica che all'ascendente al quale è impedito l'esercizio di tale diritto, può ricorrere al giudice del luogo di residenza abituale del minore, affinché siano adottati i provvedimenti più idonei nell'esclusivo interesse del minore. L'art. 317 *bis* c.c. riconosce della figura dei nonni e il loro diritto, dovendosi precisare - tuttavia - che tale diritto è subordinato a quello dei nipoti: gli ascendenti facendo valere il loro diritto, fanno valere di conseguenza il diritto dei nipoti, che così è maggiormente tutelato. In buona sostanza, l'art. 317 *bis*, comma 2° c.c. ammette sì, una tutela del diritto di visita degli ascendenti, ma al contempo questa forma di tutela incontra un limite: l'esclusivo interesse del minore (cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile* 2.1, 6 ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 368). Sul diritto dei minori all'amore dei nonni v. Lifrieri, R.: "Il diritto del minore a ricevere amore", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2020, p. 768 ss.

28 Sul punto v. Bianca, C.M.: *Diritto civile* 2.1, cit., p. 367 ove si sottolinea come il diritto all'amore dei genitori è un diritto fondamentale del minore. Più in generale occorre ricordare che lo statuto dei diritti del figlio, *ex* art. 315 *bis* c.c., elenca i diritti del figlio quali diritti della personalità. Trattasi - come evidenziato dal Prof. Bianca - di "diritti fondamentali di solidarietà che tutelano l'interesse essenziale dell'essere umano a ricevere l'aiuto e la guida necessari per la sua formazione" (cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile* 2.1, cit., p. 364) che devono essere garantiti al minore anche nel momento della crisi della coppia genitoriale.

che l'interesse del minore, a ricevere affetto dai genitori, si oggettivizza in un valore rilevante per l'ordinamento giuridico, differenziandosi così, dall'interesse all'affetto nelle relazioni tra adulti, che resta giuridicamente irrilevante. Come ci ha insegnato il Prof. Bianca, infatti, è interesse primario del minore, "ricevere quella carica affettiva, di cui l'essere umano non può fare a meno nel tempo della sua formazione"[29].

Altrettanto rilevante, inoltre, risulta il comma 2° dell'art. 337 *ter* c.c. che impone al giudice, nell'adottare i provvedimenti relativi alla prole, di fare riferimento esclusivo all'interesse morale e materiale dei figli[30]. La questione è estremamente delicata. Invero, per quanto il rapporto tra genitori e figli appaia sempre più incentrato sulla primazia del figlio occorre rilevare che la posizione del minore all'interno di ogni procedimento giudiziario rimane spesso assai fragile: basti pensare che in alcuni procedimenti che pur coinvolgono interessi essenziali del minore, questi non ha modo di fare sentire la sua voce. Si pensi ai giudizi di separazione e di divorzio, nel cui ambito si discute dell'affidamento dei figli. Nonostante il legislatore disponga oggi l'audizione del figlio minore ultradodicenne (e anche di età inferiore ove capace di discernimento) si resta dubbiosi sulla possibilità che le "parole" e, sovente, i "silenzi" del minore siano correttamente intesi dal giudicante ai fini della formazione del proprio convincimento[31].

29 Cfr. Bianca, C. M.: *Diritto civile* 2.1, cit., p. 368.

30 In questa prospettiva, per attuare al meglio l'interesse del minore, il giudice deve valutare prioritariamente la possibilità che la prole resti affidata ad entrambi i genitori. Al riguardo nell'elaborazione dell'affidamento condiviso si coglie un concetto di interesse del minore profondamente innovato. Prioritario è il perseguimento del "benessere" del figlio che - a ben vedere - passa attraverso la piena affermazione e la salvaguardia del diritto alla bigenitorialità. A tal proposito, appare utile ricordare che l'affidamento condiviso assurge oggi a regola generale9. Viceversa, si ricorre all'affidamento esclusivo eccezionalmente. Paradigmatiche conferme si rinvengono in Cass. 17 maggio 2021, n. 13217 (*www.quotidianogiuridico.it*), in base alla quale la condotta della madre, tesa ad estraniare la figlia dal padre e la evidenziata elevata conflittualità con l'ex *partner* non giustificano l'affidamento esclusivo al padre; Cass. 11 luglio 2017, n. 17137, (*www.osservatoriofamiglia.it*), in base alla quale i comportamenti di dubbia moralità della madre non giustificano l'affidamento esclusivo dei figli minori di età al padre; Cass. 3 gennaio 2017, n. 27, (*www.quotidianogiuridico.it*), in base alla quale la spiccata conflittualità tra i genitori non giustifica l'affido esclusivo. Nella stessa prospettiva si pone Trib. Velletri 15 gennaio 2018, (*www.quotidianogiuridico.it*), che - agli esiti della CTU e tenendo in debita considerazione la volontà dei coniugi - ha ritenuto la sindrome da disturbo bipolare della madre non incompatibile con l'affidamento condiviso delle figlie. Peraltro, un'ulteriore conferma dell'affidamento condiviso quale regola generale si coglie in Trib. Milano 11 marzo 2016, *Famiglia e diritto*, 2017, p. 146, con nota di Russo, D.: "L'interesse del minore tra affidamento e responsabilità genitoriale"). Il tribunale meneghino, in particolare, chiamato a pronunciarsi circa la possibilità di ammettere l'affidamento esclusivo sulla base di un mero accordo tra i genitori, ha dichiarato la non negoziabilità dell'affidamento condiviso. In tema di affidamento condiviso, tra gli altri, v. Schlesinger, P.: "L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo", *Il Corriere giuridico*, 2006, p. 302 ss.; Bianca, C.M.: "La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni", *Famiglia e diritto*., 2006, p. 676; Patti, S.: "L'affidamento condiviso dei figli", in *Famiglia persone e successioni*, 2006, p. 300 ss.; Ruscello, F.: "La tutela dei figli nel nuovo affido condiviso", *Familia*, 2006, p. 625; Mantovani, M.: "Commento all'art. 1, comma 1° della L. 54/2006", *Le Nuove leggi civili commentate*, 2006, p. 96. In argomento spunti di sicuro interesse si rinvengono nell'attenta analisi di Irti, C: *Affidamento condiviso e casa familiare. Prole e abitazione dopo la disgregazione del nucleo familiare*, Jovene, Napoli, 2010.

31 La legge n. 206/2021 tende a garantire una partecipazione effettiva del minore nel processo attraverso l'intervento di un curatore speciale. La Riforma Cartabia, infatti, consente di superare le strettoie dell'attuale assetto normativo che prevede la nomina di un curatore speciale del minore solo in qui procedimenti in cui il conflitto tra genitore e figlio è in *re ipsa*. Paradigmatica, al riguardo, appare la parziale riscrittura degli artt.78 e 80 del codice di rito. Si introduce una peculiare figura di curatore speciale del minore cui

Se è pur vero che il superiore interesse del minore - oltre ad assurgere a criterio ordinatore della relazione "genitori-figli" - tende ad elevarsi a criterio guida a cui il legislatore deve ispirarsi e il giudice attenersi nella ricerca di una soluzione giuridica alle questioni che riguardano i minori di età rispetto alla già richiamata irrequietezza esistenziale degli adulti è altrettanto inconfutabile che la conflittualità deflagra drammaticamente proprio all'interno del processo. Molti genitori, infatti, palesano una grave inidoneità ad esercitare correttamente il loro ruolo soprattutto nella fase patologica, dimenticando che i figli sono i primi a subire la disgregazione della famiglia ed i primi a rimanere depauperati dalla separazione dei genitori[32].

Non si può disconoscere che il processo nasce da una situazione di contrasto e di reciproca insoddisfazione. È comprensibile che le parti covino sentimenti negativi, rabbie, frustrazioni dalle quali sorgono rivendicazioni e pretese. Tuttavia, proprio nei processi della famiglia - pur nella necessaria affermazione dei diritti lesi - l'avvocato può (*rectius* deve) attivarsi per mitigare gli aspetti conflittuali e per indirizzare le parti verso il miglior assetto possibile per il futuro[33]. Nella crisi della famiglia, infatti, a differenza delle controversie civili e commerciali, la relazione non si interrompe: i legami, soprattutto in presenza di figli minori di età, permangono dopo l'epilogo anche per molti anni. Pertanto, in un simile scenario l'avvocato – evitando di porre in essere strategie inutilmente aggressive - dovrebbe assumere un comportamento protettivo del minore coinvolto nel conflitto della coppia genitoriale[34].

Ben si comprende l'importanza della specializzazione degli avvocati che devono avere la sensibilità di arginare il conflitto in atto nell'interesse del minore; quest'ultimo, infatti, è il soggetto debole nel conflitto familiare e, più in generale, nelle controversie familiari. A tal riguardo, proprio l'avvocato specialista - nel rispetto dei doveri deontologici di fedeltà, diligenza e competenza - al momento del conferimento dell'incarico dovrebbe spendersi attivamente, ovviamente laddove dovesse ravvisarne, anche potenzialmente, le condizioni, per indurre il cliente a ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita. Superando l'idea di

vengono conferiti anche poteri di gestione, al di fuori delle tradizionali ipotesi di conflitto di interessi fino ad oggi note. In particolare, la novità introdotta dal comma 4 del novellato art. 78 c.p.c. - tramite una previsione di portata generale ed astratta fortemente innovativa - consente di ricorrere alla nomina di un curatore speciale ogni qual volta i genitori, anche temporaneamente, appaiono inadeguati a rappresentare gli interessi del minore. Altrettanto rilevanti, inoltre, appaiono le modifiche apportate all'art. 80 c.p.c. e, in particolare, l'attribuzione agli avvocati di "specifici poteri di rappresentanza sostanziale" nonché la possibilità di "procedere all'ascolto del minore".

32 Non si può fare a meno di rilevare come l'astio personale di uno dei genitori finisca con il travolgere i figli.

33 Sul punto v. le riflessioni di Danovi, F.: "Processo di separazione e divorzio e tecniche della difesa", *Famiglia e diritto*, 2019, p. 949 s.

34 I difensori dei genitori hanno l'obbligo di assumere un comportamento protettivo del minore proprio in funzione del ruolo che il rappresentante tecnico è chiamato a svolgere nelle cause di famiglia. Fondamentale appare il recupero dell'etica generale del processo: è questo un valore importantissimo da valorizzare costantemente soprattutto nei processi di separazione e divorzio. In questa direzione, tra gli altri, Danovi, F.: "Processo di separazione e divorzio e tecniche della difesa", cit., p. 956.

fornire al cliente - in linea con quanto previsto dell'art. 2, comma 7° della legge n. 162/2014 - una mera informazione in ordine alla possibilità di svincolare la separazione e il divorzio dalla giurisdizione, il professionista dovrebbe soffermarsi ad illustrare al cliente la descrizione della procedura; l'indicazione dei benefici sostanziali (*i.e.* maggiore celerità rispetto al procedimento giudiziale) che, a ben vedere, potrebbero in questo caso riverberarsi positivamente anche sui figli.

III. ACCORDI NEGOZIATI E RESPONSABILITÀ SOCIALE DELL'AVVOCATO.

Come già evidenziato, il "nuovo" diritto di famiglia, si connota per una sempre più marcata privatizzazione. In questo scenario - potenziando il valore degli accordi raggiunti direttamente dai coniugi - si innestano le "modalità di separazione e divorzio alternative al processo".

I modelli di negoziazione assistita dagli avvocati segnano un cambiamento epocale. La legge n. 162/2014 - ennesima settoriale riforma processuale con finalità deflattive - svincola, per la prima volta, le separazioni e i divorzi dalla competenza esclusiva e inderogabile dei Tribunali, esaltando la responsabilità sociale degli avvocati e demandando alla funzione difensiva un diverso e più ampio ruolo attivo[35]. La funzione difensiva, come meglio vedremo, assurge a protagonista nella "creativa" collaborazione con le parti affinchè, nel rispetto del loro diritto di autodeterminazione e nel rispetto delle libere istanze, trovino l'equilibrio (non sempre facile da rinvenire) dei contrapposti interessi in gioco[36].

Attraverso la legge n. 162/2014 si ampliano i percorsi alternativi al contenzioso giudiziario[37] e - circostanza non meno importante - si compie un significativo passo avanti verso una nuova dimensione della c.d. "giurisdizione forense"[38]. Tramite la negoziazione gli avvocati possono interpretare e fare propria la funzione sociale

35 L'intervento giurisdizionale, almeno nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe limitarsi ai casi in cui l'autodeterminazione non si possa esercitare concordemente oppure vi siano acclarate situazioni di squilibrio tra le parti ovvero di pregiudizio per i soggetti vulnerabili coinvolti nella crisi coniugale. Conseguentemente, esaltando il "principio di autodeterminazione", i coniugi possono disporre del loro vincolo matrimoniale anche in presenza di figli minori ovvero maggiorenni portatori di *handicap* o non autosufficienti economicamente.

36 In questa direzione si muove Ruo, M.G.: Dignità, responsabilità sociale dell'avvocatura e negoziazione assistita in materia matrimoniale, in AA.VV.: *Negoziazione assistita dagli avvocati in separazione e divorzio*, (a cura di M.G. Ruo), Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016, p. 17.

37 Sulla collocazione della negoziazione assistita nel quadro delle procedure alternative di risoluzione delle controversie v. Carratta, A.: Negoziazione assistita in materia matrimoniale e disciplina generale problemi applicativi, in AA.VV.: *Negoziazione assistita dagli avvocati in separazione e divorzio*, (a cura di M.G. Ruo), Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016, pp. 49 ss.

38 Il riferimento alla c.d. giurisdizione forense deve essere rettamente inteso. Con tale espressione si suole fare riferimento all'attitudine dell'avvocatura a intervenire con i mezzi offerti dalla normativa vigente per la definizione delle liti. In particolare, occorre chiarire che attraverso la negoziazione assistita la risoluzione del conflitto non avviene fuori della giurisdizione, ma all'interno della stessa funzione giurisdizionale che - a ben vedere - assume una connotazione nuova: l'avvocato, parte essenziale del corretto espletamento della giurisdizione, con la negoziazione assurge ad attore protagonista.

che caratterizza la professione, "aiutando fattivamente i coniugi a rimodulare le loro vite, in tempi rapidi e certi, evitando attese indefinite e lacerazioni degli affetti, con grave pregiudizio della prole. Il tutto senza dover dipendere da null'altro che non sia la propria capacità negoziale e la propria competenza professionale"[39]. L'avvocato (almeno uno per parte), pertanto, può farsi carico del conflitto e dei problemi dei propri clienti per il raggiungimento di un accordo di negoziazione assistita da redigersi "a pena di nullità, in forma scritta" (art. 2, comma 2°)[40]. Mediante tale accordo, pertanto, l'avvocato può definire fuori dalle aule di giustizia una molteplicità di procedimenti e può contribuire a formare una diversa cultura della crisi familiare, non più fondata sul conflitto, ma sulla composizione degli interessi[41].

IV. I VERI PROTAGONISTI DELLA NEGOZIAZIONE ASSISTITA: LE PARTI E GLI AVVOCATI.

Quando il *menage* entra in crisi, spetta innanzi tutto alle parti trovare un accordo, anche con riferimento ai provvedimenti riguardanti i figli. A tal riguardo assume paradigmatica valenza l'art. 2, comma 1°, in base al quale la "convenzione di negoziazione assistita" è un "accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'Albo". La negoziazione assistita, pertanto, appare uno strumento deformalizzato e flessibile: una sorta di "pagina bianca" che le parti possono liberamente scrivere tenendo conto delle peculiarità del caso concreto[42].

Il riferimento alla buona fede, in particolare, impone alle parti (*rectius* ai coniugi) - in linea con le previsioni *ex* artt. 1337 e 1375 c.c. - di collaborare alla costruzione di regole che nel caso concreto realizzano, contemplandole, le esigenze di entrambe le parti e dei figli minorenni, maggiorenni non indipendenti economicamente, disabili gravi. A ciascuna delle parti, nel pieno rispetto del canone della salvaguardia,

39 Cfr. Guida Operativa del Consiglio Nazionale Forense sulla "Negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio" elaborata - grazie anche al lavoro della "Commissione diritto di famiglia" - nel maggio del 2020.

40 Su questo campo si gioca una partita importante per l'Avvocatura. La negoziazione assistita in materia di "separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione e divorzio" (art. 6) permette agli avvocati - andando oltre l'accertamento di torti e ragioni - di "creare insieme al proprio cliente nuovi assetti relazionali nell'interesse di tutti i soggetti coinvolti nella crisi familiare" (cfr. Guida Operativa del Consiglio Nazionale Forense sulla "Negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio").

41 La già richiamata "Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi", al riguardo, ben sottolinea, come la piena affermazione della negoziazione assistita - superando alcuni dubbi ermeneutici sorti in fase di prima applicazione - potrà garantire un nuovo e vantaggioso assetto delle relazioni all'esito della fine della relazione personale.

42 Sul punto Bugetti, M.N.: "Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco", cit., p. 518, ove si sottolinea come la negoziazione assistita imponga alle parti di percorrere la strada del dialogo.

è richiesto di agire preservando gli interessi anche dell'altra al fine di garantire il giusto equilibrio degli interessi in gioco[43].

Altro aspetto di primaria importanza attiene alla gestione in prima persona della negoziazione[44]. Le parti, infatti, non delegano la gestione della controversia ai loro legali, che si fanno intermediari tra i coniugi[45]. Ciò detto, non si può disconoscere che la concreta affermazione della legge, almeno in parte, è legata alla capacità compositiva degli avvocati[46]. Questi ultimi, pertanto, dovranno mettere in campo autorevolezza e preparazione specifica per riuscire a dominare l'insieme dei criteri codificati e applicati nel diritto vivente. All'avvocato negoziatore - vero e proprio anello di raccordo tra cittadino e Stato - è richiesto un approccio di responsabilità sociale molto forte[47].

Gli avvocati, inoltre, assolvono significativi doveri informativi di natura deontologica. Ma non solo. Ai sensi dell'art. 6, comma 3°, nell'accordo si deve dare atto che si è "tentato di conciliare le parti" nonché che le parti siano state rese edotte "dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori". A tal riguardo, tuttavia, non si può fare a meno di sottolineare che la formula utilizzata dal legislatore - certamente imprecisa e sommaria - sembra appiattire il complesso tema della genitorialità a seguito della crisi della coppia sulla dimensione quantitativa degli spazi a disposizione con i figli[48]. Viceversa,

43 La duttilità della clausola generale di buona fede, tuttavia, potrebbe generare in concreto una difficoltà ad individuare quali siano i canoni di comportamento richiesti alle parti. La mente corre al tema della necessaria *disclosure* con riguardo a tutti i documenti e le informazioni di cui una parte sia in possesso e che, in linea generale, non sarebbe tenuta a fornire all'altra, se non nei limiti in cui le informazioni possano essere decisive ai fini della formazione del suo consenso. In considerazione della peculiarità della materia - come evidenziato in dottrina (cfr. Bugetti, M.N.: "Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco", cit., p. 519 s.) - parrebbe ragionevole intendersi compresa nel dovere di buona fede la *disclosure* delle informazioni e dei documenti che le parti sono tenute a produrre in giudizio (*i.e.* le dichiarazioni dei redditi) ovvero di quelle che è prassi che il giudice chieda a ciascuno di produrre in ordine alla propria posizione patrimoniale (*i.e.* conti correnti; proprietà).

44 Il principio sopra enunciato si desume chiaramente dal dettato dell'art. 2, comma 1°, in base al quale la negoziazione dovrebbe essere gestita dalle parti, pur assistite ciascuna da un proprio legale.

45 Viceversa, nella negoziazione assistita - come già sottolineato - si richiede alle parti di intraprendere la strada del dialogo, avendo gli avvocati un ruolo di garanti delle rispettive posizioni giuridiche, più che di fautori della trattativa. In buona sostanza, è richiesta una conversione della professionalità in cui la difesa assurge ad una responsabilità sociale più ampia e articolata che, mai dimenticando l'interesse del proprio assistito, lo collochi in un quadro di più ampio respiro di componimento dei vari interessi in gioco.

46 Al riguardo, occorre ricordare che - in base all'*incipit* dell'art.6 - la "convenzione di negoziazione tra coniugi" deve concludersi con la necessaria assistenza di "almeno un avvocato per parte" (in tale direzione v. Bugetti, M.N.: "Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco", cit., p. 517). Tale soluzione - avversata da una parte della dottrina (cfr. Danovi, F.: "I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti", cit., p. 1147 s. il quale osserva che "un unico difensore specializzato e competente può gestire il conflitto, senza inutili appesantimenti" garantisce, invero, la massima tutela in sede negoziale della posizione dei coniugi e consente l'eliminazione di eventuali conflitti di interesse.

47 In questa prospettiva si innerva (ed assume peculiare valenza) la disposizione che impone all'avvocato di certificare la "conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico" (art. 5, comma 2°). Gli avvocati, inoltre, "certificano l'autografia delle sottoscrizioni apposte alla convenzione sotto la propria responsabilità professionale" (art. 2, comma 6°).

48 In questa direzione v. le condivisibili riflessioni di Sesta, M.: "Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia", cit., p. 298. Ciò che realmente assume rilievo non è tanto la

più opportunamente, l'avvocato dovrà spiegare alle parti che il concetto di "adeguatezza" non può essere declinato in termini di tempi paritetici.

Proprio in quest'ottica, non è dato dubitare che l'obbligo di informazione a carico degli avvocati abbia contenuto assai più esteso. L'avvocato esperto di diritto di famiglia, pertanto, dovrà adoperarsi per portare a termine una "negoziazione informata" al fine di ottenere dal cliente un consenso consapevole, che richiede, per essere tale, una previa conoscenza dei diritti e degli obblighi dei soggetti coinvolti[49].

Gli avvocati, infine, come meglio vedremo, assolvono a peculiari obblighi di trasmissione. In particolare, l'art. 6, comma 2°, prevede che l'accordo di negoziazione assistita raggiunto per il tramite degli avvocati debba essere "trasmesso al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente".

La legge n. 162/2014 - e sul punto occorre registrare anche il silenzio della legge n. 206/2021 - nulla dice sull'ascolto del figlio minore capace di discernimento. Tale lacuna appare grave: basti ricordare, al riguardo, che l'ascolto del minore è prima di tutto un diritto sostanziale, stabilito in via generale dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo e ribadito con forza dall'art. 315 *bis* c.c. ai sensi del quale il minore ha diritto ad essere ascoltato "in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano"[50].

distribuzione paritaria del tempo quanto la partecipazione affettiva, morale e materiale alla vita del minore. Personalmente, non penso che i tempi di permanenza dei figli minori con ciascuno dei genitori possano essere predeterminati rigidamente dal legislatore. La regolamentazione dei tempi di permanenza dipende, infatti, dalle peculiari caratteristiche di ciascun caso concreto. Conseguentemente non si può escludere che la distribuzione paritaria del tempo in taluni casi - come emerge dalla lettura di alcune pronunce di merito - possa rappresentare la soluzione ideale, con pieno giovamento per tutti. Occorre tenere sempre presente, infatti, che il regime condiviso della responsabilità genitoriale in ragione della peculiarità del caso concreto può prevedere particolari declinazioni e, tra queste, anche quella dei tempi paritetici di frequentazione con i due genitori. Paradigmatica appare una sentenza del Tribunale di Firenze che declina il regime condiviso della responsabilità genitoriale in termini di domiciliazione del minore a settimane alterne presso il padre e presso la madre, tenendo in debito conto della volontà espressa dal minore durante l'ascolto disposto dal Giudice istruttore (cfr. Trib. Firenze 2 novembre 2018, n. 2945, *www.quotidianogiuridico.it*, con nota di Scalera, A.: "*Il Tribunale di Firenze anticipa il Ddl Pillon?*". Un simile assetto, viceversa, in altri casi, può rivelarsi pregiudizievole per il minore: emblematica, al riguardo, appare una recente pronuncia del Tribunale di Civitavecchia ove il giudice - in sede di modifica delle condizioni di separazione e permanenza del figlio minore presso ciascun genitore - a seguito del trasferimento della madre in un comune diverso da quello in cui si trovava la casa coniugale, ha riscontrato l'inidoneità del collocamento a settimane alterne a causa dei tempi troppo lunghi di spostamento per frequentare la scuola e rendere difficoltosa la pratica dello sport che, se gradita, deve essere incentivata, in quanto produce effetti positivi sullo stato di salute e dell'interazione sociale con i coetanei (cfr. Trib. Civitavecchia 9 aprile 2018, *www.ilcaso.it*).

49 Sul punto v. Sesta, M.: "Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia", cit., p. 298. Gli avvocati, ai sensi dell'art.9, comma 2°, sono tenuti, inoltre, ad un obbligo di riservatezza. In particolare, è obbligo dell'avvocato di tenere riservate le informazioni ricevute e di non utilizzare le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento di un giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto: la violazione di tale obbligo costituisce illecito disciplinare (art. 9, comma 4° *bis*). Di fronte a tale regola si dovrebbe ammette un'eccezione, nel senso di ritenere utilizzabili in un futuro giudizio tutti qui documenti la cui produzione in giudizio debba avvenire per legge (si pensi alla dichiarazione dei redditi dei coniugi).

50 L'ascolto del minore è altresì previsto nell'art. 336 *bis* nei giudizi sulla crisi familiare e dall'art. 337*octies* ove si prevede l'ascolto del figlio nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori. Viceversa, questa mancanza di ogni riferimento all'ascolto del minore getta ombre sulla stessa legittimità

Per superare questo *gap* i genitori, nell'esercizio del "potere-dovere" di ascolto, potranno informare i figli minori di età e acquisire la loro opinione di cui si terrà conto nell'assetto relazionale che dovrà essere stabilito, dandone atto nell'accordo di negoziazione.

V. LA NEGOZIAZIONE SI COLORA DI GIURISDIZIONE: IL "FILTRO" (INCONGRUENTE) DEL P.M.

L'intervento del P.M. - colorando di giurisdizione il procedimento - pone il sigillo di legittimità e legalità sull'accordo di negoziazione in materia di separazione e divorzio[51]. Invero, sin da subito, sono state avanzate perplessità in ordine a tale intervento. In primo luogo, occorre rilevare che la previsione di un "filtro" anche per le negoziazioni assistite in assenza di figli denota poco coraggio; inoltre, si è evidenziato che l'intervento del P.M. contrasta con l'idea di fondo che sostiene la negoziazione assistita, per la quale la soluzione della controversia deve essere affidata agli avvocati, garanti degli interessi delle parti. A tal riguardo, non a caso, è stato sostenuto che l'inserimento di un "garante dei garanti" (o, ancor peggio, un "controllore dei garanti"), significa non credere pienamente nell'istituto[52].

Dubbi interpretativi di non poco momento si pongono rispetto alla valutazione che il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente dovrà compiere rispetto all'accordo di negoziazione. Tale vaglio ha un diverso grado di incisività a seconda della fattispecie. Nel caso di accordo in mancanza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente

costituzionale delle norme che consentono la separazione e il divorzio stragiudiziale anche in presenza di figli minori, per non avere il legislatore rispettato, come vuole l'art. 117 Cost., "i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". Su tali profili v. Tommaseo, F.: "Negoziazione assistita per modificare le condizioni del divorzio e tutela del figlio maggiorenne non ancora autonomo", *Famiglia e diritto*, 2015, p. 859; Tommaseo, F.: "La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali", *Famiglia e diritto*, 2015, p. 158; Ruo, M.G.: I figli nella negoziazione assistita in materia matrimoniale: minorenni, maggiorenni non indipendenti economicamente, incapaci e disabili gravi, in AA.VV.: *Negoziazione assistita dagli avvocati in separazione e divorzio* (a cura di M.G. Ruo), Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016, p.112 s. Su tali profili sia consentito rinviare a Romeo, F. - Giorgianni, V.: Una nuova chance per la negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio? Prime riflessioni alla luce della legge 206/2021, in AA.VV.: *Famiglie, minorenni e persone nella riforma del processo civile* (a cura di M.G. Ruo) Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2022, pp.216 ss.

51 Occorre ricordare in questa sede che - in base all'art. 6, comma 2° - l'accordo di negoziazione assistita raggiunto per il tramite degli avvocati deve essere "trasmesso al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente". Le modalità del controllo da parte del P.M. variano a seconda della fattispecie. Nelle ipotesi di accordo "in presenza di figli minori" o, più in generale, di figli bisognosi di protezione, la verifica del P.M. - non limitandosi ad una valutazione meramente formale - guarda al merito dell'effettiva rispondenza dell'accordo "all'interesse dei figli". Nelle ipotesi di accordo "in mancanza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti", l'organo requirente risulta chiamato ad una semplice verifica di regolarità formale dell'accordo. Si legge infatti che il P.M. "quando non ravvisa irregolarità comunica agli avvocati il nulla osta per gli adempimenti ai sensi del comma 3". Al riguardo non si può fare a meno di rilevare che il filtro del P.M. richiesto anche per i rapporti che riguardano esclusivamente i coniugi snatura la figura dell'organo requirente: quest'ultimo finisce con lo svolgere una mera funzione certificativa.

52 Cfr. Danovi, F.: "I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti", cit., p. 1143.

non autosufficienti, l'organo requirente risulta chiamato ad una semplice verifica di regolarità formale dell'accordo. Si legge infatti che il P.M. "quando non ravvisa irregolarità comunica agli avvocati il nulla osta per gli adempimenti ai sensi del comma 3". A tal riguardo, alquanto vago appare il riferimento alle "irregolarità" che starebbero alla base del mancato rilascio del nulla osta da parte del P.M. Ci si chiede, infine, se il P.M. debba motivare le ragioni del diniego.

Nelle ipotesi di accordo in presenza di figli minori o, più in generale, di figli bisognosi di protezione, la verifica del P.M. guarda al merito dell'effettiva rispondenza dell'accordo all'interesse dei figli. In caso di esito positivo il P.M. autorizza l'accordo; in caso contrario è tenuto a trasmettere il fascicolo "*entro cinque giorni*" al Presidente del Tribunale "che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo" (art. 6, comma 2°, ultima parte).

Ciò premesso si pongono alcune questioni problematiche inerenti all'intervento del P.M. In primo luogo, stante il silenzio della legge, ci si può chiedere se il P.M. debba motivare la ragioni del diniego. A mio sommesso avviso, anche al fine di dare alle parti la possibilità di riattivarsi rapidamente e proporre nuovamente l'accordo modificato, potrebbe essere utile fornire qualche indicazione.

Altra questione delicata attiene alla possibilità di instaurare una fase "interlocutoria" davanti all'organo requirente per consentire alle parti di integrare e/o modificare l'accordo in corso d'opera. A mio avviso potrebbe essere utile, in una logica di speditezza e di collaborazione, ammettere una simile eventualità. In questa prospettiva - anche se in astratto non sarebbe necessario, essendoci solo assistenza - il rilascio da parte del cliente di una procura all'avvocato potrebbe legittimare il potere dello stesso di operare una modifica in corso d'opera.

VI. LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA FAMILIARE: UNA SFIDA PER L'AVVOCATURA. BREVI RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

Avviandomi alla conclusione, occorre operare una prima riflessione di carattere generale. Oggi più che in passato ritengo fondamentale l'esigenza di portare avanti un percorso teso alla normalizzazione della crisi familiare. La separazione e il divorzio dovrebbero essere percepiti e vissuti come evoluzione possibile (ancorché dolorosa) della vita di due persone[53].

53 Non si può ignorare che i provvedimenti e le procedure scaturenti dalla crisi della coppia genitoriale si riflettono ed incidono marcatamente sulla vita degli individui condizionandone le future scelte esistenziali. Analoga esigenza di sdrammatizzazione si coglie con riferimento alla delicata e controversa materia dell'assegno divorzile. A tal riguardo, autorevole dottrina ha ben sottolineato la necessità di "superare un orientamento giurisprudenziale insensibile all'evoluzione del rapporto matrimoniale, alla sdrammatizzazione del divorzio, alla successiva instaurazione di nuovi rapporti familiari" (cfr. Patti, S.:

In questo processo di sdrammatizzazione la negoziazione assistita dagli avvocati in separazione e divorzio potrebbe rivelarsi strumento assai utile per pianificare il conflitto familiare in tempi rapidi e certi nell'interesse di tutti i soggetti coinvolti nella crisi familiare, ivi compresi i figli. Invero, la legge n. 162/2014, ad oggi, non ha avuto l'impatto sperato a causa di alcuni dubbi interpretativi e di talune significative lacune che, indubbiamente, ne hanno frenato l'applicazione. A ciò si aggiunga una certa diffidenza dell'avvocatura, sovente restia a ricorrere alla negoziazione assistita. Da più parti si è ritenuto che il ruolo degli avvocati negoziatori sia più oneroso e gravato da maggiori responsabilità, rispetto allo stesso ruolo svolto in sede di accordi formati e omologati in sede giudiziale. Invero - come sottolineato da attenta dottrina - l'avvocato "è comunque responsabile per aver suggerito un accordo in sede giudiziale nella stessa misura in cui ha suggerito un accordo in sede di negoziazione assistita"[54].

Ciò detto, occorre guardare con rinnovata fiducia alla negoziazione assistita. Partendo dall'idea che la composizione dei conflitti è un valore, non solo etico-sociale, occorre farsi parte attiva per garantire una piena affermazione della c.d. "giurisdizione forense". In questa prospettiva, le previsioni contenute nella legge n. 206/2021 e nel d.lgs. n. 149/2022 potrebbero dare un nuovo vigore e una spinta importante alla legge n. 162/2014.

Nonostante il d.lgs. n. 149/2022 - in modo del tutto inaspettato - limita l'estensione del patrocinio a spese dello Stato alla parte non abbiente per l'assistenza dell'avvocato nel procedimento di negoziazione ai soli casi di cui all'art. 3, comma 1°, legge n. 162/2014[55], resto convinto che la negoziazione assistita dagli avvocati in separazione e divorzio rappresenti uno strumento agile, che offre alle parti la possibilità di costruire le regole migliori per loro stesse e i loro figli (quando ci sono) in tempi brevi e con modalità molto snelle. La "negoziazione assistita familiare" rappresenta per il ceto forense una vera e propria sfida culturale che può tramutarsi in una grande opportunità. Sulla premessa che le forme alternative al processo giudiziario sono oggi più che mai necessarie, non può essere contestato a priori il ruolo assegnato dal legislatore agli avvocati. Con la procedura di negoziazione, infatti, l'avvocato è chiamato a condurre il proprio

"Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?" Nota a Cass. S.U., 11 luglio 2018, n. 18287, *Familia*, 2018, pp. 474 ss.).

54 Cfr. Cecchella, C.: *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, cit., p. 296. Vero è che l'avvocato - come si è avuto modo di sottolineare - svolge, al pari delle parti un ruolo di centrale importanza nella trattativa; vero è che l'avvocato è coinvolto nella certificazione finale di compatibilità di con le norme inderogabili ma non si può fare a meno di sottolineare che il provvedimento giurisdizionale di omologa non esclude le medesime responsabilità del difensore tecnico sui contenuti di un accordo integralmente stragiudiziale e sottoposto alla certificazione di compatibilità con la norma imperativa.

55 La mancata estensione alla negoziazione assistita familiare del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti potrebbe rappresentare un *vulnus* per il pieno rilancio dell'istituto. Peraltro, si avvalora ulteriormente l'idea che la negoziazione assistita dagli avvocati in separazione e divorzio sia uno strumento elitario ad appannaggio esclusivo delle coppie benestanti.

assistito verso una soluzione concordata, svolgendo in tal modo una funzione applicativa e interpretativa del diritto al pari del giudice, nel rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico.

BIBLIOGRAFIA.

ALPA, G.: "La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico", *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, pp. 1718 ss.

AULETTA, T.: "Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?", *Le Nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 367.

BIANCA, C.M.: Note introduttive, in AA.VV.: *La riforma della filiazione*, (a cura di C.M. BIANCA), Cedam, Padova, 2015, p. XXVII.

BIANCA, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 1 s.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 2.1, 6 ed., Giuffrè, Milano, 2017, pp. 364 ss.

BIANCA, C.M.: "La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni", *Famiglia e diritto*, 2006, p. 676.

AA.VV.: *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2017 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, (a cura C.M. BIANCA), Giappichelli, Torino, 2017.

BONILINI, G.: "Convivenza, matrimonio, unione civile e famiglia", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, p. 765 ss.

BUGETTI, M.N.: "Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco", *Il Corriere giuridico*, 2015, pp. 514 ss.

CARRATTA, A.: Negoziazione assistita in materia matrimoniale e disciplina generale problemi applicativi, in AA.VV.: *Negoziazione assistita dagli avvocati in separazione e divorzio*, (a cura di M.G. RUO), Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 49 ss.

CECCHELLA, C.: *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Zanichelli, Bologna, 2018, pp. 292 ss.

DANOVI, F.: "Processo di separazione e divorzio e tecniche della difesa", *Famiglia e diritto*, 2019, pp. 949 ss.

DANOVI, F.: "I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti", *Famiglia e diritto*, 2014, pp. 1141 ss.

Danovi, F.: "Al via il *divorzio breve*: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione", *Famiglia e diritto*, 2015, p. 607.

Ferrando, G.: "Il divorzio breve: un'importante novità nel solco della tradizione", *Il Corriere giuridico*., 2015, p. 1041.

Irti, C: *Affidamento condiviso e casa familiare. Prole e abitazione dopo la disgregazione del nucleo familiare*, Jovene, Napoli, 2010.

Lenti, L.: "Il criterio per valutare l'intollerabilità della convivenza: la cassazione abbandona le declamazioni ideologiche e disvela le regole operative", La *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, p. 519.

Lifrieri, R.: "Il diritto del minore a ricevere amore", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, pp. 768 ss.

Lombardi, R.: La negoziazione assistita, in AA.VV.: *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie*, (a cura di C. Cecchella), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 399 ss.

Mantovani, M.: "Commento all'art. 1, comma 1° della L. 54/2006", *Le Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 96.

Paradiso, M.: "Filiazione, stato di figlio e gruppi familiari tra innovazioni normative e riforme annunciate", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 101.

Paradiso, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", *Rivista di diritto civile*, 2016, p.1038.

Patti, S.: "Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?", *Familia*, 2018, pp. 474 ss.

Patti, S.: "L'affidamento condiviso dei figli", *Famiglia persone e successioni*, 2006, pp. 300 ss.

Perlingieri, G.: Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi, in AA.VV.: *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale*, (a cura di F. Romeo), ESI, Napoli, 2018, pp. 77 ss.

Oberto, G.: "Divorzio breve, separazione legale e comunione tra i coniugi", *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 615 ss.

ROMEO, F.: "Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina sulle convivenze. Prime riflessioni a margine della L. 20 maggio, 2016, n. 76", *Le nuove leggi civili commentate*, 2016, pp. 665 ss.

ROMEO, F. – GIORGIANNI, V.: Una nuova chance per la negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio? Prime riflessioni alla luce della legge 206/2021, in AA.VV.: *Famiglie, minorenni e persone nella riforma del processo civile*, (a cura di M.G. RUO), Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2022, p. 216.

RUO, M.G.: Dignità, responsabilità sociale dell'avvocatura e negoziazione assistita in materia matrimoniale, in AA.VV.: *Negoziazione assistita dagli avvocati in separazione e divorzio*, (a cura di M.G. RUO), Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 17 ss.

RUO, M.G.: I figli nella negoziazione assistita in materia matrimoniale: minorenni, maggiorenni non indipendenti economicamente, incapaci e disabili gravi, in AA.VV.: *Negoziazione assistita dagli avvocati in separazione e divorzio*, (a cura di M.G. RUO), Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, p.112 s.

RUSCELLO, F.: "La tutela dei figli nel nuovo affido condiviso", *Familia*, 2006, pp. 625 ss.

RUSSO, D.: "L'interesse del minore tra affidamento e responsabilità genitoriale", *Famiglia e diritto*, 2017, pp. 146 ss.

SCHLESINGER, P.: "L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo", *Il Corriere giuridico*, 2006, pp. 302 ss.

SESTA, M.: "Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia", *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 295 ss.

TOMMASEO, F.: "Negoziazione assistita per modificare le condizioni del divorzio e tutela del figlio maggiorenne non ancora autonomo", *Famiglia e diritto*, 2015, p. 859.

TOMMASEO, F.: "La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali", *Famiglia e diritto*, 2015, p. 158.

VENUTI, M.C.: "La regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia", *Politica del diritto*, 2016, p. 95 ss.

LA INACABADA REFORMA DE LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR *EX* ART. 96 CC

THE UNFINISHED REFORM OF THE ATTRIBUTION OF FAMILY HOUSING EX ART. 96 CC

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 98-143

Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La modificación de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha dado nueva redacción al art. 96 del Código Civil, no solo para referirse a las personas con discapacidad, sino para resolver o, al menos, intentarlo, algunos de los problemas que había suscitado la aplicación de este precepto. El fin de este trabajo es, así, reflexionar tanto sobre tales modificaciones, como sobre aquellas otras que, aun siendo necesarias, no se han llevado a efecto.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar; atribución judicial del uso; propiedad, posesión; divorcio; custodia compartida; derecho real; adulto con discapacidad.

ABSTRACT: *The modification of civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, has rewritten art. 96 of the Civil Code, not only to refer to people with disabilities, but to solve or, at least, try to do so, some of the problems that the application of this precept had raised. The purpose of this work is, thus, to reflect both on such modifications and on those others that, although necessary, have not been carried out.*

KEY WORDS: *Family home; judicial allocation of use; property; possession; divorce; shared custody; real right; adult child with disability.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA INICIAL REGULACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.-1. La atribución de la vivienda familiar en el anterior art. 96 CC.-III. LA REGULACION DE LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA EN EL NUEVO ART. 96.- La atribución del uso cuando existen hijos menores y mayores de edad.- 2. La existencia de hijos mayores sin independencia económica.- 3. La atribución de la vivienda e hijos con discapacidad.- 4. Atribución de la vivienda y reparto de hijos comunes.-5. Atribución vivienda cuando no existen hijos comunes.- IV. LAS CARENCIAS DEL NUEVO PRECEPTO.- 1. Atribución del uso la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida.- 2. Atribución del uso de una vivienda distinta a la que ha servido de domicilio conyugal.- 3. La división material de la vivienda familiar.-4. La regulación de los gastos generados respecto de la vivienda familiar tras la atribución del uso.- 7. La compensación económica al cónyuge que queda sin vivienda.- 8. Falta de regulación de las causas de extinción del uso de la vivienda.- 9. La exclusión de la atribución de la vivienda familiar en los supuestos de precario.-V. LA DISPOSICIÓN CONJUNTA DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL NUEVO ART. 96.- 1. La disposición conjunta de la vivienda familiar.- 2. Las novedades en materia de disposición conjunta

I. INTRODUCCIÓN.

En defecto de acuerdo de los cónyuges en convenio regulador homologado por la autoridad judicial la atribución del uso de la vivienda tras una crisis matrimonial que ha finalizado con una sentencia de nulidad, separación o divorcio se ha venido regulando en el art. 96 CC. Así ha sido desde que este precepto fuera modificado por el art. 1 de la Ley 30/1981, de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Este artículo ha permanecido sin ser modificado durante cuarenta años, hasta que finalmente lo ha sido por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En este trabajo nos proponemos analizar el alcance de las nuevas reformas que no se han limitado a la regulación de la concesión del uso de la vivienda cuando existen hijos con discapacidad, sino que también se han incorporado algunas de las soluciones propuestas por la doctrina a tenor de los pronunciamientos judiciales sobre la materia. Asimismo, serán objeto de nuestro estudio aquellas carencias de las que adolece el nuevo precepto aun a pesar de que algunas de ellas ya habían sido puestas de manifiesto por la doctrina desde hacía tiempo. No obstante, tal como se colige del título de este trabajo nuestra intención es poner el foco especialmente en el aspecto relativo a la limitación de la duración de la atribución de la vivienda que había constituido el hogar familiar del matrimonio hasta que se ha producido una crisis familiar que ha derivado en una sentencia de nulidad, separación o divorcio. Antes de entrar en materia, simplemente señalar la existencia de una historia paralela con la pensión por desequilibrio económico, puesto

• Federico Arnau Moya
Profesor Contratado Doctor Derecho civil, Universitat Jaume I (España). ORCID: 0000-0002-8434-6708. Correo electrónico: arnauf@uji.es.

que aquella figura en su origen tampoco estuvo sometida a ninguna limitación temporal. En la versión inicial del art. 97 CC donde se regula aquella pensión no había ninguna mención expresa respecto de su duración. Así pues, en un principio, la doctrina y la jurisprudencia únicamente admitieron su carácter indefinido para finalmente aceptar con carácter general su temporalidad y excepcionalmente su carácter indefinido. Finalmente, el legislador ha incorporado aquel sentir doctrinal y jurisprudencial en la última versión del precepto[1], en consecuencia, ahora se contempla expresamente la doble posibilidad su fijación con carácter temporal o indefinido[2]. De modo parecido ha sucedido con la atribución de la vivienda familiar, en defecto de acuerdo de los cónyuges, donde en la anterior versión del art. 96 no se establecía plazo alguno cuando la vivienda se atribuía a los hijos y al cónyuge con el que quedasen. Por el contrario, en el apartado III del art. 96 CC sí que se preveía una limitación temporal cuando se atribuía la vivienda familiar al cónyuge no titular cuando no hubiese hijos comunes. Con el tiempo, la jurisprudencia también llegó a admitir la posibilidad de la limitación temporal en el caso de la existencia de hijos comunes menores que llegaba hasta el momento de alcanzarse la mayoría de edad[3]. Aunque finalmente, el legislador ha terminado admitiendo la posibilidad de limitar temporalmente la duración de ambas figuras lo ha hecho en tiempos muy separados, la pensión por desequilibrio se modificó en el año 2005 y la atribución de la vivienda familiar en el 2021. Estimamos que el legislador debería de haber aprovechado la oportunidad que le brindó la Ley 15/2005, en la que se introdujo la figura de la custodia compartida, en vez de haber demorado la reforma hasta el año 2021[4]. Por otro lado, la excesiva demora en regular de nuevo la atribución de la vivienda familiar no se ha visto compensada

1 La vigente redacción del art. 97. 1 CC fue efectuada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio: "El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia".

2 Arnau Moya, F.: "La temporalidad de la prestación compensatoria. Una evolución jurisprudencial y legislativa" en AA.VV.: *El nuevo derecho de la persona y de la familia: (libro segundo del Código Civil de Cataluña),* Reyes Barrada Orellana (aut.), Martín Garrido Melero (aut.), Sergio Nasarre Aznar (aut.), pp. 313-326; De Verda y Beamonte, J. R. y Bueno Biot, A.: "La temporalidad de la pensión compensatoria en la jurisprudencia del tribunal supremo", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021, pp. 776-797; Ortiz Fernández, M.: "La extinción de la pensión compensatoria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: una revisión (crítica) de la STS 31 enero 2022", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, pp. 252-281.

3 La STS 23 abril 2004 (Tol 392352), en un caso en que la vivienda familiar fue objeto de subasta pública ante los impagos de las cuotas de la hipoteca que la gravaba se estima que "El derecho de uso de la vivienda familiar regulado en el art. 96 CC, se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad; en la sentencia de divorcio de 1988 se atribuye el uso de la vivienda a doña X teniendo en cuenta lo establecido en el art. 96 del Código Civil, de lo que cabe colegir que tal atribución, al no fijarse un límite temporal de acuerdo con el art. 96.3, se hizo en razón a existir un hijo del matrimonio menor de edad cuya guarda y custodia se encomendaba a la madre. El mantenimiento de eficacia del derecho de uso así concedido, con carácter indefinido, durante toda la vida de la beneficiaria del mismo, frente a los terceros adquirentes de buena fe, contraviene esos caracteres esenciales del derecho, de provisionalidad y temporalidad, y entraña el que las necesidades familiares (inexistentes en estos momentos al haber alcanzado hace años su mayoría de edad el hijo menor del matrimonio, tenía 17 años en 1988) sean sufragadas por terceros extraños, a quienes, en todo momento, se les ocultó la existencia de ese derecho de uso".

4 Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

con una exhaustiva regulación de la figura. No ha sido una decisión acertada que se haya utilizado para actualizar el art. 96 CC una ley cuya preocupación principal es la de regular la nueva situación jurídica de las personas con discapacidad. Nos atrevemos a decir que de haberse efectuado la reforma del art. 96 CC en una ley específica para cuestiones de separación y divorcio el legislador habría efectuado una reforma mucho más completa del citado precepto[5]. Por otro lado, no se termina de entender como el legislador no ha aplicado al reformado art. 96 CC alguna de las medidas que para ese mismo precepto había previsto el malogrado "Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas adoptar tras la ruptura de la convivencia" del año 2014 (en adelante "el anteproyecto de corresponsabilidad parental")[6]. Asimismo, el legislador podría haber incorporado algunas de las medidas previstas en la "Propuesta de Código civil" de la Asociación de Profesores de Derecho civil (APDC), así como aquellas otras que han sido incorporadas por los Derecho Forales[7]. Finalmente, tampoco se ha aprovechado la doctrina jurisprudencial en materia de custodia compartida así como la relativa a las parejas de hecho para incorporar medidas que regularan la atribución de vivienda en ambas casos.

5 Tena Piazuelo, I.: "Conflicto de vulnerabilidades y concepto de necesidad en la atribución de la vivienda en crisis matrimoniales" en AA.VV.: *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos* (dir. M.V Mayor del Hoyo y S. de Salas Murillo", Aranzadi, 2022, disponible en https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado: 15-09-2022, pp. 38 y ss., estima que el legislador podría haberse esforzado un poco más con la reforma y evitar la inseguridad jurídica. El legislador podría haber efectuado desarrollado una casuística mucho más detallada para el art. 96 CC. Asimismo, entiende que se podrían haber tenido en cuenta algunas de las medidas de la propuesta de nuevo Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC). Ordás Alonso, M.: "9. La atribución del uso de la vivienda familiar en la nueva redacción del art. 96 CC fruto de la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. P. Chaparro Matamoros), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 309 y 310, pone de relieve la insuficiencia de la reforma al referirse a la misma con el calificativo de "modesta". No obstante, le reconoce el mérito de clarificar el texto del art. 96 CC en algunos puntos que habían sido controvertidos en la práctica como que la referencia a los hijos son únicamente los menores de edad hasta que cumplen la mayoría de edad, la inclusión de referencias a los discapacitados y la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar. Sin embargo, también enfatiza las carencias del nuevo precepto al mantener algunas de las lagunas de la anterior versión del precepto, así como la utilización de una deficiente técnica legislativa en la que se ha utilizado en demasía de conceptos jurídicos indeterminados. En consecuencia, termina afirmando que la reforma del art. 96 CC se puede calificar de insatisfactoria.

6 En el art. 96 CC previsto en el "anteproyecto de corresponsabilidad parental", figuraban algunas propuestas que no han sido incluidas en nuevo art. 96 CC: en primer lugar, se regulaba la atribución de vivienda en el caso de custodia compartida (párrafo 2). En segundo lugar, la determinación de a que cónyuge le corresponde el pago de los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, así como el pago de los gastos de comunidad y suministros. También se prevé como se ha de satisfacer, en su caso, el pago de las cuotas de la hipoteca que grave la vivienda familiar. Finalmente, se prevé el caso en el que una vivienda se detente por tolerancia de un tercero (precario)

7 La propuesta de Código civil de la APDC está disponible en: https://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf Consultado el 28-10-2022.

II. LA INICIAL REGULACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

1. La atribución de la vivienda familiar en el anterior art. 96 CC.

La regulación de la atribución de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales en el art. 96 CC tiene lugar con ocasión de la Ley 30/1981, de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. En el art. 1 de la conocida como ley del divorcio se introduce un nuevo art. 96 CC, que ha se ha mantenido inalterado hasta la reforma de 2021, en el que se establecía que: "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial"[8].

Esta inicial versión del precepto responde a una visión tradicional de la familia imperante en la época de su redacción, pero ampliamente superada por el devenir de los tiempos. Se trataba del clásico supuesto en el que el padre era el único cónyuge que trabajaba mientras que la mujer permanecía en el hogar conyugal al cuidado de los hijos comunes. Esa tradicional concepción de la familia ha quedado superada por la amplia incorporación de la mujer al mercado de trabajo a finales del siglo pasado[9]. Por otro lado, este precepto está pensando en una custodia monoparental, que era la única contemplada cuando se redactó el precepto en el año 1981. Sin embargo, desde el año 2005 con la incorporación de la incorporación

8 El Código civil francés utiliza una particular solución en su art. 285.1 al decir que: "Cuando el inmueble que sirva de vivienda a la familia pertenezca, privativa o personalmente, a uno de los esposos, el Juez podrá entregarlo en arrendamiento al cónyuge que ejerza solo, o conjuntamente con el otro, la patria potestad sobre uno o varios de sus hijos, cuando éstos residan habitualmente en esa vivienda y lo requiera su interés".
El Juez fijará la duración del arrendamiento y podrá prorrogarla hasta la mayoría de edad del hijo más joven. El Juez podrá resolver el arrendamiento si nuevas circunstancias lo justificaran".

9 Chaparro Matamoros, P.: "1. La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España", en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. P. Chaparro Matamoros), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 36.

de la custodia compartida en el Código civil ahora se cuenta con dos modalidades de guarda y custodia. De ahí que sea absolutamente incomprensible como dieciséis años después de aprobarse la custodia compartida el legislador no haya aprovechado la reforma del año 2021 para incorporar en el nuevo art. 96 CC una medida para regular la atribución de vivienda en este tipo de custodia.

Este precepto también responde a la idea de procurar que los menores queden en la misma vivienda en la que residían antes de la crisis conyugal, junto con el progenitor al que se le haya atribuido su custodia, el conocido como progenitor custodio. Solución esta que presupone que esta solución es la más favorable para los hijos comunes[10]. En la redacción anterior del art. 96 CC, tal como hemos mencionado, no figura ninguna referencia expresa a la limitación temporal del uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario cuando este se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96. I CC). Tampoco se hace ninguna referencia a la existencia plazo alguno en concesión del uso de la vivienda cuando la guarda y custodia de los hijos se reparte entre los cónyuges y algunos hijos quedan en compañía de uno de los cónyuges y el resto con el otro (art. 96.II CC). Por el contrario, sí que existe una referencia expresa a la temporalidad de la cesión del uso de la vivienda en el supuesto de que no existan hijos, en cuyo caso el art. 96. III estima que "No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular […]". No obstante, desde principios de los noventa del siglo pasado en la doctrina, aún a pesar de la parquedad de la redacción del precepto en la doctrina ya estima que el derecho de uso exclusivo que se establece en el art. 96 CC tiene carácter temporal habida cuenta de la finalidad asistencial de la vivienda. En consecuencia, cuando desaparezcan las razones por la que se atribuyó el uso de la vivienda al cónyuge no titular deberá devolver la posesión a quien sí que lo es[11].

2. Caracteres de la atribución de vivienda ex art. 96 CC.

El original art. 96 CC desde un punto de vista estructural estaba dividido en cuatro párrafos sin numerar. No obstante, atendiendo a su contenido, en el mismo se regulaban dos cuestiones perfectamente diferenciadas: por una parte, se establecían los criterios de asignación del uso de la vivienda (párrafos I a III) y por otra se fijaban los requisitos para la realización de actos de disposición sobre la vivienda familiar cuando esta ha sido asignada al cónyuge no titular (IV)[12]. La

10 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. P. Chaparro Matamoros), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 26.

11 Roca Trías, E.: "Comentario del art. 96 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil,* T. II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 399, estima que el carácter temporal de este derecho implica la no exclusión del titular de modo que cesada la situación que le impedía el uso de la vivienda familiar podrá ejecutar las acciones oportunas para recuperarla desde que cesa la obligación de soportar la posesión de los no titulares.

12 Díaz Martínez, A..: "Comentario del art. 96", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil,* Tomo I (arts. 1 a 151), (dir. R. Bercovitz Rodriguez-Cano), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1000.

existencia de esta doble regulación se mantiene en el nuevo precepto si bien ahora los criterios de atribución de la vivienda se contemplan en los párrafos numerados como 1 y 2, mientras que de la disposición de la vivienda familiar se ocupa el nuevo párrafo 3. En nuestra opinión debería haberse aprovechado la reforma para haber regulado la disposición de la vivienda en nuevo precepto separado todas las cuestiones relativas a la atribución de la misma.

Las normas relativas a la asignación de la vivienda son de Derecho dispositivo tal como se deduce de la combinación de los arts. 90.1.c) y nuevo art. 96.1 CC. En el primero de ellos se establece que el convenio regulador deberá contener toda una serie de extremos entre los que se encuentra "La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar". A su vez, el art. 96. 1 se aplicará "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial"[13]. En consecuencia, en el art. 96 CC se establecen las medidas que el juez puede aplicar en un procedimiento de separación o divorcio contencioso o cuando no se haya aprobado en el convenio regulador ese concreto aspecto de la atribución de la vivienda familiar[14]. En ocasiones, en una demanda de modificación de medidas definitivas al amparo del art. 775 LEC se ha intentado sustituir lo pactado en el convenio por una de las previsiones del art. 96 CC[15]. La jurisprudencia ha mantenido que aquellas medidas de atribución de la vivienda aprobadas en convenido regulador judicialmente homologado sólo podrán modificarse en el caso de que existiera una alteración significativa de las circunstancias que en su momento dieron lugar al pacto contenido en el convenio regulador[16]. La atribución del uso de la vivienda familiar

13 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 25.

14 Díaz Martínez, A..: "Comentario", cit., p. 1000. García Mayo, M.: "El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC", *Revista de Derecho Civil,* vol. VIII, núm. 3 (julio-septiembre, 2021), Estudios, p. 187, estima que este precepto se refiere a atribución de la vivienda en las medidas definitivas.

15 Artículo 775. Modificación de las medidas definitivas. 1. El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del Tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.
2. Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777.
3. Las partes podrán solicitar, en la demanda o en la contestación, la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior. Esta petición se sustanciará con arreglo a lo previsto en el artículo 773.

16 En la STS 20 abril 2022 (Tol 8917144) en un caso de custodia exclusiva, en el convenio regulador, se atribuye la vivienda a la madre y los dos hijos menores hasta que alcancen independencia económica. Años después el exmarido interpone demanda de modificación de medidas definitivas para que se aplique la doctrina jurisprudencial que atribuye la vivienda familiar a los hijos menores de edad exclusivamente hasta la mayoría de edad del más pequeño de los hijos. Se desestima el recurso puesto que las medidas adoptadas de manera consensuada solo pueden modificarse por la existencia de cambios significativos. No se ha probado que hayan "nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges aconsejen la modificación (art. 90.3 CC)". Asimismo, en la STS 8 marzo 2017 (Tol 5990945), estima que debe mantenerse al padre en la atribución de la vivienda familiar, propiedad privativa suya, tal como se pactó en el convenio regulador. En el se establecía un plazo de tres años desde la firma del convenio para que la esposa e hijo común abandonaran la vivienda. La esposa y el hijo común están viviendo en casa de la madre de la actora. No se ha probado la existencia de alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de su aprobación para asignar el uso de la vivienda familiar en la forma en que

ex art. 96.1 CC va acompañada por el uso de los "objetos de uso ordinario" de ella[17]. En la doctrina se estima que dentro de la expresión objetos de uso ordinario se comprenden también los anejos a la misma como la plaza de garaje y el trastero[18].

La naturaleza del derecho de uso de la vivienda ha sido una de las cuestiones más debatidas por la doctrina y la jurisprudencia en el Derecho de familia. Por una parte, se ha llegado a mantener por el Tribunal Supremo, si bien con escaso éxito, que se trata de un derecho de naturaleza real oponible *erga omnes*[19]. No obstante, finalmente, se ha impuesto la corriente que defiende que se trata de un derecho de carácter familiar que corresponde tanto al cónyuge custodio en el caso de la existencia de hijos comunes como aquel en el que concurre un interés más necesitado cuando no hay hijos comunes[20].

lo hicieron. La aprobación judicial del acuerdo es una manifestación expresa de que el interés del menor estaba protegido.

17 En la reforma de 2021 se ha mantenido inalterado el inciso inicial del art. 96 CC que establece que "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá […]". No obstante, este primer párrafo ha sido modificado a partir de ese concreto punto.

18 Díaz Martínez, A..: "Comentario", cit., p. 1002, comenta que la doctrina de las Audiencias Provinciales no es unívoca respecto de cuáles son los objetos de uso ordinario, si bien ha venido manteniendo el criterio de la unidad de la vivienda y de sus anejos. Ese criterio continúa siendo manteniendo por la SAP Albacete (Sec. 1ª) 18 mayo 2020 (Tol 9137549) que estima que "puede ampliarse el concepto de vivienda familiar con determinados anejos, plaza de garaje o trasteros, pero no alcanza en ningún caso la previsión legal al reparto de bienes como los vehículos, por ser esta más bien una materia propia de la liquidación de la sociedad de gananciales". Asimismo, en la SAP Granada (S.5ª) 25 febrero 2020 (Tol 9044743) se dice que "...por lo que se refiere al uso de la vivienda familiar, y concretamente a la materia relativa a la delimitación del espacio físico que ha de considerarse como tal a los efectos del art. 96 del CC , es claro que la misma tan solo alcanza a las dependencias, y sus anejos, destinados directamente a la satisfacción de las necesidades de habitación de la familia; debiendo quedar excluidos tanto los elementos como las edificaciones alternativas o independientes a disposición de la familia, tales como segunda vivienda, local de negocio, almacén o cualquiera otra de finalidad ajena a dicho interés".

19 Las SSTS 18 octubre 1994 (Tol 1665543) y 13 de diciembre de 1991 (Tol 1741583) estiman que la atribución judicial de la vivienda en un proceso de familia constituye un derecho real de eficacia total oponible frente a terceros.

20 Se mantiene que se trata de un derecho de familia en el caso de las SSTS 6 febrero 2018 (Tol 6509285), 6 marzo 2015 (Tol 4786486), 8 octubre 2010 (Tol 1972276), (Pleno) 18 enero 2010 (Tol 1793037), (Pleno) 14 enero 2010 (Tol 1840576), 13 noviembre 2008 (Tol 1401711), 2 octubre 2008 (Tol 1378500), 26 diciembre 2005 (Tol 795335), 18 octubre 1994 (Tol 1665543). Es de destacar que las sentencias de 14 y 18 enero 2010 señalan que: "De la ubicación sistemática de este precepto [antiguo art. 96 CC] y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección" (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)". En la STS 18 enero 2010 dice que "el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el art. 83.3 CF y el art. 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad".

III. LA REGULACION DE LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA EN EL NUEVO ART. 96.

El nuevo precepto, con independencia de las novedades que iremos comentado, mantiene a grandes rasgos la estructura de su antecesor. Si bien se ha pasado de cuatro a seis párrafos que están englobados dentro de tres apartados numerados. De modo que todavía es posible continuar distinguiendo en su seno dos normas: la de atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges (ahora en los apartados numerados como 1 y 2) y la que establece un sistema de disposición conjunta del hogar familiar parecido al art. 1320 CC (apartado 3º)[21]. Asimismo, sus previsiones continúan aplicándose, como no podía ser de otro modo, en "defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial". En consecuencia, los cónyuges - en virtud del principio de autonomía de la voluntad- pueden pactar vías distintas a las previstas en el art. 96 CC, así pues, podrían acordar que la concesión del uso de la vivienda familiar se hiciera en favor del progenitor no custodio en aquellos casos en los que pueda haber una solución habitacional alternativa para los hijos y el cónyuge custodio[22].

La actual redacción del precepto aun a pesar de contener interesantes novedades, sin embargo, ha dejado por regular toda una serie de cuestiones que venían siendo reiteradamente reclamadas por la doctrina como la relativa al uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida[23].

1. La atribución del uso cuando existen hijos menores y mayores de edad.

Las reglas de atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes del nuevo art. 96.1 1 CC son mucho más precisas que las recogidas en la anterior versión del precepto puesto que ahora se precisa que los hijos han de

21 A este doble contenido se refería ya Roca Trías, E.: "Comentario", cit., p. 398, si bien respecto a los antiguos parrados I a III y al IV. Tena Piazuelo, I.: "Conflicto", cit., p.10, entiende que el nuevo apartado del art. 96 se refiere a algo distinto al conflicto por la adjudicación de la vivienda familiar y tiene que ver con la defensa del cónyuge al que ya se ha adjudicado el su uso.

22 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 25. En parecidos términos se manifiesta Chaparro Matamoros, P.: "1. La atribución", cit., p. 39, puesto que el nuevo art. 96.1 CC, en materia de atribución de la vivienda familiar antepone en primer lugar el acuerdo de los cónyuges homologado judicialmente. No obstante, la necesidad de que el convenio regulador tenga que ser homologada por la autoridad judicial en cierto modo supone una merma de la autonomía de la voluntad de los cónyuges. En especial cuando el juez se niegue a aprobar convenios en los que se ofrece al cónyuge custodio una vivienda alternativa a la familiar o incluso se ofrezca una solución económica para satisfacer las necesidades de alojamiento del otro cónyuge e hijos.

23 La inclusión de algún criterio para la atribución de la vivienda en los casos de custodia compartida ya había sido viniendo advertida por la doctrina desde que esa figura se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 15/2005. Así se pronunciaba en el año 2013, Díaz Martínez, A..: "Comentario", cit., p. 1000, al decir que esta materia se encontraba "huérfana de regulación". Esta falta de regulación en el nuevo art. 96 también ha sido objeto de crítica por la doctrina: Chaparro Matamoros, P.: "1. La atribución", cit., p. 38, que estima que el nuevo precepto está pensado únicamente para el caso de la custodia monoparental por lo que carece de utilidad en los supuestos de custodia compartida.

ser comunes y menores de edad[24]. Existiendo esta clase de hijos, ante la falta de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial (el consabido convenio regulador) el derecho de uso de la vivienda familiar (y de los objetos de uso ordinario de ella) se les atribuirá a ellos "y al cónyuge en cuya compañía queden", precisándose ahora que dicha atribución se realizará "hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad". De modo que ahora se establece una limitación temporal respecto de derecho de uso de los hijos (la mayoría de edad) que no existía en la antigua versión del precepto.

El antiguo art. 96.I se limitaba a decir que "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden". Esta falta de precisión hacía que se planteasen dudas respecto a si la expresión hijos se refería solo a los menores o si también incluía a los mayores de edad que no tuvieran independencia económica y que todavía vivían con los progenitores[25]. Asimismo, se producían dudas respecto a si habían de ser comunes o no a ambos cónyuges.

La cuestión sobre la que más controversia se generó era la relativa al momento en que finalizaba el derecho de uso de los hijos sobre la vivienda familiar. Respecto de este punto, en la doctrina se habían llegado a mantener diferentes criterios: el primero, consistía en mantener la duración del uso de la vivienda familiar hasta que desapareciese la necesidad habitacional de los hijos. De modo que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores se podía prolongar más allá del momento en que alcanzaran la mayoría de edad[26]. Un segundo criterio establecía que en aquellos casos en que la vivienda perteneciera a ambos cónyuges, bien por tener carácter ganancial bien por ser copropiedad ordinaria de ambos, el uso de la misma podía atribuirse a los hijos menores de edad y al progenitor custodio si bien de manera temporal hasta que se disolviese y liquidase la sociedad de gananciales o se procediese a la venta del bien común. Con esta tesis podía llegarse a una situación radicalmente opuesta a la anterior puesto que los hijos menores podían verse privados del derecho de uso de la vivienda mucho antes de llegar a la mayoría de edad. Piénsese en el caso de los divorcios y separaciones con hijos muy pequeños. En tercer lugar, a mitad camino entre ambas tesis, se afianzó

24 García Mayo, M.: "El uso de la vivienda", cit. pp. 189-190, señala que el nuevo precepto soluciona los problemas que se originaba a la hora de interpretar si los hijos mencionados en el art. 96 CC tenían que ser comunes o no ambos cónyuges. En parecidos términos se refiere a los hijos mayores a los que tampoco se refería expresamente la redacción anterior de la norma comentada.

25 Díaz Martínez, A..: "Comentario", cit., p. 1003, destaca que la lectura del precepto provoca la duda de si se refiere solo a los hijos menores o si también se aplica a los hijos mayores que no son independientes económicamente y que van a permanecer viviendo con uno de los progenitores. Señala la autora que el art. 96 [en su versión antigua] no utiliza en ningún momento ni la expresión menor ni tan siquiera la de custodia que podría contribuir a la misma solución.

26 Cervilla Garzón, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular,* Marcial Pons, 2005, p. 39; Álvarez Álvarez, H.: *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas,* Lex Nova, 2005, p. 430.

aquella que establece que no cabe ninguna limitación al uso de la vivienda familiar por los hijos menores pero sólo hasta que alcancen la mayoría de edad[27]. De entre las sentencias que se adscriben a esta tesis hay que destacar la STS 1 abril 2011[28] en la que se formula como doctrina jurisprudencial que "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC "[29]. El supuesto de hecho de la sentencia se refiere a la ruptura de una pareja de hecho que tiene un hijo en común, en este caso la vivienda familiar pertenece en copropiedad a ambos convivientes. En la sentencia de apelación si bien no se discute que se pueda adjudicar el uso de la vivienda familiar al hijo y a la madre por aplicación analógica del art. 96. 1 a las parejas de hecho cuando existen hijos comunes, sin embargo, se limita el derecho de uso de la vivienda "hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes". El Tribunal Supremo casa y anula esta sentencia manteniendo la de instancia en la que se adjudicaba el uso al hijo y a la madre, sin pronunciarse hasta cuando debía de mantenerse ese uso. En esta resolución se estima que la regla del [antiguo] art. 96 CC "no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja". Se considera que el interés que aparece protegido es el del menor que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, señalando que entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC) y, en consecuencia, esta medida no puede estar sometida a limitación temporal alguna hasta que aquellos no sean mayores de edad. Además, se establece que la "atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo en que los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien". No obstante, entendemos que el fallo de esta sentencia debería de haber sido más amplio puesto que, si bien establece que no puede limitarse el derecho al uso de la vivienda del menor, sin embargo, no precisa el momento hasta cuando le corresponde ese derecho al hijo ¿hasta la mayoría de edad? ¿hasta su independencia económica? El Tribunal Supremo tendría que haber completado la sentencia de primera instancia y haber señalado que el citado derecho le corresponde hasta la mayoría de edad, tal como ahora se especifica en el art. 96. 1 CC.

27 De Verda y Beamonte, J.R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año 91, núm. 752, 2015, pp. 3410; Ordás Alonso, M.: "9. La atribución del uso", cit., p. 289.

28 STS 1 abril 2011 (Tol 2093031).

29 La STS 1 abril 2011 (Tol 2093031) consolida una línea jurisprudencial que tiene sus orígenes, entre otras, en las SSTS 9 mayo 2007, 22 octubre y 3 diciembre 2008 en las que se conserva el uso de la vivienda a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios en la subasta necesaria para proceder a la división.

Esta línea jurisprudencial de la STS 1 abril 2011 ha venido siendo mantenida hasta la actualidad[30]. Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada en numerosas sentencias en las que la custodia era monoparental. Así, en la más reciente STS 29 septiembre 2022 se modifican las medidas definitivas y se atribuye el uso del domicilio familiar ganancial al padre y al hijo menor sin fijar un límite en el uso[31]. En la STS 13 diciembre 2021 se atribuye el uso de la vivienda familiar, privativa del marido, a la esposa y dos hijos menores desestimándose las limitaciones temporales en el uso (dos años en primera instancia y ocho meses en segunda instancia)[32]. No prospera la interpretación correctora del rigor del art. 96.1 pretendida por el ex marido y padre de los hijos comunes. Mantiene la sentencia que "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC". En la STS 2 junio 2020[33] se estima que no procede la limitación temporal del uso de la vivienda familiar que se declaró en la sentencia de apelación en favor de la hija y de la madre en un caso en que la vivienda familiar era propiedad del ex marido y sus cinco hermanos. El interés del menor ha de prevalecer sobre el derecho de propiedad. En otras dos sentencias, que no podemos citar como jurisprudencia, el Tribunal Supremo incurre en una serie de errores, que estimamos que pueden obedecer a la transcripción del formato papel al electrónico puesto que se utiliza el mismo Fundamento de Derecho Segundo y Fallo que la mencionada sentencia de 2 de junio, este es el caso de las SSTS 24 junio 2020[34] y la 22 junio 2020[35]. En la STS 23 mayo 2019) se atribuye el uso de la

30 STS 1 abril 2011 (Tol 2093031).

31 STS 29 septiembre 2022 (Tol 9253220).

32 STS 13 diciembre 2021 (Tol 8704870).

33 STS 2 junio 2020 (Tol 7969841).

34 La atenta lectura de la STS 24 junio 2020 (Tol 7995830) provoca una cierta perplejidad en el investigador del Derecho. El actor presenta una demanda de modificación de medidas, contra su ex esposa, y solicita "que se decrete la extinción de la atribución del derecho al uso y disfrute de la vivienda conyugal a favor de la demandada y los hijos, por haber hecho la demandada, un uso indebido de la misma al estar conviviendo desde el año 2012 con otra persona en relación análoga a la marital ". Posteriormente la exesposa se ha casado con su antigua pareja si bien "ya que ambos conviven maritalmente en el domicilio que fuera conyugal, cuyo uso y disfrute fue otorgado exclusivamente a los hijos en compañía de la madre por quedar bajo su custodia por sentencia de divorcio". De manera sorprendente el Tribunal Supremo en su FD2º, no se refiere para nada a este asunto, sino que utilizando la técnica de corta y pega utiliza el mismo FD2º que utilizó en la STS 2 junio 2020 (Tol 7969841), asimismo se utiliza el mismo fallo, si bien en la sentencia de 24 junio se utiliza el nombre de Dº Frida para referirse a su esposa (que realmente es Mónica) y donde debía de referirse a los hijos comunes ahora se refiere a la hija menor de edad. Asimismo, causa enorme perplejidad como en el apartado primero del Fallo se dice que "Se estima el recurso de casación interpuesto […] contra "la sentencia dictada en segunda instancia, el 27 de marzo de 2019, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, en el recurso de apelación n.º 213/2018 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 200/2016 seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de DIRECCION001 "en vez de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección24.ª de 11 de abril de 2019". Sentencia que es la que dio lugar a la STS 2 junio 2020 (Tol 7969841). Al final, nos hemos quedado sin saber si procedía o no la extinción del derecho de uso de la exesposa Dª Mónica, que no Dª Frida, por convivir maritalmente con su pareja de hecho (con el que posteriormente se casó) en la vivienda que en su día fue el hogar familiar.

35 En la STS 22 junio 2020 (Tol 8000094) nos encontramos con la segunda sentencia en la que se utiliza el fallo de la STS 2 junio 2020 (Tol 7969841) y nuevamente se estima (ahora por tercer vez) el recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 27 de marzo de 2019, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª y "Confirmar la sentencia recurrida excepto en no fijarse límite al uso de la vivienda familiar mientras la hija sea menor de edad". En este caso la cuestión es todavía más grave que en el caso

vivienda familiar hasta la mayoría edad del menor de los tres hijos comunes[36]. La STS 22 febrero 2017 en un caso de crisis de una pareja de hecho se atribuye la vivienda familiar[37], privativa de uno de los convivientes, a los hijos menores y a la otra conviviente. Se invoca el principio que protege el interés del menor y se casa la sentencia de instancia que establecía un límite temporal de cuatro años para el uso de la vivienda. Se repone la sentencia de primera instancia en la que se atribuye el uso del domicilio familiar a los hijos y a la madre sin establecer ningún tipo de limitación temporal. La STS 18 mayo 2015 casa y anula parcialmente la sentencia que limitaba el uso de la vivienda familiar hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales que tenía que efectuarse dentro de un límite máximo de tres años[38]. Se aplica, como en todas las anteriores sentencias, la doctrina del principio del interés del menor y se repone la sentencia de instancia que atribuye el uso del domicilio familiar al hijo y a su madre sin limitación temporal[39].

En doctrina y en la jurisprudencia desde mucho antes de la reforma ya se ha venido advirtiendo que en ocasiones la aplicación literal del art. 96 CC puede provocar injusticias de tipo material. A título de ejemplo, piénsese en el caso en el que se ha adjudicado la vivienda familiar al progenitor custodio cuando este no solo cuenta con grandes ingresos, sino que además tiene en propiedad varias viviendas. Por el contrario, el otro cónyuge que es el propietario de la vivienda, tiene una situación económica modesta que se ha precarizado al verse obligado por una parte a sufragarse el pago del alquiler de una vivienda, a contribuir en los alimentos de los hijos comunes y por otra a pagar las cuotas de la hipoteca que gravan su vivienda en la que ahora ya no puede vivir. Estas injusticias, aunque se producen en casos excepcionales, deberían de haber sido tenidas en cuenta en el nuevo art.

anterior puesto que la sentencia de primera instancia era de Madrid y en su el fallo se declara "la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor de D. Erasmo como consecuencia de la publicación, a fecha 13/2/17 y en la edición digital del diario/periódico "Diario Digital Público", del artículo periodístico emitido bajo el título o reseña *"El policía y tertuliano Erasmo participa en unas charlas de un partido neonazi"* . Asimismo, la sentencia recurrida en casación es la sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 10 de julio de 2019.

36 En la STS 23 mayo 2019 (Tol 7260565) se casa y anula la sentencia de apelación en la que se asignaba el uso de la vivienda familiar a la esposa y a los hijos menores matrimoniales hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales. Se repone la sentencia de primera instancia en la que la atribución es hasta la mayoría edad. No cabe la matización del rigor del art.96 CC entre otros motivos porque los menores no tienen atendidas sus necesidades habitacionales por otros medios. Esta sentencia ha sido analizada por la doctrina: así García Mayo, M.: "El interés del menor frente a la pretendida patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar. Comentario a la STS 284/2019 de 23 de mayo [RJ 2019, 2131]", *Revista de Derecho Patrimonial,* num.50/2019, estima que este tipo de sentencias como la dictada en apelación en las que, a pesar de existir hijos menores de edad, limitan temporalmente el uso de la vivienda familiar hasta a la liquidación de la sociedad de gananciales responden a una interpretación patrimonialista. En este tipo de resoluciones se superpone el valor económico del derecho atribuido y de la cosa objeto del mismo, a la protección del más débil.

37 STS 22 febrero 2017 (Tol 5978002).

38 STS 18 mayo 2015 (Tol 5000600).

39 Esta doctrina de que "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC "también había sido mantenida en las SSTS 28 noviembre 2014 (Tol 4567278), 2 junio 2014 (Tol 4364942), 29 mayo 2014 (Tol 4460050), 3 abril 2014 (Tol 4218412), 17 octubre 2013 (Tol 3986249), 21 junio 2011 (Tol 2160051) y 14 abril 2011 (Tol 2124703).

96 CC, aun a pesar de que la doctrina ya había puesto de relieve la necesidad de corregir el rigor que provoca la aplicación del tenor literal del precepto en todo caso. En la doctrina ha llegado a hablarse de los automatismos del art. 96 CC, señalándose entre ellos el mantenimiento del *favor filii* o *favor minoris* a ultranza[40]. Habría que buscar una fórmula que compatibilizara todos los intereses en juego, tanto los patrimoniales del cónyuge no custodio como personales de los hijos comunes y el otro cónyuge[41].

La excepcionalidad de estos supuestos se pone de relieve por el hecho de que en la jurisprudencia son muy contadas las ocasiones en las que no se mantiene al hijo menor de edad en el uso de la vivienda familiar hasta la mayoría de edad. Entre los factores excepcionales que pueden mitigar el inflexible el rigor en la aplicación del art. 96.1 CC se encuentra el caso en que existe una segunda vivienda que puede satisfacer las necesidades de los menores pero que en el momento de la atribución estaba alquilada. Esta cuestión será analizada nuevamente más adelante. Así se pone de manifiesto por la STS 17 junio 2013 en este caso se contempla una cuestión un tanto compleja por cuanto que los cónyuges son propietarios de varias viviendas y un importante patrimonio dentro del que se encuentra la vivienda familiar[42]. Se admite la limitación del uso de la vivienda familiar por la ex cónyuge y el hijo menor común hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y en todo caso por un plazo de tres años. Transcurrido ese plazo sin haberse liquidado la sociedad de gananciales madre e hijo podrán ocupar la vivienda de titularidad común que está ocupando el esposo y que deberá abandonar entonces sin que pueda ocupar el que fue domicilio familiar. Se justifica esta limitación a la atribución de la vivienda al menor hasta la mayoría de edad al decir que "hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse

40 Tena Piazuelo, I.: "Conflicto", cit., pp. 18 y 19 entiende que el interés de los hijos menores inspira las previsiones del art. 96 CC, sin embargo, esta posición privilegiada no debería de actuar de manera incompatible con los intereses de sus progenitores. Se debería intentar una conciliación entre ambas exigencias cuando los intereses del menor están garantizados y no entran en colisión con los del padre. Cita a título de ejemplo la STS 26 octubre 2020 (Tol 8531477) que en un caso de custodia compartida se había atribuido el uso de la vivienda a la esposa y a los dos hijos menores sin limitación temporal alguna. El Tribunal Supremo atribuye el uso temporal de la vivienda durante dos años al padre, que cuenta con menores ingresos que su exmujer, por resultar su interés más digno de protección. Se estima que en este caso "los intereses de los menores están garantizados y no entran en colisión con los del padre de manera tal que los correspondientes a éste deban subordinarse a los prioritarios de los hijos menores, al no darse una situación de incompatibilidad irremediable, sino de satisfacción conjunta y coordinada".

41 Chaparro Matamoros, P.: "1. La atribución", cit., pp. 40 y ss., analiza toda una serie de soluciones "salomónicas" para estas situaciones injustas entre ellas a) la división material de la vivienda familiar. b) la atribución de otras viviendas distintas a la familiar. c) la atribución de la vivienda al cónyuge no custodio cuando este disponga de medios suficientes para garantizar la necesidad de vivienda propia y de sus hijos.

42 STS 17 junio 2013 (Tol 3794745).

satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios". Asimismo, en la STS 19 noviembre 2013 se atribuye el uso de la vivienda familiar a la menor y al progenitor custodio hasta liquidación gananciales[43]. Los padres vinculados a compañías aéreas residen en ciudades diferentes, Barcelona y Madrid, mientras que la vivienda familiar se encuentra en Sevilla. El domicilio en el que convive la menor no constituye la residencia habitual de la unidad familiar, por al contrario, la vivienda sirve más para preservar de forma residual o secundaria los intereses de los progenitores que los de la menor puesto que, aunque por determinación expresa de ambos, el domicilio familiar se fijó en Sevilla, ninguno de ellos convive habitualmente en ella por razones de trabajo. No es posible es atribuir a la hija y al progenitor custodio en calidad de domicilio familiar un inmueble que no tiene sirve a estos fines, más allá del tiempo que se necesita para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos cónyuges.

No obstante, en la STS 13 diciembre 2021 se advierte del carácter completamente excepcional de esas sentencias en las se mitiga el rigor del art. 96.1 CC[44]. Así pues, en un supuesto de custodia exclusiva en el que la vivienda es privativa del marido se estima que el uso de la vivienda familiar que se atribuye al progenitor custodio y a los hijos menores ha de mantenerse hasta la emancipación de estos. Así pues, se casa y anula la sentencia de la audiencia que aplicando la tesis de la mitigación del rigor de la norma limitaba la atribución de la vivienda hasta unos meses después de dictarse aquella resolución.

En consecuencia, tras el establecimiento de un límite temporal, el de la mayoría de edad de los hijos menores, por el nuevo art. 96.1 CC se ha zanjado definitivamente la polémica del momento en que finaliza la atribución de la vivienda al menor de edad en los casos de custodia monoparental. Por el contrario, en las sentencias sobre atribución de vivienda en los casos de custodia compartida como sucede con la STS 21 julio 2016 en los casos en los que la vivienda familiar es privativa de uno de los cónyuges se estima que procede la temporalidad sin tener que esperar a la mayoría de edad del menor[45]. En esta sentencia se casa y anula la sentencia apelación en la que en un caso de custodia compartida en el que la vivienda familiar es privativa del padre se había adjudica aquella a la madre hasta que la hija común alcance la mayoría de edad. En su lugar estima que la vivienda familiar quede asignada a la menor y su madre únicamente durante el período de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de casación[46].

43 STS 19 noviembre 2013 (Tol 4024641).

44 STS 13 diciembre 2021 (Tol 8704870).

45 STS 21 julio 2016 (Tol 578 9066).

46 La STS de 24 de octubre de 2014 (Tol 4538494) en un caso de custodia compartida ya se fijó que la atribución del uso de la vivienda privativa del padre a favor de la madre, se debía limitar a dos años desde la fecha de la sentencia de casación, aún a pesar de que el hijo del matrimonio todavía era menor de edad.

2. La existencia de hijos mayores sin independencia económica.

Una de las dudas que planteaba la redacción del art. 96.I, a la que ya nos hemos referido, era si dentro de la expresión hijos había que incluir sólo a los menores o si la regla contenida en aquel apartado era también aplicable a los hijos mayores de edad que carecían de independencia económica. En este supuesto hubo división doctrinal entre quienes estimaban aplicable el art. 96.I CC a estos hijos mayores de edad que todavía son dependientes económicamente de sus progenitores. Este sería tanto el caso de aquellos que se encuentran en situación de desempleo como el de los que están realizando estudios para su formación. El principal argumento en que se apoyaban estos autores residía en que la atribución de la vivienda no es sino una forma cumplir con el deber de alimentos por parte de sus progenitores[47]. Otro sector doctrinal, por el contrario, se mostró reacio a incluir a los hijos mayores de edad dentro del supuesto de hecho del apartado primero del precepto comentado[48]. La STS (Pleno) 5 septiembre 2011[49], establece como doctrina jurisprudencial que si bien a los hijos mayores de edad se les puede atribuir el uso de la vivienda familiar, sin embargo, esta atribución sólo puede efectuarse al amparo del párrafo III, y no en el párrafo I del [antiguo] art. 96 CC. Así pues, a los hijos sin independencia económica se les aplica la misma regla que permite adjudicar la vivienda al cónyuge no titular del inmueble, cuando no hay hijos, por el tiempo que prudencialmente se fije, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. La consecuencia de todo ello supone que "una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella". En este caso el Tribunal Supremo atribuye el uso de la vivienda de propiedad exclusiva del marido a la esposa, por ser la más necesitada de protección, aun a pesar de que con el primero conviven los hijos mayores de edad. En otras sentencias posteriores se ha venido manteniendo esta doctrina jurisprudencial que solo protege el interés de los hijos comunes durante

47 Vid., entre otros: Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia* (dir. M. Yzquierdo tolsada y M. Cuena casas), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 401-402 y 404; Sánchez-Calero Arribas, B.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia", en AA.VV.: *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 759, y "La atribución del uso de la vivienda familiar", *Actualidad Civil,* núm. 3, 2016, p. 6.

48 Defienden esta línea doctrinal Martín Meléndez, M. T: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art.96, p. 1, 2 Y 3 CC): teoría y práctica jurisprudencial*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 167 y ss. Asimismo, por Ordás Alonso, M.: "9. La atribución del uso", cit., p. 289".

49 STS (Pleno) 5 septiembre 2011 (Tol 2251711).

su minoría de edad[50]. Este mismo criterio se aplica en los casos de custodia compartida[51].

La doctrina también había venido reclamando desde hacía bastante tiempo que se regulase la atribución de vivienda de los hijos mayores de edad sin independencia económica para para terminar con la falta de precisión al respecto del antiguo párrafo I del art.96 CC[52]. En el nuevo art. 96.1.III CC se hace referencia a este tipo de hijos al decir que "las necesidades de vivienda de los [hijos] que carezcan de independencia económica" se atenderán por las normas relativas "a los alimentos entre parientes". La doctrina estima que tras la reforma a estos hijos solo se les asignará el derecho de uso de la vivienda familiar, de modo excepcional en el caso que demuestren de manera objetiva que la necesitan y, en todo caso, durante un plazo de tiempo determinado[53]. No obstante, el cumplimiento de la mayoría de edad no provoca de manera automática la extinción de la pensión alimenticia entre la que se encuentra el derecho de habitación[54].

La diferencia entre la naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda entre los hijos menores y los mayores dependientes económicamente se encuentra en que el caso de los primeros la atribución del derecho de uso de la vivienda (y evidentemente al progenitor con el que convivan) es consecuencia necesaria del deber de asistencia que pesa sobre los titulares de la patria potestad[55]. De lo que

50 En este mismo sentido, se han pronunciado la STS 25 octubre 2016 (Tol 5859683), en un supuesto de pareja de hecho en el que establece que "La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas". En parecidos términos se habían pronunciado las SSTS 29 mayo 2015 (Tol 5010151), 30 marzo 2012 (Tol 2509172) y 5 septiembre 2011 (Tol 2251711) en la que aplicando por analogía el art. 96. III y atendiendo a "las circunstancias concurrentes, se adjudica a la esposa divorciada el uso de la vivienda familiar, frente a sus hijos mayores de edad que vivían allí con su padre, hasta que tenga lugar la liquidación del régimen económico matrimonial".

51 En la STS 23 enero 2017 (Tol 5950973), en un caso de custodia compartida se casa y anula la sentencia de apelación en la que se había establecido que mantiene en la atribución de la vivienda ganancial a la madre y al hijo menor hasta la independencia económica de este o bien cuando por edad y formación profesional de éste pudiera alcanzarla. Se repone la sentencia de instancia si bien con la salvedad que la atribución del uso de la vivienda familiar sea de tres años a computar desde la fecha de la presente resolución.

52 Díaz Martínez, A..: "Comentario", cit., p. 1000, señala esta necesidad habida cuenta de que en la actual sociedad la existencia de hijos mayores de edad no independientes económicamente es bastante común.

53 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 27.

54 Ribera Blanes, B.: "La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos", *Actualidad jurídica iberoamericana,* 2020, pp.490, estima La mayoría de edad no es por sí sola suficiente para entender que se ha producido un cambio que conlleve de forma automática la extinción de la pensión alimenticia. Sería necesario acreditar que la hija sea independiente económicamente o no resida junto a su madre, como estableció la SAP de Málaga de 30 septiembre 2019.

55 En la doctrina se ha admitido mantenido que el derecho de uso de la vivienda de los hijos menores está incluido en el de alimentos que forma parte del contenido de la patria potestad (Art. 154.2.1 CC). Este es caso de Roca Trías, E.: "Comentario", cit., p. 399. Ribera Blanes, B.: "La falta de relación", cit., p.489, estima que en el caso de los hijos menores de edad el deber de los padres de prestar alimentos tiene su origen en

se deriva que esta atribución no puede verse sometida a una limitación temporal dentro de la minoría de edad sino se mantendrá hasta el final de la minoría de edad y mientras no cambie el régimen de custodia[56]. En todo caso, en la jurisprudencia tal como ya hemos mencionado se ha establecido que "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art.96 CC[57].

Por el contrario, en el caso de los hijos mayores sin independencia económica, el derecho a que les atribuya la vivienda tiene su origen en el derecho de alimentos entre parientes ex art. 142 CC[58]. Lo anterior supone que estos hijos tendrán que probar que se encuentran en una situación objetiva de necesidad (no imputable a ellos mismos) que justifique que los progenitores tengan que prestarles alimentos, entre los que se encuentra la habitación (a través del uso de la vivienda familiar junto con el progenitor con el que convivan)[59]. En este caso, aún a pesar del silencio del nuevo apartado III del art. 96.1, entendemos que la duración tendrá que ser por tiempo determinado. No obsta, una vez terminado el plazo por el que se atribuya el uso siempre cabe una prórroga, en atención a las circunstancias del caso. Asimismo, cabe una extinción anticipada, sin tener esperar al vencimiento de plazo de uso, si desaparece la situación objetiva de necesidad del hijo mayor de edad[60]. En todo caso los hijos cuando alcanzan la mayoría de edad, dejan de

la filiación y se integra en el conjunto de deberes inherentes a la patria potestad. El art. 154 CC estable la obligación de los progenitores de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y procurarles una formación integral. Asimismo, en la STS de 17 de octubre de 2013, el art. 96 CC establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat).

56 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 27.

57 Así se establece en las SSTS 13 diciembre 2021 (Tol 8704870), 24 junio 2020 (Tol 7995830), 22 junio 2020 (Tol 8000094), 2 junio 2020 (Tol 7969841), 20 noviembre 2018 (Tol 6921906), 20 noviembre 2018 (Tol 6919974) y 17 octubre 2017(Tol 6401637) entre otras.

58 Ribera Blanes, B.: "La falta de relación", cit., p.491, con base a la STS de 19 enero 2015 (RJ 2015, 447) entiende que el marco normativo que ampara el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad es el de "los alimentos entre parientes", siendo de aplicación los arts. 142 CC y ss. En consecuencia, los hijos mayores de edad tendrán derecho a obtener de sus padres todo lo que sea indispensable "para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica". Además de comprender también su formación si no la han terminado "por causa que no le sea imputable".

59 Tena Piazuelo, I.: "Conflicto", cit., pp. 26 y 27, estima que en el caso de los hijos menores su derecho de alimentos goza de una especial preferencia para su efectividad, lo que se traduce en que sus derechos subsisten sin tener que probar la necesidad. Asimismo, tienen una mayor extensión, puesto que no se trata solo de garantizar su supervivencia sino salvaguardar el nivel de vida que disfrutaba el acreedor. Los mayores tendrán que probar su necesidad, además su extensión es inferior al de los menores puesto que se limita a los establecido en el art. 142 CC. Por otro lado, el deudor de alimentos, en el caso de los hijos mayores, puede cumplir con obligación alimentaria recibiendo y manteniendo a los hijos mayores o emancipados. O por el contrario puede satisfacer la necesidad de habitación incluyendo la cantidad indispensable en la cuantía de la prestación de alimentos. En el caso de los hijos menores no existe esta posibilidad de elección.

60 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 27.

estar protegidos por el interés superior del menor, y pierden a favor de uno de los progenitores la preferencia que detentaban durante la menor edad para la atribución del piso[61].

3. La atribución de la vivienda e hijos con discapacidad.

Como ya hemos comentado el motivo principal de la reforma del art. 96 CC por la Ley 8/2021 no era otro que el de regular la atribución del uso de la vivienda en aquellos supuestos en los que hubiera hijos con discapacidad. La reforma se refiere tanto a los hijos menores como a los mayores que se encuentren en situación de discapacidad. Aunque ambas cuestiones se regulan en párrafos separados en la doctrina se habla de la existencia de un nuevo tercer criterio de concesión del derecho de uso de la vivienda familiar[62].

De los primeros se ocupa la segunda frase del art. 96.1.I CC al decir que "Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes". Este supuesto constituye una excepción al límite temporal de la mayoría de edad para la atribución de la vivienda a los hijos menores. De los hijos mayores de edad que están en situación de discapacidad se ocupa el nuevo art. 96.1.II CC que prevé que "los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación". Por lo tanto, se les podrá atribuir el derecho de uso, en atención a las circunstancias, pero, aún a pesar del silencio del párrafo II, esta atribución también se efectuará por un plazo determinado, tal como sí que se establece en el párrafo I del nuevo art. 96.1 CC para los hijos menores de edad con discapacidad.

La solución que se ha incorporado con la reforma para regular el uso de la vivienda en el caso de hijos con discapacidad difiere respecto a lo que fue la posición de la jurisprudencia bajo la vigencia del antiguo art. 96.1 CC. El Tribunal Supremo venía diferenciando por una parte el caso de los hijos mayores de edad incapacitados por sentencia judicial a los que se equiparaba a los menores de

61 Tena Piazuelo, I.: "Conflicto", cit., pp. 17 y 18, mantiene que estos hijos mayores de edad, aun cuando todavía fueran dependientes y no estuvieran emancipados, sin embargo, dejaran de tener preferencia en cuanto al uso de la vivienda familiar, sin que haya un derecho específico de este tipo de alimentista para poder habitar la vivienda familiar. No obstante, los hijos mayores al igual que otros parientes o el cónyuge siguen conservando los derechos alimentarios ex art. 142 y ss. CC.

62 Chaparro Matamoros, P.: "1. La atribución", cit., p. 36, estima que ahora se protege el interés de los hijos comunes que se encuentra en situación de discapacidad. Señala el autor que los otros dos intereses protegidos de manera específica en el nuevo art. 96 CC son el interés de los hijos comunes menores de edad y el interés del cónyuge más necesitado de protección. Por el contrario, no se protege el interés de los hijos mayores de edad dependientes económicamente.

edad, en el sentido de que la atribución del derecho de uso, se efectuaba sin establecer un plazo, de modo que aquel uso se mantenía hasta la cesación de la incapacitación[63]. Este es el caso de STS 30 mayo 2012 en la que se atribuye con carácter indefinido a la esposa y al hijo mayor de edad con discapacidad el uso de la vivienda privativa del esposo[64]. El carácter indefinido se deduce del hecho de que se atribuye el uso a la esposa mientras conviva con el hijo mayor de edad que ha sido incapacitado judicialmente y cuya patria potestad le ha sido rehabilitada a la madre bajo cuya custodia vive[65]. Así pues, de esta sentencia se deduce que para equiparar a los hijos mayores de edad incapacitados con los menores era necesaria la existencia de una sentencia de incapacitación[66]. Al menos hasta que la incapacitación judicial ha sido suprimida de nuestro ordenamiento jurídico con la publicación de la Ley 8/2021.

En otros casos de hijos con discapacidad mayores de edad, en los que no existía sentencia de incapacitación, la solución ha sido la de establecer una limitación temporal del uso de la vivienda. Así pues, la STS 19 de enero 2017 se pronunció, en favor de la procedencia de la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar, pero privativa del marido, al hijo mayor de edad con discapacidad reconocida, pero no reconocida judicialmente, y al progenitor en cuya compañía queda[67]. Se justifica la limitación al decir que la solución contraria "impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad"[68]. En consecuencia, se mantiene el fallo de la Audiencia provincial que establece el uso y disfrute del domicilio conyugal a la esposa por un plazo

63 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 27.

64 STS 30 mayo 2012 (Tol 2558108).

65 En este caso la STS 30 mayo 2012 (Tol 2558108) establece que: "Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad".

66 Chaparro Matamoros, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales: atribución al hijo mayor de edad con discapacidad y atribución a otros parientes por razón de la custodia de los hijos menores", *Revista de Derecho Patrimonial,* num.45/2018, p.9. No obstante, este autor no comparte el sentido de la sentencia y señala (refiriéndose a la situación en la que todavía estaba vigente la figura de la incapacitación) que todos los supuestos de hijos mayores con discapacidad, con independencia de que estuviesen incapacitados o no, son acreedores de una protección especial. Sin embargo, a pesar de ello estima que la atribución del uso de la vivienda debería de estar limitado temporalmente en cualquiera de ambas situaciones a los efectos de evitar la colisión con el derecho de propiedad exclusivo o en régimen de cotitularidad, del progenitor titular.

67 STS 19 de enero 2017 (Tol 5944342).

68 En la STS 19 enero 2017 (Tol 5944342) también se dice que "el interés superior del menor, que inspira la medida de atribución de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al interés del hijo mayor de edad con discapacidad a los efectos de otorgarle la misma protección que se dispensa al menor de edad. Y ello porque el interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la

de tres años. No obstante, se establece que "una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores"[69].

Esta segunda solución, menos favorable para las personas con discapacidad, una vez que ha sido suprimida la figura de la incapacitación, es la que se ha recogido en el texto del art. 96.1.II CC[70]. En la nueva regulación no se equipara a los hijos con discapacidad con los menores, a estos últimos se les atribuye la vivienda en todo caso mientras que las personas con discapacidad la continuación del uso de la vivienda cuando sean mayores procederá solo cuando fuera conveniente[71].

4. Atribución de la vivienda y reparto de hijos comunes.

Uno de los pocos párrafos del antiguo art. 96 CC que se ha mantenido inalterado a pesar de la reforma es el antiguo apartado II que ahora ha sido renumerado como art. 96.1 IV en el que se sigue previendo que: "Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente" (art. 96.1.IV CC)[72]. Este supuesto, igual que el resto de los contemplados en el art. 96 CC cuando se refiere a hijos se refiere a supuestos de custodia monoparental, de modo que a diferencia de lo que sucede con la custodia compartida, en este caso cada progenitor tiene por separado la custodia de un hijo. El problema que se plantea es que no es posible atribución el uso de la vivienda al mismo tiempo, en consecuencia, el juez tendrá que decidir teniendo en cuenta las circunstancias del caso: podrá, así, atribuir el uso de la vivienda al progenitor que objetivamente la necesite, en mayor medida que el otro, y a los hijos que con él convivan.

5. Atribución vivienda cuando no existen hijos comunes.

persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial según el grado de su discapacidad."

69 El TS estima en el FD2º que "Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art 142 CC)".

70 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 28.

71 Ordás Alonso, M.: "9. La atribución del uso", cit., p. 306, también estima que las personas con discapacidad a las que se refiere el art. 96.1 y 2 CC han de encontrarse viviendo en la vivienda familiar en el momento tener lugar la separación, divorcio o nulidad. Finalmente, no se trata de una atribución definitiva del uso de la vivienda puesto que el juez determinará el plazo de duración de ese derecho. Se evita así vaciar de por vida el derecho de propiedad del titular de la vivienda familiar.

72 En la versión original se utilizaba la expresión Juez qua ahora ha sido sustituida por la de "autoridad judicial".

En el nuevo art. 96.2 CC se ha mantenido inalterada la regla del anterior art. 96.III que establece que en ausencia de hijos, podrá atribuirse el uso de la vivienda familiar "al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección". Del tenor literal del precepto cabe deducir que esta atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular es excepcional y temporal. La excepcionalidad obedece al hecho de que esta atribución de la vivienda familiar se prevé exclusivamente para el caso de que "su interés sea el más necesitado de protección". En el caso de inexistencia de hijos comunes o incluso cuando aquellos ya son mayores la asignación del uso hogar familiar ya no puede realizarse bajo el amparo el principio del interés superior del menor, sino que ahora se efectúa por razones de solidaridad familiar[73]. Sin embargo, no basta con que el cónyuge solicitante tenga menor capacidad económica que el otro, sino que será necesario probar que, realmente, necesita, aunque sea momentáneamente, seguir usando la vivienda familiar como residencia; y que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte[74].

La temporalidad de esta medida no ofrece ninguna duda puesto que en el tenor literal del art. 96.2 aparece la expresión "por el tiempo que prudencialmente se fije". No obstante, el Tribunal Supremo ha exigido que se precise la duración del uso y en caso contrario ha casado y anulado aquellas sentencias en las que se utilizaban expresiones ambiguas en vez de un concreto plazo de tiempo[75]. En el art. 96.3 del anteproyecto de corresponsabilidad parental, sí que se fijó un plazo concreto de duración de la atribución de la vivienda familiar para el caso de que no existieran hijos comunes. En ese caso el uso de la vivienda al cónyuge no titular se hará por un tiempo máximo de dos años. Si la vivienda fuera ganancial el uso será

73 Chaparro Matamoros, P.: "1. La atribución", cit., p. 57, estima que por motivos de solidaridad familiar se proporciona temporalmente una vivienda al cónyuge con menos recursos económicos para acceder a una nueva vivienda. Asimismo, dentro de la expresión interés más necesitado de protección se podrían incluir circunstancias de tipo personal como los problemas de movilidad.

74 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 28, cita el caso de la STS 25 marzo 2015 (Tol 4799128) que en el caso de un matrimonio sin hijos y vivienda ganancial estima que el interés del marido es el más necesitado de protección puesto que su esposa marchó del domicilio familiar para atender a su hermana de la que es cuidadora a efectos de la ley de dependencia, y a su madre que padece Alzheimer. Estima el tribunal que con respecto de la esposa "resulta lógico deducir que el uso de la vivienda familiar sea innecesario por el carácter limitadísimo que haría de él, si es que lo hace".

75 Este ha sido el caso de la STS 29 mayo 2015 (Tol 5010151) en la que se establece que "la atribución del uso de la vivienda sin limitación temporal alguna vulnera lo dispuesto en el art. 96.3 CC". Asimismo, establece que aquella falta de concreción "parece más una verdadera expropiación de la vivienda que a una efectiva tutela que la Ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes". En el caso enjuiciado se casó y anuló la sentencia de apelación y se ordenó la extinción del uso de la vivienda familiar recuperando su uso el cónyuge propietario. En parecidos términos en la STS 20 junio 2017 (Tol 6201425) se establece que el tercer párrafo del artículo 96 del Código Civil no autoriza a imponer, a falta de acuerdo entre las partes, un uso indefinido e ilimitado de la vivienda familiar. En consecuencia, impone un uso hasta la fecha de liquidación de la sociedad de gananciales. En su día se atribuyó el uso de la vivienda a la esposa y al hijo menor que ahora ya ha alcanzado la mayoría de edad.

hasta la liquidación del régimen que tendrá que efectuarse dentro del tope de dos años. No obstante, se admite por motivos excepcionales una prórroga de un año.

En nuestra opinión debería de haberse aprovechado la reforma para modificar el texto del renumerado como párrafo 2 del art. 96 CC, puesto que al utilizarse de la expresión "cónyuge no titular" induce a confusión puesto que parece que esta fórmula no pueda utilizarse si la vivienda familiar tiene carácter ganancial o ambos cónyuges son cotitulares de la misma[76]. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia habían estimado que el antiguo art. 96.III CC (ahora art. 96.2 CC) también era aplicable a las viviendas familiares de carácter ganancial o pertenecientes en régimen de copropiedad a ambos cónyuges[77]. En todo caso la solución más correcta hubiera sido que con ocasión de la reforma se hubiera adoptado una fórmula similar a la del art. 233-20.3.b) CCCat que en el caso de no existir hijos comunes o cuando estos ya son mayores se debe de atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado. Asimismo, en el art. 219-25 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil (en adelante PCC) en el caso de no existir descendientes o aquellos son mayores de edad, en defecto de pacto, el juez asignará "el uso de la vivienda, con carácter temporal, al cónyuge más necesitado de protección". En consecuencia, estimamos que el legislador en el nuevo art. 96.2 CC en vez de "cónyuge no titular" debería de haber utilizado la expresión "cónyuge más necesitado" por ser más precisa que la anterior. Asimismo, habría que haber extendido la aplicación del citado párrafo, además del caso de inexistencia de hijos al caso en que aquellos ya fuesen mayores de edad. Finalmente, también se tendría que haber especificado que la inexistencia de hijos se refería a los comunes.

IV. LAS CARENCIAS DEL NUEVO PRECEPTO.

En la Introducción de este trabajo ya hemos manifestado que si bien las novedades que introduce la nueva regulación son interesantes, sin embargo, son insuficientes[78]. Para tener un referente de las carencias del nuevo precepto podemos compararlo con el que se propuso con idéntico número por el

76 Díaz Martínez, A.: "Comentario", cit., p. 1000, ya advierte que no se contempla expresamente el supuesto en el que la vivienda sea ganancial y no haya hijos.

77 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 28, estima aplicable esta fórmula para las viviendas gananciales o de titularidad conjunta por ambos cónyuges. A título de ejemplo en la STS 23 noviembre 1998 (Tol 2257), en un caso de nulidad matrimonial en un matrimonio sin hijos se adjudica temporalmente la vivienda ganancial a la esposa por un plazo de 6 meses. Se entiende que: "Una interpretación lógica y extensiva del artículo 96-3 del Código Civil establece que no habiendo hijos, como ocurre en el presente caso, podrá acordarse que el uso de la vivienda, por tiempo prudencialmente determinado, sea adjudicado a cualquiera de los cónyuges, siempre atendidas las circunstancias personales y socioeconómicas de los mismos".

78 El propio Tribunal Supremo en sentencia (Pleno) 20 noviembre 2018 (Tol 6921906) al pronunciarse sobre los efectos de la introducción de una tercera persona, la nueva pareja de la ex cónyuge, pone de manifiesto las carencias del antiguo precepto que todavía se pueden aplicar al nuevo al decir que "Una vez más se advierte la insuficiencia del artículo 96 del Código Civil para resolver este y otros problemas asociados al uso del domicilio familiar".

Anteproyecto de ley sobre ejercicio de corresponsabilidad parental y otras medidas a aportar tras la ruptura de la convivencia del año 2014. Otro punto de comparación lo tenemos en algunas de las soluciones que la jurisprudencia había previsto para evitar las injusticias que una aplicación literal del antiguo art. 96 CC podría ocasionar. Si bien el legislador con la nueva redacción del precepto ha tenido en cuenta alguna de esas "correcciones" efectuadas por la jurisprudencia, sin embargo, algunas -de manera harto incomprensible- han quedado fuera de la reforma[79]. El caso paradigmático lo constituye la falta de regulación de la atribución de vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida que tantas veces ha sido reclamado por la doctrina. Sin ánimo de ser exhaustivos a continuación iremos analizando algunas de las carencias del vigente art. 96 CC.

1. Atribución del uso la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida.

La reforma del art. 96 CC ha dejado pasar la oportunidad de regular la atribución de la vivienda en los supuestos de custodia compartida. Esta omisión del legislador no termina de comprenderse puesto que se trata de una figura contemplada por el art. 92 CC desde el año 2005[80]. La continuación de este vacío normativo ha sido ampliamente criticada por la doctrina[81]. La aplicación del principio comprendido en el art. 96.1.I CC, de que los hijos menores de edad han de continuar viviendo de manera permanente en la vivienda familiar hasta que alcancen la mayoría de edad se hace difícil de aplicar en el caso de la custodia compartida. Este vacío legal ha sido cubierto por la jurisprudencia que ha venido aplicando la solución prevista en el antiguo art. 96. II (ahora art. 96.1.IV CC) para el caso de que algunos de los hijos queden en compañía de uno de uno los cónyuges y los restantes en la del otro[82]. En consecuencia, en primer lugar, el juez el que resolverá lo procedente teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, lo que se traduce en la atribución de la vivienda al progenitor que objetivamente tenga más necesidad de usarla, y ello, con la finalidad de garantizar la necesidad de habitación de los

79 Chaparro Matamoros, P.: "1. La atribución", cit., p. 40, estima que pueden producirse las siguientes "correcciones del tenor literal del art. 96 CC": a) la limitación temporal del uso de la vivienda familiar (medida que ha sido incorpora por la reforma); b) la división material de la vivienda familiar; c) la atribución de otras viviendas distintas a la familiar; d) la atribución de la vivienda al cónyuge no custodio cuando pueda garantizar la necesidad de vivienda propia y la de sus hijos.

80 Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio introduce la figura de la custodia compartida en el Código civil al modificar el art. 92 CC.

81 La no inclusión de la custodia compartida en el nuevo art. 96 CC ha sido objeto de crítica por la doctrina. Así, entre muchos otros, De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 28; Tena Piazuelo, I.: "Conflicto", cit., p. 30.

82 En la jurisprudencia, en los supuestos de custodia compartida se ha aplicado la solución prevista en el antiguo art. 96.II en las SSTS 20 abril 2022 (Tol 8917105), 28 marzo 2022 (Tol 8900589), 20 de diciembre 2021 (Tol 8764945), 22 junio 2021 (Tol 8495897), 6 julio 2020 (Tol 8000147), 20 febrero 2018 (Tol 6526202), 22 septiembre 2017 (Tol 6355976), 23 enero 2017 (Tol 5950973), 11 febrero 2016 (Tol 5645202), 9 septiembre 2015 (Tol 5426939) y 24 octubre 2014 (Tol 4538494).

menores durante el período en que convivan con él[83]. En segundo lugar, cuando no exista una objetiva necesidad de uno de los progenitores de usar la vivienda familiar o dicha necesidad no sea mayor que la del otro, habrá que distinguir dos supuestos: en el primer caso, cuando la vivienda es privativa de uno de ambos cónyuges se establece un plazo temporal de atribución de uso la vivienda al otro progenitor que la está usando en la actualidad. Transcurrido ese plazo de transición recuperará el pleno uso el propietario de la vivienda[84]. En el supuesto de que la vivienda fuese ganancial o perteneciera a ambos cónyuges tendrá que procederse a su venta en el marco de la liquidación del régimen económico matrimonial o del régimen de copropiedad ordinaria[85]. Entre las sentencias relativas a la atribución de vivienda en el caso de que la vivienda sea ganancial se pueden distinguir varios grupos: en el primero de ellos, se establece un plazo de transición señalando que transcurrido este se procederá a la liquidación de la sociedad de gananciales[86]. En otro grupo de sentencias se limita a establecer una atribución temporal pero no se dice expresamente que finalizado el mismo haya que realizar la liquidación de la sociedad de gananciales, si bien habría que entender implícito este mandamiento[87]. En el caso de vivienda que pertenece en copropiedad a ambos progenitores

83 Según la STS 20 de diciembre 2021 (Tol 8764945): Hay dos factores a tener en cuenta para atribuir la vivienda familiar en el caso de la custodia compartida "[...] en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero" (STS 22 septiembre 2017 (Tol 6355976), 6 julio 2020 (Tol 8000147) y 22 junio 2021 (Tol 8495897). "De acuerdo con dicha doctrina, es posible la atribución del uso a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o no disponer del uso de otra, menores ingresos) para que, de esta forma, pueda llevarse a cabo la efectiva convivencia con sus hijos durante los períodos en los que le corresponda tenerlos en su compañía (SSTS 20 febrero 2018 (Tol 6526202); 26 octubre 2020 (Tol 8197535) y 22 junio 2021 (Tol 8495897).

84 Este es el caso de la STS 20 abril 2022 (Tol 8917105) en la que al ser la vivienda familiar propiedad del marido y ambos cónyuges cuentan con ingresos similares se atribuye temporalmente el uso del inmueble por un año desde la sentencia de casación. En la STS 22 septiembre 2017 (Tol 6355976), vivienda exclusiva del padre, se establece una atribución temporal madre e hijos menores de edad de dos años desde la sentencia de casación. En la STS 23 enero 2017 (Tol 5950973), vivienda exclusiva del padre atribución temporal madre e hijo menor de tres años desde sentencia casación. En la STS 24 octubre 2014 (Tol 4538494), vivienda privativa del padre, atribución del uso a la esposa e hijo menor durante dos años.

85 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 28.

86 Este es el caso de la STS 28 marzo 2022 (Tol 8900589), se atribuye el uso de la vivienda familiar de carácter ganancial durante un plazo de dos años desde la sentencia de casación a la esposa e hijos comunes. Se trata de un período con el que se contribuye a la adaptación al nuevo escenario económico en el que deberá buscar nueva residencia, evitando un grave perjuicio al interés de los dos hijos menores. Tras este plazo deberá abandonar la vivienda y se procederá a la venta o liquidación de la sociedad de gananciales. En la STS 3 enero 2022 (Tol 8764983) en un caso de custodia compartida y vivienda familiar ganancial. Se opta por el mantenimiento del uso de la vivienda por la esposa con sus dos hijos menores hasta la venta o liquidación de sociedad de gananciales. No hay plazo de transición porque el padre vive en el piso de su pareja de hecho. En la STS 6 julio 2020 (Tol 8000147), vivienda ganancial. atribución temporal de la vivienda familiar a las hijas y madre por un plazo de transición máximo de un año, a contar desde la fecha de esta sentencia, salvo que antes se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales. En la STS 11 febrero 2016 (Tol 5645202), vivienda ganancial. Ingresos similares de los progenitores. Atribución temporal madre e hijos menores de edad. 1 año desde la sentencia casación. transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales. En la STS 9 septiembre 2015 (Tol 5426939), Vivienda y garaje gananciales. Ingresos similares de los progenitores. Atribución temporal padre e hijos menores de edad 3 años desde sentencia casación. transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

87 En la STS 20 diciembre 2021 (Tol 8764945) se efectúa una atribución temporal de dos años a partir de la sentencia de casación. No se hace ninguna referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales.

adquirida constante el régimen de separación de bienes debería de utilizarse una fórmula parecida a la de gananciales, sin embargo, en alguna ocasión la solución en vez de establecer un plazo de transición ha optado por la de establecer un uso por anualidades alternas a cada cónyuge hasta la venta del bien común[88].

En cualesquiera de los supuestos de atribución de vivienda compartida, hay que tener en cuenta que ya no es posible hablar de vivienda familiar. Puesto que una vez establecido este régimen de custodia lo correcto es referirse a la existencia de dos hogares familiares. Así pues, en aquellos casos en lo que no existe una gran disparidad entre los ingresos de los progenitores, lo procedente es que se establecen plazos de uso temporal para facilitar la transición a la nueva situación creada por la custodia compartida. De este modo, quien tras la crisis matrimonial ha venido utilizando la vivienda familiar todavía cuenta con este plazo adicional. Eso sí, una vez vencido el cual el cónyuge propietario recuperará el uso de la vivienda, o se liquidará la situación de ganancialidad o la de cotitularidad en aquellos casos de vivienda comprada por ambos cónyuges casados en régimen de separación de bienes.

No obstante, hay que tener presente que hay diferentes modalidades de atribución de la vivienda familiar en el caso de la custodia compartida[89]. Entre ellas, está el modelo denominado "casa nido" o atribución rotatoria de la vivienda. En estos casos los hijos comunes serán los permanezcan siempre en la que ha venido siendo la vivienda familiar y serán los progenitores los que vayan rotando en el uso de la misma en los períodos que se determine en sentencia. Esta medida en la mayoría de supuestos se convierte en inviable por motivos económicos, puesto el sistema de "vivienda nido" exige que cada uno de los progenitores tenga a su disposición una casa vivienda en la que residir en los períodos en los que no les corresponda convivir con los hijos comunes. En consecuencia, sólo los matrimonios con un desahogado nivel económico pueden permitirse no sólo

88 En la STS 20 febrero 2018 (Tol 6526202), la casa es copropiedad ordinaria de ambos cónyuges que cuentan con un hijo común menor de edad. Al no existir desproporción económica entre ambos progenitores (que además cuentan con otro inmueble en común) la vivienda se atribuirá por anualidades alternas a cada cónyuge que perdurará hasta que procedan a separar los patrimonios. Así pues, se casa la sentencia de apelación en la que la vivienda se le adjudicaba en exclusiva a la madre hasta que el hijo común alcanzara la mayoría de edad.

89 En la STS 20 de diciembre 2021 (Tol 8764945) se describen las diferentes modalidades de atribución de vivienda en los casos de custodia compartida: (i) Custodia compartida simultánea, en supuestos excepcionales en que los hijos conviven con sus padres en la misma casa, cuando existen posibilidades reales y efectivas de vida separada entre ellos en el mismo inmueble. (ii) Custodia compartida a tiempo parcial, en que los hijos permanecen en el que fue domicilio familiar, siendo los padres quienes periódicamente lo abandonan cuando la custodia corresponde al otro progenitor. Es el modelo denominado de "casa nido", adoptado por la sentencia recurrida. (iii) Custodia compartida a tiempo parcial, con cambio de residencia de los hijos, que se ha descrito gráficamente con la expresión de "niños mochila", en el que son los menores quienes periódicamente conviven en el respectivo domicilio de sus padres. (iv) Custodia compartida, en la que la distribución del tiempo de convivencia no es igualitario con respecto a los padres, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, que condicionan la viabilidad de la custodia común. (v) A su vez los sistemas referidos admiten distintas fórmulas, en relación a los periodos temporales en que se lleva a efecto el cambio de custodia, siendo el más habitual el semanal, aunque caben otras modalidades temporales de intercambio: diario, quincenal, mensual etc.

disponer de tres casas, sino que además han de poder responder al incremento de los gastos que supone el mantenimiento de tres hogares[90]. Asimismo, el uso alterno de la vivienda familiar es desaconsejable cuando existen desavenencias entre los ex cónyuges puesto que la utilización de un mismo espacio de manera rotatoria, aunque no haya coincidencia en el tiempo, puede agravar la situación.[91] .

En la legislación civil autonómica se contempla este tipo de uso alternativo de la vivienda familiar en el art. 233-20.1 CCCat. Sin embargo, sólo se menciona dentro de los pactos que pueden realizar los cónyuges[92]. No se contempla como una alternativa que pueda fijar el juez en defecto de acuerdo de aquellos. En nuestra opinión, esta posibilidad del uso rotatorio en territorio Código civil también puede proponerse en el convenio regulador puesto que no hay norma alguna que lo impida, no obstante, la ventaja del sistema catalán es que en principio, como regla general el juez tendría que homologar un pacto en ese sentido. No obstante, estimamos que en el reformado art. 96 CC debería de haberse contemplado la posibilidad del uso alternativo del hogar familiar acompañado de la fórmula que estableciera que "la autoridad judicial resolverá lo procedente". Esta posibilidad de uso alternativo o rotatorio de la vivienda familiar sí que está contemplada en el art. 219-25.4 de la PCC[93].

2. Atribución del uso de una vivienda distinta a la que ha servido de domicilio conyugal.

Otra de las carencias de las que adolece el nuevo art. 96 CC es que no se haya previsto la posibilidad atribuir el uso sobre otra vivienda a la que constituyó el domicilio conyugal si con ello no se afecta a la estabilidad del menor. Esta medida evitaría la interpretación rigorista del art. 96 CC y que se pueda imponer un sacrificio desmesurado al interés del progenitor no custodio[94]. Piénsese que en ocasiones aquél es el propietario exclusivo de la vivienda familiar o tiene una

90 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 28. Tena Piazuelo, I.: "Conflicto", cit., p. 14, también estima que aun a pesar de que la utilización del sistema de vivienda nido, aun a pesar de que responde a la idea de la estabilidad de los menores al permanecer en un mismo entorno, sin embargo, se trata de un sistema que puede no convenir a la capacidad patrimonial de los progenitores que han de sostener tres viviendas.

91 Chaparro Matamoros, P.: "1. La atribución", cit., pp. 50 y 51, se basa en las referencias que se hacen a las tensiones y conflictividad que provocan el uso rotatorio de la vivienda familiar en las SSTS 5 abril 2019 (Tol 720521) y 7 junio 2018 (Tol 6638114).

92 Artículo 233-20 CCCat. Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar: "1. Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados".

93 El art. 219-25 de la PCC establece: "4. Cuando la guarda sea compartida por ambos progenitores puede decretarse una alternancia de los mismos en el uso de la vivienda y los muebles de uso ordinario".

94 Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 394-399, estima que la atribución de la vivienda familiar al cónyuge custodio no es siempre la solución que conciliar más adecuadamente todos los intereses en juego, especialmente en aquellos casos en los que los cónyuges disponen de dos o más viviendas.

cotitularidad con el otro cónyuge por estar casado en separación de bienes o incluso pertenecer en gananciales a ambos cónyuges. En cualquiera de esos supuestos tendrá un derecho de propiedad sobre la vivienda familiar al cual se le habrá vaciado la facultad de uso y disfrute[95].

En la redacción del nuevo art. 96 CC se tendría que haber tenido en cuenta aquellos pronunciamientos del Tribunal Supremo que, en supuestos excepcionales, permiten realojar a los hijos menores en otra vivienda distinta a la que había constituido el domicilio conyugal, siempre que esta satisfaga razonablemente sus necesidades de habitación[96]. El Alto Tribunal en la STS 3 mayo 2016 estima que la vivienda que fue familiar dejó de serlo por acuerdo entre los esposos y porque como consecuencia de la atribución al esposo del domicilio conyugal y la compra de otra por la esposa, a la que se trasladó a vivir con la hija, quedaron satisfechas las necesidades de habitación[97]. En la STS 16 enero 2015[98] en un caso de pareja de hecho establece que "el interés del menor, siempre prevalente, no queda mermado por el cambio de domicilio. Precisando, además, que la vivienda que ahora ocupa es la vivienda que fue familiar en el momento de la separación, pero la que la Audiencia Provincial ha fijado a partir de ahora fue también la vivienda familiar en su momento. En ese caso el padre solicitó el cambio de la atribución de la vivienda familiar que era de su exclusiva propiedad a otra que pertenecía proindiviso a ambos progenitores sobre la cual existía un contrato de arrendamiento que posteriormente se extingue. Estima el Alto Tribunal que "si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostenta el recurrente sobre la vivienda que actualmente ocupan el menor y su madre". En la STS 3 diciembre 2013[99] ha admitido la posibilidad de otorgar el uso de una vivienda alternativa a la familiar cuando concurren algunas circunstancias excepcionales: cuando el cónyuge custodio ha alquilado una vivienda de alto nivel donde vive con las hijas comunes se ha adjudicado el uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio por ser el interés más necesitado de protección. En la

95 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 26, estima adecuada la citada jurisprudencia puesto que es lógico que haya que asegurar que los menores tengan satisfecha su necesidad de habitación hasta la mayoría de edad, a pesar de la separación o divorcio de sus padres; y ello, con independencia de a quién corresponda la propiedad de la vivienda. No obstante, pone de relieve el excesivo rigorismo en el que se puede caer de no tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso. De ahí que estima que en el nuevo art. 96 CC debería de haber encontrado acomodo la doctrina jurisprudencial que permite realojar a los hijos menores en otra vivienda distinta a la que había constituido el domicilio conyugal, siempre que esta satisfaga razonablemente su necesidad de habitación.

96 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 26. Al respecto, Tena Piazuelo, I.: "Conflicto", cit., pp.13 y 14, entiende que la propia finalidad del art. 96 CC no es otro que asegurar o compensar una vivienda adecuada sin más. En consecuencia, la necesidad de un lugar para vivir un sujeto vulnerable, tanto si es un hijo como el cónyuge se satisface, en el caso de que la familia disponga de varias viviendas, con el derecho de uso de la vivienda que reúna condiciones adecuadas. Incluso si nunca ha tenido la condición de domicilio familiar.

97 STS 3 mayo 2016 (Tol 5716390).

98 STS 16 enero 2015 (Tol 4708880).

99 STS 3 diciembre 2013 (Tol 4035486).

STS 5 noviembre 2012[100] se establece que "el caso presente en que la madre ha adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que esta quede desprotegida de sus derechos pues, de acuerdo con lo que resulta probado en el procedimiento, " cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre", y no solo cubre estas necesidades sino que como consecuencia del cambio, además de que el padre recupera la vivienda y le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su ex esposa, mejora con ello su situación económica permitiéndole hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija al desaparecer la carga que representaba el pago de la renta de alquiler. En el supuesto de la STS 29 marzo 2011[101] se establece que "cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. Como se ha dicho antes, la atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso, se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre que no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96 ni en el art. 7 CC".

No obstante, desde que se ha implantado la custodia compartida el menor ya no va a continuar utilizando la que fue la vivienda familiar, puesto que en al menos uno de los turnos tendrá que residir en otra. En consecuencia, ya no tiene sentido el rigorismo exacerbado que exige que el menor tenga que ocupar la vivienda que constituida la sede de la familia antes de la crisis familiar.

En nuestra opinión el nuevo art. 96 debería de haber incorporado una medida similar a la prevista en el artículo art. 233-20 CCCat al decir que "6. La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos". También se contempla esta posibilidad en la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, en el art. 12.6 se establece que "El juez podrá sustituir la atribución

100 STS 5 noviembre 2012 (Tol 2675572).

101 STS 29 marzo 2011 (Tol 2078863).

del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado". Asimismo, se contempla esta posibilidad en la PCC en cuyo art. 219-25 relativo a la adjudicación del uso de la vivienda habitual en defecto de acuerdo aprobado por las partes se estima que "2. En cualquier caso, el juez puede autorizar que la atribución de uso recaiga sobre otra vivienda distinta de la que constituyó el domicilio familiar si ello no compromete la estabilidad del menor".

3. La división material de la vivienda familiar.

En la doctrina, a los efectos de mitigar el rigor de la aplicación literal del art. 96 CC, también se ha propuesto la posibilidad de dividir materialmente la vivienda familiar en aquellos casos en que esta sea factible por sus características arquitectónicas. Se trata de aquellos inmuebles de grandes dimensiones o que cuenten con varios pisos cuya división permitiría contar como mínimo con dos viviendas que cumplieran unas mínimas condiciones de habitabilidad[102]. Se han señalado las ventajas que esta medida reporta para todas las partes implicadas: a) En el caso de los hijos comunes menores porque los mantiene en su entorno familiar sin necesidad de los molestos cambios de residencia de fin de semana o de vacaciones en el caso de las custodias monoparentales o del cambio de residencia semanal o quincenal (o el que se hubiera establecido) en los supuestos de custodia compartida. b) Para el cónyuge no custodio también constituye una ventaja el hecho de vivir al lado de sus hijos puesto que posibilita el contacto con estos más allá de las previsiones del derecho de visitas. c) En todo caso para el cónyuge al que no se le atribuye el uso de la vivienda familiar supone una solución habitacional, con independencia de que sea el propietario exclusivo de la misma o incluso cuando no existan hijos comunes. En ocasiones, puede permitirle usar la vivienda que se le adjudique tras la división para seguir ejerciendo en ella su actividad profesional como sucede con algunas profesiones liberales como médicos, abogados o arquitecto.

Esta solución ha sido aceptada por el Tribunal Supremo en contadas ocasiones, si bien supeditada a la concurrencia de toda una serie de requisitos, que permitan que un inmueble dividido pueda ser usado por ambos cónyuges a un mismo tiempo[103].

102 Chaparro Matamoros, P.: "1. La atribución", cit., p. 43.

103 Las sentencias en las que se admite la división de la vivienda familiar son apenas inexistentes. En la STS 30 abril 2012 (Tol 2538858) se estima que "cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del artículo 96 CC, es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad". Precisamente afirma que "(...) en un procedimiento matrimonial se puede segregar la vivienda o proceder a su división cuando sea posible, cuando las viviendas resultantes reúnan las condiciones de habitabilidad, y cuando las circunstancias del caso lo permitan y no se perjudique el interés de los hijos". Sin embargo, en la STS 27 octubre 2015 (Tol 5544833) la vivienda familiar que había sido atribuida a la madre y a la hija sí que admitía una fácil división física por estar constituida por dos pisos, uno

De estos requisitos exigidos por el Alto Tribunal se ha dicho que obedecen a un intento de evitar una excesiva proliferación de demandas solicitando de manera indiscriminada la división material de las viviendas familiares[104]. Estimamos que esta medida de dividir materialmente la vivienda familiar cuando admitiese una división que no afectara a las condiciones de habitabilidad podría haberse incorporado al nuevo art. 96 CC.

4. La regulación de los gastos generados respecto de la vivienda familiar tras la atribución del uso.

El nuevo art. 96 tampoco ha regulado la cuestión relativa al pago de los gastos generados con relación a la vivienda familiar. En la doctrina se ha mantenido que, en defecto de pacto, debería ser el cónyuge al que se la ha atribuido el uso de la vivienda familiar usuario de la casa familiar común quien pagara los gastos de suministro de servicios de la vivienda (p. ej., gastos de luz, agua, gas, teléfono, internet). Asimismo, en su caso, los ordinarios de la comunidad del edificio sometido al régimen de propiedad horizontal; en cambio, el pago de los gastos extraordinarios de la comunidad, el seguro de hogar, así como el de los impuestos que graven la propiedad de la vivienda como el IBI deberá recaer sobre el titular o titulares de la propiedad de la vivienda[105]. En el caso de que ambos cónyuges sean cotitulares deberán responder en la proporción de su cuota.

Así lo confirma la STS 25 septiembre 2014[106] "en aras al equilibrio económico entre las partes", distinguiendo dos planos: el de la relación (interna) de los cónyuges entre sí y el de la relación (externa) de éstos con la comunidad. Dice, así, que nada impide que la sentencia de divorcio decida que "el ex cónyuge que utilice la vivienda ganancial, sea el que deba afrontar los gastos ordinarios de conservación", lo que no obsta "para que de acuerdo con el art. 9 de la LPH sean ambos propietarios los que deberán afrontar, en su caso, las reclamaciones de la Comunidad". La STS 29 septiembre 2022 de manera un tanto escueta se limita a establecer que "los gastos de suministros del inmueble serán abonados por el actor desde el momento que ostente el uso de la vivienda"[107].

Otra cuestión que afecta gravemente a la economía de los cónyuges es el pago de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario que afecte a la vivienda. Al respecto el Tribunal Supremo ha estimado que las cuotas de amortización

de 140 m^2 y otro de 105 m^2. Sin embargo, no se admite la división material del inmueble porque la atribución de la vivienda se efectúo en convenio regulador y no se ha probado la existencia de un cambio sustancial de circunstancias que justifique la modificación pretendida de la medida.

104 Chaparro Matamoros, P.: "1. La atribución", cit., p. 43.

105 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 29.

106 STS 25 septiembre 2014 (Tol 4525349).

107 STS 29 septiembre 2022 (Tol 9253220).

del préstamo hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda ganancial no son cargas del matrimonio, sino deudas de la sociedad de gananciales, que, en consecuencia, deberán ser satisfechas por ambos cónyuges por mitad (STS 28 marzo 2011)[108].Con esta medida se evita una situación injusta, consistente en que el cónyuge no custodio pueda verse privado del uso de la casa que le ha sido atribuido al otro cónyuge, y, sin embargo, se vea obligado a pagar, de manera exclusiva o en su mayor parte, las cuotas de amortización del préstamo que en su día solicitaron ambos solicitado por ambos esposos para la adquisición del hogar conyugal, como un modo de contribuir a la prestación de alimentos de los hijos[109]. La misma solución se mantiene, cuando el régimen económico-matrimonial es el de separación de bienes, en cuyo caso el pago del préstamo hipotecario sobre la cosa, perteneciente pro indiviso a ambos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria, se regirá por el art. 393 CC, de modo que se hará en proporción a sus respectivas cuotas de participación, que, salvo prueba, en contrario, se presumen iguales. Así las SSTS 26 noviembre 2012[110] y 20 marzo 2013[111]. En consecuencia, el pago del préstamo hipotecario se tiene que hacer de acuerdo con lo que resulte del título de adquisición de la vivienda y teniendo en cuenta los pactos a los que los cónyuges hubieran llegado con el banco al concertar el contrato STS 24 de abril 2018[112] todo ello sin perjuicio, de que, si quien paga en virtud de dichos pactos resulta no ser propietario de la vivienda, pueda reclamar, por vía de regreso, a quien reamente lo fuera STS 17 febrero 2014[113][114].

Esta medida sí que estaba prevista en el párrafo 5 del art. 96 CC del anteproyecto de corresponsabilidad parental que a grandes rasgos atribuía los gastos ordinarios de conservación y mantenimiento al cónyuge beneficiario y los extraordinarios -impuestos incluidos- al propietario o copropietarios de la vivienda familiar. En el caso de la hipoteca se remitía a los pactos del título constitutivo[115]. Asimismo, en

108 STS 28 marzo 2011(Tol 2082300).

109 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 29.

110 STS 26 noviembre 2012 (Tol 2708269).

111 STS 20 marzo 2013 (Tol 3783030).

112 STS 24 de abril 2018 (Tol 6591963).

113 STS 17 febrero 2014 (Tol 4119495)

114 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 29.

115 El art. 96.5 del anteproyecto de corresponsabilidad parental establece: "5. Mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título.
Excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge a quien no se le haya atribuido el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios.
En el supuesto de vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución".

el art. 219-8 de la PCC se contempla la "distribución de los gastos relacionados con la vivienda familiar"[116].

5. La atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho.

El nuevo art. 96 CC tampoco contiene ninguna referencia a las parejas de hecho, de modo que de su lectura podría pensarse que solo puede aplicarse en aquellos casos de crisis en las que existe un vínculo matrimonial. Sin embargo, en la jurisprudencia anterior a la reforma del citado precepto el Tribunal Supremo ya se había pronunciado sobre la atribución de la vivienda en este tipo de relaciones convivenciales. No obstante, las soluciones ofrecidas por el Alto Tribunal en el caso de la ruptura de la convivencia son diferentes según que la pareja tuviera hijos comunes o no.

En el caso de uniones *more uxorio* se ha aplicado por analogía la solución prevista en el antiguo art. 96.1 CC (ahora 96.1) para los matrimonios con hijos comunes que a partir de la reforma se refiere exclusivamente a los menores de edad o a las mayores que se encuentren en una situación de discapacidad[117]. En la jurisprudencia es de destacar la ya citada STS 1 abril 2011[118] que en un supuesto de ruptura de la convivencia de una pareja *more uxorio* admite la aplicación analógica del art. 96 CC en los casos en que existen hijos comunes. Se establece que el criterio de semejanza que permite la aplicación de la analogía ex art. 4.1 CC. "no se produce en relación a la situación de los padres, sino que de lo que se trata es de la protección del interés del menor, protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los arts. 14 y 39 CE". En posteriores sentencias se ha venido manteniendo que en el caso de uniones no matrimoniales que las reglas sobre la atribución de vivienda ex art. 96 CC, referida a los cónyuges, también se aplica en el caso de la existencia de hijos menores en las parejas no casadas. Se reitera que ello es posible habida cuenta la situación de analogía que existe por la protección de menor[119].

116 Artículo 219-28. Distribución de los gastos relacionados con la vivienda familiar.
1. Los gastos derivados de la adquisición de la vivienda habitual de la familia y otras obligaciones accesorias adquiridas por los cónyuges ligadas a aquélla se rigen por el título de adquisición.
2. Con independencia de que la titularidad de dicha vivienda sea común o pertenezca en exclusiva a uno de los cónyuges, el que resulte beneficiado con su uso viene obligado a satisfacer los gastos ordinarios derivados de la utilización y mantenimiento del inmueble, así como las cuotas devengadas mensualmente en un régimen de propiedad horizontal.
3. Los tributos anuales de carácter local que graven la propiedad del inmueble corren a cargo del propietario del bien, salvo que el uso se haya decretado exclusivamente en interés de uno de los cónyuges sobre propiedad privativa del otro. En tal caso el juez, a la vista de las circunstancias concurrentes, valorará la pertinencia de repercutir sobre el usuario el importe de dichos tributos mientras goce del bien, apercibiéndole de que el incumplimiento reiterado de esta obligación puede motivar la extinción de su derecho.

117 Chaparro Matamoros, P.: "1. La atribución", cit., p. 61, estima que la aplicación analógica obedece al mandato del art. 14 CE que impide la discriminación de los hijos por razón de su filiación.

118 (Tol 2093031)

119 Así sucede con las SSTS 24 marzo 2021 (Tol 8379008), 22 febrero 2017 (Tol 5978002) y 23 enero 2017 (Tol 5950973).

6. La atribución de la vivienda familiar a otros parientes.

En algunas ocasiones en la jurisprudencia la custodia de los hijos menores se ha concedido a otros parientes diferentes a los progenitores. Este ha sido el caso en los que, aún manteniendo la titularidad de la patria potestad a ambos progenitores, sin embargo, la guarda y custodia se concede a otros parientes como abuelos o tíos que carecen de vivienda lo suficientemente adecuada para satisfacer las necesidades habitacionales del menor. Esta posibilidad está contemplada en el art. 103. 1ª. II CC en sede de medidas provisionales[120]. En la doctrina se ha planteado la posibilidad de que una vez otorgada la guarda y custodia a otros parientes el juez puede atribuir a estos el uso de la vivienda familiar habida cuenta que el hijo menor queda en compañía de estos[121]. Entendemos que en la reforma también debería de haber permitido que en el art. 96.1 que además de los progenitores se hubiera mencionado a otros parientes. Así pues, en vez de la expresión del "cónyuge en cuya compañía queden" podría haberse utilizado la fórmula del "cónyuge o pariente en cuya compañía queden". En la jurisprudencia es posible encontrar sentencias en las que la guarda y custodia se adjudica a los abuelos o tíos, pero sin embargo, en estas resoluciones se establece como domicilio del menor el de los familiares que en cuya compañía queda[122]. Esto obedece a que por regla general, los abuelos tienen solucionadas sus necesidades habitacionales y no solicitan que se les adjudique el uso de la que fue la vivienda familiar de los progenitores del menor.

120 El art. 103 CC establece que: "Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:
1.ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.

121 Chaparro Matamoros, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales", cit., pp.14-16, estima que esta medida tiene encaje en el art. 96.1 CC. Puesto que de la misma manera que es posible atribuir la vivienda al cónyuge custodio en aquellos casos en que no tiene ningún derecho de propiedad sobre la vivienda familiar, también ha de ser posible atribuir su uso al familiar al que se le ha otorgado la guarda y custodia.

122 En la SAP Madrid (S. 22) 15 junio 2018 (Tol 6794548) se atribuye provisionalmente la guarda y custodia para los abuelos maternos hasta que la madre pueda trasladar su residencia junto con su hija menor. En la SAP A Coruña (S. 5ª) 8 junio 2017 (Tol 7226375) se atribuye la guarda y custodia a la abuela paterna del nieto menor de edad que ya la venía ejerciendo de hecho desde que aquel tiene cuatro años de edad. Se mantiene en el ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores. En la SAP Lugo 1 junio 2007 (Tol 7472602) se adjudica la guarda y custodia de un el menor con graves problemas de salud en favor de los abuelos maternos en un supuesto en el que los progenitores biológicos nunca se ocuparon del menor desde su nacimiento. En la STS 13 febrero 2015 (Tol 4712378) en un caso en el que el padre de la menor fue asesinado por su madre. En, la custodia de la menor que un principio la tenía su tía paterna se cambia a los abuelos maternos habida cuenta la incapacidad de la tía de establecer relaciones satisfactorias de la menor con sus abuelos.

7. La compensación económica al cónyuge que queda sin vivienda.

En la doctrina se ha destacado como en ocasiones la atribución incondicionada de la vivienda familiar al cónyuge custodio puede dejar en una situación precaria al otro cónyuge. Así sucede en aquellos casos de rentas bajas y en los que no se disponga de una segunda vivienda en la que este pueda alojarse. El cónyuge no custodio, que por lo general suele ser el marido, al quedar despojado del uso de la vivienda familiar tiene que buscarse una solución habitacional. Lo que pasa, dependiendo de su nivel económico, por comprar otra vivienda, alquilarla o volver a casa de sus padres si todavía tiene esta posibilidad. A lo anterior hay que añadir las posibles pensiones que pueda verse obligado a pagar, tanto de alimentos como compensatoria, así como el pago de las cuotas del préstamo hipotecario solicitado para adquirir la vivienda familiar. En este último caso, si la vivienda familiar es de su exclusiva propiedad tendrá que satisfacer el solo la cuota de la hipoteca[123].

En algunos ordenamientos jurídicos se ha llegado a prever una compensación económica para el caso de que la vivienda cedida perteneciera en exclusiva al cónyuge no custodio. Este es el caso contemplado en Código Civil y Comercial de la Nación argentino también se establece una compensación en el Artículo 444 (Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar): "A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda". En la Ley 25/2010, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familiar, en su art. 233-20 (Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar) se establece: "7. La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge". En la anulada Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de la Comunitat Valenciana, también se establecía una compensación en su art. 6. (Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar). En el párrafo 1 in fine se establece que: "En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los

123 Chaparro Matamoros, P.: "1. La atribución", cit., p.2, señala que esta situación del cónyuge custodio puede incluso empeorar en los supuestos en los que se haya quedado en situación de desempleo.

hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores". Asimismo, en la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil, en su artículo 219-27 (Computación de la asignación del uso) se establece que: "Cuando la titularidad de la vivienda sea común o pertenezca en exclusiva al cónyuge privado del uso la atribución de este derecho se computará como contribución en especie a los alimentos de los hijos o a la compensación por desequilibrio que, en su caso, se reconozca al otro cónyuge".

En nuestra opinión la nueva redacción del art. 96 CC debería de haber previsto alguna compensación para el cónyuge al que no se le ha atribuido el uso de la vivienda familiar especialmente en los casos en los que fuese el propietario exclusivo del inmueble.

8. Falta de regulación de las causas de extinción del uso de la vivienda.

Otra cuestión que sigue sin contemplar el nuevo precepto es el de las causas de extinción de la atribución de la vivienda familiar. Realmente esta cuestión debería de haberse contemplado en un nuevo precepto. En cualquier caso, tampoco es comprensible esta falta de regulación habida cuenta que la jurisprudencia se había pronunciado al respecto en los últimos años.

En el art. 96 se encuentran implícitas varias causas de extinción del derecho de atribución de la vivienda: a) en el caso de los hijos menores sujetos a custodia monoparental el derecho de uso se extingue cuando aquellos alcancen la mayoría de edad (art. 96.1. I). b) En el caso de los hijos menores sujetos a custodia monoparental que estén en situación de discapacidad la extinción se producirá, en su caso, cuando finalice el plazo que el juez hubiese determinado cuando aquella situación hiciera conveniente la continuación del uso de la vivienda familiar después de la mayoría de edad (art. 96.1. I in fine). c) En el caso de los hijos mayores de edad que estuvieran en situación de discapacidad como quiera que están equiparados a los hijos menores de edad que estén esa misma situación, también se extinguirá el derecho de uso cuando expire el plazo que el juez hubiera dispuesto. e) En el supuesto de hijos mayores de edad que carezcan de independencia económica el derecho de uso de la vivienda familiar o la cantidad que se entregase por el equivalente al uso se extinguirá cuando desaparezca la necesidad objetiva de vivienda y en su caso cuando expire el plazo establecido por la autoridad judicial. Salvo que concurra la situación de necesidad y se requiera una prórroga del plazo (art. 96.1.VI). f) En el caso de no haber hijos comunes se extinguirá el derecho de uso de la vivienda familiar del cónyuge más necesitado de protección cuando hubiera transcurrido el plazo fijado por el juez o hubiera desaparecido aquella situación de necesidad de protección.

Además de las circunstancias citadas, en la jurisprudencia, sin apoyo en ningún precepto legal expreso, se ha considerado que el derecho de uso se extingue también por la convivencia de hecho con un tercero en la vivienda familiar, por entender que, en tal caso, la vivienda pierde su originario carácter "familiar", desapareciendo su antigua naturaleza, al "servir en su uso a una familia distinta y diferente" a la formada por los cónyuges[124].

La STS (Pleno) 20 noviembre 2018[125] afirma, así, que "La introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habérsele asignado la custodia de los hijos, aspecto que se examina, cambia el estatus del domicilio familiar". La misma doctrina aplica la posterior STS 29 octubre 2019[126], que confirma la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por introducción en ella de una pareja sentimental de la mujer, titular del derecho de uso. Afirma que la introducción en la vivienda familiar de un tercero, en una relación afectiva estable, desnaturaliza el carácter de la vivienda, dado que deja de ser familiar, en el sentido de que, manteniéndose la menor en la misma, se forma una nueva pareja sentimental entre su madre y un tercero que disfruta de una vivienda que también es propiedad del marido, que además abona el 50% del préstamo hipotecario. En el mismo sentido, se orienta la STS 23 septiembre 2020[127], que, no obstante, todavía prolongó el derecho de uso de la vivienda familiar, en la que la usuaria vivía con su nuevo cónyuge, por el máximo de un año.

El legislador tendría que haber incluido en el precepto, o incluso mejor en uno separado, una fórmula de extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar. En el Derecho comparado podemos encontrar algún ejemplo en el art. 445 CCCN[128]. Asimismo, en el art. 219-29 PCC se regula la extinción del derecho

124 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 32.

125 STS (Pleno) 20 noviembre 2018 (Tol 6921906).

126 STS 29 octubre 2019 (Tol 7571565).

127 STS 23 septiembre 2020 (Tol 8111765).

128 El CCCN establece "Artículo 445. Cese. El derecho de atribución del uso de la vivienda familiar cesa: a) por cumplimiento del plazo fijado por el juez; b) por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación; c) por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria.

de uso de la vivienda familiar[129]. Finalmente, también se ha regulado la extinción del derecho de uso en el art. 233-24 CCCat[130]

9. La exclusión de la atribución de la vivienda familiar en los supuestos de precario.

Estimamos que en aquellos casos en los que la vivienda familiar hubiera sido cedida gratuitamente a los cónyuges por terceras personas que no se debería de poder atribuir el uso de la misma. En los casos de precario el juez tendría que fijar un plazo de transición en el cual el cónyuge custodio tendría que buscar otra vivienda. La implantación de esta medida obedece a motivos prácticos tendentes a evitar el futuro pleito en el que los familiares que han cedido en precario una vivienda para que sea ocupada por su hijo reclamarán que se les reintegre su uso[131]. Esta posibilidad de excluir las viviendas que han sido cedidas a uno de los cónyuges está contemplada en el art. 219-24. 2 PCC[132]. Una solución diferente era la prevista en el art. 96.7 II del anteproyecto de corresponsabilidad parental que

129 Artículo 219-29. Extinción del derecho de uso.
El derecho de uso se extingue por las siguientes causas:
a) Si ha sido conferido por razón de la guarda, por la finalización de aquella. Sin embargo, la autoridad judicial podrá decretar una limitación temporal cuando dicho mantenimiento comprometa gravemente la economía del cónyuge no adjudicatario o fomente situaciones abusivas.
b) Cuando se concedió al cónyuge más necesitado de protección:
1º Por el transcurso del tiempo prefijado para su duración.
2º Por la recuperación económica del cónyuge usuario.
3º Por el matrimonio o convivencia del usuario con tercera persona
4º Por el fallecimiento del cónyuge usuario.
c) A instancias del otro cónyuge, por el incumplimiento reiterado por parte del usuario de la obligación de abonar los tributos que gravan la vivienda, si el juez se la hubiere impuesto en aplicación de lo previsto en el artículo anterior

130 Artículo 233-24. Extinción del derecho de uso.
1. El derecho de uso se extingue por las causas pactadas entre los cónyuges y, si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, por la finalización de la guarda.
2. El derecho de uso, si se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por las siguientes causas:
a) Por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica.
b) Por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona.
c) Por el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso.
d) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció o, en su caso, de su prórroga.
e) De común acuerdo entre los cónyuges o por renuncia del cónyuge beneficiario.
3. Una vez extinguido el derecho de uso, el cónyuge que es titular de la vivienda puede recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o extinción de este derecho, y puede solicitar, si procede, la cancelación registral del derecho de uso.

131 En Arnau Moya, F.: "Desahucio por precario y atribución de la vivienda en las crisis familiares", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 17, 2022, pp.642-689, decíamos que en ocasiones el Tribunal Supremo ha admitido que se atribuya al cónyuge custodio una vivienda alternativa a la familiar para evitar un desahucio por precario cuando aquella no pertenece a los cónyuges sino a terceros. Se reconoce esa posibilidad en las SSTS 24 mayo 2021 (Tol 8454612), 15 julio 2015 (Tol 5212102), 3 diciembre 2013 (Tol 4035486), 5 noviembre 2012 (Tol 2675572) y 29 marzo 2011 (Tol 2098863). En parecidos términos se había manifestado anteriormente Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso,* cit., pp. 136-140.

132 Artículo 219-24. Atribución de uso de la vivienda habitual. Delimitación objetiva.
1. Las medidas adoptadas por el juez pueden afectar a viviendas privativas de cualquiera de los cónyuges o comunes a ambos que hayan servido de domicilio familiar o que, en general, se revelen aptas para colmar sus necesidades de vivienda.

establecía que "Cuando los cónyuges detentaran la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste le reclame su restitución, debiendo preverse, para tal caso, la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o pensión compensatoria, en su caso, a la nueva situación". Finalmente, está el caso del CCCat en cuyo art. 233-21. Exclusión y límites de la atribución del uso de la vivienda establece "2. […] Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias".

También han quedado fuera de las previsiones del nuevo art. 96 CC otras situaciones en las que es un tercero el que tiene la vivienda por cuyo uso se enfrentan los antiguos cónyuges o convivientes. No se han regulado situaciones derivadas de un contrato como el de arrendamiento o el de comodato, tampoco se han contemplado supuestos de cotitularidad hereditaria en los que uno de los cónyuges es coheredero, con otros de la vivienda que constituye el domicilio familiar. Tampoco se ha contemplado la comunidad ordinaria cuando la vivienda se ha adquirido por un conjunto de personas entre las que se encontraba uno de los cónyuges. Finalmente, también se ha dejado fuera del supuesto de hecho del art. 96 aquellos casos en los que uno de los esposos tuviera a su disposición un vivienda como retribución en especie por su situación profesional como sucede con militares o guardias civiles[133].

V. LA DISPOSICIÓN CONJUNTA DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL NUEVO ART. 96.

1. La disposición conjunta de la vivienda familiar.

Como ya hemos indicado como la doctrina venía distinguiendo dos regulaciones dentro del antiguo art. 96 CC, la de la atribución de la vivienda familiar en los párrafos I al III y la relativa a la disposición de aquella vivienda en el apartado IV. El nuevo párrafo 3 del art. 96 CC también se refiere a la disposición de la vivienda familiar. En este caso la técnica legislativa ha consistido en reescribir y ampliar el anterior párrafo IV que ahora pasa a tener tres frases: la primera de ella es muy similar, aunque no idéntica a la del antiguo apartado IV y las dos siguientes han sido introducidas *ex novo* por la reforma. El nuevo párrafo 3 queda redactado en

2. Sin embargo, quedan excluidos de este régimen aquellos inmuebles pertenecientes a terceras personas donde los cónyuges hayan vivido mientas duró la convivencia conyugal por mera tolerancia de su titular o mediando comodato a favor de cualquiera de los cónyuges.

133 Tena Piazuelo, I.: "Conflicto", cit., p.17.

los siguientes términos: "Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe"[134].

La doctrina que analizó el anterior art. 96.IV, estimaba que aquel precepto establecía un sistema de disposición conjunta semejante al establecido en el art. 1320 CC[135]. Cuanto se dijo por la doctrina respecto de la versión anterior es aplicable al nuevo párrafo por cuanto que se ha mantenido en parecidos términos la anterior redacción. Así pues, en la primera frase del párrafo prohíbe la disposición unilateral de la vivienda familiar, de modo que se extiende todos los negocios dispositivos relacionados con la propiedad con la vivienda, incluso en el caso que esta pertenezca al cónyuge al que no se le ha atribuido su uso[136]. También se ha de incluir dentro de esta prohibición la constitución unilateral de derechos reales u obligacionales como un derecho de arrendamiento[137]. Aunque el precepto está exigiendo el consentimiento de ambos ex cónyuges para la transmisión de la vivienda familiar, realmente lo que se trata de evitar es la disposición del titular de la propiedad de la vivienda familiar sin que esté acompañada del consentimiento de la parte que no es titular. En este caso se prevé de manera implícita la posibilidad de pedir la anulabilidad del negocio jurídico realizado sin la concurrencia de su consentimiento tal como sucede en el caso del art. 1320 I CC[138].

2. Las novedades en materia de disposición conjunta.

En la primera frase que se añade al antiguo art. 96. IV se establece que "Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad". Esta medida es muy acertada, puesto en anterior párrafo IV no existía ninguna referencia a esta cuestión lo que provocaba dificultades al cónyuge no titular para inscribir en el Registro de la Propiedad su derecho de

134 Señala Ordás Alonso, M.: "9. La atribución del uso", cit., p. 307, estima acertado que la expresión "cuyo uso corresponda al cónyuge no titular" haya sido sustituida por la de "cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores". De este modo se puesto fin a la polémica respecto a la concreción del ámbito de aplicación del antiguo párrafo III.

135 El art. 1326 CC establece que: "Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso; autorización judicial.
La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe."

136 Ordás Alonso, M.: "9. La atribución del uso", cit., p. 307, estima que la protección del derecho de uso de la vivienda familiar funciona como una especie de derecho de veto que de ser utilizado impide que el cónyuge titular realice actos de disposición que puedan afectar al interés familiar. Esta limitación a la facultad de disponer, junto con el derecho ocupacional integra el derecho de uso de la vivienda familiar.

137 Roca Trías, E.: "Comentario ", cit., p. 402.

138 Díaz Martínez, A..: "Comentario", cit., p. 1001, estima que el antiguo art. 94 IV (ahora 96.3 CC) es similar al art. 1320 in fine Código civil, si bien este último aplicable en situaciones de normal convivencia familiar.

uso sobre la vivienda cuando no era copropietario de la misma. La doctrina de la antigua RDGRN fue vacilante al respecto, en primer momento no se permitía la inscripción de este derecho, sin embargo, finalmente se impuso la tesis de permitir el acceso del derecho de uso sobre la vivienda familiar al Registro de la Propiedad. Para justificar el acceso al registro del derecho de uso de la vivienda familiar se utilizó la técnica de considerar el art- 96. IV como una prohibición de disponer a las que el art. 26 LH permite el acceso al Registro de la Propiedad[139].

El grave problema que originaba la falta de inscripción registral del derecho de uso sobre la vivienda familiar era que el tercero adquirente de buena fe por desconocer aquella circunstancia siempre iba a quedar protegido en su adquisición por virtud del art. 34 LH[140]. En ese sentido la jurisprudencia ha venido considerando que el derecho de uso sólo es oponible a los compradores de la vivienda cuando no estén protegidos por el art. 34 LH[141].

De todo lo anterior se deduce que para evitar que el tercero adquirente de la vivienda familiar pueda escudarse tras del art. 34 LH, el cónyuge al que se le ha adjudicado el derecho de uso sobre la misma tendrá que inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad. Solo de ese modo logrará evitar la enajenación o incluso gravamen de la vivienda familiar por parte del cónyuge propietario exclusivo o copropietario de la vivienda[142]. Tras la nueva redacción del precepto este problema ha quedado resuelto al permitirse expresamente que la restricción sobre la vivienda familiar acceda al Registro de la Propiedad. No obstante, la nueva redacción del art. 96.3 CC adolece del mismo defecto que su precedente, puesto que no establece ninguna sanción para el caso del incumplimiento de sus previsiones[143].

En la segunda frase introducida por el nuevo art. 96.3 CC se dice que "La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no

139 García Mayo, M.: "El uso de la vivienda", cit., p. 2005, estima que la medida contenida en el art. 96. 3 se trata de una prohibición de disponer ex lege. Al tiempo que señala que la RDGRN 5 septiembre 2016 admite la inscripción del derecho de uso la vivienda con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya: bien como una prohibición de disponer ex art. 26.2 LH o bien como un derecho real. En todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario al que no se le ha atribuido el uso y que produce efectos *erga omnes*.

140 Roca Trías, E.: "Comentario", cit., p. 402.

141 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 25. En ese sentido se han manifestado las SSTS 22 diciembre 1992 (Tol 1654942), 20 mayo 1993 (Tol 1654894), 18 octubre 1994 (Tol1665543), 14 diciembre 2004 (Tol 526529), 8 mayo 2006 (Tol 934879), 27 febrero 2012 (Tol 2468857), y la más reciente STS 24 marzo 2021 (Tol 8379008).

142 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., pp. 30 y 31, se apoya en lo manifestado por las RRDGRN 25 octubre 1999 (Tol 132594), 31 marzo 2000 (Tol 133003), 19 mayo 2000 (Tol 132821) y 19 septiembre 2007 (Tol 1155088).

143 Ordás Alonso, M.: "9. La atribución del uso", cit., pp. 308 y 309, estima que la aplicación analógica del art. 1322 CC permite que el titular del derecho uso de la vivienda familiar sea el único legitimado para destruir la validez del acto disposición realizado por el titular del derecho de propiedad sin su consentimiento o en su defecto del de la autoridad judicial.

perjudicará al adquirente de buena fe". Esta frase aun a pesar de ser una copia literal del art. 1320.II CC, sin embargo, no había sido incluida en la versión anterior del art. 96. IV. Esta frase ha de interpretarse en el sentido de que, cuando es la propia declaración del vendedor la que provoca la buena fe del comprador, la anulación del contrato instada por el titular del derecho de uso no produce efectos frente a él, pero, sin embargo, deberá soportarlo, salvo que éste protegido por el art. 34 LH, pues, en este punto, sí que es un tercero ajeno al proceso en el que recayó la sentencia constitutiva del derecho, que recordemos tiene eficacia real[144].

El art. 91.1 RH está relacionado con la disponibilidad del derecho de uso de la vivienda al establecer que "Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter". También hay que tener que en ocasiones en resoluciones de la DGSJFP se ha admitido actos de disposición sobre viviendas privativas de uno de los ex cónyuges[145].

En la doctrina se ha criticado que a pesar de que la reforma del art. 96.3 CC que permite el acceso al registro de la limitación de disponer de la vivienda familiar, sin embargo, el legislador se ha olvidado de incluir el aspecto positivo del derecho de uso que no es otro que la de la ocupación del inmueble. De modo que la prohibición de disponer no sería sino una medida de refuerzo del derecho de uso. En consecuencia, se propone que respecto del contenido positivo de esa medida la única vía para garantizar su acceso al Registro de la Propiedad es reconocerle su condición de derecho real. De ese modo el derecho de uso al tener naturaleza real podría acceder directamente al registro por aplicación de las previsiones del art. 2.2 LPH[146].

No obstante, el derecho de uso inscrito no será oponible en el caso de las enajenaciones forzosas que tengan su origen en la responsabilidad en que haya

144 De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", cit., p. 31.

145 La RDGSJFP 16 junio 2020 (Tol 8028388) admite la hipoteca sobre una vivienda privativa del hipotecante divorciado que manifiesta que es su vivienda habitual pero no la familiar. En este caso no es exigible el consentimiento de ambos cónyuges. En el caso de la RDGSJFP 18 febrero 2021 (Tol 8341646), se estima que no todo acto de disposición sobre la vivienda familiar exige el consentimiento del otro cónyuge puesto que se requiere que el acto de disposición afecte a la vivienda habitual y que limite su uso. En ese se trata de la donación de la nuda propiedad de una vivienda privativa del donante que no afecta al usufructo que habilita para el goce y disfrute de la vivienda, por lo que no se conculca la finalidad práctica de impedir que los actos unilaterales del cónyuge titular con carácter privativo puedan provocar el desalojo del hogar familiar.

146 Naturaleza derecho real= derecho uso= García Mayo, M.: "El uso de la vivienda", cit., pp. 2010 y 2011, además señala que el título a inscribir sería la sentencia se separación, nulidad o divorcio o incluso la escritura pública en el caso de separación o divorcio notarial. Además, la naturaleza real permite que el derecho pueda ser objeto de una inscripción y así gozar de la fe pública registral ex art. 34 LH.

incurrido el titular de la vivienda como sucede en el caso de impago de una hipoteca constituida antes de la crisis familiar[147]. En consecuencia, como en la subasta no se tiene en cuenta la voluntad del titular del bien tampoco tiene efectividad la oposición del titular del derecho de uso[148]. Tampoco es oponible el derecho de uso inscrito en aquellos casos en los que la vivienda familiar es propiedad de un tercero que no ha sido parte en el proceso de nulidad, separación o divorcio como es el progenitor que ha cedido en precario la vivienda a su hijo para que la utilice junto con su esposa o pareja sentimental y en su caso con sus nietos.

147 Así se han manifestado la STS 118/2015 de 6 marzo que estima que el derecho de uso no es oponible al adjudicatario, en el caso de una vivienda privativa del cónyuge titular que fue hipotecada antes del matrimonio. Asimismo, las RRDGRN 8 abril 2015 y 5 septiembre 2015 admiten que la ejecución de la hipoteca anterior a la constitución del derecho de uso no es oponible. En parecidos términos la STS 584/2004 de 22 abril, en la que además la esposa había prestado su consentimiento a la hipoteca.

148 García Mayo, M.: "El uso de la vivienda", cit., p. 2011 y 2012.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Álvarez, H.: *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas,* Lex Nova, 2005.

Arnau Moya, F.: "La temporalidad de la prestación compensatoria. Una evolución jurisprudencial y legislativa" en AA.VV.: *El nuevo derecho de la persona y de la familia: (libro segundo del Código Civil de Cataluña),* J.M. Bosch Editor, 2011 (dir. R. Barrada Orellana, M. Garrido Melero y S. Nasarre Aznar), pp. 313-326.

- "Desahucio por precario y atribución de la vivienda en las crisis familiares", *Actualidad jurídica iberoamericana,* núm. 17, 2022, pp.642-689.

Cervilla Garzón, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular,* Marcial Pons, 2005.

Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales: atribución al hijo mayor de edad con discapacidad y atribución a otros parientes por razón de la custodia de los hijos menores", *Revista de Derecho Patrimonial,* núm.45/2018.

- "1. La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España", en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. P. Chaparro Matamoros), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 36-63.

Cuena Casas, M., "El régimen jurídico de la vivienda familiar", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia* (dir. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp.275-442.

De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", en AA.VV. *La vivienda en las crisis familiares* (dir. P. Chaparro Matamoros), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 25-32.

De Verda y Beamonte, J. R. y Bueno Biot, A.: "La temporalidad de la pensión compensatoria en la jurisprudencia del tribunal supremo", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021, pp. 776-797.

De Verda y Beamonte, J.R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año 91, núm. 752, 2015, pp.3387-3466.

Díaz Martínez, A..: "Comentario del art. 96" en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil,* Tomo I, arts., 1 a 151 (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1000- 1016.

García Mayo, M.: "El interés del menor frente a la pretendida patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar. Comentario a la STS 284/2019 de 23 de mayo [RJ 2019, 2131]", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial,* núm. 50, 2019

- "El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC", *Revista de Derecho Civil,* vol. VIII, núm. 3 (julio-septiembre, 2021), Estudios, pp. 187-221.

Martín Meléndez, M. T: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art.96, p. I, 2 Y 3 CC): teoría y práctica jurisprudencial*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

Ortiz Fernández, M.: "La extinción de la pensión compensatoria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: una revisión (crítica) de la STS 31 enero 2022", *Revista Boliviana de Derecho*, 34, 2022, pp. 252-281.

Ribera Blanes, B.: "La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos", *Actualidad jurídica iberoamericana,* 2020, pp.482-529.

Roca Trías, E.: "Comentario del art. 96 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil,* t. II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 399.

Sánchez-Calero Arribas, B.: "La atribución del uso de la vivienda familiar", *Actualidad Civil,* núm. 3, 2016.

- "La atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia", en AA.VV.: *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Tena Piazuelo, I.: "Conflicto de vulnerabilidades y concepto de necesidad en la atribución de la vivienda en crisis matrimoniales", en AA.VV.: *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos* (dir. M.V Mayor del Hoyo y S. de Salas Murillo), Aranzadi, 2022.

RESIDENZA ABITUALE: NOZIONE, RUOLO E SIGNIFICATO

HABITUAL RESIDENCE: NOTION, ROLE AND MEANING

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 144-159

Maria Paola
FRANCESCA
BOTTONI

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Nel presente articolo si analizzano i diversi significati attribuiti alla nozione di residenza abituale ed il ruolo che essa svolge nei rapporti personali e patrimoniali di famiglia. L'analisi della prassi mostra che la residenza abituale non è un semplice criterio di collegamento, piuttosto il punto di ricaduta finale di un complesso di presupposti e di valutazioni giurisprudenziali di diverse esperienze europee, spesso accomunate dall'esigenza di assicurare un criterio di collegamento equidistante e rispettoso della parità dei partner. Garante delle identità nazionali, il criterio della residenza abituale testimonia l'influenza che il diritto vivente esercita sul diritto vigente.

PALABRAS CLAVE: Residenza abituale; residenza; domicilio; cittadinanza; giurisdizione; legge applicabile; responsabilità genitoriale; sottrazione di minore; divorzio; separazione; definizioni; significati; contenuti.

ABSTRACT: *This article analyses the different meanings attributed to the notion of habitual residence and the role it plays in personal and patrimonial family relationships. The analysis of practice shows that habitual residence not only is a simple connecting factor, but also the final relapse point of a complex of assumptions and case-law assessments of different European experiences, often characterized by the need to ensure an equidistant and equal link criterion between partners. As the guarantor of national and personal identities, the criterion of habitual residence confirms the influence that living law exercises on current law.*

KEY WORDS: *Habitual residence; residence; domicile; citizenship; jurisdiction; applicable law; parental responsibility; child abduction; divorce; separation, definitions; meanings: contents.*

SUMARIO.- I. LA RESIDENZA ABITUALE: "NUOVO" TREND DEL LEGISLATORE EUROPEO. IL REGOLAMENTO N. 1111/2019 E IL REGOLAMENTO N. 1259/2010.- II. LA NOZIONE DI RESIDENZA ABITUALE TRA DOTTRINA E GIURISPRUDENZA.- III. IL RUOLO DELLA RESIDENZA ABITUALE NELL'AMBITO DEL REGOLAMENTO N. 1111/2019 E DEL REGOLAMENTO N. 1259/2010: UN TENTATIVO DI RIDEFINIZIONE DI SIGNIFICATO.

I. LA RESIDENZA ABITUALE: "NUOVO" TREND DEL LEGISLATORE EUROPEO. IL REGOLAMENTO N. 1111/2019 E IL REGOLAMENTO N. 1259/2010.

Alcune recenti riforme del diritto di famiglia[1] esprimono un favor per il criterio della residenza abituale e denunciano una crisi dei tradizionali collegamenti legislativi e giurisdizionali, quali la cittadinanza ed il domicilio[2]. Invero, in diverse aree disciplinari[3] la residenza abituale funge da criterio di competenza giurisdizionale e da criterio di collegamento per la determinazione della legge applicabile, ma è nella disciplina del diritto di famiglia che trova particolare fortuna. L'enunciato compare per la prima volta nel 1902, nella Convenzione dell'Aja per la tutela dei minori. Secondo quanto stabilito dall'art. 3 della Convenzione, ai fini della competenza, il criterio della nazionalità è contemperato con il criterio del domicilio o con il criterio della c.d. residenza abituale, la quale «dovrà comprendere il domicilio secondo il senso attribuito a detto termine *dallo* Stato»[4].

1 Offrire una panoramica delle recenti riforme di diritto di famiglia in Europa non è e non può essere il compito affidato a queste pagine. L'analisi che si compie nel testo ha ad oggetto due soli regolamenti ed indaga il ruolo che al loro interno è affidato alla c.d. "residenza abituale". Quest'ultima avanza progressivamente anche nelle legislazioni degli stati membri, come testimonia la riforma del 2015, al Titulo preliminar del Codigo civil spagnolo, che fa uso della residenza abituale per la determinazione dello stabilimento del rapporto di filiazione.

2 Riflessioni sul progressivo abbandono dei tradizionali criteri della cittadinanza e del domicilio in Zanobetti, A.: "La residenza abituale nel diritto internazionale privato: spunti di riflessione", in AA. V.V.: *Liber Amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. 2, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p.1380. Più in generale, sui tradizionali criteri di collegamento cfr.: Mosconi, F., Campiglio, C.: *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale*, Utet, Torino, 2004, p. 124 ss.; Ballarino, T.: *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2008, p. 109 ss.

3 Il criterio della residenza abituale è impiegato anche nell'ambito dei regolamenti in materia di obbligazioni, quali il Regolamento n. 593/2008, c.d. Regolamento Roma I ed il Regolamento n. 864/2007, c.d. Regolamento Roma II. Nell'assetto normativo dei due regolamenti la residenza abituale delle persone giuridiche coincide con il luogo in cui si trova la loro amministrazione centrale. La residenza abituale compare anche in materia di contratti: l'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1955 concernente la legge applicabile ai contratti di compravendita a carattere internazionale di cose mobili corporee, dispone: «Quando manchi una dichiarazione delle parti circa il diritto applicabile conformemente alle premesse previste nell'articolo precedente, la compravendita è regolata dalla legge interna del paese in cui il venditore, al momento in cui assume l'ordinazione, ha la sua dimora abituale». Per un approfondimento: Zanobetti, A.: "La residenza abituale", cit., p.1385 ss.

4 Il sintagma "residenza abituale" compare ancora nella Convenzione dell'Aja del 1956 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari verso i figli e nella Convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori. L'art. 1 della Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari dispone che «La legge della dimora abituale del figlio determina se, in quale misura e a chi il figlio può richiedere gli alimenti»; allo stesso

• Maria Paola Francesca Bottoni
PhD Student presso l'Università degli Studi di Camerino. E-Mail: mariapaolafrancesca.bottoni@unicam.it

Nell'attuale legislazione, tra i diversi testi normativi che alla residenza abituale fanno riferimento nel suo duplice ruolo di criterio di competenza e criterio di individuazione della legge, si è scelto di analizzare due regolamenti: il recente Regolamento n. 1111/2019 del 25 giugno 2019 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori[5] ed il Regolamento n. 1259/2010 del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale[6]. In entrambi, la residenza abituale assume un ruolo più che determinante: nel primo, è criterio per individuare la competenza generale sulle questioni inerenti al divorzio, alla separazione, all'annullamento del matrimonio e sulle domande relative alla responsabilità genitoriale sui minori, nel secondo, è criterio di scelta della legge applicabile al divorzio e alla separazione.

Con l'adozione di questi testi normativi, il legislatore europeo cambia prospettiva ed affida il sistema giurisdizionale in materia di diritto di famiglia – storicamente riservato all'imperio dei singoli stati membri – ad uno spazio di cooperazione rafforzata, in cui opera questo singolare criterio di tipo "domiciliare", quello della residenza abituale appunto.

Elemento comune ad entrambi i documenti normativi è l'assenza di una definizione di residenza abituale[7].

Nel Reg. 1111/2019, il favor per la residenza abituale è confermato dall'impianto paritario dei criteri di individuazione del foro competente. A norma dell'art. 3 del Reg. 1111/2019 infatti, sono competenti a decidere sulle questioni inerenti al divorzio, alla separazione dei coniugi e all'annullamento del matrimonio, le autorità giudiziarie dello Stato membro, nel cui territorio si trova la residenza abituale del convenuto o dell'attore, se la residenza è iniziata almeno un anno prima della data della proposizione della domanda, ovvero sei mesi, se l'attore è cittadino di altro

modo, l'art. 1 della Convenzione del 1961 dispone che «Le autorità, sia giudiziarie che amministrative, dello Stato di residenza abituale di un minore sono competenti, salve le disposizioni degli artt. 3, 4 e 5, terzo capoverso della presente Convenzione, ad adottare misure tendenti alla protezione della sua persona o dei suoi beni». Quest'ultima previsione legislativa ha un precedente storico rappresentato dalla sentenza della Corte di Giustizia del 28 novembre 1958. La causa, relativa all'applicazione della Convenzione del 1902 tra i Paesi Bassi e la Svezia, riguardava la validità delle misure educativo-protettive adottate dalle autorità svedesi nei confronti di una ragazza, Marie Elisabeth Boll, cittadina olandese residente in Svezia. La Corte, conscia dell'evoluzione legislativa in materia di protezione dei minori, affermò che la tutela regolarmente istituita dalle autorità nazionali secondo le previsioni della Convenzione del 1902, non ostacolava l'applicazione della legislazione della Svezia, dove Marie Elisabeth Boll viveva. Sintomatica la chiosa del provvedimento: «La Corte non può facilmente accettare un'interpretazione della Convenzione del 1902 che ostacoli il progresso sociale in questo settore».

5 In avanti, nel testo, Reg. 1111/2019.

6 In avanti, nel testo, Reg. 1259/2010.

7 Nell'assenza di definizione, la dottrina ha individuato una precisa e consapevole scelta legislativa, per tutti: Mellone, M.: "La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Cedam, Padova, 2010, 3, p. 709 ss.

Stato membro[8]. Inoltre sono competenti a norma della lett. b) dell'art. 3 del Reg. 1111/2019 le autorità giudiziarie dello Stato di cui i due coniugi sono cittadini.

Come nel Regolamento (CE) n. 2201/2003, anche nel Reg. 1111/2019, il legislatore europeo predispone uno strumento unico in materia di divorzio e responsabilità genitoriale, le cui regole si informano all'interesse superiore del minore (cons.19), per la cui salvaguardia «la competenza dovrebbe essere determinata in primo luogo in base al criterio di prossimità» (cons.20).

Se lo strumento predisposto per la disciplina matrimoniale e per la materia della responsabilità genitoriale è unico (cons.8), può ritenersi che il criterio di prossimità, di cui la residenza abituale è espressione, riguarda entrambe le materie.

Potrebbe dunque concludersi che la residenza abituale è espressione del criterio della prossimità[9], tanto in materia di separazione, divorzio e annullamento, tanto in materia di responsabilità genitoriale.

Anche nel Reg. 1259/2010, si può osservare un favor per la residenza abituale, che in questa sede rappresenta uno dei possibili criteri di scelta della legge applicabile in caso di divorzio ovvero separazione dei coniugi.

I coniugi infatti, di comune accordo, possono designare la legge dello Stato in cui hanno la residenza abituale al momento della conclusione dell'accordo, la legge dello Stato dell'ultima residenza abituale comune ad entrambi, se uno di essi vi risiede ancora; la legge dello Stato ove uno dei coniugi ha la cittadinanza o la legge del foro. In mancanza di una scelta in tal senso e nelle ipotesi in cui l'accordo non soddisfi i requisiti di forma trovano applicazione le disposizioni di cui alle lett. c) e d) dell'art. 8 del Reg. 1259/2010.

La norma è dettagliata, ma non anche precisa, non v'è infatti alcuna definizione, né sono fissati univoci criteri di individuazione della residenza abituale nel mondo materiale. Innanzi all'omissione legislativa, non sono mancati tentativi di attribuzione

8 Sulla diversa previsione temporale ai fini dell'individuazione della residenza abituale è recentemente intervenuta la Corte di Giustizia Europea, per sospetta violazione del principio di non discriminazione di cui all'art. 18 TFUE. Secondo la Corte di Giustizia non v'è discriminazione alcuna, in quanto il regolamento mira a garantire la sussistenza di un reale collegamento con lo Stato membro. Sotto tale profilo, un attore, cittadino di uno Stato membro, che a seguito di una crisi coniugale lascia la residenza abituale comune alla coppia e decide di ritornare nel proprio paese d'origine, non si trova in una situazione paragonabile a quella di un attore che non possiede la cittadinanza del suddetto Stato e che vi si trasferisce a seguito di una crisi affettiva. Secondo la Corte di Giustizia, siffatto collegamento è altresì idoneo a garantire un grado di prevedibilità per l'altro coniuge, in quanto quest'ultimo può aspettarsi che una domanda di divorzio venga eventualmente proposta dinanzi ai giudici di tale Stato membro. V. Corte di Giustizia, 1 febbraio 2021, C-499/20.

9 Lagarde, P. : "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain - Cours général de droit international privé (Volume 196)", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* 1986, p.9 ss. Online dal 25 novembre 2022 su http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789024734993_01.

di significato all'enunciato da parte di tribunali di merito[10], di legittimità[11] e della Corte di Giustizia[12].

II. LA NOZIONE DI RESIDENZA ABITUALE IN DOTTRINA E GIURISPRUDENZA.

L'assenza di una definizione nelle fonti sopracitate, implica che si debba estendere il raggio di analisi ad altre fonti normative, nell'ambito delle quali è possibile reperire un significato giuridico del significante "residenza abituale"[13].

I regolamenti in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali[14], seppur riguardo alle persone giuridiche, fissano la residenza abituale nel luogo in cui si trova l'amministrazione centrale della società o dell'associazione[15].

Indicativi, seppure sforniti di forza precettiva, sono anche i considerando n. 23, 24 e 25 del Regolamento 650/2012[16]. In applicazione di quest'ultimo regolamento, la Corte di Giustizia ha definito la residenza abituale come il «luogo in cui

10 Non troppo recente, ma singolare per la metodologia usata nell'attribuzione di significato, è la sentenza del Tribunale di Massa del 2 luglio 2013, per la quale ai fini dell'individuazione di una nozione autonoma e comunitaria della residenza abituale, occorre far riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ne ha delineato gli elementi caratterizzanti, definendola in base ad un criterio di fatto, il luogo in cui il soggetto ha stabilito il centro principale dei suoi interessi. V. Tribunale di Massa, 2 luglio 2013.

11 La Corte di Cassazione, nella sentenza del 13 luglio 2022 n. 22182, constatata l'assenza di una definizione e qualificato il criterio della residenza abituale come criterio di fatto, àncora quest'ultima al luogo che denota una certa integrazione del minore in un ambiente sociale e familiare, dovendosi tenere conto della durata, della regolarità, delle condizioni e delle ragioni del soggiorno nel territorio di uno Stato membro e del trasloco della famiglia in tale Stato, della cittadinanza del minore, del luogo e delle condizioni della frequenza scolastica, delle conoscenze linguistiche, nonché delle relazioni familiari e sociali del minore nello Stato. Il luogo di residenza abituale deve essere determinato dal giudice nazionale tenendo conto di tutte le circostanze di fatto specifiche di ciascuna fattispecie.

12 Nella recente sentenza della Corte di Giustizia del 1 agosto 2022, C-501/20, si è stabilito che la nozione di residenza abituale è caratterizzata, in via di principio, da due elementi, ossia, da un lato, la volontà dell'interessato di fissare il centro abituale dei suoi interessi in un luogo determinato e, dall'altro, da una presenza che denota un grado sufficiente di stabilità nel territorio dello Stato membro. V. Corte di Giustizia, 1 agosto 2022, C-501/20; Corte di Giustizia, 25 novembre 2021, C289/20.

13 Al contrario, in alcune occasioni la Corte di Giustizia ha escluso di poter utilizzare il significato di residenza abituale elaborato in altri settori del diritto, v. Corte di Giustizia, 2 aprile 2009, C-523/07.

14 Regolamento Roma I e Regolamento Roma II.

15 In argomento: Bonaiuti, M.F.: "Art. 19 (Residenza abituale), in Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»)", *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, p. 892 ss.

16 Regolamento relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo. Per riflessioni sulla nozione di residenza abituale nell'ambito del regolamento relativo alla materia delle successioni: Davì, A. e Zanobetti, A.: "Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni", Giappichelli, Torino, 2014, p. 46 ss; Flamini, A., Larocca, S.: "El Certificado Sucesorio Europeo: una perspectiva unificadora", in AA.VV.; *El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un debate reformista* (diretto da F. Lledó Yagüe, M. P. Ferrer Vanrell, J. Á. Torres Lana), Dykinson, Madrid, 2014, p. 1687 ss; Ballarino, T.: "Il nuovo regolamento europeo sulle successioni", *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 1116 ss; Bonomi, A.: "Il regolamento europeo sulle successioni", *Rivista diritto internazionale privato e processuale*, 2013, p. 293 ss; Riva, I.: *Certificato successorio europeo. Tutele e vicende acquisitive*, Esi, Napoli, 2017, p. 79 ss.

l'interessato ha fissato, con voluto carattere di stabilità, il centro permanente o abituale dei propri interessi, fermo restando che, ai fini della determinazione del luogo di residenza abituale, occorre tener conto di tutti gli elementi di fatto che contribuiscono alla sua costituzione»[17].

La Corte di Giustizia individua nella nozione di residenza abituale i caratteri della stabilità, dell'abitualità e della volontà.

La scienza giuridica procede a distinguere elementi oggettivi, quali la stabilità e la durata della permanenza in un determinato luogo, che si manifestano con l'uso di beni e servizi, ed elementi soggettivi, come le dichiarazioni di volontà ed il senso di appartenenza dell'interessato[18].

Gli elementi oggettivi e soggettivi che secondo la dottrina caratterizzano la fattispecie della residenza abituale devono risultare complementari, nel senso che una dichiarazione di volontà del soggetto, coniuge, partner o genitore, con la quale egli si impegna ad indicare un luogo, come abituale centro di interessi, non può o non dovrebbe ritenersi prevalente rispetto all'elemento oggettivo della durata della sua permanenza in quel luogo[19].

In argomento si discorre di sintesi[20], volendo evidenziare che l'individuazione del carattere dell'abitualità si esprime nella valutazione sinergica di un complesso di elementi di carattere obiettivo e subiettivo[21].

Ed è subito un problema nel problema: come individuare, quali elementi e per quali ragioni sceglierne alcuni in luogo di altri, ai fini dell'individuazione della residenza abituale?

17 Corte di Giustizia, 15 settembre 1994, C-452/93.

18 Damascelli, D.: *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 50 ss.; Martone, I.: "Sul concetto di residenza abituale: casi e questioni", *Rassegna di diritto civile*, 2021, p. 115 ss.; Scudieri, G.: "I profili problematici del concetto di residenza abituale in materia matrimoniale", *Contratto e Impresa Europa*, 2017, p. 591 ss.; Mellone, M.: "La nozione di residenza abituale", cit., p. 716 ss.; Giobbi, M.; "La nozione di residenza abituale", in AA.VV.: *Regimi patrimoniali delle coppie transnazionali nell'Unione Europea,* (a cura di M. J. Cazorla González, M. Giobbi, J. Kramberger Skerl, L. Ruggeri, S. Winkler.), Esi, Napoli, 2017, p. 76-80; Garetto, R.: "Jurisdiction in cases of divorce, legal separation or marriage annulment" in AA. VV.: *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, (a cura di L. Ruggeri, R. Garetto), Esi, Napoli, 2021, p. 83 e ss; Bruno, P.: *I Regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate. Commento ai Regolamenti (UE) 24 giugno 2016, nn. 1103 e 1104 applicabili dal 29 gennaio 2019*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 22 ss. Sulla problematica individuazione degli elementi soggettivi ed oggettivi, cfr. Riva, I.: *Certificato,* cit., p. 79 ss.

19 In tal senso cfr. Campiglio, C.: "Il foro della residenza abituale del coniuge nel regolamento (CE) n. 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, 2, p. 248.

20 Martone, I.: "Sul concetto di residenza abituale", cit., p. 109.

21 Sulla valutazione simultanea degli elementi oggettivi e soggettivi, v. Corte di Giustizia, 2 aprile 2009, C-523/07, con nota di Marino, S.: "Nuovi criteri interpretativi per la determinazione della giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale: la nozione di residenza abituale dei minori in una recente sentenza della Corte di Giustizia", *Rivista di diritto processuale*, 2010, p. 465 ss.

Agli interrogativi si tenterà di offrire risposta, ma non prima di aver segnalato le esigenze per le quali una riflessione sul tema si rende necessaria.

L'esigenza è di carattere eminentemente pratico. In tal senso, un argomento di prova è offerto da una vicenda giudiziaria nota alle cronache come "I divorzi a Berkshire"[22]. Nell'ottobre del 2013, il Regno Unito chiese l'annullamento di 180 procedure di divorzio instaurate da coppie italiane, le quali, per ovviare alle lungaggini processuali casalinghe[23], dichiararono la loro residenza in Inghilterra, per poter beneficiare della speditezza del contenzioso britannico. Tale la sollecitudine che ha animato l'iniziativa, che 179 coppie su 180 registrarono la loro residenza presso lo stesso indirizzo postale, costringendo così Simon Murray, magistrato incaricato a proteggere l'integrità del processo di divorzio per conto del Procuratore della Regina, a chiedere ed ottenere un vero e proprio ripristino della giustizia in nome della legge, artatamente sfruttata per accedere ad un processo più snello e dunque più rapido.

Pur volendo tacere sulla circostanza se simili condotte possano oppure no configurare ipotesi di abuso[24], deve riconoscersi che "I divorzi a Berkshire" ci avvertono delle incresciose conseguenze che possono originarsi intorno ad enunciati normativi indefiniti, ma soprattutto ci mostrano la contraddizione che vi è tra la volontà di edificare uno spazio di comune cooperazione giudiziaria e la scelta di criteri eccessivamente duttili per la sua realizzazione.

La tecnica normativa usata nei due regolamenti non sembra infatti idonea a creare uno spazio giudiziario unico, volto a garantire ai cittadini certezza[25], effettività e celerità nell'accesso alla giustizia. Al contrario, essa si presta a tentativi elusivi, minaccia la prevedibilità della decisione[26] e, ove la residenza abituale sia titolo di giurisdizione, genera confusione nella fase di instaurazione del giudizio.

22 Riflessioni in argomento anche in Zanobetti, A.: "La nozione di residenza abituale", cit., pp. 1391-1392; Scudieri, G.: "I profili problematici del concetto di residenza abituale", cit., p. 630 ss.

23 Sebbene la recente relazione del Ministero della Giustizia sul monitoraggio statistico che si completerà nel 2023 mostri un trend in miglioramento ed un calo significativo dell'arretrato civile, nel più vasto panorama europeo, in comparazione con altri Paesi, il contenzioso italiano continua a mostrarsi flemmatico, v. report annuale EU Justice Scoreboard consultabile su ec.europa.eu.

24 Per una ricognizione critica sugli studi in materia di abuso del diritto, v. Amato, C.: "Considerazioni a margine della dottrina dell'abuso del diritto", *Europa e diritto privato*, 2017, 1, p. 209 ss.

25 La certezza del diritto ed il principio di non discriminazione sono esigenze spesso ribadite dalla Corte di Giustizia, v.: Corte di Giustizia, 23 aprile 2013, cause riunite C-478 a C-482/11; Corte di Giustizia, 4 ottobre 2018, C-478/17.

26 L'esigenza di armonizzare il tessuto normativo allo scopo di rendere prevedibili i provvedimenti giudiziali è testimoniata nel 2016 dalla proposta di modifica del Regolamento Bruxelles II bis. La proposta, rimasta tale, aveva come scopo quello di «migliorare la certezza del diritto e la flessibilità per migliaia di coppie che ogni anno nell'Unione Europea affrontano un divorzio internazionale» e mirava a garantire l'accesso alla giustizia ai cittadini che risiedono in paesi terzi. In argomento: Savarese, E.: *Certezza del diritto e diritto internazionale. Coerenza e identità tra fonti e argomentazione*, Esi, Napoli, 2018.

Esaminato il quadro normativo, si tenterà adesso di ridefinire un significato di "residenza abituale" che possa combinare la prevedibilità delle decisioni e la flessibilità che una società pluralista come quella odierna richiede[27].

III. IL RUOLO DELLA RESIDENZA ABITUALE NELL'AMBITO DEL REGOLAMENTO 1111/2019 E DEL REGOLAMENTO 1259/2010: UN TENTATIVO DI RIDEFINIZIONE DI SIGNIFICATO.

Il tentativo di ridefinire[28] l'enunciato "residenza abituale" muove dal significato proprio[29] del sostantivo "residenza" e dall'aggettivazione "abituale".

Dal latino «residentia», derivato di «residēre», il termine "residenza" nel linguaggio comune individua il fatto di risiedere, il luogo in cui si risiede; mentre l'aggettivo abituale, dal latino «habitudo, habitudĭnis», indica il consueto, il solito, il conforme all'abitudine.

L'analisi del dato semantico concorre alla riduzione del campo significativo, agevola l'interprete nella riduzione delle ambiguità degli enunciati e lo guida nella scelta di assegnazione dei significati[30]. L'analisi suggerisce una prima riflessione ed un primo interrogativo: la residenza abituale è il luogo in cui il soggetto risiede di consueto, ma quali criteri concorrono ad individuare l'abitualità? Non può tentarsi una risposta all'interrogativo, se non nella consapevolezza che il significato proprio delle parole presenti nell'enunciato deve essere determinato «secondo la connessione tra esse» e avendo riguardo «all'intenzione del legislatore»[31].

27 Si deve rilevare che un possibile risultato raggiunto in questa sede, ha valenza solo in questa sede e non anche in relazione alla residence habituelle francese, alla residência habitual portoghese, alla habitual residence inglese. L'enunciato infatti, si esprime in tanti moduli quante sono le lingue ufficiali usate per la redazione dei Trattati, e le regole di combinazione su cui si basa una lingua permettono di generare innumerevoli messaggi dotati di una pluralità di significato.

28 In argomento: Scarpelli, U.: *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 27 ss.

29 Intorno alla controversa locuzione "significato proprio delle parole" si origina un acceso dibattito dottrinale. Per tutti: Chiassoni, P.: *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, IlMulino, Bologna, 2007, p. 149 ss.; Barberis, M.: "Seguire norme giuridiche, ovvero: cos'avrà mai a che fare Wittgenstein con la teoria dell'interpretazione giuridica?", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2002, 1, p. 248, la cui prospettiva può sintetizzarsi con le parole dell'A.: «Se proprio delle parole vuol dire intrinsecamente incorporato nelle parole, è ovvio che non esiste alcun significato proprio delle parole. Ma se "proprio delle parole" vuol dire attribuito alle parole dall'uso (…) – allora è altrettanto ovvio che un significato proprio delle parole esiste: dove "proprio" indica solo una caratteristica degli usi linguistici». In argomento ancora: Guastini, R.: *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato* (a cura di G. Iudica, P. Zatti), Giuffré, Milano, 1993, p. 396 ss.; Mossini, L.: "Il significato proprio delle parole e l'intenzione del legislatore", *Rivista di diritto civile*, 1972, 2, p. 330-358; Velluzzi, V.: *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, ETS, Pisa, 2013, p. 72-74; Gometz, G.: *L'informatica nell'amministrazione del linguaggio giuridico*, in AA.VV.: *Diritto e linguaggio. Il prestito semantico tra le lingue naturali e i diritti vigenti in una prospettiva filosofico e informatico-giuridica* (a cura di P. Perri, S. Zorzetto.), Atti del Convegno 12-13 dicembre 2014, Dipartimento di Scienze Giuridiche «Cesare Beccaria» Università di Milano, ETS, Pisa, 2014, p. 150 ss; Vignudelli, A.: "Quant'è bella correttezza, che si fugge tuttavia… Parte seconda. Dinamica giuridica", *Diritto e questioni pubbliche*, 2017, 1, p. 391 ss.

30 In senso conforme, v. Pino, A.: *La ricerca giuridica. Finalità, oggetto, metodo*, Cedam, Padova, 1996, p. 252 s.; Vignudelli, A.: "Quant'è bella correttezza", cit., p. 364 ss.

31 Quadri, R.: *Dell'applicazione della legge in generale, Artt. 10-15*, in *Commentario Scialoja-Branca* (a cura di G. De Nova, F. Galgano), Bologna-Roma, 1974, p. 239; Velluzzi, V.: *Le Preleggi e l'interpretazione,* cit., p. 57 ss. In

L'argomento della connessione delle parole apre la strada all'individuazione dell'ambito testuale ritenuto rilevante dall'interprete[32], mentre la determinazione di significato è resa assai più complessa se si ha riguardo al fatto che il contesto normativo è alimentato da fonti italo-europee[33]. Tentando una combinazione di prospettive, in questa sede per la ridefinizione di significato dell'enunciato "residenza abituale" si ha riguardo all'ambito intratestuale e all'intenzione del legislatore, pertanto l'analisi si estende dai regolamenti oggetto del presente lavoro, alle disposizioni sulla residenza contenute nel codice civile.

A norma delle disposizioni contenute nel Reg. 1111/2019, ambito testuale diretto[34], la competenza, di cui la residenza abituale è criterio di individuazione, dovrebbe essere determinata in primo luogo in base al criterio di prossimità.

L'intenzione del legislatore è in questa sede manifesta e si concretizza nell'indicazione del criterio della prossimità, che rimanda alla legge del paese con il quale il soggetto ha il più stretto legame.

Nell'ambito testuale indiretto[35], intendendosi per tale quello che indirettamente riguarda la nozione, ovvero la disciplina codicistica, la residenza[36] è caratterizzata da un elemento obiettivo e da uno subiettivo, costituito dall'intenzione della persona di risiedere in un luogo. Nella legislazione italiana dunque, la residenza non richiede una durata nel tempo e potrebbe non essere esclusiva[37], avendo la persona la possibilità di dichiarare più residenze di fatto, con eccezione per l'unica residenza anagrafica, avente carattere costitutivo. Sempre il codice civile italiano oppone alla nozione di residenza quella di domicilio (dal latino «domus» e «colere»), luogo in cui una persona ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi. Come la residenza, anche il domicilio è caratterizzato da un elemento obiettivo, coincidente con la centralità di affari ed interessi e da un elemento

generale, sull'interpretazione e sulle varie scuole di pensiero cfr. Rizzo, V.: *Fonti del diritto. "Interpretazione" ed "Applicazione" della Legge. Interpretazione ed integrazione del contratto,* Esi e Zanichelli, Camerino, 1991, p. 97 ss.

32 Velluzzi, V.: *Le Preleggi e l'interpretazione*, cit., p. 74.

33 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, Metodi e tecniche*, I, Esi, Napoli, 2020, p. 33; Perlingieri, P.: *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo comunitario delle fonti*, Esi, Napoli, 1992, p. 41 ss.; Perlingieri, P.: "Complessità ed unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente", *Rassegna di Diritto Civile*, 2005, p. 188 ss.

34 Si tratta del criterio dell'interpretazione co-testuale di primo livello mutuata da Amato, C.: "Il danno non patrimoniale da inadempimento e la teiera di Russell", *Rivista di diritto privato*, 2022, 2, p. 271, nt. 64. Secondo l'A. - al quale si rimanda per un'articolata esposizione - il criterio dell'interpretazione co-testuale, utile ad individuare il significato delle parole "secondo la connessione di esse", si snoda in due ulteriori sotto-criteri: il criterio co-testuale di primo livello, di cui si fa uso nel testo, ed il criterio co-testuale di secondo livello.

35 Amato, C.: "Il danno non patrimoniale da inadempimento", cit., p. 271 ss.

36 Per una completa analisi del quadro normativo, si veda inoltre l'art. 31 disp. att. c.c. italiano, dedicato alle modalità di trasferimento della residenza.

37 Trabucchi, A.: *Istituzioni diritto privato*, Cedam, Padova, 2021. Contra Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2021, p. 131.

subiettivo, costituito dall'intenzione di "domiciliarsi", manifestata espressamente ovvero mediante comportamenti concludenti. Nella legislazione italiana, il domicilio è caratterizzato dalla stabilità, intesa come perdurante sede di affari ed interessi e dalla unicità, da intendersi come l'impossibilità per il soggetto di avere più di un domicilio.

La trattazione della normativa domestica si rende necessaria per individuare l'intero settore normativo nel quale rintracciare termini utili e rilevanti per la ridefinizione di significato del sintagma "residenza abituale".

Dal co-testo[38] , ovvero il collegamento delle diverse disposizioni sopra citate, si scorgono forti similitudini tra la nozione di domicilio, come individuata dal codice civile italiano, e la nozione di residenza abituale, delineata dalla giurisprudenza europea.

Nei molteplici tentativi di ridefinizione operati dalla giurispudenza[39], si scorgono invece argomenti singolari, esito di analisi che non si limitano al testo ed al co-testo. Ai fini dell'individuazione della residenza abituale, una Corte inglese, in una controversia avente ad oggetto un assegno di mantenimento, ha ritenuto opportuno fare la conta delle scarpe[40], ed altra Corte[41], in un caso di divorzio, per gli stessi fini, ha ritenuto opportuno verificare dove fosse ubicato il giaciglio del cane. Simili operazioni sono state poste in essere anche dalla Corte di Cassazione italiana che, ai fini dell'individuazione della residenza abituale, è giunta a verificare il luogo indicato nella partecipazione nuziale[42].

In tutte queste ipotesi, non concorrono all'individuazione di significato dell'enunciato "residenza abituale", elementi normativi, ma elementi materiali, quali l'ubicazione del guardaroba e dell'animale domestico, ritenuti di volta in volta, discrezionalmente rilevanti[43].

Se di queste operazioni non è dato affermarne l'erroneità, può però legittimamente avanzarsi qualche dubbio sulla loro utilità. Per la definizione di significato della residenza abituale è utile e necessario fare appello ad elementi

38 In argomento ancora Amato, C.: "Il danno", cit., p. 271 ss.

39 Per un'ampia analisi della giurisprudenza: Limante, A., "Establishing Habitual Residence of Adults under the Brussels II Regulation: Best Practices from National Case Law", *Journal of Private International Law*, 2018, p. 160 ss.

40 High Court of Justice, 17 ottobre 2014, n. 2014/3518, par. 47. In dottrina: Zanobetti, A.: "La residenza abituale", cit., p. 1395.

41 High Court of Justice, 20 maggio 2011, n. 2011/1190, par. 53. In dottrina: Zanobetti, A.: "La residenza abituale", cit., p. 1395.

42 Corte di Cassazione, 25 giugno 2010, n. 15328.

43 Sui modelli semantici cfr. Gentili, A.: *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Jovene, Napoli, 1982, ma anche Cammarata, A.E.: "Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica", *Formalismo e sapere giuridico-Studi*, Milano, 1963, p. 279-280.

materiali pur avendo a disposizione sicuri indici giuridici? Il sistema giuridico italiano offre gli utensili necessari a riempire la disposizione di contenuto giuridico, satisfattivo del criterio di prossimità, avuto di mira dal legislatore europeo e del criterio di prevedibilità, assunto come parametro di questo itinerario interpretativo. Prossimità e prevedibilità non sono esigenze antitetiche, ma termini dello stesso binomio, che trovano la loro compiuta realizzazione se nell'individuazione di significato si ha riguardo alle categorie giuridiche[44]. Nell'individuazione di significato della residenza abituale utile è la categoria dell'autonomia negoziale. Il concetto di "autonomia negoziale" più aderente alla dinamica delle odierne relazioni, rappresenta il potere riconosciuto ovvero attribuito dall'ordinamento ad un soggetto di diritto, pubblico o privato che sia, di regolare con proprie manifestazioni di volontà interessi pubblici o privati, non necessariamente propri[45]. Avere riguardo a quelle manifestazioni di volontà, che possono tradursi nell'assunzione di obbligazioni, nella stipula di contratti, nell'instaurazione di rapporti amicali, familiari e lavorativi, equivale ad ancorare l'individuazione della residenza abituale ad indici giuridici, certi e prevedibili. Il complesso degli atti, delle attività e delle iniziative assunte dal soggetto genitore, coniuge o partner, quando si accentrano in un determinato Stato, sopra una certa soglia, ci informano del luogo con il quale e nel quale il soggetto ha maggiore interazione. Sono dunque gli atti e le attività espressione di questo potere a rappresentare un sicuro indice dell'abitualità nel risiedere. È l'uso della categoria "autonomia negoziale" a restituire correttezza e rigore nel procedimento di ridefinizione del significato, il quale uso non assicura risultati universalmente condivisi, ma logicamente prevedibili. In questo senso si può ritenere la residenza abituale il punto di ricaduta finale di un complesso di presupposti e valutazioni, e solo in questi termini si può parlare di sinergica sintesi di elementi soggettivi ed obiettivi (giuridicamente rilevanti). Il tentativo di ridefinizione di significato che si è tentato di sviluppare in queste pagine, non sottrae l'interprete istituzionale alle valutazioni legislative ed alla ratio del precetto che applica[46] e non priva l'interessato delle sue legittime esigenze di prevedibilità giuridica. In questo modo, il secondo, nell'esercizio delle sue prerogative potrà prevedere con quali criteri il primo preferirà e deciderà[47].

44 In argomento Gentili, A.: "Crisi delle categorie e crisi degli interpreti", *Rivista di diritto civile*. 2021, 4, p. 633-652. Contra: Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano 2013, p. 5 ss.; Guarneri, A.: "Le categorie ordinanti del diritto civile (a proposito di Rodolfo Sacco, Il fatto, l'atto, il negozio)", *Rivista di Diritto Civile*, 2007, 2, p. 547 ss.; Irti, N.: "Le categorie giuridiche della globalizzazione", *Rivista di Diritto Civile*, 2002, 1, p. 625.

45 In questi termini, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit.; Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 2007, p. 333 ss.

46 Betti, E.: Interpretazione della legge ed atti giuridici, Giuffrè, Milano, 1949, p. 59 ss.

47 Gentili, A.: "A proposito de «Il diritto soggettivo»", *Rassegna di diritto civile*, 2004, 1, p. 353. Sull'argomento della certezza e della prevedibilità, cfr. Gometz, G.: "Indici di certezza giuridica", *Diritto e questioni pubbliche*, 2012, 12, p. 310; Gianformaggio, L.: "Certezza del diritto", *Digesto*, Torino, 1988, p. 275; Guastini, R.: "La certezza del diritto come principio di diritto positivo?", *Le Regioni*, 1986, p. 1090 ss.

BIBLIOGRAFIA

Amato, C.: "Considerazioni a margine della dottrina dell'abuso del diritto", *Europa e diritto privato*, 2017, 1, p. 209 ss.

Amato, C.: "Il danno non patrimoniale da inadempimento e la teiera di Russell", *Rivista di diritto privato*, 2022, 2, p. 271.

Ballarino, T.: "Il nuovo regolamento europeo sulle successioni", *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 1116 ss.

Ballarino, T.: *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2008, p. 109.

Barberis, M.: "Seguire norme giuridiche, ovvero: cos'avrà mai a che fare Wittgenstein con la teoria dell'interpretazione giuridica?", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2002, 1, p. 248.

Betti, E.: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 59 ss.

Bonaiuti, M. F.: "Art. 19 (Residenza abituale), in Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»)", *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, Cedam, Padova, 2009, p. 892 ss.

Bonomi, A.: "Il regolamento europeo sulle successioni", *Rivista diritto internazionale privato e processuale*, 2013, p. 293 s.

Bruno, P.: *I Regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate. Commento ai Regolamenti (UE) 24 giugno 2016, nn. 1103 e 1104 applicabili dal 29 gennaio 2019*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 22 ss.

Cammarata, A. E.: "Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica", *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 279-280.

Campiglio, C.: "Il foro della residenza abituale del coniuge nel regolamento (CE) n° 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, 2, p. 248.

Chiassoni, P.: *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, IlMulino, Bologna, 2007, p. 149 ss.

Damascelli, D.: *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 50 ss.

Flamini, A., Larocca, S.: "El Certificado Sucesorio Europeo: una perspectiva unificadora", in AA.VV.; *El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un debate reformista* (diretto da F. Lledó Yagüe, M. P. Ferrer Vanrell, J. Á. Torres Lana), Dykinson, Madrid, 2014, p. 1687 ss

Garetto, R.: "Jurisdiction in cases of divorce, legal separation or marriage annulment" in AA. VV.: *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, (a cura di L. Ruggeri, R. Garetto), Esi, Napoli, 2021, p. 83 e ss.

Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2021, p. 131.

Gentili, A.: "Crisi delle categorie e crisi degli interpreti", *Rivista di diritto civile*, 2021, 4, p. 633-652.

Gentili, A.: "A proposito de «Il diritto soggettivo»", *Rassegna di diritto civile*, 2004, 1, p. 353.

Gentili, A: *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Jovene, Napoli, 1982, p. 231 ss.

Gianformaggio, L.: "Certezza del diritto", *Digesto*, Torino, 1988, p. 275.

Giobbi, M.; "La nozione di residenza abituale", in AA.VV.: *Regimi patrimoniali delle coppie transnazionali nell'Unione Europea* (a cura di M. J. Cazorla González, M. Giobbi, J. Kramberger Skerl, L. Ruggeri, S. Winkler), Esi, Napoli, 2017, p. 76-80.

Gometz, G.: "Indici di certezza giuridica", *Diritto e questioni pubbliche*, 2012, 12, p. 310.

Gometz, G.: *L'informatica nell'amministrazione del linguaggio giuridico*, in AA.VV.: *Diritto e linguaggio. Il prestito semantico tra le lingue naturali e i diritti vigenti in una prospettiva filosofico e informatico-giuridica* (a cura di P. Perri, S. Zorzetto), Atti del Convegno 12-13 dicembre 2014, Dipartimento di Scienze Giuridiche «Cesare Beccaria» Università di Milano, ETS, Pisa, 2014, p. 150 ss.

Guarneri, A.: "Le categorie ordinanti del diritto civile (a proposito di Rodolfo Sacco, Il fatto, l'atto, il negozio)", *Rivista di Diritto Civile*, 2007, 2, p. 547 ss.

Guastini, R.: "Le fonti del diritto e l'interpretazione", in *Trattato di diritto privato* (a cura di G. Iudica, P. Zatti), Giuffré, Milano, 1993, p. 396-397.

Guastini, R.: "La certezza del diritto come principio di diritto positivo?", *Le Regioni*, 1986, p. 1090 ss.

Irti, N.: "Le categorie giuridiche della globalizzazione", *Rivista di Diritto Civile*, 2002, 1, p. 625.

Lagarde, P. : "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain - Cours général de droit international privé (Volume 196)", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* 1986, p. 9 ss. Online dal 25 novembre 2022 su http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789024734993_01

Limante, A., "Establishing Habitual Residence of Adults under the Brussels II Regulation: Best Practices from National Case Law", *Journal of Private International Law*, 2018, p. 160 ss.

Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano 2013, p. 5 ss.

Marino, S.: "Nuovi criteri interpretativi per la determinazione della giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale: la nozione di residenza abituale dei minori in una recente sentenza della Corte di Giustizia", *Rivista di diritto processuale*, 2010, p. 465 ss.

Martone, I.: "Sul concetto di residenza abituale: casi e questioni", *Rassegna di diritto civile*, 2021, p. 115 ss.

Mellone, M.: "La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Cedam, Padova, 2010, 3, p. 685 – 716.

Mosconi, F. e Campiglio, C.: *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale*, Utet, Torino, 2004, p. 124 ss .

Mossini, L.: "Il significato proprio delle parole e l'intenzione del legislatore", *Rivista di diritto civile*, 1972, 2, p. 330-358.

Perlingieri, P.: "Complessità ed unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente", *Rassegna Diritto Civile*, 2005, p. 188 ss.

Perlingieri, P.: *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo comunitario delle fonti*, Esi, Napoli, 1992, p. 41 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, Metodi e tecniche*, 1, Esi, Napoli, 2020, p. 33.

Pino, A.: *La ricerca giuridica. Finalità, oggetto, metodo*, Cedam, Padova, 1996, p. 252.

Quadri, R.: *Dell'applicazione della legge in generale, Artt. 10-15*, in *Commentario Scialoja-Branca* (a cura di G. De Nova, F. Galgano), Bologna-Roma, 1974, p. 239.

Riva, I.: *Certificato successorio europeo. Tutele e vicende acquisitive*, Esi, Napoli, 2017, p. 79 ss.

Rizzo, V.: *Fonti del diritto. "Interpretazione" ed "Applicazione" della Legge. Interpretazione ed integrazione del contratto,* Esi e Zanichelli, Camerino, 1991, p. 97 ss.

Savarese, E.: *Certezza del diritto e diritto internazionale. Coerenza e identità tra fonti e argomentazione*, Napoli, Esi, 2018.

Scarpelli, U.: *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 27 ss.

Scudieri, G.: "I profili problematici del concetto di residenza abituale in materia matrimoniale", *Contratto e Impresa Europa*, 2017, p. 591 ss.

Trabucchi, A.: *Istituzioni diritto privato*, Cedam, Padova, 2021.

Velluzzi, V.: *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, ETS, Pisa, 2013, p. 72-74.

Vignudelli, A.: "Quant'è bella correttezza, che si fugge tuttavia… Parte seconda. Dinamica giuridica", *Diritto e questioni pubbliche*, 2017, 1, p. 391 ss.

Zanobetti, A.: "La residenza abituale nel diritto internazionale privato: spunti di riflessione", in AA. V.V.: *Liber Amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 2, p.1380.

DIRITTO DI FAMIGLIA E AUTONOMIA NEGOZIALE, UN OSSIMORO APPARENTE: LA QUESTIONE DELLA AMMISSIBILITÀ DEI PATTI IN VISTA DEL DIVORZIO

FAMILY LAW AND PRIVATE AUTONOMY, AN APPARENT OXYMORON: THE QUESTION OF THE ADMISSIBILITY OF PRENUPTIAL AGREEMENTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 160-189

Clarissa GOLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 20222
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il presente contributo ha lo scopo di analizzare l'istituto dei patti in vista del divorzio in uno con la necessità di superare le argomentazioni che spingono la consolidata giurisprudenza di legittimità a escluderne l'ammissibilità. La privatizzazione del diritto di famiglia conduce a ritenere anacronistica la categorica nullità dell'istituto in esame che appare, al contrario, un utile strumento di incentivo a una soluzione concordata e transattiva della crisi coniugale che soddisfi le esigenze di entrambi i coniugi, senza prescindere da un controllo di liceità e meritevolezza. Una parte del lavoro sarà dedicata al confronto con i modelli predisposti dalle esperienze giuridiche straniere che, al contrario, ammettono pacificamente l'istituto in oggetto.

PALABRAS CLAVE: Patti prematrimoniali; autonomia contrattuale; crisi coniugale.

ABSTRACT: *The present paper aims at analysing the legal institute of the prenuptial agreements together with the necessity to overcome the arguments that have led to a settled case-law that has excluded their admissibility. In light of the privatisation of family law, the absolute nullity of the institute appears anachronistic. Contrariwise, it is a valuable instrument of stimulation towards an agreed and transactional solution of the marital crisis that may satisfy both parties, without disregarding a control over its legality and meritoriousness. Part of the work will be dedicated to the comparison between the models considered by foreign juridical experiences that conversely admit the institute under consideration.*

KEY WORDS: *Prenuptial agreements; private autonomy; marital crisis.*

SUMARIO.- I. AUTONOMIA PRIVATA E DIRITTO DI FAMIGLIA.- II. ACCORDI IN VISTA DEL FUTURO ED EVENTUALE DIVORZIO.- III. INAMMISSIBILITÀ DEI PATTI IN VISTA DEL FUTURO ED EVENTUALE DIVORZIO.- IV. LA VALIDITÀ DEI PATTI IN VISTA DEL FUTURO DIVORZIO ANCHE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.- V. PROPOSTA DI UN MODELLO LEGISLATIVO DI PATTI PREMATRIMONIALI.- VI. SGUARDO ALL'ESPERIENZA GIURIDICA STRANIERA.- 1. STATI UNITI.- 2. INGHILTERRA.- 3. GERMANIA.- 4. CATALOGNA.- VII. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

I. AUTONOMIA PRIVATA E DIRITTO DI FAMIGLIA.

Le significative modifiche che hanno attraversato il diritto di famiglia nell'ultimo decennio e che oggi sono più evidenti portano a ritenere che ci si trovi alle soglie di una nuova stagione, dove l'autoregolamentazione del rapporto familiare segna il definitivo passaggio a un diritto di famiglia "duttile" e adattabile che restituisce strumenti e istituti cuciti sulle esigenze personali. Tuttavia, nel campo della crisi coniugale l'autonomia negoziale, almeno a livello nazionale, fa difficoltà a irrompere, impedendo soluzioni transattive e concordate difficilmente raggiungibili in sede giudiziale.

Durante la vigenza del vecchio codice la dottrina tradizionale riteneva che l'interesse superiore caratterizzante l'istituzione familiare ostacolasse l'esplicazione dell'autonomia negoziale e l'applicazione delle categorie generali del diritto dei contratti[1]. A tale visione pubblicistica del diritto di famiglia si contrappose, sin dall'entrata in vigore del Codice del 1942, una lettura in aperto contrasto che confermava l'appartenenza del diritto di famiglia alla materia privatistica e dei relativi atti alla categoria del negozio, seppur con opportuni adattamenti[2]. Tale lettura rivela la scelta politica che, poi, ha ispirato la costante interpretazione della materia in esame, dove la volontà degli effetti prevale sulla visione statalistica, riaffermando la libertà del singolo che riflette l'intera teorica del negozio giuridico[3].

Questa posizione ha avuto, negli anni successivi, una costante conferma, sia da parte della dottrina che da parte del legislatore, ampliandosi sempre più le ipotesi nelle quali gli spazi per l'autonomia vengono pacificamente riconosciuti[4]. Irrompe nell'istituto famigliare il principio del consenso, introdotto dall'art. 144 c.c., quale tratto innovativo del diritto di famiglia contemporaneo, che riconosce l'accordo

1 Cicu, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale,* Athenaeum, Roma, 1914.

2 Santoro-Passarelli, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Dir. e giur.,* 1945, p. 3 ss.

3 Zoppini, A.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo", *Riv. Dir. Civ.,* 2002, p. 2 ss.

4 De Filippis, B.: *Convenzioni matrimoniali e contratti di convivenza,* Biblioteca del diritto di famiglia, Cedam, Padova, 2014, p. 15.

• Clarissa Gola
Dottoranda di ricerca Università degli Studi di Roma Tre. E-mail: clarissa.gola@uniroma3.it

intercorso tra i coniugi come lo strumento principale per l'organizzazione della vita coniugale. Il consenso da strumento statico di creazione del vincolo matrimoniale diventa uno strumento dinamico per la gestione del rapporto coniugale[5].

Nonostante l'esplicito riconoscimento, anche a livello legislativo e l'abbandono della tesi statualista, l'affermazione dell'autonomia negoziale nel diritto di famiglia non ha mai avuto carattere assoluto, restando soggetta ad adattamenti e limitazioni richieste dal necessario bilanciamento di interessi contrapposti che impone una esigenza di tipizzazione legale e di predeterminazione di nuclei di disciplina ritenuti indispensabili[6].

Il principale limite che incontra l'autonomia negoziale in ambito familiare è dettato dall'art. 160 c.c., che impedisce una deroga, da parte dei coniugi, ai diritti e doveri imposti dalla legge per effetto del matrimonio. La disposizione si riferisce indistintamente agli obblighi personali e patrimoniali posti dall'art. 143 c.c. e ss. che devono necessariamente essere contenuti entro una soglia minima, oltrepassata la quale l'effetto tipico del matrimonio verrebbe svuotato, configurandosi la possibilità di una simulazione ex art. 123 c.c.

Sebbene il consenso abbia assunto un rilievo preminente nella fase fisiologica del rapporto coniugale, è nella fase patologica che sprigiona i suoi effetti più dirompenti, di cui sono maggiore espressione l'istituto della separazione consensuale e del divorzio su domanda congiunta. Tuttavia, il legislatore non ha rinunciato a imporre un controllo giurisdizionale sull'esercizio dell'autonomia negoziale in sede di separazione personale, richiedendo, ai fini della produzione degli effetti legali tipici della separazione l'omologazione da parte del giudice ai sensi dell'art. 158 c.c. Nessun rilievo può assumere, dunque, un eventuale accordo di separazione, relativamente all'instaurazione dello status di coniugi legalmente separati, senza l'intervento del giudice prescritto dalla disposizione richiamata. D'altra parte, ciò non impedisce che eventuali accordi non omologati possano vincolare i coniugi, purché rispettino i diritti e i doveri inderogabili previsti dalla legge per effetto del matrimonio (160 c.c.) e non interferiscano con il contenuto degli accordi omologati dal Tribunale, secondo una logica di integrazione del contenuto dell'accordo omologato[7].

Sebbene vi sia un generale consenso relativamente alla ammissibilità dei patti atipici e a latere dell'accordo di separazione omologato, un problema interpretativo,

5 Romano, M., Sgroi, M.: "Gli accordi preventivi in vista della crisi coniugale. Come disciplinare i rapporti patrimoniali tra le parti", in AA.VV.: *Gli aspetti patrimoniali della famiglia. I rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi nella fase fisiologica ed in quella patologica"* (a cura di G. Oberto), Cedam, Padova, 2011, p. 26.

6 Oberto, G.: "Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative", *www.giacomooberto.com/bologna2011/relazione_oberto_bologna_8_aprile_2011.htm.*

7 Cass. Civ., 10 ottobre 2005, n. 20290.

che è ancora al centro di accesi dibattiti e che mostra un atteggiamento retrogrado della giurisprudenza nazionale, riguarda le convenzioni in vista del futuro divorzio.

II. ACCORDI IN VISTA DEL FUTURO ED EVENTUALE DIVORZIO.

I patti in vista della futura crisi coniugale vanno distinti dagli accordi conclusi "in sede" e "in occasione" di separazione e divorzio di cui sopra: i primi hanno ad oggetto una separazione o un divorzio futuri e solo eventuali, mentre quest'ultimi sono stipulati durante la fase di crisi e hanno ad oggetto i diritti patrimoniali, rispettivamente, della separazione o del divorzio. In particolare, questi accordi intervenendo in una fase già patologica del rapporto, non hanno alcuna funzione preventiva e, difatti, si collocano all'interno dell'accordo di separazione consensuale ex art. 158 c.c. o della domanda di divorzio congiunto ai sensi dell'art. 4, comma 16, l. 898/1970. Viceversa, gli accordi preventivi hanno lo scopo di determinare in anticipo le condizioni di una separazione o di un divorzio meramente eventuali, impedendo che le condizioni economiche della crisi formino oggetto di una lite giudiziaria[8]. In particolare, si parla di accordi predivorzili per riferirsi ai patti stipulati tra coniugi nel corso del matrimonio in vista dell'eventuale divorzio e di accordi prematrimoniali per riferirsi ai patti stipulati dai nubendi prima del matrimonio per disciplinare preventivamente la futura e solo eventuale crisi coniugale. In entrambi i casi si è in presenza di accordi volti a disciplinare il fallimento dell'unione coniugale nella prospettiva di consegnare ai coniugi uno strumento utile per conseguire una soluzione concordata della crisi. Si tratta di accordi che vengono stipulati per regolare preliminarmente e attraverso lo strumento contrattuale le conseguenze di una eventuale rottura del matrimonio. Da questo punto di vista, essi svolgono una funzione di tutela e, date le conseguenze patrimoniali che derivano dal divorzio, per come disciplinate dalle legislazioni nazionale, hanno lo scopo di tutelare la parte più abbiente del rapporto, garantendola anche a fronte di matrimoni di interesse[9]. D'altra parte, gli stessi, previo adeguato controllo, potrebbero favorire il coniuge più debole, imponendo all'altra parte determinati obblighi di carattere patrimoniale e comportamenti.

Dal punto di vista storico, già il diritto romano conosceva e regolava una serie di patti che avevano ad oggetto la costituzione della dote e la sua restituzione in caso di divorzio[10] e, in una prospettiva comparatistica, diversi ordinamenti di

8 Busani, A.: *I contratti nella famiglia,* Cedam, Padova, 2020, p. 294 ss.

9 De Filippis, B.: *Convenzioni matrimoniali,* cit., p.23.

10 Oberto, G.: "Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica", nota a Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, *Foro.it,* 1999, I, c. 1306; Id., "I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali", *Dir. fam. Pers.*, 2003, p. 535 ss.; Magagna, M.: *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici. Per l'autonomia privata nei rapporti patrimoniali tra coniugi,* Cedam, Padova, 2002; Talamanca, M.: *Istituzioni di diritto romano,* Giuffrè editore, Milano, 1990, p. 148.

common law e di civil law ammettono pacificamente tali tipologie di accordi. Tuttavia, nell'ordinamento italiano la possibilità di concludere detti accordi è largamente frustrata dall'assenza di una disciplina ad hoc e da un atteggiamento riluttante della giurisprudenza.

Nella discussione circa la loro ammissibilità c'è chi evidenzia che la relativa introduzione potrebbe indebolire l'istituto matrimoniale, incoraggiando le coppie coniugate a porre fine al vincolo matrimoniale, senza dover affrontare una dolorosa e spesso sfiancante procedura, dall'altra parte, invece, taluni ritengono che la valorizzazione dell'autonomia negoziale, attribuendo certezza e prevedibilità al rapporto, anche nella fase di crisi, possa incentivarne la diffusione, rassicurando i nubendi, quantomeno dal punto di vista patrimoniale. Si sottolinea, poi, la distanza intercorrente tra l'istituto matrimoniale e i rapporti commerciali che impone un trattamento differenziato e, a contrario, si valorizza il profilo economico insito nel rapporto coniugale che non può essere ignorato ma che deve essere adeguatamente regolato.

III. INAMMISSIBILITÀ DEI PATTI IN VISTA DEL FUTURO ED EVENTUALE DIVORZIO.

La giurisprudenza e la dottrina maggioritaria sono concordi nel ritenere tali contratti sul regime economico del divorzio nulli per illiceità della causa, avendo sempre l'effetto e lo scopo di condizionare il comportamento processuale delle parti in un giudizio concernente uno status, in un campo in cui la libertà di scelta e il diritto di difesa devono essere indeclinabilmente garantiti[11]. Vi è, dunque, il rischio che la finalità economica dell'operazione sia quella, non di disciplinare i rapporti patrimoniali conseguenti alla crisi coniugale, ma quella di realizzare una mercificazione dello status coniugale, contrattualizzando una scelta inviolabile e "personalissima" circa la chiusura o meno del rapporto affettivo, fissando il c.d. prezzo del consenso al divorzio.

La sanzione dell'invalidità, dunque, colpisce tutti gli accordi volti a disciplinare preventivamente le condizioni economiche del fallimento coniugale, quale che sia il loro contenuto. In particolare, la giurisprudenza di legittimità ha più volte ribadito la natura indisponibile dell'assegno divorzile prima dell'inizio del relativo giudizio, con la conseguenza che vanno sempre considerati invalidi gli accordi volti a fissare in anticipo la spettanza e l'entità dello stesso. L'accordo in questione, oltre a contrastare con l'ordine pubblico di cui è espressione il principio di indisponibilità dello status, si pone, secondo l'orientamento dominante, in aperto

11 Tra le sentenze che ribadiscono la nullità di tali accordi per illiceità della causa, cfr. Cass. Civ., 11 agosto 1992, n. 9494, *Giurisprudenza Italiana,* n. 6, 1993, p. 11318, con nota di De Mare, C.; Cass. Civ., 28 ottobre 1994, n. 8912, *Famiglia e Diritto,* n. 1, 1995, p. 14, con nota di Uda, G.

contrasto con l'art. 5 della l. 898/1970 che, fissando i criteri per il riconoscimento e la determinazione di un assegno all'ex coniuge, configura un diritto insuscettibile, anteriormente al giudizio di divorzio, di transazione o rinuncia. Pertanto, non sarebbe possibile impedire in giudizio all'altra parte di provare la verità delle condizioni di fatto alle quali la legge subordina e commisura l'assegno di divorzio[12].

Viene affermata anche l'inefficacia della rinuncia preventiva alla possibilità di richiedere la revisione dell'assegno di divorzio qualora sopravvengano giustificati motivi, per contrasto, per giunta, con l'art. 9 della l. 898/1970 che non consente limitazioni di ordine temporale alla possibilità di revisione del regime fissato con l'assegno[13]. Sono considerati invalidi, inoltre, gli accordi che attribuiscano, per il periodo successivo al divorzio, a favore dell'uno o dell'altro coniuge, il godimento della casa familiare e dei suoi beni mobili, sussistendo anche per tali accordi accessori alla separazione le ragioni di ordine pubblico del divieto, consistenti nell'attitudine dei patti in oggetto a influenzare le determinazioni delle parti in ordine allo status personale[14].

Né, d'altra parte, varrebbe a capovolgere tali conclusioni la possibilità, introdotta dall'art. 4 della l. 74/1987, di proporre congiuntamente domanda di divorzio, dal momento che in questa evenienza le intese raggiunte dalle parti sul relativo assetto economico riguardano un divorzio che esse hanno già deciso di conseguire e quindi non semplicemente prefigurare[15].

Altre pronunce hanno destato, poi, non poche perplessità, indice di una giurisprudenza caratterizzata da contraddizioni interne. In particolare, in una pronuncia[16], la Corte di legittimità, pur riaffermando la validità del generale principio della nullità delle intese volte a regolare le condizioni del futuro divorzio, ha riconosciuto il carattere relativo della nullità, attribuendo la facoltà di farla valere solo al coniuge che avrebbe diritto all'assegno, data la funzione esclusivamente assistenziale dello stesso. Tale pronuncia non è rimasta isolata, in altre occasioni[17] la Corte, nell'affermare la nullità dei patti in oggetto, ha attribuito rilievo alla circostanza che essa sia invocata dalla parte debole oppure dalla parte forte, operando il principio della nullità a tutela di chi richiede le prestazioni a fronte delle obiezioni del coniuge onerato, sulla base di accordi che le escluderebbero. Sarebbe la tutela del coniuge economicamente più debole lo scopo sotteso al

12 Cass. Civ., 11 giugno 1981, n. 3777.

13 Cass. Civ., 20 maggio 1985, n. 3080.

14 Cass. Civ., 11 dicembre 1990, 11788; Cass. Civ., 20 settembre 1991, n. 9840.

15 Cass. Civ., 1° marzo 1991, n. 2180.

16 Cass. Civ., 14 giugno 2000, n. 8109, *Corriere giuridico,* 2000, p. 1021, con nota di Balestra, L.; *Rivista Notariato,* 2000, 2, p. 1221, con nota di Zanini, L.; *Giustizia Civile,* 2000, 1, p. 2217, con nota di Giacalone, G.; *Nuova giur. civ. comm.,* 2000, 1, p. 704, con nota di Bargelli, E.; *Giustizia Civile,* 2001, 1, p. 457, con nota di Guarini, G.

17 Cass. Civ., 1° dicembre 2000, n. 15349; Cass. Civ., 21 dicembre 2012, n. 23713.

principio dell'indisponibilità preventiva dell'assegno di divorzio. Tuttavia, la dottrina non ha esitato a evidenziare che se la causa è illecita, la nullità non può che colpire l'atto integralmente, il quale non può essere lecito nei confronti di una parte e illecito rispetto all'altra, ponendosi, tale soluzione, addirittura in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, riservando un trattamento differenziato per i due coniugi[18].

La giurisprudenza più recente, invece, ribadisce la nullità assoluta, invocabile anche dal coniuge economicamente più forte, dei patti in previsione della rottura familiare. Quest'ultima abbandona in parte l'argomento in base al quale tali pattuizioni determinerebbero una transazione sullo stesso status coniugale, traducendosi in una sorta di prezzo del consenso, fondando, invece, il proprio orientamento restrittivo su un preciso riferimento normativo costituito dall'art. 160 c.c. e sull'indisponibilità dei diritti sanciti dallo stesso[19]. Una volta accantonato l'argomento per cui i patti in vista del futuro divorzio celerebbero un inammissibile commercio sullo status, l'avversione per tali pattuizioni troverebbe un supporto normativo. In particolare, sull'assunto che ex art. 160 c.c. tutti i diritti che derivano dal matrimonio sono indisponibili e che tutti gli effetti del divorzio, tra cui il diritto all'assegno divorzile, sono a loro volta effetti del matrimonio, si afferma l'indisponibilità di tale diritto e, dunque, l'inammissibilità di una pattuizione volta a disporne. Secondo la giurisprudenza più recente, dunque, gli accordi con i quali i coniugi fissano il regime giuridico-patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono invalidi per illiceità della causa, in quanto stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale di cui all'art. 160 c.c.

Tale argomentazione trova poi ulteriore supporto nella natura assistenziale dell'assegno divorzile, considerata in origine l'unica funzione dell'istituto regolato dall'art. 5, comma 6, l. 898/1970 e ritenuta ora, dopo l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione nel 2018, una delle due componenti fondamentali dell'assegno, concorrendo con quella compensativa. Conseguentemente, la Suprema Corte afferma che di tali accordi non possa tenersi conto non solo quando limitino o escludano il diritto del coniuge più debole al conseguimento di quanto necessario a soddisfare le sue esigenze di vita, ma anche quando soddisfino pienamente tali esigenze, in quanto una siffatta intesa "potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione di cessazione degli effetti civili del matrimonio". La Cassazione, sebbene utilizzi nelle sentenze più recenti una argomentazione più lineare basata su un sillogismo, non si astiene dal riproporre l'argomento storico che fondava la nullità sulla assimilazione di tali patti ad una transazione sullo status coniugale.

18 Finocchiaro, M.: "Sull'assetto dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Una rivoluzione annunciata solo dalla stampa", Nota a Cass. Civ., 14 giugno 2000, n. 8109, *Guida al diritto,* n. 24, 2000, p. 43.

19 Rimini, C.: "I patti in vista del divorzio: la Cassazione rimane ancorata alla nullità", Nota a Cass. Civ., Ord., 26 agosto 2021, n. 11012, *Famiglia e Diritto,* 2021, 10, p. 885.

Rimane, invece, isolata una pronuncia del Tribunale di Torino del 2012[20] che ha assestato il primo colpo alla posizione strenuamente difesa dalla Cassazione circa la nullità dei patti in esame. La sentenza in commento evidenzia l'analogia intercorrente tra gli accordi in vista del futuro divorzio e le convenzioni matrimoniali regolate dall'art. 162 c.c. che sono dirette a disciplinare le conseguenze patrimoniali del cambio di status da celibe e nubile a quello di coniugato. In particolare, l'articolo in esame sollecita i soggetti a stabilire il regime patrimoniale coniugale in relazione alle circostanze e alle loro esigenze di vita, stabilendo espressamente che gli accordi in oggetto possano essere stipulati in ogni tempo (comma 3)[21]. La Corte di merito sottolinea, inoltre, la presenza di referenti normativi nello stesso Codice civile che legittimano l'ammissibilità di attribuzioni patrimoniali in vista di un atto costitutivo di uno status. L'art. 785 c.c., difatti, configura espressamente il matrimonio quale condizione sospensiva delle donazioni effettuate anche dagli sposi tra loro, non si vede perché ciò non dovrebbe avvenire in relazione al divorzio[22].

Il giudice torinese neppure ritiene pertinente il richiamo, effettuato dalla giurisprudenza di legittimità, all'art. 160 c.c., afferente, al contrario, alla fase "fisiologica" del rapporto coniugale e non a quella "patologica", in cui cessano la maggior parte dei diritti e doveri discendenti dal vincolo coniugale. D'altra parte, ritenere, come fa la giurisprudenza prevalente, che il dovere di contribuzione, rimanga inalterato nonostante la pronuncia di divorzio, sembra favorire un ritorno alla tesi del carattere pubblicistico del matrimonio. Si sottolinea, infine, la contrarietà dell'attuale orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte all'evoluzione di tutta la recente normativa nei più svariati settori, dove buona fede e correttezza assurgono a ruolo di principi superiori. Al contrario, nel diritto di famiglia, settore in cui il rapporto intercorrente tra i soggetti dovrebbe essere caratterizzato dal massimo di livello di affidamento, sembra che non possa essere preso in considerazione un accordo di tipo economico. Di conseguenza ben può essere ritenuto valido, anche alla luce della vigente normativa e secondo una interpretazione conforme ai canoni di correttezza e buona fede, un accordo concluso dai coniugi in piena autonomia e libertà che regoli le conseguenze economiche del futuro divorzio.

La ricognizione dei precedenti giurisprudenziali relativi al tema in oggetto non sarebbe esaustiva se non si menzionassero due sentenze della Corte di legittimità in parte dissonanti rispetto al consolidato orientamento restrittivo che hanno affrontato la questione della ammissibilità dei patti in oggetto perché connessa al

20 Tribunale di Torino Sez. VII Ord., 20 aprile 2012.

21 Oberto, G.: "Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino", nota a Tribunale di Torino, Sez. VII, Ord., 20 aprile 2012, *Famiglia e diritto,* 2012, 8-9, p. 803.

22 Oberto, G.: "Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniuga", *Famiglia e diritto,* 2012, 1, p. 69.

thema decidendum. In particolare, in una prima occasione[23], la Corte si è occupata della validità di un contratto stipulato con scrittura privata il giorno prima delle nozze tra due futuri coniugi in vista del loro eventuale divorzio con cui la moglie si impegnava a trasferire al marito un immobile di sua proprietà, quale indennizzo delle spese da lui sostenute per la ristrutturazione di un altro immobile adibito a casa coniugale. In tale occasione, i giudici di legittimità, degradando il fallimento del matrimonio da causa genetica ad "evento condizionale" della prestazione, hanno salvato l'accordo, precisando che ove la causa genetica fosse stata individuata nella cessazione del vincolo il patto, traducendosi in una sorta di sanzione dissuasiva volta a condizionare la libertà decisionale degli sposi, sarebbe stato di certo nullo. La corte precisa, invero, che la fattispecie controversa sarebbe, in definitiva, un accordo tra le parti atipico con condizione sospensiva lecita, libera espressione della loro autonomia negoziale e diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela ex art. 1322, comma 2, c.c., come tale estraneo alla categoria degli accordi prematrimoniali. Tuttavia, la Suprema Corte coglie l'occasione per dare atto delle critiche che la giurisprudenza tradizionale ha ricevuto per non essersi adeguata all'evoluzione del sistema normativo, sempre più orientato a riconoscere ampi spazi di autonomia ai coniugi nel determinare i propri rapporti economici[24]. Nonostante la qualificazione prudente dell'impegno assunto dai coniugi quale contratto atipico sottoposto a condizione sospensiva, l'affermazione segna un interessante cambio di marcia, riflesso di un percorso interpretativo che si affaccia a riconoscere quello che è di fatto lo schema della negozialità prematrimoniale e, dunque, lo schema del contratto sottoposto a condizione sospensiva[25].

L'altra decisione[26] che mostra una inversione di marcia in materia di negozialità in vista del futuro divorzio ha ritenuto "valida ed efficace la clausola, apposta ad un contratto di mutuo concluso tra coniugi, mediante la quale la restituzione della somma ricevuta viene sospensivamente condizionata alla separazione personale". Qualche mese dopo la Corte torna, dunque, ad affermare la validità di un accordo sospensivamente condizionato all'evento, futuro e incerto, della separazione personale, sull'assunto che non ricorre alcuna norma imperativa che renda tale condizione illecita agli effetti dell'art. 1354, comma 1, c.c., e che osti ai coniugi, prima o durante il matrimonio, di riconoscere l'esistenza di un debito verso l'altro e di subordinarne la restituzione all'evento, meramente eventuale, della separazione coniugale. Si evidenzia, inoltre, come sia fuori luogo il richiamo agli artt. 143 e 160 c.c., relativi alla inderogabilità dei diritti e doveri che sorgono per effetto del matrimonio, perché l'inderogabilità non viene meno per il fatto che

23 Cass. Civ., 21 dicembre 2012, n. 23713.

24 Rimini, C.: "I patti", cit., p. 4 ss.

25 Dosi, G.: *Il diritto contrattuale della famiglia,* Giappicchelli Editore, Torino, 2016, p. 36.

26 Cass. Civ., 21 agosto 2013, n. 19304.

uno dei coniugi che abbia ricevuto un prestito si impegni a restituirlo in caso di separazione.

Da ultimo, è utile sottolineare che la giurisprudenza[27] non ha potuto ritenere tali pattuizioni contrarie all'ordine pubblico internazionale, e, dunque, con i principi fondamentali dell'ordinamento. In particolare, non contrastano con l'ordine pubblico ex art. 64, lett. g) della legge n. 218/1995 le sentenze straniere di divorzio relative a patti prematrimoniali, poiché due coniugi italiani residenti all'estero possono scegliere un ordinamento straniero al fine di regolare i loro rapporti patrimoniali[28].

Gli argomenti utilizzati dalla Cassazione per suffragare l'indirizzo restrittivo in tema di inammissibilità dei patti prematrimoniali sono stati accolti da parte della dottrina che non ha esitato a svilupparli e ampliarli. Alcuni studiosi hanno rilevato che, avendo i patti prematrimoniali ad oggetto gli assegni di una separazione o un divorzio solo eventuali, si realizzi una disposizione di diritti ancora non esistenti nei patrimoni dei coniugi, il che spinge ad interrogarsi circa l'applicabilità dell'art. 1348 c.c. che sancisce il principio di ammissibilità dei negozi aventi per oggetto diritti futuri. Il patto prematrimoniale, inoltre, regolando in via preventiva diritti che potrebbero sorgere anche in un momento lontano rispetto alla stipula dell'accordo, pone la questione di determinare l'efficacia degli stessi relativamente ad eventuali modificazioni patrimoniali che intervengano tra la stipula e il divorzio. Difatti, ove l'intento di tali accordi fosse quello di cristallizzare al momento della loro conclusione le condizioni patrimoniali di un eventuale divorzio, tale funzione andrebbe di certo conciliata con il principio rebus sic stantibus, da cui detti patti non possono ritenersi esenti, secondo cui la modificazione delle circostanze fattuali determina la facoltà delle parti di pretendere la revisione delle condizioni. Il principio in esame è insito alle pronunce giurisdizionali relative alle conseguenze economiche del fallimento dell'unione, in quanto dirette a garantire il soddisfacimento delle esigenze primarie di vita del coniuge debole, conseguentemente, il mutamento nel tempo dei presupposti non può non modificare i relativi diritti[29]. La possibilità di revisione delle statuizioni dell'autorità giudiziaria a seguito di circostanze sopravvenute si considera un principio di ordine pubblico da cui si desume il carattere non definitivo delle statuizioni patrimoniali, ne consegue la nullità di ogni rinuncia preventiva che le parti possono aver espresso a riguardo.

27 Cass. Civ., 28 maggio 2004, n. 10378.

28 Dosi, G.: *Il diritto,* cit., p. 39.

29 Romano, M., Sgroi M.: "Gli accordi, economici ed esistenziali, preventivi della crisi coniugale", in AA. VV.: *La famiglia in crisi* (a cura di G. Cassano, G. Oberto), Cedam, Padova, 2016, p. 191 ss.

IV. LA VALIDITÀ DEI PATTI IN VISTA DEL FUTURO DIVORZIO ANCHE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.

Tali ragionamenti sono avversati dalla dottrina più progressista che rimprovera la giurisprudenza di atteggiarsi in antitesi con l'evoluzione normativa che ha attraversato il diritto di famiglia e che attribuisce sempre più spazio all'autonomia negoziale e con le esperienze giuridiche straniere che pacificamente riconoscono l'ammissibilità degli accordi in vista del futuro divorzio.

In primo luogo, si evidenzia come gli accordi in esame non abbiano quale oggetto diretto lo status coniugale, non traducendosi, perciò, in una mercificazione dello stesso. L'accordo in questione non è diretto a obbligare uno dei coniugi a non divorziare, ponendosi così in contrasto con il principio per cui ciascuno dei coniugi è libero di domandare, in qualsiasi momento e a prescindere dal consenso dell'altra parte, lo scioglimento del vincolo, ma è diretto a regolare in anticipo gli effetti patrimoniali di un eventuale divorzio, senza che venga coartata la scelta personale dei coniugi in ordine al mantenimento dello status. Nonostante l'accordo, difatti, rimane salvo il diritto potestativo di ciascun coniuge di domandare separazione e divorzio, salvo l'obbligo di rispettare, in tale evenienza, le pattuizioni patrimoniali concordate anzitempo[30].

D'altra parte, a conforto di questa tesi, la dottrina, ha sviluppato un parallelismo con la celebrazione delle nozze, al pari dell'isolata pronuncia del Tribunale di Torino. Si evidenzia come, proprio con riferimento alla volontà matrimoniale che non può subire alcuna compressione, l'ordinamento consente che il soggetto sia indotto al matrimonio da motivazioni di ordine patrimoniali, come nel caso della donazione ex art. 785 c.c., le quali pur non essendo determinanti del consenso, di certo lo orientano. Addirittura, l'ordinamento pare incoraggiare i coniugi, all'atto del matrimonio e in ogni tempo, a determinare le prospettive matrimoniali mediante la stipula di convenzioni matrimoniali idonee alle circostanze e alle esigenze della vita[31].

Tali argomentazioni conducono ad analizzare la più ampia questione della ammissibilità nell'ordinamento nazionale di disposizioni economiche su aspetti indisponibili dei rapporti umani in quanto afferenti alla sfera personale. È pacifico che determinazioni di questo tipo, in cui l'aspetto personale è preso direttamente in considerazione dalle parti come oggetto di un preciso obbligo, sono nulle per violazione dell'ordine pubblico o del buon costume. In tale ottica, può allora ritenersi che il divorzio, rispetto all'accordo prematrimoniale, non sia

30 Busani, A.: *I contratti*, cit. p. 301.

31 Doria, G.: *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 178, nota 230.

oggetto dell'obbligo, ma mera condizione di efficacia[32]. Tuttavia, la qualificazione dell'accordo in vista del futuro divorzio quale negozio sospensivamente condizionato alla cessazione del vincolo non risolve la questione relativa alla ammissibilità, ponendosi l'ulteriore tema della liceità di siffatta condizione, dal momento che l'art. 1354 c.c. sanziona con la nullità il contratto al quale è apposta una condizione, sospensiva o risolutiva, contraria a norme imperative, ordine pubblico o buon costume. La dottrina contraria all'evoluzione citata, difatti, ritiene che la condizione di divorzio, realizzando indirettamente l'effetto di condizionare le parti circa la scelta sul mantenimento o meno dello status, sia da reputarsi contraria all'ordine pubblico, invalidando così l'intero negozio[33]. Tuttavia, è stato obiettato che la possibilità per cui una simile condizione possa influenzare la scelta di proseguire o meno la relazione coniugale non determini l'illiceità del negozio, dal momento che tale condizionamento non si traduce in una coartazione in ordine alla scelta di addivenire al divorzio o meno, che rimane in ogni caso libera e incondizionata. D'altra parte, la condizione di divorzio non configura neanche una ipotesi di condizione meramente potestativa, sanzionata con la nullità dall'art. 1355 c.c. Difatti, pur essendo riconosciuto ad entrambe le parti il diritto di domandare unilateralmente lo scioglimento del vincolo, questo è un evento che consegue all'istaurazione di un procedimento giurisdizionale, il quale, sebbene attivabile unilateralmente, non è assimilabile all'ipotesi in cui gli effetti del negozio dipendano esclusivamente da una mera dichiarazione di volontà di una delle parti.

Anche il classico richiamo all'art. 160 c.c., evidentemente l'unico riferimento normativo cui la tesi giurisprudenziale fa richiamo per negare validità a tali pattuizioni, è avversato dalla dottrina. La ritenuta applicabilità di tale disposizione nel campo del divorzio conduce al paradosso di equiparare la fase fisiologica del rapporto coniugale a quella patologica[34]. La contraddittorietà di tale assunto si coglie già sotto il profilo sistematico dalla collocazione dell'art. 160 c.c. all'interno del Capo VI del Codice in materia di regime patrimoniale della famiglia, volto a disciplinare le conseguenze economiche del vincolo coniugale nella sua fase fisiologica, al contrario, alle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale è dedicato il Capo V.

La diversità tra le due fattispecie è ben sottolineata anche dalla Corte di Cassazione[35] che esclude, condivisibilmente, l'applicabilità dell'art. 162 c.c. ai contratti della crisi coniugale, evidenziando come tali pattuizioni non siano

32 Jemolo, A. C.: "Il matrimonio", in AA. VV.: *Trattato di Diritto Civile* (a cura di F. Vassalli), Utet, Torino, 1950, p. 54.

33 Ruggiero, D. G.: *Gli accordi prematrimoniali,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 163.

34 Morelli, M. R.: *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia,* Cedam, Padova, 1996, p. 61.

35 Cass. Civ., 11 maggio 1984, n. 2887; Cass. Civ., 11 novembre 1992, n. 12110; Cass. Civ., 12 settembre 1997, n. 9034.

riconducibili al paradigma negoziale delle convenzioni matrimoniali[36] che, invece, presuppongono il normale svolgimento del rapporto coniugale e afferiscono ad una generalità di beni anche di futura acquisizione, assumendo un carattere programmatico. Al contrario, i contratti della crisi coniugale perseguono un'esigenza di assetto dei rapporti personali e patrimoniali dei coniugi separati, avendo un carattere attributivo. L'obbligazione di mantenimento in sede di separazione personale costituisce una obbligazione differente ed autonoma e non una diversa conformazione del dovere di contribuzione ex art. 143 c.c., pertanto si considera sorta una volta perfezionata la separazione e non al momento della celebrazione del matrimonio[37].

Si pone, dunque, la più ampia questione concernente la natura disponibile o meno degli assegni di separazione e divorzio. Sul punto la giurisprudenza maggioritaria ritiene affetto da nullità virtuale ogni atto dispositivo del diritto al mantenimento per violazione della più volte richiamata norma imperativa di cui all'art. 160 c.c. e per la natura alimentare dell'assegno[38]. Tuttavia, autorevole dottrina evidenzia che il contributo al mantenimento ex art. 156 c.c. non può essere disposto d'ufficio, ma va espressamente richiesto dal coniuge avente diritto sulla base di una sua insindacabile valutazione[39]. A ciò deve aggiungersi che, in sede di separazione giudiziale, il coniuge al quale non è stata addebitata la separazione non è titolare di un diritto incondizionato all'assegno di mantenimento, dovendo, al contrario, dimostrare l'assenza di adeguati redditi propri. Ne consegue, dunque, che il diritto al mantenimento è subordinato non solo al suo effettivo esercizio in sede giudiziale, attraverso la formulazione di richiesta esplicita da parte del coniuge interessato, ma anche alla prova delle circostanze legittimanti lo stesso. Avuto riguardo alla separazione consensuale, invece, in forza dell'art. 158 c.c. il controllo del tribunale in sede di omologa investe esclusivamente il contributo per il mantenimento della prole e si limita a un controllo di legittimità per quanto attiene ai rapporti tra coniugi. Si può, dunque, ritenere che, avuto riguardo al rapporto intercorrente tra l'accordo e il provvedimento del giudice, si è passati da una concezione che attribuiva all'accordo intercorso tra i coniugi il valore di mero presupposto e alla omologazione funzione costituiva, riconoscendo al giudice il potere di discostarsi dalle intese raggiunte dalle parti, a una concezione in cui l'omologa svolge solo una funzione di controllo di legalità, ammettendosi un intervento del giudice solo nel caso in cui siano coinvolti gli interessi dei figli[40].

36 Zoppini, A.: "Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi", Nota a Cass. Civ., 23 dicembre 1988, n. 7044, *Giurisprudenza italiana,* 1990, 8-9, p. 1126.

37 Oberto, G.: "Accordi preventivi", cit., p. 808.

38 Cass. Civ., 21 marzo 1963, n. 690; Cass. Civ., 21 maggio 1984, n. 3115.

39 De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale,* Giuffrè, Milano, 1991, p. 191 ss.

40 Barba, V.: "Patti in previsione della crisi familiare. Proposta per una riforma", *Diritto delle successioni e della famiglia,* 2020, p. 413.

Argomento richiamato da dottrina e giurisprudenza a sostengo della tesi della indisponibilità dell'assegno di separazione e divorzio è quello relativo alla necessaria partecipazione del p.m. nei procedimenti di separazione e divorzio. Basti qui rilevare che il pubblico ministero non potrà mai supplire alla carenza della parte nella richiesta dell'assegno di mantenimento o di divorzio, venendo meno, pertanto, ogni possibilità di ricondurre la sua presenza necessaria al carattere indisponibile dei diritti in esame[41].

D'altra parte, non si può non riportare quell'orientamento dottrinale[42] in forza del quale, nei rapporti tra coniugi, l'unica situazione giuridica patrimoniale di diritto familiare indisponibile è l'obbligazione alimentare ex art. 433 e ss. c.c. che conferma, al contrario, il carattere disponibile del diritto all'assegno di mantenimento.

Con riferimento, invece, al carattere disponibile o meno del diritto all'assegno di divorzio va condotta una breve analisi delle diverse fasi che hanno attraversato tanto la dottrina che la giurisprudenza a partire dall'entrata in vigore della legge sul divorzio. In particolare, fino alla l. 74/1987 la giurisprudenza sul tema ha assunto un atteggiamento ondivago. Da un lato, alcune pronunce hanno affermato la natura disponibile dell'assegno, argomentando sia sulla negazione del carattere esclusivamente assistenziale dello stesso che sulla possibilità dei coniugi di accordarsi sulla corresponsione una tantum[43]. Dall'altro, non sono mancate sentenze che, soprattutto nella giurisprudenza di merito, qualificando il diritto in esame quale protrazione del diritto al mantenimento, ne hanno riconosciuto la natura indisponibile[44]. Appare degna di nota, poi, la sentenza della Suprema Corte[45] che, attribuendo diverse funzioni dell'assegno di divorzio (assistenziale, risarcitoria e compensativa), ha sancito la disponibilità dello stesso limitatamente alle componenti risarcitoria e compensativa, al contrario, per quella assistenziale veniva riconosciuto il carattere indisponibile.

La l. 74/1987 è intervenuta sugli argomenti impiegati dalla giurisprudenza per affermare il carattere disponibile dell'assegno di divorzio. In particolare, la normativa ha, da un lato, specificato che la corresponsione di quest'ultimo una tantum possa avvenire solo se ritenuta equa dal tribunale e, dall'altro, ha esaltato e, secondo alcuni, reso esclusivo il carattere assistenziale dell'assegno, aggiungendo

41 Oberto, G.: "Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale (prima parte)", *Famiglia e diritto,* 2003, 4, p. 389.

42 Comporti, M.: "Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio", *Foro.it.*, 1995, 5, p. 115; Angeloni, F.: *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Cedam, Padova, 1997, p. 332 ss.; Sesta, M.: *Lezioni di diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 1997, p. 150; Angeloni, F.: *Rinunzie, transazione e arbitrato nei rapporti familiari*, Cedam, Padova, 1999, p. 1090 ss.

43 Cass. Civ., 10 febbraio 1974, n. 263; Cass. Civ., 12 marzo 1974, n. 662; Cass. Civ., Sez. Un., 9 luglio 1974, n. 2008; Cass. Civ., 25 novembre 1976, n. 4450; Cass. Civ., 2 giugno 1977, n. 2237.

44 Tribunale di Larino, 13 maggio 1972; Tribunale Catania, 5 maggio 1972; Tribunale di Napoli, 28 marzo 1979.

45 Cass. Civ., 6 aprile 1977, n. 1305.

l'inciso relativo ai "mezzi adeguati"[46]. Quest'ultima novità è stata utilizzata dalla giurisprudenza di legittimità al fine di superare quell'indirizzo che faceva leva sulle differenti componenti dell'assegno, per affermarne, al contrario, l'assoluta indisponibilità. Tuttavia, questa conclusione non ha lasciato soddisfatta quella parte della dottrina che ha evidenziato come la natura assistenziale dell'assegno non esoneri la parte dalla proposizione di un'apposita domanda. A ciò si aggiunga che il beneficiario ben potrebbe accontentarsi di un assegno inferiore rispetto a quello a cui avrebbe diritto per legge, senza che il tribunale possa sindacare tale scelta[47].

Cionondimeno, la Cassazione a Sezione Unite è intervenuta in relazione alla funzione dell'assegno divorzile, innovando radicalmente l'orientamento precedente, per accedere a una lettura composita, in base alla quale l'assegno avrebbe una funzione assistenziale e in pari misura compensativa e perequativa[48]. L'approdo della giurisprudenza di legittimità consente di rispolverare la pronuncia del 1977 che sanciva la disponibilità del diritto all'assegno limitatamente alla sua componente risarcitoria e compensativa, relegando la natura indisponibile alla sola componente assistenziale. Questa inversione di marcia sulla funzione dell'assegno, che consente di considerare il relativo diritto come negoziabile e disponibile, quantomeno in relazione alla sua componente compensativa, è destinata ad incidere sulla questione della validità dei patti in vista del divorzio. Difatti, finché si è affermata la funzione esclusivamente assistenziale dello stesso, la relativa natura indisponibile rappresentava il corollario della consolidata affermazione per cui la parte che ha diritto ad una prestazione di carattere assistenziale è ontologicamente debole e, di conseguenza, non adeguatamente preparata a stipulare, in via preventiva, accordi che abbiano per oggetto il proprio diritto[49]. La Corte, poi, nell'ampia motivazione della pronuncia compie una affermazione che, se dal punto di vista tecnico rappresenta meno di un obiter dictum, per quanto qui ci riguarda, assume un valore funzionale rispetto alla questione dell'ammissibilità dei patti in vista del divorzio. In particolare, con riferimento ai poteri istruttori riconosciuti al giudice nell'accertamento delle capacità patrimoniali e reddituali dei coniugi, la Corte afferma che gli stessi sono attribuiti "nonostante la natura prevalentemente disponibile dei diritti in gioco"[50]. Tale inciso rinvenibile nella motivazione della sentenza evidenzia la stretta correlazione fra la natura composita e compensativa dell'assegno e la negoziabilità del relativo diritto. L'analisi dell'arresto giurisprudenziale in punto di funzione dell'assegno di divorzio porta

46 Macario, F.: "Commento all'art. 10", in AA. VV.: *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio* (a cura di N. Lipari), Cedam, Padova, 1988.

47 Carbone, V.: "L'assegno di divorzio tra disponibilità ed indisponibilità", nota a Cass., Civ., 4 giugno 1992, n. 6857, *Corriere Giuridico*, 1992, p. 866; Id., "Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)", nota a Cass., Civ., 22 gennaio 1994, n. 657, *Famiglia e diritto*, 1994, 148 ss.

48 Cass. Civ., Sez. Un., 11 luglio 2018, n. 18287.

49 Rimini, C.: "I patti", cit., p. 5.

50 Fusaro, A.: "La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?", *Famiglia e diritto,* 2018, 11, p. 1031.

dunque a riconsiderare gli argomenti impiegati dalla giurisprudenza per osteggiare l'ammissibilità dei patti prematrimoniali, la cui tenuta deve essere verificata anche alla luce di tale revirement.

Autorevole dottrina, argomentando sul carattere perfettamente disponibile dei diritti in gioco, critica, difatti, l'eccesso di sindacato da parte della giurisprudenza che manifesta una diffidenza nei confronti della capacità dei privati di regolare da sé i propri interessi, determinando così una eccessiva estensione dei casi di nullità virtuale[51].

L'introduzione della possibilità del divorzio congiunto ex art. 4, comma 16, l. 898/1970 rappresenta un altro argomento impiegato con una certa frequenza dalla dottrina per sostenere l'orientamento restrittivo della giurisprudenza. In particolare, si sottolinea la distanza intercorrente tra la fattispecie regolata dal legislatore attinente a un divorzio che le parti hanno deciso di conseguire e quella di cui si discute che concerne, invece, un divorzio solo prefigurato.

A tal proposito si obietta come non sia agevole comprendere in che modo possa incidere sul carattere disponibile o meno del diritto la circostanza che l'evento generatore, rappresentato dal divorzio, sia inteso come certo, anziché come fattore condizionante l'efficacia dell'accordo. Qualora la preoccupazione del legislatore fosse esclusivamente quella di salvaguardare la libertà del consenso relativamente al mantenimento o meno dello status coniugale, andrebbe bandita ogni contrattazione relativa all'assegno che precedesse la sentenza di divorzio. Pertanto, se lo scopo avuto di mira dal legislatore fosse realmente evitare che trattative di tipo economico possano influenzare la decisione in ordine allo status, non si spiegherebbe l'introduzione dell'istituto del divorzio congiunto, nel quale gli accordi patrimoniali dei coniugi, pacificamente insindacabili, vengono liberamente e necessariamente concordati da quest'ultimi in un momento anteriore alla decisione del Tribunale.

L'ambiguità dell'orientamento restrittivo della giurisprudenza prevalente è confermata, poi, dall'opposta pronuncia in tema di accordi tra coniugi in vista o nella eventualità di una futura pronuncia di nullità del matrimonio[52]. Tali pattuizioni, in quanto correlate ad un procedimento dalle forti connotazioni inquisitorie, volto ad accertare la sussistenza o meno di una delle cause di invalidità del matrimonio, sono valide non venendo in gioco una determinazione delle parti in grado di influenzare l'attività processuale. Autorevole dottrina non ha esitato a sottolineare che la differenziazione tra accordi preventivi di divorzio e accordi preventivi di nullità matrimoniale appare illogica dal momento che, dal puto di vista dei possibili accordi

51 Schlesinger, P.: "L'autonomia privata e i suoi limiti", *Giurisprudenza Italiana,* 1999, 1, p. 1003.

52 Cass. Civ., 13 gennaio 1992, n. 348.

fraudolenti intercorrenti tra i coniugi, il giudizio di nullità matrimoniale e quello di divorzio non differiscono, laddove si escluda ogni possibile condizionamento sulle attività processuali delle parti e la disposizione dello status[53].

L'ampliamento dell'area dell'autonomia negoziale all'interno del diritto di famiglia si giustifica, poi, facendo leva sulla circostanza per cui le parti sono i migliori giudici dei propri interessi, dal momento che l'autorità giudiziaria non dispone di tutte le informazioni rilevanti per le stesse, d'altra parte una contrattazione libera e consapevole non può che condurre alla massimizzazione del benessere di entrambi i coniugi[54]. Non si può, difatti, negare che le posizioni assunte durante la fisiologia del rapporto appaiano più razionali rispetto a quelle espresse durante la fase di crisi e che l'accordo prematrimoniale, nel caso specifico, potrebbe essere volto a salvaguardare il coniuge più debole, attribuendo vantaggi che non sarebbero riconosciuti alla luce della attuale giurisprudenza in tema di assegno divorzile[55].

Inoltre, non c'è chi non esita a rilevare che il contesto italiano attuale consta di alcuni elementi idonei a dimostrare una tendenza favorevole al maggiore sviluppo dell'autonomia negoziale nel settore del diritto familiare. Il varo dell'istituto del patto di famiglia è sintomo della volontà del legislatore di inserire, in un settore che si è per anni collocato ai confini del diritto privato lambendo il settore pubblicistico, un "moltiplicatore di negozialità endofamiliare"[56]. D'altra parte, sulla base ti tali considerazioni, non può ritenersi che l'atteggiamento paternalistico del legislatore nel diritto di famiglia sia giustificato dal rischio di un uso distorto dell'autonomia negoziale ai danni della parte più debole. Il controllo da parte dell'ordinamento deve essere effettuato non attraverso una preclusione assoluta a monte, mediante la sanzione della nullità delle pattuizioni in oggetto, ma con una verifica a valle che precluda le intese immeritevoli perché inique, senza sacrificare indistintamente anche le scelte delle parti che garantiscano una allocazione ottimale delle risorse, non raggiungibile in sede conteziosa[57].

V. PROPOSTA DI UN MODELLO LEGISLATIVO DI PATTI PREMATRIMONIALI.

Sulla base di tali considerazioni è possibile raggiungere sulla questione della ammissibilità dei patti in vista del futuro divorzio una conclusione differente rispetto a quella sposata dall'orientamento prevalente. I patti in oggetto, difatti, a determinate condizioni, possono rappresentare uno strumento duttile in grado di

53 Romano, M., Sgroi, M.: "Gli accordi preventivi", cit., p. 49.

54 Las Casas, A.: "Accordi prematrimoniali in vista del divorzio: le prospettive italiane di riforma e le questioni dal punto di vista del diritto comparato", *Politica del diritto,* 2020, 3, p. 432.

55 Salanitro, U.: "Accordi prematrimoniali e sopravvenienze", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata,* 2020, 3, p. 645.

56 Oberto, G.: *Il patto di famiglia,* Cedam, Padova, 2006, p. 7.

57 Zoppini, A.: "L'autonomia privata", cit., p. 227.

contemperare l'autonomia negoziale in ambito familiare con le particolari esigenze connesse alla natura dei diritti in gioco.

In questa prospettiva, occorre prendere atto dell'unica norma che espressamente si occupa della rinuncia del coniuge a diritti patrimoniali conseguenti al divorzio: l'art. 5, comma 8, l. 898/1970. Da tale disposizione si ricava che nessuna rinuncia definitiva a qualsiasi domanda su diritti patrimoniali conseguenti al divorzio è possibile se non effettuata in sede di divorzio e confermata dalla valutazione di equità compiuta dal tribunale. Pertanto, qualsiasi riflessione sulla validità dei patti prematrimoniali deve rispettare questi limiti, senza che ciò determini l'invalidità aprioristica di tali patti. Dall'interpretazione della disposizione in commento si desume che soltanto l'accordo con cui le parti stabiliscono la corresponsione in un'unica soluzione dell'assegno, raggiunto in sede di divorzio e previa valutazione di equità da parte del tribunale, ha l'effetto di impedire pretese future di ordine economico anche al mutare della situazione di fatto. Ne consegue che qualsiasi accordo sui diritti originati dal divorzio, compreso quello all'assegno, è soggetto alla clausola generale rebus sic stantibus, potendo essere modificato al mutare delle circostanze che ne costituiscono i presupposti di fatto. L'art. 160 non deve essere interpretato quale dogma assoluto che comporta la nullità di tali intese, neanche qualora abbiano ad oggetto l'assegno divorzile, tuttavia dall'art. 5, comma 8, della succitata legge si ricava il potere del giudice di valutare l'equità dell'accordo e di considerare inefficaci gli accordi manifestamente iniqui. Tale valutazione, al di fuori di quella da effettuarsi ai sensi della disposizione in commento, deve essere effettuata dal Tribunale ex post, solo allorché uno dei due coniugi, dopo aver concluso l'accordo, formuli pretese incompatibili con esso. Se, dunque, si ammette tale controllo di equità e si assume che al pari di ogni accordo sia soggetto alla clausola rebus sic stantibus, ne consegue che i presupposti di fatto che hanno indotto i coniugi alla stipula debbano essere chiari ed espressi nell'accordo stesso. Soltanto una piena trasparenza pone il Tribunale in condizione di poterne valutare l'equità e l'opportunità di eventuali mutamenti al cambiare dei presupposti di fatto sussistenti al momento dell'accordo. Si evidenzia, dunque, la necessità che l'accordo sia accompagnato da una piena disclosure sulla situazione patrimoniale e reddituale dei coniugi che permetta al giudice di compiere le valutazioni menzionate. Infine, dall'art. 6 del d.l. n. 132/2014 che disciplina la convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le soluzioni consensuali di separazione o di scioglimento del matrimonio, si ricava la necessità che i coniugi siano assisiti da un proprio legale indipendente nella stipula del contratto patrimoniale, rilevando una analoga esigenza di tutela.

Sulla base di tale interpretazione evolutiva, il giudice dovrà considerare vincolante il patto con cui i coniugi, all'esito di una negoziazione durante la quale ciascuno è stato assistito da un legale di fiducia, determinino le condizioni

economiche dell'eventuale futuro divorzio. A fronte di una domanda giudiziale con cui uno dei coniugi avanzi pretese contrastanti con il contenuto dell'accordo il giudice potrà dichiararne l'inefficacia nel caso in cui esso produca effetti iniqui, non realizzando le funzioni riconosciute all'assegno dalla pronuncia delle Sezioni Unite. Evidentemente il controllo giudiziale sarà tanto più intenso quanto più le determinazioni contenute nell'accordo si pongano in contrasto con la componente assistenziale dell'assegno, lasciando il coniuge più debole privo di mezzi che gli consentano di condurre una vita dignitosa[58].

D'altra parte, tale impostazione è confermata dall'analisi dei tratti essenziali delle discipline degli ordinamenti stranieri che riconoscono la vincolatività di tali accordi a condizione che siano garantiti specifici e adeguati controlli e interventi giudiziali. Tanto nel diritto anglosassone che in quello tedesco è previsto, seppur in diversi termini, un sindacato di merito al momento della crisi, in cui è oggetto di valutazione l'equilibrio dell'accordo raggiunto anche alla luce delle sopravvenienze intervenute.

Tuttavia, la disciplina prevista dal Codice civile in materia contrattualistica appare ai più inidonea a regolare la questione delle sopravvenienze rispetto agli accordi prematrimoniali, prendendo in considerazione solo le ipotesi in cui le sopravvenienze determinino variazioni quantitative e/o qualitative di una delle prestazioni. Le sopravvenienze che assumono rilievo in tali accordi non si riferiscono però a variazioni in sé delle prestazioni, ma ad aspetti esterni delle stesse, tra cui le condizioni economiche delle parti e, dopo il revirement della Cassazione in tema di funzione dell'assegno divorzile, i contributi che i singoli partner hanno apportato al ménage familiare. In assenza di una disciplina ad hoc, gli interpreti sarebbero costretti a fare ricorso a istituti dall'incerta tenuta quali la buona fede, l'abuso del diritto, la presupposizione e il difetto funzionale della causa[59].

È, dunque, auspicabile da più parti la previsione di una specifica disciplina che permetta di superare tali criticità e che risintonizzi l'ordinamento italiano alle esperienze giuridiche straniere.

Tale riflessione ha assunto un rinnovato interesse in considerazione della recente proposta di riforma (di iniziativa governativa) contenuta nel disegno di legge presentato al Senato il 19 marzo 2019, con la quale, nel quadro di una più ampia riforma del Codice civile in diversi settori, si aspirerebbe anche a inserire una disciplina ad hoc dei patti in vista del futuro divorzio. Precedentemente era stata già presentata un'altra proposta di legge (P. d. l. C. 244, presentata alla Camera

58 Rimini, C.: "Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio", *Famiglia e diritto,* 2018, 11, p. 1041.

59 Salanitro, U.: "Accordi prematrimoniali", cit., p. 645.

dei deputati il 23 marzo 2018), di iniziativa parlamentare, dedicata alla materia della contrattazione patrimoniale e specificatamente diretta a riconoscerne, in via legislativa, la vincolatività[60]. Da tali proposte di riforma si evince la sempre più estesa valorizzazione della autonomia negoziale in materia familiare.

L'accordo, così come previsto dalla riforma, può intervenire tra coniugi o tra nubendi nonché tra i partner dell'unione civile e tra coloro che hanno intenzione di assumere tale status, dalla previsione sono esclusi consapevolmente i conviventi more uxorio e coloro che intendano intraprendere la convivenza. La ratio della riforma in oggetto è quella di sopperire a una lacuna dell'ordinamento nazionale e di allinearsi agli ordinamenti che già conoscono e disciplinano i prenuptial agreements, anche al fine di evitare il fenomeno della c.d. shopping law agevolato dall'art. 30 della l. 218 del 1995 e dalla considerazione che le suddette intese, anche alla luce della giurisprudenza interna, non si pongano astrattamente in contrasto con l'ordine pubblico internazionale.

La riforma, poi, si sofferma sui limiti che la riconosciuta autonomia contrattuale incontrerebbe in sede di formulazione degli accordi in oggetto, ponendo, accanto ai noti limiti costituiti dalle norme imperative, dall'ordine pubblico e dal buon costume, quello del rispetto dei diritti fondamentali della persona. In ordine a tale ultimo riferimento, parte della dottrina ha ritenuto di potervi ricomprendere i diritti connessi agli obblighi di solidarietà post-coniugale.

Prospettare una riforma che aspiri a riconoscere validità ai patti in vista del divorzio significa, inoltre, tenere presenti non solo le disposizioni del Codice civile, ma anche le legislazioni speciali, tra cui la disciplina della negoziazione assistita, quella relativa alle unioni civili e il codice di rito, imponendosi un coordinamento tra le stesse e una sistematizzazione di tutta la materia attinente alla crisi coniugale[61].

VI. SGUARDO ALL'ESPERIENZA GIURIDICA STRANIERA.

1. Stati Uniti.

Gli Stati Uniti costituiscono il Paese pioniere del riconoscimento della vincolatività dei prenuptial agreements e rappresentano un fulgido esempio di sistema in cui tali accordi, inizialmente bocciati dalle corti, hanno acquisito piena validità quale strumento per la regolazione convenzionale delle conseguenze economiche del divorzio[62], sia sotto il profilo delle prestazioni eventualmente

60 Las Casas, A.: "Accordi prematrimoniali", cit., p. 419.

61 Amagliani, R.: "Gli accordi prematrimoniali nel disegno di legge governativo per la riforma del Codice civile", *I Contratti,* 2019, 6, p. 601.

62 Bix, B.: "Bargaining in the shadow of love: the enforcement of premarital agreements and how we think about marriage", *William and Mary Law Review,* 1998, p. 150 ss.

dovute in funzione di mantenimento, sia sotto il profilo della distribuzione tra i coniugi dei beni qualificabili come facenti parte del patrimonio comune. Con specifico riferimento a questi ultimi, nel caso in cui si viva in uno dei community property states (California, Arizona, Idaho, Louisiana, Nevada, New Mexico, Texas, Washington), in assenza di un diverso accordo tra i coniugi, la legge dispone che i beni accumulati durante il matrimonio e caduti in comunione vengano divisi in parti uguali, al contrario, negli equitable distribution states il patrimonio viene distribuito con ampio margine di discrezionalità da parte delle corti in base ad alcuni parametri a noi familiari: la capacità di reddito, il contributo dato dai singoli coniugi alla formazione del patrimonio comune e di ciascuno, età, salute e durata del matrimonio. Conseguentemente, stipulare un accordo in vista del futuro divorzio significa evitare che terze parti decidano sulla distribuzione del patrimonio comune e, dunque, evitare, nel primo caso, che i beni accumulati durante il matrimonio siano automaticamente attribuiti all'altro e, nel secondo caso, ripararsi da incertezze nella divisone del patrimonio[63]. Evidentemente, i patti in vista del futuro divorzio non possono essere analizzati come fenomeno uniforme nel contesto degli Stati Uniti, dovendosi tenere in debito conto il contesto normativo su cui gli stessi vanno ad incidere e, in certa misura, derogare e che, sotto il profilo della disciplina, ogni ordinamento ha le sue regole specifiche.

In realtà, negli ultimi decenni è iniziato un processo di uniformazione della disciplina della materia in esame, concretizzatosi nell'Uniform Premarital Agreement Act (UPAA) del 1983 e nei Principles of the Law of Family Dissolution ad opera dell'American Law Institute nel 2002. Si tratta di due atti che contengono regole e principi che perseguono lo scopo di uniformare le legislazioni dei vari Stati.

L'UPAA individua una serie di regole volte ad assicurare un controllo sia procedurale che sostanziale nella stipula delle intese in oggetto. In particolare, i principali concetti su cui ruota il documento che si esamina sono quello di fair e reasonable disclosure, inteso quale dichiarazione fedele sulla propria situazione patrimoniale, e quello di iniquità, da valutarsi sia con riferimento al momento della stipula che con riferimento a quello della sua esecuzione, il quale costituisce il principale limite alla vincolatività degli accordi prematrimoniali[64]. In particolare, l'originario squilibrio sostanziale dell'accordo rileva e legittima la parte a chiedere che venga dichiarato unenforceable solo se accompagnato da un difetto della volontà o informazione.

Per quanto concerne, invece, l'iniquità delle disposizioni dell'accordo derivante da circostanze sopravvenute rispetto al momento della conclusione dello stesso,

63 Mureden, E.: "I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del dritto italiano", *Famiglia e Diritto,* 2005, 5, p. 543 e ss.

64 Dosi, G.: *Il diritto,* cit., p.63.

si prevede che il giudice possa ordinare prestazioni di carattere patrimoniale, non previste dall'accordo, solo qualora il coniuge debole si trovi in condizioni di difficoltà tali da legittimare l'accesso ai programmi di assistenza pubblica[65]. Anche l'ordinamento americano, dunque, accoglie il principio della permanenza del dovere di solidarietà coniugale nonostante la rottura del vincolo, indipendentemente dal tenore delle pattuizioni.

L'UPAA predispone un sistema di cautele minime che poi sono state rinforzate in sede di adozione dai singoli stati, sia attraverso un'interpretazione più rigorosa delle regole del documento in esame, sia mediante l'adozione di leggi statali. Alcune legislazioni richiedono ai coniugi l'assistenza di un legale competente in materia durante la stipula e la necessità di un adeguato lasso di tempo utile alla riflessione tra il momento in cui l'accordo viene proposto per la prima volta e quello in cui viene concluso. In altre legislazioni, invece, lo squilibrio sostanziale è sufficiente a invalidare il patto, senza necessità che si dimostri l'esistenza di un vizio procedurale, essendo lo squilibrio dell'assetto convenzionale idoneo a far presumere l'assenza di una piena informazione precontrattuale.

Nella prassi si ammette anche un sindacato delle corti quando l'accordo, originariamente equo, sia divenuto squilibrato al momento del divorzio a causa di circostanze sopravvenute. In particolare, si fa riferimento all'ipotesi in cui l'attuazione del rapporto matrimoniale abbia accresciuto le disparità economiche tra il coniuge che si sia dedicato maggiormente all'attività lavorativa, incrementando la propria capacità reddituale, e quello che abbia assunto su di sé la cura delle incombenze familiari[66].

2. Inghilterra.

Più travagliata e ancora in fase di sviluppo appare la situazione del Regno Unito in materia di accordi in vista del futuro divorzio. Le corti inglesi hanno adottato un atteggiamento più diffidente rispetto alla vincolatività di queste intese, sia per il carattere statalista dell'ordinamento anglosassone che ambisce ad attribuire alla giurisdizione nazionale la competenza esclusiva a decidere in merito alle questioni più rilevanti, tra cui quelle relative ai rapporti patrimoniali tra coniugi, sia per l'assenza di una normativa che regoli specificatamente l'attribuzione della proprietà in costanza di matrimonio. A ciò si aggiunga anche la considerazione dei vasti poteri che sono attribuiti al giudice in sede di definizione dei rapporti patrimoniali tra coniugi sia nel caso di nullità del matrimonio che in caso di divorzio[67].

65 Las Casas, A.: "Accordi prematrimoniali", cit., p. 425 ss.

66 Katz, S.N.: "Family Law in America", *Oxford University Press*, 2015, p. 25 ss.

67 Dosi, G.: *Il diritto,* cit., p. 66.

Per tali ragioni, prima dell'inversione di marcia recentemente tracciata, eventuali accordi stipulati dai coniugi con funzione di regolazione delle conseguenze economiche di un eventuale divorzio avrebbero potuto tuttalpiù costituire un elemento di cui il giudice avrebbe potuto tenere conto nell'esercizio della propria discrezionalità, senza tuttavia esserne vincolato. Per lungo tempo gli ampi poteri attribuiti al giudice in occasione del divorzio sono stati motivati dall'esigenza di garantire al coniuge più debole il necessario per provvedere ai propri bisogni, attraverso l'attribuzione di beni o di prestazioni pecuniarie a carico del coniuge più ricco.

È stato con il noto caso Radmacher v. Granatino che si è segnata l'inversione di marcia, nel solco di un maggior favore per l'autonomia privata nel settore familiare. In particolare, in tale occasione la corte ha per la prima volta riconosciuto la possibile validità del patto in previsione della rottura familiare e la sua attitudine ad escludere o quantomeno limitare la discrezionalità del giudice. La Corte suprema ha attribuito all'accordo in oggetto una tendenziale efficacia, riservando al giudice la funzione di verificare la piena informazione e libertà delle parti nella sua stipulazione e il potere di sindacarne il contenuto, dal punto di vista dell'equità, in particolare alla luce delle circostanze sopravvenute durante lo svolgimento del rapporto matrimoniale[68]. La soluzione proposta dalla Corte ha indotto la Law Commission nel 2014 a redigere una relazione concernente le questioni relative alla matrimonial property, includendo anche una proposta legislativa in materia di prenuptial agreements, volta ad attribuirgli efficacia vincolante, purché vengano rispettate alcune condizioni di carattere procedurale e sostanziale.

3. Germania.

Un atteggiamento favorevole alla ammissibilità delle intese preventive è riscontrabile anche nei sistemi di civil law. Il caso più rilevante è rappresentato dalla Germania, ove dottrina e giurisprudenza pacificamente riconoscono la vincolatività di detti accordi stipulati mediante atti notarili con cui i coniugi predeterminano l'ammontare dell'assegno divorzile, vi rinunciano o escludono possibilità di revisioni. Nonostante nell'esperienza tedesca l'autonomia privata si estenda anche alla regolazione delle conseguenze del fallimento dell'unione coniugale, ciò non toglie la necessità di cautele e controlli, anche sulla giustizia sostanziale dell'accordo, al fine di evitare che il coniuge, privato dei mezzi di sussistenza, sia costretto a fare ricorso all'assistenza sociale.

4. Catalogna.

Riveste particolare interesse l'analisi di esperienze culturalmente e geograficamente più vicine alla nostra, come quella del Còdigo civil de Cataluna

68 Las Casas, A.: "Accordi prematrimoniali", cit., p. 429 ss.

che contiene una disciplina ad hoc sui patti in previsione della crisi familiare. In particolare, si prevede che i patti in esame possano essere stipulati dopo la celebrazione del matrimonio o prima dello stesso, in tal caso si richiede che tra la conclusione dell'accordo e il matrimonio intercorra un lasso di tempo pari almeno a trenta giorni. Questo requisito procedurale consente di evitare che il consenso dei coniugi sia frutto di una decisone affrettata o poco meditata, garantendo una manifestazione di volontà libera e consapevole. D'altra parte, si prevede che l'accordo perda di efficacia qualora il matrimonio non venga celebrato entro un anno dalla conclusione dell'accordo, assicurando in tal modo l'attualità delle scelte. La disciplina catalana impone, altresì, per la validità di tali accordi la forma notarile, la quale assolve a una pluralità di funzioni. Non solo il notaio garantisce la capacità naturale delle parti al momento della conclusione, ma assume un ruolo determinante sotto il profilo della necessaria informazione alle parti circa l'efficacia e la portata del patto. Infine, il notaio avrebbe la funzione di avvertire le parti circa gli obblighi informativi che sugli stessi gravano in ordine alla consistenza del loro patrimonio, dei propri redditi e delle proprie aspettative economiche future. In questo senso il patto potrebbe fornire anche l'adeguata prova che tale obbligo è stato adempiuto qualora la parte fornisca all'altra queste informazioni per iscritto che vengono allegate al patto. Nell'ipotesi in cui queste informazioni fossero erronee o incomplete, l'intesa sarebbe affetta da una inefficacia relativa che potrebbe essere fatta valere esclusivamente dalla parte il cui diritto a una full disclosure sia leso.

La disciplina in esame pone, infine, l'accento sulla necessaria chiarezza, esigendo che venga definito con precisione e semplicità il contenuto dei diritti che si intendono limitare e a cui le parti intendono rinunciare, escludendo la possibilità di effettuare rinvii generici e sommari alla disciplina codicistica. In ogni caso, l'accordo che riguardi l'assegno di mantenimento e l'assegnazione della casa familiare è valido a patto che non privi il coniuge rinunciante dei mezzi di sussistenza. Si evidenzia, dunque, che una attenuazione del principio di solidarietà coniugale per effetto dell'introduzione di una disciplina ad hoc sui patti in vista del divorzio, non si può tradurre in una assoluta compressione dello stesso a danno del coniuge più debole[69].

VII. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

Dalle considerazioni fin qui svolte si ricava l'inconsistenza e l'inadeguatezza delle argomentazioni impiegate da dottrina e giurisprudenza per negare validità ed efficacia agli accordi in vista della futura crisi coniugale. Il diritto di famiglia, quale settore del diritto privato, dialoga con l'art. 1322 c.c. che autorizza, nei limiti della

69 Barba, V.: "Patti in previsione", cit., p. 451.

meritevolezza degli interessi tutelati, contratti atipici e varianti atipiche a contratti tipici.

La tesi negativa sostenuta strenuamente dalla giurisprudenza di legittimità, anche in pronunce recenti[70], appare distonica rispetto all'evoluzione che attraversa il moderno diritto di famiglia, divenuto terreno fertile per l'esplicazione dell'autonomia negoziale. Appare, inoltre, difficoltoso il distinguo operato dalla Corte di Cassazione tra accordi che hanno come causa genetica il divorzio, quindi nulli, e accordi, al contrario ammissibili, in cui la cessazione del vincolo è degradata ad evento condizionale della prestazione. Difatti, se la ratio del divieto di accordi prematrimoniali è evitare un condizionamento delle scelte personali che devono rimanere libere, anche quest'ultima tipologia di pattuizioni potrebbe determinare, o quantomeno orientare, il consenso alla dichiarazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Di certo, l'esplicazione dell'autonomia negoziale non potrà essere incontrollata e priva di limiti in un settore come quello familiare in cui non è coinvolta solo la sfera patrimoniale dei coniugi. Tuttavia, il timore di un impiego scorretto dello strumento contrattuale non si può tradurre in una aprioristica inammissibilità di pattuizioni che, nel rispetto di determinate condizioni, possono condurre a una soluzione della crisi difficilmente raggiungibile in sede contenziosa. In un settore così delicato, in cui l'interesse privato non può essere considerato in una prospettiva individualistica è, comunque, auspicabile l'intervento del legislatore attraverso una disciplina ad hoc. Quest'ultima dovrà tenere presente uno statuto primario di contribuzione post-coniugale non derogabile dalle parti, il cui fondamento è rinvenibile nell'art. 5 della legge sul divorzio e nell'art. 2 della Costituzione. Pertanto, risulta irrinunciabile e, dunque, indisponibile, in assenza dei mezzi adeguati, il diritto alla corresponsione da parte del coniuge più forte di un contributo di carattere assistenziale. Al di fuori di questo dovere minimo di contribuzione le scelte concernenti le condizioni del futuro ed eventuale divorzio dovrebbero essere pienamente trasferibili in un accordo vincolante, sottoposto, al pari di ogni contratto, al generale principio del rebus sic stantibus. In base ad esso, affinché il patto possa essere dichiarato inefficace non è sufficiente che intervenga un fatto straordinario ed imprevedibile, ma anche che in ragione di esso l'esecuzione dell'accordo provochi un grave pregiudizio ad uno dei due coniugi.

La soluzione sposata dalla giurisprudenza risulta poi in controtendenza rispetto alle differenti posizioni assunte nei diversi ordinamenti in cui l'autonomia negoziale, corredata da adeguati controlli, riesce a spiegarsi verso orizzonti non considerati da fonti eteronome.

70 Cass. Civ., 26 aprile 2021, n. 11012; Cass. Civ., ord., 13 aprile 2022, n. 11923.

BIBLIOGRAFIA.

Amigliani, R.: "Gli accordi prematrimoniali nel disegno di legge governativo per la riforma del Codice civile", *I Contratti*, 2019, 6, p. 601.

Angeloni, F.: *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Cedam, Padova, 1997, p. 332 ss.;

Angeloni, F.: *Rinunzie, transazione e arbitrato nei rapporti familiari*, Cedam, Padova, 1999, p. 1090 ss.

Barba, V.: "Patti in previsione della crisi familiare. Proposta per una riforma", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2020, p. 413.

Bix, B.: "Bargaining in the shadow of love: the enforcement of premarital agreements and how we think about marriage", *William and Mary Law Review*, 1998, p. 150 ss.

Carbone, V.: "L'assegno di divorzio tra disponibilità ed indisponibilità", nota a Cass., Civ., 4 giugno 1992, n. 6857, *Corriere Giuridico*, 1992, p. 866;

Carbone, V.: "Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)", nota a Cass., Civ., 22 gennaio 1994, n. 657, *Famiglia e diritto*, 1994, 148 ss.

Cicu, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale,* Athenaeum, Roma, 1914.

Comporti, M.: "Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio", *Foro.it.,* 1995, 5, p. 115.

Busani, A.: *I contratti nella famiglia*, Cedam, Padova, 2020, p. 294 ss.

De Filippis, B.: *Convenzioni matrimoniali e contratti di convivenza,* Biblioteca del diritto di famiglia, Cedam, Padova, 2014, p. 15.

De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 191 ss.

Doria, G.: *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 178, nota 230.

Dosi, G.: *Il diritto contrattuale della famiglia*, Giappicchelli Editore, Torino, 2016, p. 36.

Finocchiaro, M.: "Sull'assetto dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Una rivoluzione annunciata solo dalla stampa", Nota a Cass. Civ., 14 giugno 2000, n. 8109, *Guida al diritto*, n. 24, 2000, p. 43.

Fusaro, A.: "La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?", *Famiglia e Diritto*, 2018, 11, p. 1031.

Jemolo, A. C.: "Il matrimonio", in AA. VV.: *Trattato di Diritto Civile* (a cura di F. Vassalli), Utet, Torino, 1950, p. 54.

Kats, S.N.: "Family Law in America", *Oxford University Press*, 2015, p. 25 ss.

Las Casas, A.: "Accordi prematrimoniali in vista del divorzio: le prospettive italiane di riforma e le questioni dal punto di vista del diritto comparato", *Politica del diritto*, 2020, 3, p. 432.

Macario, F.: "Commento all'art. 10", in AA. VV.: *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio* (a cura di N. Lipari), Cedam, Padova, 1988.

Magagna, M.*: I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici. Per l'autonomia privata nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, Cedam, Padova, 2002.

Morelli, M. R.: *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Cedam, Padova, 1996, p. 61.

Mureden, E.: "I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del dritto italiano", *Famiglia e Diritto*, 2005, 5, p. 543 e ss.

Oberto, G.: "Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica", nota a Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, *Foro.it*, 1999, I, c. 1306.

Oberto, G.: "I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali", *Dir. fam. Pers*., 2003, p. 535 ss.

Oberto, G.: "Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale (prima parte)", *Famiglia e Diritto*, 2003, 4, p. 389.

Oberto, G.: "Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative", www.giacomooberto.com/bologna2011/relazione_oberto_bologna_8_aprile_2011.htm.

Oberto, G.: "Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino", nota a Tribunale di Torino, Sez. VII, Ord., 20 aprile 2012, *Famiglia e Diritto*, 2012, 8-9, p. 803.

Oberto, G.: "Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniuga", *Famiglia e Diritto*, 2012, 1, p. 69.

Rimini, C.: "Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio", *Famiglia e Diritto*, 2018, 11, p. 1041.

Rimini, C.: "I patti in vista del divorzio: la Cassazione rimane ancorata alla nullità", Nota a Cass. Civ., Ord., 26 agosto 2021, n. 11012, *Famiglia e Diritto,* 2021, 10, p. 885.

Romano, M., Sgroi, M.: "Gli accordi preventivi in vista della crisi coniugale. Come disciplinare i rapporti patrimoniali tra le parti", in AA.VV.: *Gli aspetti patrimoniali della famiglia. I rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi nella fase fisiologica ed in quella patologica* (a cura di G. Oberto), Cedam, Padova, 2011, p. 26.

Romano, M., Sgroi M.: "Gli accordi, economici ed esistenziali, preventivi della crisi coniugale", in AA. VV.: *La famiglia in crisi* (a cura di G. Cassano, G. Oberto), Cedam, Padova, 2016, p. 191 ss.

Ruggiero, D. G.: *Gli accordi prematrimoniali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 163.

Salanitro, U.: "Accordi prematrimoniali e sopravvenienze", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, 3, p. 645.

Santoro-Passarelli, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Dir. e giur.*, 1945, p. 3 ss.,

Schlesinger, P.: "L'autonomia privata e i suoi limiti", *Giurisprudenza Italiana*, 1999, 1, p. 1003.

Sesta, M.: *Lezioni di diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 1997, p. 150;

Talamanca, M.: *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè editore, Milano, 1990, p. 148.

Zoppini, A.: "Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi", Nota a Cass. Civ., 23 dicembre 1988, n. 7044, *Giurisprudenza italiana*, 1990, 8-9, p. 1126.

ZOPPINI, A.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo", *Riv. Dir. Civ.*, 2002, p. 2 ss.

L'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE TRA INTERESSE DEI FIGLI, CONFLITTUALITÀ DEI GENITORI ED ESIGENZE ECONOMICHE DELLA FAMIGLIA

THE ASSIGNMENT OF THE MATRIMONIAL HOME BETWEEN THE INTERESTS OF THE CHILDREN, THE CONFLICT OF THE PARENTS AND THE ECONOMIC NEEDS OF THE FAMILY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 190-213

Carlotta
IPPOLITI
MARTINI

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: L'analisi degli orientamenti giurisprudenziali consolidati in materia di assegnazione della casa familiare pone in rilievo l'esigenza di una lettura del diritto vivente che, superando i paradigmi tradizionali, individui un adeguato bilanciamento tra l'interesse del minore e le esigenze economiche della famiglia, anche alla luce delle delicate questioni generate dalla formazione di nuclei familiari successivamente alla separazione ed al divorzio.

PALABRAS CLAVE: Separazione; divorzio; casa familiare; interesse del minore.

ABSTRACT: *The analysis of the consolidated case law on the assignment of the matrimonial home highlights the need to overcome the traditional paradigms and to find an adequate balance between the interests of the child and the economic needs of the family, also in light of the complex issues connected with the formation of new families after separation and divorce.*

KEY WORDS: *Separation; divorce; matrimonial home; best interest of the child.*

SUMARIO.- I. PREMESSE.- II. L'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE E IL PREMINENTE INTERESSE DEL FIGLIO.- III. LA CASA FAMILIARE IN COMODATO.- IV. VALORE DELLA CASA FAMILIARE E TRASFERIMENTI IMMOBILIARI UNA TANTUM.- V. ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE E FAMIGLIA RICOMPOSTA.- VI. IL VALORE ECONOMICO DELL'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE ED IL RIFERIMENTO AL PARAMETRO DEL CANONE DI LOCAZION.- VII. L'ASSEGNAZIONE PARZIALE DELLA CASA FAMILIARE TRA CONFLITTUALITÀ DEI GENITORI ED ESIGENZE DI CONSERVAZIONE DELLE RISORSE ECONOMICHE.

I. PREMESSE.

L'assegnazione della casa familiare riveste una fondamentale rilevanza nell'ambito delle conseguenze economiche della rottura del matrimonio in quanto l'utilità connessa al suo godimento e la correlativa perdita subita da colui che è costretto ad allontanarsene costituiscono, nella grande maggioranza dei casi, un'entità economica di assoluto rilievo nell'ambito del complessivo assetto dei rapporti da definire a seguito della rottura della convivenza come coniugi. In questa prospettiva le decisioni che riguardano la casa familiare fanno emergere profonde interferenze tra i rapporti orizzontali che interessano i coniugi e quelli verticali che riguardano genitori e figli. Infatti, sebbene l'assegnazione della casa familiare venga decisa in funzione del preminente interesse dei figli alla permanenza nell'ambiente in cui si è svolta la vita della famiglia unita, da essa discendono conseguenze che si riflettono significativamente sul mantenimento del coniuge che, in veste di genitore prevalentemente convivente con il figlio, beneficia del godimento della casa familiare, sovente a scapito dell'altro coniuge che vanti su di essa il titolo di proprietà o, quantomeno, di comproprietà. Questo problema, pur ponendosi in termini generali in tutte le fattispecie nelle quali ha luogo l'assegnazione della casa familiare a favore di un coniuge che non ne sia proprietario o pienamente proprietario, assume caratteri peculiari qualora l'immobile che ha costituito il punto di riferimento della vita familiare fosse stato concesso alla coppia a titolo di comodato. Questioni particolarmente complesse si pongono, inoltre, allorché il problema del valore da attribuire al diritto alla permanenza nella casa familiare emerga nel contesto degli accordi traslativi nei quali l'individuazione del prezzo dell'immobile risulta sensibilmente condizionata dall'esistenza di un provvedimento di assegnazione.

Un ulteriore elemento di complessità che può emergere in tutte le ipotesi considerate è rappresentato dal diffondersi di nuclei familiari che derivano dall'unione di persone reduci da precedenti unioni e ricadono nell'ampio concetto di famiglia ricomposta. Le peculiarità che caratterizzano queste formazioni familiari,

• Carlotta Ippoliti Martini
Ricercatrice di Diritto privato dell'Alma Mater Studiorum Università di Bologna. E-mail: carlotta.ippoliti@unibo.it

infatti, fanno emergere esigenze di tutela che presentano un carattere di novità rispetto ai modelli tradizionali assunte quali paradigmi dal legislatore.

Nell'ambito di una così variegata pluralità di fattispecie è possibile individuare regole comuni applicabili in termini generali e, al tempo stesso, indirizzi interpretativi riferibili solamente ad ipotesi peculiari. Ciononostante, come si osserverà, la presenza di criteri capaci di individuare con obiettività e precisione il valore economico da attribuire all'assegnazione della casa familiare potrebbe costituire un elemento fondamentale al fine di superare le persistenti incertezze che emergono dall'analisi della casistica giurisprudenziale ed avviare un percorso virtuoso nel quale le parti – consapevoli circa i prevedibili esiti delle controversie – siano incentivate ad addivenire a soluzioni negoziali della crisi del matrimonio.

II. L'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE E IL PREMINENTE INTERESSE DEL FIGLIO.

La regola che disciplina l'assegnazione della casa familiare è sintetizzata nel sistema attuale dall'art. 337 *sexies* c.c. [1]. La norma introdotta dalla Novella in materia di filiazione [2] riproduce sostanzialmente il contenuto della precedente disposizione concernente l'assegnazione della casa familiare (art. 155 *quater* c.c.) e recepisce l'orientamento ormai consolidato – formatosi sia sotto la vigenza della

1 Per quanto concerne l'assegnazione della casa familiare v. Irti, C.: "Nuovi modelli familiari e tutela del minore nella crisi del rapporto di coppia", in AA. VV., *Diritto civile minorile* (a cura di A. Cordiano e R. Senigaglia), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, p. 178; Perlingieri, G.: "Assegnazione della casa familiare", in AA. VV., *Manuale di diritto di famiglia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, p. 249; Lenti, L.: *Diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 949; Arceri, A.: "L'assegnazione della casa familiare", in Sesta, M., Arceri, A.: *La crisi della famiglia*, III, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2016, p. 379; Arceri, A.: "Commento all'art. 337 *sexies* c.c.", in AA. VV.: *Codice dell'unione civile e delle convivenze* (a cura di M. Sesta), Giuffrè, Milano, 2017, p. 1829; Sesta, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, IX ed., Cedam, Padova, 2021, p. 324; Sesta, M.: "Comunione di vita e «diritti» sulla casa familiare", *Famiglia e diritto*, 2013, 5, p. 515; Roma, U.: "L'assegnazione della casa familiare", in AA. VV.: *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia* (a cura di M. Sesta e A. Arceri), Utet, Torino, 2012, p. 152; Frezza, G.: "Famiglia e matrimonio, II, Ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio", in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), Giuffrè, Milano, II, 2011, p. 1753 ss.; Irti, C.: *Affidamento condiviso e casa familiare*, Jovene, Napoli, 2010, p. 53.

2 La Riforma (D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, recante la "Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219", pubblicato nella G.U. n. 5 dell'8 gennaio 2014 ed in vigore dal 7 febbraio 2014) ha apportato molteplici mutamenti, in particolare variando la sistematica delle norme concernenti i rapporti genitori-figli in caso di scioglimento del legame fra i genitori e collocandole non più nel contesto dei rapporti fra coniugi (artt. 155-155 *sexies* c.c.), ma raccogliendole negli artt. 337 *bis* – 337 *octies* c.c., compendiate nel capo II, ora rubricato "Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio". Si è in questo modo evidenziato l'intento del legislatore di regolare in maniera uniforme i rapporti tra i figli e i genitori a prescindere dal legame che unisce questi ultimi. A questo proposito v. la Relazione conclusiva, 4 marzo 2013, (v. in part. p.14) e, più diffusamente, Sesta, M.: "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", *Rivista di diritto civile*, 2014, 1, p. 3; Al Mureden, E.: "La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari", *Famiglia e diritto*, 2014, 5, p. 466; Morace Pinelli, A.: "L'ambito di applicazione del nuovo Capo II, disciplinante i provvedimenti riguardo ai figli (art. 337-*bis* c.c.)", in AA. VV., *Filiazione. Commento al decreto attuativo* (a cura di M. Bianca), Giuffrè, Milano, 2014, p. 173 ss.

disciplina precedente [3] l'introduzione dell'art. 155 *quater*, sia in epoca successiva – secondo il quale l'assegnazione della casa familiare dev'essere decisa in funzione del preminente interesse dei figli minori o non autosufficienti alla conservazione dell'ambiente nel quale si è svolta la vita della famiglia unita [4]. L'orientamento menzionato fu espresso da una decisione emessa dalle Sezioni Unite ormai oltre trent'anni or sono nella quale si affermò che la compressione del diritto reale del coniuge titolare dell'abitazione potesse trovare eccezionalmente giustificazione solo di fronte all'interesse preminente della permanenza dei figli nella casa [5]. Ne consegue che il diritto di abitare nella casa coniugale può essere riconosciuto al coniuge non proprietario solamente in via indiretta e, segnatamente, nella qualità di genitore prevalentemente convivente con figli minori o non autosufficienti [6]. Gli interpreti hanno sottolineato che il tenore letterale dell'attuale disciplina, soprattutto nell'inciso in cui è chiarito che l'assegnazione viene disposta "tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli" [7], sottende una valutazione giudiziale caratterizzata da un delicato bilanciamento tra interessi antagonistici e che, pertanto, il diritto del figlio alla conservazione dell'ambiente nel quale si è svolta la vita della famiglia unita dev'essere valutato alla luce di un'attenta comparazione con le altre istanze coinvolte ed attuato secondo il canone della ragionevolezza. Ne consegue che il diritto del figlio alla permanenza nella casa familiare può incontrare un limite e cedere laddove esso si traduca in un sacrificio irragionevole ed eccessivo del proprietario per il quale la privazione del godimento dell'immobile può risolversi in un grave pregiudizio economico e personale.

Sotto questo profilo si rinvengono rilevanti indicazioni nelle fattispecie in cui il diritto del figlio alla permanenza nella casa familiare è stato escluso in considerazione delle condizioni di salute del genitore proprietario il quale, dovendo abbandonare un immobile arredato e concepito in funzione di uno stato patologico di particolare disagio, avrebbe dovuto subire un sacrificio in termini

3 Fino all'introduzione della L. n. 54/2006 la disciplina della assegnazione della casa coniugale si articolava nelle previsioni formulate con riferimento alla separazione (art. 155, comma 4, c.c.) ed al divorzio (art. 6, comma 6, l. div.) e veniva ricostruita in via interpretativa con riguardo alla crisi della famiglia di fatto. Sul punto v. Al Mureden, E.: *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Ipsoa, Milano, 2007, p. 53; Cubeddu, M. G.: *La casa familiare*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 275; Frezza, G.: *I luoghi della famiglia*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 181.

4 Arceri, A.: "Commento all'art. 337 *sexies* c.c.", cit., p. 1829; Bianca, C.M.: *Diritto civile*, I, *La famiglia*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 220.

5 Cass., Sez. Un., 23 aprile 1982, n. 2494, *Giustizia civile*, 1982, I, p. 1032, con nota di Finocchiaro, A.: "Ancora sul potere del giudice del divorzio di disporre della casa familiare"; *Foro italiano*,1982, I, c. 87, con nota di Jannarelli, A.: "L'assegnazione della casa familiare".

6 Roma, U.: *L'assegnazione della casa familiare*, cit., p. 152; Irti, C.: *Affidamento condiviso e casa familiare*, cit., p. 53; Cubeddu, M. G.: *La casa familiare*, cit., p. 275.

7 Sull'interesse del minore e sui caratteri che esso ha assunto alla luce della crescente rilevanza dei principi sovranazionali e della pluralità dei modelli familiari La Rosa, E.: *Tutela dei minori e contesti familiari: contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Giuffrè, Milano, 2005; Moro, A. C.: *Manuale di diritto minorile* (a cura di M. Dossetti, C. Moretti, M. Moretti, P. Morozzo Della Rocca, S. Vittorini Giuliano), VI ed., Zanichelli, Bologna, 2019, p. 39 ss.

personali ed economici sproporzionato rispetto all'esigenza del figlio di conservare l'*habitat* familiare [8].

Nell'ambito del bilanciamento tra l'interesse del genitore proprietario e quello del figlio può assumere una particolare rilevanza la condizione di quest'ultimo, il cui diritto alla permanenza nella casa familiare dovrebbe essere valutato e modulato in funzione della condizione di effettiva debolezza. In quest'ottica, pertanto, al favore riservato alla posizione del minore in tenera età o del maggiorenne affetto da patologie o disabilità dovrebbe fare da contrappeso un atteggiamento di crescente rigore laddove si tratti di tutelare le aspirazioni del figlio maggiorenne [9]. Sotto quest'ultimo profilo alcune pronunce hanno condivisibilmente rimarcato la necessità che la "non-indipendenza" economica dei figli maggiorenni sia "incolpevole" e sono giunte ad escludere che l'assegnazione della casa familiare potesse perdurare a favore del coniuge affidatario anche quando il figlio convivente maggiorenne e non autosufficiente desse vita ad una convivenza che alterasse la composizione del nucleo familiare originario [10].

Nella disciplina dell'assegnazione della casa familiare, così come regolata dal legislatore e costantemente interpretata dalla giurisprudenza, è stata ravvisata una lacuna di tutela con riferimento alla posizione del coniuge non proprietario che si trovi al termine del matrimonio in una condizione di debolezza economica [11]. Una simile situazione si manifesta tipicamente nell'ipotesi in cui, al termine di un matrimonio di lunga durata, l'assenza di figli minori o non autosufficienti conduca a disporre l'assegnazione della casa familiare in funzione delle regole proprietarie con la conseguenza di privare di un'abitazione il coniuge non proprietario ed esacerbare posizioni di debolezza economica che non di rado si accompagnano

8 App. Venezia, 6 marzo 2013, *Famiglia e diritto*, 2013, 11, p. 1009, con nota di Russo, R: "Assegnazione della casa familiare a tutela del coniuge disabile", ove il diritto del figlio alla permanenza nella casa familiare ha trovato un limite giustificato dalla condizione di particolare disagio nella quale si trovava il genitore affetto da cecità. Sul punto v. anche Sesta, M.: "L'assegnazione della casa familiare tra «preminente» interesse dei figli e diritti degli altri familiari", *Archivi di psicologia giuridica*, 2014, 1, p. 104, il quale sottolinea l'opportunità di conciliare l'esigenza del figlio alla conservazione dell'*habitat* familiare con quella di garantire un'adeguata tutela al genitore che versi in condizioni di salute che lo pongano in una posizione di particolare vulnerabilità.

9 Arceri, A.: "L'assegnazione della casa familiare", cit., pp. 402-403, sottolinea la crescente rilevanza assunta dall'esigenza di valorizzare l'autoresponsabilità del figlio maggiorenne ed evitare che l'assegnazione della casa familiare venga disposta a favore di colui che abbia già raggiunto un significativo livello di indipendenza o possa ragionevolmente conseguirlo in considerazione dell'età e del percorso formativo intrapreso. Le istanze di adottare soluzioni improntate ad una valorizzazione dell'autoresponsabilità del figlio maggiorenne emergono ulteriormente in un recente Disegno di legge (Dd.L. S/735), nel quale è contemplato l'automatico venir meno del diritto al mantenimento in capo a colui che abbia compiuto il venticinquesimo anno di età.

10 Sul punto si veda Cass. 20 agosto 2014, n. 18076, *Foro italiano*, 2015, 3, c. 1021, con nota di Cocca, C.: "In tema di separazione dei coniugi", ove è stato chiarito che "le circostanze che giustificano il permanere" dell'assegnazione della casa familiare devono essere valutate alla luce del principio secondo cui la tutela del figlio maggiorenne non può essere protratta "oltre ragionevoli limiti di tempo e di misura, poiché il diritto del figlio si giustifica nei limiti del perseguimento di un progetto educativo e di un percorso di formazione".

11 Sul punto Sesta, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 80, il quale, anche sulla scorta di un'analisi delle soluzioni adottate in altri ordinamenti, sottolinea l'opportunità di colmare la lacuna di tutela; Al Mureden, E.: *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole*, cit., p. 58.

ad un'età avanzata ed a una ormai irreversibile capacità di accedere al mercato del lavoro.

III. LA CASA FAMILIARE IN COMODATO.

La ricostruzione delle fattispecie nelle quali assume rilevanza il problema di individuare il valore economico connesso al godimento della casa familiare impone di soffermarsi sulla particolare ipotesi nella quale essa venga goduta dalla coppia di coniugi a titolo di comodato. L'analisi della casistica giurisprudenziale infatti testimonia che qualora la coppia viva in un immobile concesso a titolo gratuito dalla famiglia di origine si profila un cosiddetto "comodato familiare" nel quale l'intersecarsi delle regole di diritto comune che governano il profilo della restituzione del bene con quelle che tutelano il diritto del figlio minore o non autosufficiente alla conservazione dell'*habitat* familiare ha imposto alla giurisprudenza l'individuazione di complesse soluzioni interpretative [12].

Una prima decisione delle Sezioni Unite aveva individuato una soluzione che, muovendo dall'individuazione di una volontà in capo al familiare-comodante di mettere a disposizione un immobile per le esigenze della famiglia comodataria, aveva ravvisato la sussistenza di un "termine implicito di durata" coincidente con il tempo necessario a soddisfare le esigenze abitative dei beneficiari e, di conseguenza, aveva ricondotto la disciplina della restituzione del bene entro la previsione dell'art. 1809 c.c. condizionandola alla sopravvenienza di un urgente ed impreveduto bisogno [13]. La conseguente esclusione della possibilità per il comodante di richiedere la restituzione *ad nutum* del bene (art. 1810 c.c.) ha costituito, da una parte, un condivisibile presidio dell'interesse dei figli residenti nella casa familiare goduta a titolo di comodato alla conservazione dell'ambiente nel quale si era svolta la vita della famiglia unita [14]. Al tempo stesso, tuttavia, questa soluzione interpretativa si è rivelata talvolta eccessivamente penalizzante nella prospettiva del proprietario al punto che numerose decisioni successive hanno

12 Arceri, A.: "L'assegnazione della casa familiare", cit., p. 433; Basini, G. F.: "L'assegnazione della casa familiare", in AA. VV., *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da G. Bonilini), vol. IV, Utet, Torino, 2016, p. 3183; Frezza, G.: "Casa familiare", cit., p. 1777; Irti, C.: "*Sub* art. 155 *quater* c.c.", in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Zanichelli - Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2010, p. 297.

13 Cass., Sez. Un., 21 luglio 2004, n. 13603, *Corriere giuridico*, 2004, 11, p. 1445, con nota di Quadri, E.: "Comodato e «casa familiare»: l'intervento delle Sezioni Unite"; *Famiglia e diritto*, 2005, 6, p. 599, con nota di Al Mureden, E.: "L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare tra tutela dei figli e diritti del comodante".

14 Cipriani, N.: "Il comodato", in AA. VV., *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* (diretto da P. Perlingieri), Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2005, il quale osserva che la rilevanza attribuita all'interpretazione del contratto di comodato ed alla determinazione della "effettiva volontà dei contraenti" risulta funzionale a tutelare efficacemente la posizione dei figli senza però escludere completamente la possibilità di "consentire comunque al comodante di ottenere la restituzione del bene" *ex* art. 1810 c.c., laddove il giudice, all'esito di un'attenta lettura della singola fattispecie concreta, rinvenga nella ricostruzione della volontà negoziale i presupposti che legittimano una piena tutela del diritto del proprietario.

gradualmente circoscritto la portata del principio enunciato dalle Sezioni Unite ammettendo il diritto del comodante a conseguire la restituzione *ad nutum* (art. 1810 c.c.) in una molteplicità di fattispecie che si caratterizzavano per la presenza di peculiarità tali da suggerire un atteggiamento di maggior favore per la tutela dei diritti del proprietario [15]. Il processo di graduale "erosione" dell'ambito di applicazione della regola delineata nel 2004 dalle Sezioni Unite e le persistenti incertezze circa l'individuazione di una soddisfacente composizione dei molteplici interessi in gioco ha dato luogo ad un secondo intervento delle Sezioni Unite [16] che, a distanza di dieci anni dalla prima decisione, hanno specificato che la regola secondo cui la restituzione dell'immobile concesso in comodato al fine di assolvere alla funzione di casa familiare debba essere restituito solo nel caso in cui sopravvenga un urgente ed impreveduto bisogno (art. 1809 c.c.) deve trovare un temperamento. In particolare le Sezioni Unite hanno precisato che "il bisogno che giustifica la richiesta del comodante di restituzione del bene non deve essere grave, ma imprevisto (…) ed urgente". In quest'ottica, pertanto, assume rilievo ai fini della restituzione anche "il sopravvenire di un imprevisto deterioramento della condizione economica del comodante", il quale sarebbe legittimato a conseguire la restituzione del bene anche in presenza di esigenze che lo inducano a venderlo o a concederlo in locazione al fine di conseguire una disponibilità economica necessaria per fare fronte al sopravvenuto deterioramento delle sue condizioni [17].

Il condivisibile principio secondo cui "in tema di comodato familiare, il bisogno che giustifica la richiesta del comodante di restituzione del bene non deve essere grave ma imprevisto ed urgente" è stato ulteriormente ribadito in una decisione di legittimità nella quale la Cassazione – muovendo dall'assunto secondo cui "sui figli grava pur sempre un obbligo di assistenza in favore dei genitori anziani" – ha specificato che "l'età avanzata dei genitori, di per sé portatrice di inevitabili problemi di salute e della conseguente necessità di fronteggiare maggiori spese,

15 Una simile lettura ha trovato riscontro in una decisione di legittimità (Cass., 30 giugno 2010, n. 18619, *Famiglia e diritto*, 2011, 2, p. 121, con nota di Magli, C.: "Comodato e «casa familiare»: la limitazione della portata applicativa della decisione delle Sezioni Unite nella prospettiva delle successive pronunce di legittimità"), nella quale la volontà del comodante di costituire un vincolo di destinazione funzionale alle esigenze della futura famiglia è stata esclusa in ragione della destinazione eminentemente professionale impressa all'immobile concesso al figlio. La volontà del comodante di assicurare un prolungato godimento dell'immobile ai familiari del comodatario è stata altresì esclusa nelle ipotesi in cui l'immobile venga concesso nell'ambito di un rapporto di lavoro ed intercorra pertanto tra un proprietario e un beneficiario non legati da vincoli di parentela (Cass., 13 febbraio 2007, n. 3179, *La nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2007, I, p. 1275, con nota di Al Mureden, E.: "Il limite al diritto alla restituzione della casa familiare in comodato: vincolo di destinazione del bene o nuovo vincolo di solidarietà nella famiglia?").
Per un'illustrazione delle decisioni nelle quali è stata circoscritta la portata del principio espresso dalle Sezioni Unite Al Mureden, E.: "Casa familiare in comodato: il proprietario ha diritto alla restituzione *ad nutum*", *Famiglia e diritto*, 2010, 12, p. 1086.

16 Per una ricostruzione delle incertezze interpretative delineatesi successivamente alla decisione delle Sezioni Unite del 2004 e delle motivazioni addotte dall'ordinanza di remissione con la quale il problema del "comodato familiare" è stato nuovamente sottoposto alle Sezioni Unite Cipriani, N.: "Il comodato di casa familiare sotto esame: appunti per le Sezioni Unite", *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2013, 4, p. 1381.

17 Cass., Sez. Un., 29 settembre 2014, n. 20448, *Corriere giuridico*, 2015, 1, p. 14, con nota di Quadri, E.: "Il nuovo intervento delle Sezioni Unite in tema di comodato e assegnazione della «casa familiare»".

costituisce un fattore decisivo per chiedere la restituzione della casa prestata al figlio a titolo di comodato" [18].

IV. VALORE DELLA CASA FAMILIARE E TRASFERIMENTI IMMOBILIARI *UNA TANTUM*.

Il problema di individuare il valore economico dell'assegnazione della casa familiare emerge anche sotto una diversa prospettiva che si manifesta allorché i coniugi addivengano alla decisione di operare un trasferimento immobiliare nell'ambito degli accordi della crisi familiare [19]. In quest'ipotesi si pone il problema di attribuire un valore all'immobile oggetto di trasferimento; valore che, invero, può variare sensibilmente a seconda che venga preso in considerazione un astratto valore di mercato oppure il valore che l'immobile in concreto assume a seguito dell'emissione del provvedimento di assegnazione a favore del coniuge che prevalentemente convive con i figli.

L'orientamento inizialmente espresso da una ormai risalente decisione di legittimità [20] muoveva dall'assunto secondo cui l'assegnazione della casa familiare al coniuge affidatario dei figli minori "non costituisce un peso sull'immobile destinato ad abitazione, come avviene per un diritto reale". La sussistenza del diritto ad abitare nella casa familiare in qualità di genitore prevalentemente convivente con i figli, pertanto, non può "essere presa in considerazione in sede di determinazione del valore dell'immobile, in caso di divisione, tra i coniugi, dell'immobile stesso ove comune" con la conseguenza che "il valore del cespite (…) deve essere accertato, ai fini del giudizio di divisione, come se non esistesse il provvedimento di assegnazione in questione". Questa soluzione – funzionale ad evitare che il coniuge beneficiario del provvedimento di assegnazione potesse essere doppiamente avvantaggiato dallo stesso – ha trovato seguito in successive decisioni di legittimità nelle quali è stato ulteriormente sottolineato che "l'assegnazione della casa familiare ad uno dei coniugi, cui l'immobile non appartenga in via esclusiva, instaura un vincolo (opponibile anche ai terzi per nove anni, e, in caso di trascrizione, senza limite di tempo) che oggettivamente comporta una decurtazione del valore della proprietà,

18 Cass. 3 luglio 2018, n. 17332, *Diritto e giustizia*, 2018, 4 luglio, "Conflitto tra esigenze familiari di comodatario e comodante, quali prevalgono?".

19 Sugli accordi conclusi in occasione della separazione e del divorzio e, in particolare, sui trasferimenti immobiliari Bonilini, G.: "L'assegno post-matrimoniale", in G. Bonilini e F. Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Il codice civile. Commentario* (diretto da P. Schlesinger, continuato da F. D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2010, p. 675; Gorgoni, A.: *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 145; Al Mureden, E.: *La crisi della famiglia*, I, *La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2015, p. 142 ss. Con particolare riferimento agli accordi traslativi conclusi nel contesto dei procedimenti di negoziazione assistita Sesta, M.: "Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia", *Famiglia e diritto*, 2015, 3, p. 304; Bugetti, M. N.: *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 68.

20 Cass. 17 settembre 2001, n. 11630, *Familia*, 2002, 3, p. 868, con nota di Al Mureden, E.: "Scioglimento della comunione, attribuzione della casa coniugale e computo del preesistente diritto ad abitarla".

totalitaria o parziaria, di cui è titolare l'altro coniuge, il quale da quel vincolo rimane astretto, come i suoi aventi causa, fino a quando il provvedimento non sia eventualmente modificato" [21]. Nel giudizio di divisione conseguente alla separazione o al divorzio, pertanto, occorre necessariamente attribuire rilievo alla "capacità del provvedimento di assegnazione di incidere sul valore di mercato dell'immobile" [22] ed evitare che il coniuge al quale la casa è stata assegnata consegua un duplice ed indebito vantaggio in ragione della determinazione di un valore di mercato "effettivo", ossia determinato in funzione del provvedimento di assegnazione a lui favorevole. Il diverso orientamento secondo cui la titolarità del diritto ad abitare la casa familiare in qualità di genitore prevalentemente convivente con i figli "instaura un vincolo oggettivo" da cui deriva una "decurtazione del valore della proprietà" che deve essere considerata anche in sede di divisione dell'immobile [23] è stato definitivamente superato da una recente decisione con la quale le Sezioni Unite hanno ribadito che in caso di "scioglimento della comunione legale, l'attribuzione, in sede di divisione, dell'immobile adibito a casa familiare in proprietà esclusiva al coniuge che ne era già assegnatario, comportando la concentrazione, in capo a quest'ultimo, del diritto personale di godimento scaturito dall'assegnazione giudiziale e di quello dominicale sull'intero immobile, che permane privo di vincoli, configura una causa automatica di estinzione del primo, che, pertanto, non potrà avere alcuna incidenza sulla valutazione economica del bene in comunione a fini divisori, o sulla determinazione del conguaglio dovuto al coniuge comproprietario non assegnatario, dovendosi conferire all'immobile un valore economico pieno, corrispondente a quello venale di mercato" [24].

V. ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE E FAMIGLIA RICOMPOSTA.

L'esigenza di contemperare i molteplici e delicati interessi contrapposti allorché si pone il problema di decidere l'assegnazione della casa familiare assume caratteri peculiari nella prospettiva della cosiddetta famiglia ricomposta [25].

21 Cass. 9 settembre 2016, n. 17843, *Famiglia e diritto*, 2017, 5, p. 434, con nota di Irti, C.: "Divisione giudiziale della casa familiare in comunione e incidenza economica del vincolo discendente dal provvedimento di assegnazione".

22 Cass. 17 aprile 2009, n. 9310, *Giustizia civile Massimario*, 2009, 4, p. 645.

23 Cass. 22 aprile 2016, n. 8202, *Giustizia Civile Massimario*, 2016; Cass. 17 aprile 2009, n. 9310, *Giustizia Civile Massimario*, 2009.

24 Cass., Sez. Un., 9 giugno 2022, n. 18641, *Giustizia Civile Massimario*, 2022.

25 Rescigno, P.: "Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche", *Familia,* 2002, 1, p. 1; Bilò, G.: "Famiglia ricostituita", in AA. VV., *Codice della famiglia* (a cura di M. Sesta), III ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 2394; Bilò, G.: "I problemi della famiglia ricostituita e le soluzioni dell'ordinamento inglese", *Familia*, 2004, 4-5, p. 831; Buzzelli, D.: *La famiglia «composita». Un'indagine sistematica sulla famiglia ricomposta: i neo coniugi o conviventi, i figli nati da precedenti relazioni e i loro rapporti*, Jovene, Napoli, 2012; Al Mureden, E.: "La famiglia ricomposta tra autonomia privata e tutela dei diritti indisponibili", in AA. VV., *Liber Amicorum Pietro Rescigno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 27.

Sotto questo profilo è possibile ravvisare due ordini di problemi. Una prima questione interpretativa, tutt'ora oggetto di un acceso dibattito, si profila con riferimento alla fattispecie nella quale il genitore prevalentemente convivente con il figlio minore o non autosufficiente instauri una nuova convivenza o contragga nuove nozze. In termini speculari è parsa non soddisfacente la tutela del diritto alla permanenza nella casa familiare del minore o del maggiorenne non autosufficiente che non sia legato da un vincolo di genitorialità biologica con il proprietario dell'immobile.

Con riferimento al primo genere di questioni la previsione originariamente contenuta nell'art. 155 *quater*, comma 1, c.c. introdotto dalla l. n. 54/2006 – giusta la quale il diritto di godimento della casa familiare cessa, oltre che nell'eventualità che l'assegnatario non la abiti più, o non la abiti in modo stabile, nell'ipotesi in cui questi intraprenda una convivenza *more uxorio* ovvero contragga nuovo matrimonio – ha costituito oggetto di rilievi critici sotto il profilo dell'aderenza ai principi costituzionali, soprattutto laddove faceva conseguire l'automatica estinzione del provvedimento di assegnazione all'instaurazione di una nuova relazione da parte del genitore assegnatario [26]. La coerenza della norma rispetto al principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) ed alle esigenze di tutela dei diritti della persona (art. 2 Cost.) è stata preservata a seguito di una pronuncia interpretativa di rigetto con la quale la Corte costituzionale ha chiarito che l'instaurazione di una nuova convivenza da parte del genitore che in prevalenza abiti nella casa familiare con i figli deve condurre ad una rinnovata valutazione dell'interesse di questi ultimi, ma non può giustificare l'automatica caducazione del provvedimento di assegnazione [27].

Per quanto concerne il secondo ordine di problemi emerge una lacuna di tutela con riferimento alla posizione del minore che aspiri a conservare l'*habitat* familiare successivamente alla rottura della relazione che lega il suo genitore biologico e il cosiddetto genitore sociale [28]. La giurisprudenza, infatti, ha chiarito in più

26 Sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate dai provvedimenti di remissione (Trib. Busto Arsizio, 25 ottobre 2006; Trib. Firenze, 13 gennaio 2007; Trib. Firenze, 16 maggio 2007) con riferimento all'automatismo previsto dall'art. 155 *quater* c.c. v. Paladini, M.: "Le nuove cause di estinzione dell'assegnazione della casa familiare al vaglio del giudice delle leggi", *Famiglia e diritto*, 2007, 8-9, p. 836.

27 Corte cost., 30 luglio 2008, n. 308, *Corriere giuridico*, 2008, 12, p. 1663, con nota di Quadri, E.: "Vicende dell'assegnazione della casa familiare e interesse dei figli", il quale sottolinea che la condivisibile sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale ha definitivamente escluso la possibilità di operare una lettura dell'art. 155 *quater* c.c. in ragione della quale la scelta di riformare una famiglia da parte del genitore beneficiario dell'assegnazione possa assumere la valenza di una causa automatica di estinzione del provvedimento di assegnazione. Tale lettura interpretativa, continua l'A., "pare, in effetti, pienamente" giustificata, "dato che qualsiasi considerazione relativa alla libertà dei coniugi in ordine alle proprie scelte esistenziali non può che risultare per definizione estranea al giudizio circa la conformità della disciplina in questione ai principi costituzionali, almeno una volta che si sia individuato nell'interesse della prole il baricentro dell'istituto dell'assegnazione".

28 Cass. 2 ottobre 2007, n. 20688, *Famiglia e diritto*, 2008, 3, p. 243, con nota di Marchiondelli, L. A.: "L'assegnazione della casa familiare quale strumento di tutela dei figli di entrambi i coniugi"; in senso analogo Cass. 15 settembre 2011, n. 18863, in *Giustizia civile*, 2012, I, p. 1275.

occasioni che il sacrificio richiesto al proprietario dell'immobile al fine di soddisfare l'interesse del minore alla permanenza nella casa familiare può giustificarsi solo in presenza di un vincolo di genitorialità biologica e non può giungere sino al punto di configurare una compressione delle prerogative proprietarie di colui che, pur avendo instaurato con il minore un significativo legame di natura affettiva in ragione della prolungata convivenza come coniuge con il genitore di quest'ultimo, non sia legato ad esso da vincoli biologici.

Pertanto l'assenza di figli comuni comporta che l'assegnazione della casa familiare segua le regole proprietarie conducendo al sacrificio del diritto del figlio del coniuge alla conservazione dell'*habitat* domestico [29].

VI. IL VALORE ECONOMICO DELL'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE ED IL RIFERIMENTO AL PARAMETRO DEL CANONE DI LOCAZIONE.

Il consolidato assunto secondo cui l'assegnazione della casa familiare costituisce un valore economico da considerare nel complessivo assetto dei rapporti tra coniugi separati ed ex coniugi divorziati pone un ulteriore e più specifico problema in ordine all'individuazione di un criterio che consenta una sua precisa quantificazione effettuata secondo criteri obiettivi e condivisi. Sotto questo profilo la giurisprudenza ha costantemente fatto ricorso al canone di locazione necessario al fine di conseguire il godimento dell'immobile quale criterio capace di indicare il valore economico scaturente dal provvedimento di assegnazione della casa familiare [30].

A prescindere dal criterio concretamente utilizzato al fine di individuare la misura del valore economico da attribuire al diritto alla permanenza nella casa familiare, può considerarsi un assunto consolidato quello secondo cui il pregiudizio economico sofferto dal coniuge proprietario che si trovi nella condizione di dover reperire una nuova abitazione debba costituire un elemento capace di limitare l'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento o l'assegno divorzile al coniuge economicamente debole che possa giovarsi del godimento dell'abitazione familiare in qualità di genitore prevalentemente collocatario [31].

29 Al Mureden, E.: "Lo scioglimento dell'unione civile tra rapporto di coppia e ruolo del «genitore sociale»", *La nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2016, 12, p. 1699.

30 Il principio secondo il quale il godimento della casa familiare costituisce un valore economico corrispondente al canone ricavabile dalla locazione dell'immobile costituisce un assunto ampiamente consolidato nella giurisprudenza di legittimità. *Ex multis* v. Cass. 11 gennaio 2016, n. 223, *Diritto e giustizia*, Editoriale del 12 gennaio 2016, con nota di Di Lallo, A.: "Calcolo assegno divorzile: conta l'occupazione *de facto* dell'immobile da parte del coniuge beneficiario?"; Cass. 17 dicembre 2015, n. 25420, in *Famiglia e diritto*, 2016, 3, p. 305; Cass. 28 dicembre 2010, n. 26197, in *Giustizia civile*, 2011, 6, p. 1497; Cass. 3 ottobre 2005, n. 19291, in *Foro italiano*, 2006, 1, c. 1362.

31 Cass. 4 ottobre 2018, n. 24254, in *Diritto e giustizia*, 2018, Editoriale del 5 ottobre, *L'assegnazione della casa familiare spetta al genitore cui vengono affidati i figli*; Cass. 22 luglio 2015, n. 15367, *Il Diritto di famiglia e*

In altri termini, quest'ultimo, astrattamente titolare del diritto al mantenimento determinato sulla base dei criteri delineati dall'art. 156 c.c. e dall'art. 5 l. div., dovrà subire una rimodulazione di quanto percepito proporzionale al beneficio economico che deriva dal godimento dell'abitazione familiare. L'incidenza del beneficio economico derivante dal godimento della casa familiare sull'assegno di mantenimento e sull'assegno divorzile può cogliersi, in un'ottica speculare, anche nella fattispecie in cui il coniuge economicamente debole che subisca la revoca del provvedimento di assegnazione della casa familiare può aspirare alla revisione dell'assegno divorzile che dovrà essere rideterminato tenendo in considerazione il pregiudizio economico del richiedente costretto a reperire una nuova soluzione abitativa e l'incremento del cosiddetto "reddito disponibile" del coniuge onerato che, tornando nel possesso e nel godimento del proprio immobile, consegue un significativo incremento patrimoniale [32].

La valutazione del beneficio economico che deriva dal godimento della casa familiare può venire in considerazione in una prospettiva che in parte si differenzia da quella appena descritta in quanto non è riscontrabile una corrispondenza biunivoca tra il beneficio ricavato dall'assegnatario ed il pregiudizio subito dal proprietario. È possibile, infatti, che la casa familiare sia goduta dai coniugi a titolo di comodato e che, successivamente alla rottura del matrimonio, uno di essi, in qualità di genitore prevalentemente collocatario dei figli minori, consegua il diritto ad una prolungata permanenza nella casa familiare e pertanto un significativo vantaggio economico che, tuttavia, non si riflette negativamente sulla posizione dell'altro coniuge eventualmente tenuto alla corresponsione di un assegno di mantenimento o di un assegno divorzile. In questa particolare fattispecie il beneficio economico conseguito mediante l'assegnazione della casa familiare potrà essere considerato alla stregua di un elemento funzionale a moderare la misura del contributo dovuto per il mantenimento del coniuge debole. La sua rilevanza, tuttavia, verrà in considerazione solo nella prospettiva dell'arricchimento conseguito dal richiedente e non anche in quella del pregiudizio subito dal coniuge onerato che non è proprietario dell'immobile.

VII. L'ASSEGNAZIONE PARZIALE DELLA CASA FAMILIARE TRA CONFLITTUALITÀ DEI GENITORI ED ESIGENZE DI CONSERVAZIONE DELLE RISORSE ECONOMICHE.

L'opzione per l'assegnazione in unità separate dell'immobile adibito a casa familiare in luogo della sua assegnazione individuale potrebbe presentare

delle persone, 2016, 2, p. 444, con nota di Savi, G.: "Sulla tutela del terzo acquirente la casa di abitazione assegnata in uso"; Cass. 28 dicembre 2010, n. 26197, cit.

32 Cass. 9 settembre 2002, n. 13065, cit.; Cass. 24 giugno 2014, n. 13565, *De Jure Giuffrè*.
Sul punto v. Al Mureden, E.: *La crisi della famiglia*, I, *La separazione personale dei coniugi*, cit., p. 316.

profili di utilità laddove si consideri la crescente rilevanza assunta dal fenomeno dell'impoverimento del nucleo familiare nel suo complesso a seguito della disgregazione della coppia dei genitori. Questo problema viene avvertito al tempo stesso da colui che, a seguito dell'esclusione dalla casa familiare, è tenuto a sostenere ulteriori spese per assecondare le proprie finalità abitative ed anche dagli altri familiari che da esso dipendono economicamente: questi ultimi, infatti, a seguito del peggioramento delle condizioni economiche del soggetto tenuto al loro mantenimento, vedranno ridotte le proprie aspettative. Pertanto, in altre parole, l'opzione per l'assegnazione in unità separate dell'immobile adibito a casa familiare appare preferibile rispetto a quella dell'assegnazione individuale qualora si consideri l'interesse della famiglia alla minore dispersione possibile delle limitate risorse economiche disponibili. Questa opzione, inoltre, risulterebbe conforme alle esigenze evidenziate dalle letture più attente ai profili economici connessi all'assegnazione della casa familiare, le quali hanno sottolineato come l'impiego dell'avverbio "prioritariamente" da parte del legislatore significhi senza dubbio che l'interesse della prole non costituisce l'unico criterio da considerare ai fini dell'assegnazione. L'assegnazione della casa, quindi, potrebbe assolvere ad una funzione sicuramente rivolta al soddisfacimento dell'interesse dei figli, ma anche a quella di tutelare la parte economicamente più debole e riequilibrare le posizioni economiche dei coniugi [33], infine a quella di non gravare eccessivamente la parte proprietaria dell'immobile.

Sviluppando ulteriormente questo ragionamento potrebbe affermarsi anche che la disponibilità di maggiori risorse economiche possa evitare il crearsi di situazioni conflittuali. Il che risulterebbe conforme alle esigenze di non compromettere o di ricreare un'armonia nel nucleo familiare successivamente alla crisi.

Da ultimo l'assegnazione della casa familiare attraverso la divisione consente una vicinanza di entrambi i genitori ai figli comuni che appare in linea di principio funzionale ad agevolare una frequentazione assidua [34]. È possibile così attuare

33 Sesta, M.: *L'assegnazione della casa familiare tra "preminente" interesse dei figli e diritti degli altri familiari*, cit., p. 102; Roma, U.: *L'assegnazione della casa familiare*, cit., p. 152 e in part. p. 168, inoltre, osserva che la maggioranza degli interpreti ritiene che l'impiego dell'avverbio "prioritariamente" da parte del legislatore significhi senza dubbio che l'interesse della prole non costituisce l'unico da considerare ai fini dell'assegnazione. In questa lettura si ravvisa il recepimento di un filone giurisprudenziale minoritario che riconosceva nell'assegnazione della casa una funzione sicuramente legata al soddisfacimento dell'interesse dei figli, ma anche quella di tutelare la parte economicamente più debole e riequilibrare le posizioni economiche dei coniugi (in questo senso v. anche D'Auria, M.: "Interesse dei figli nell'assegnazione della casa familiare", *Il Corriere del merito*, 2007, 10, p. 1109). Sempre in questa prospettiva rivestono particolare interesse le osservazioni di Carapezza Figlia, G.: "Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto: ricercando un «ragionevole bilanciamento» nel dialogo con la giurisprudenza", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, 3, p. 347, il quale lumeggia una lettura della disciplina che governa l'assegnazione della casa familiare tale da consentire di "dare rilievo ad interessi esistenziali diversi dalla conservazione dell'*habitat*, facenti capo al minore e agli altri protagonisti della crisi familiare".

34 La maggiore rispondenza di una simile soluzione all'attuale contesto normativo viene posta in evidenza da Carapezza Figlia, G.: "Assegnazione della casa familiare", cit., p. 352, il quale osserva che "l'assurgere dell'affidamento condiviso a soluzione ordinaria e preferenziale avrebbe dovuto suggerire un ripensamento del (…) collegamento tra affidamento della prole a un genitore e assegnazione a questi della casa familiare,

quell'obiettivo di mantenere un significativo rapporto con entrambi i genitori che costituisce ormai un principio fondamentale a cui sono ispirate tutte le disposizioni in materia di rapporti tra genitori e figli [35].

Nella casistica giurisprudenziale si riscontrano decisioni in cui l'eventualità di un'assegnazione separata dell'immobile adibito a casa familiare è stata ammessa proprio in presenza di situazioni caratterizzate da un lieve grado di conflittualità coniugale e con la finalità di agevolare la condivisione della genitorialità e la conservazione dell'*habitat* domestico dei figli minori [36].

Ulteriore presupposto al quale è condizionata la divisione della casa familiare è costituito dalla sussistenza delle caratteristiche strutturali necessarie per realizzare unità abitative idonee alle esigenze di coloro che le dovrebbero abitare [37]. Pertanto, ove ricorrano i presupposti indicati risulterebbe possibile limitare l'assegnazione della casa familiare alla parte occorrente ai bisogni del coniuge assegnatario e dei figli conviventi, tenendo conto delle esigenze di vita dell'altro coniuge e delle possibilità di godimento separato dell'immobile [38].

Dall'analisi della casistica giurisprudenziale è chiaramente riscontrabile la propensione dei Giudici di legittimità a considerare la divisione della casa familiare come una soluzione eccezionale, circoscrivendone l'applicazione alle sole fattispecie nelle quali concorrono il presupposto dell'agevole divisibilità dell'immobile e quello della ridotta conflittualità tra la coppia di genitori. Sotto quest'ultimo profilo sembra scorgersi un sorta di "presunzione giurisprudenziale" in ragione della quale l'abitazione in immobili vicini costituirebbe un elemento idoneo a generare conflittualità o ad acuire quella già presente. In questo senso, una decisione di legittimità ha escluso la possibilità di dividere l'abitazione familiare, attribuendo in tal modo rilievo alla preoccupazione di esporre i figli minori al pericolo di "subire, nella loro vita quotidiana, il peso e i rischi di ulteriori conflitti

alla luce del diritto del minore a «mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi genitori» ". In questo senso l'A. individua ulteriori conferme anche nell'ordinamento spagnolo dove l'introduzione della cosiddetta *custodia compartida* (art. 92 codigo civil) ha portato con sé l'esigenza di ricercare nuovi criteri di assegnazione della casa familiare.

35 Il principio secondo cui è diritto del figlio conservare rapporti significativi con i genitori e con i loro parenti è espresso nell'art. 337 *ter*, comma 1, c.c. (Arceri, A.: "Commento all'art. 337 *ter* c.c.", in AA. VV., *Codice dell'unione civile* e *delle convivenze* (a cura di M. Sesta), Giuffrè, Milano, 2017, p. 1759) e viene anche richiamato nell'art. 6, comma 3, L. 10 novembre 2014, n. 162 (Sesta, M.: "Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia", *Famiglia* e *diritto*, 2015, 3, p. 298).

36 Cass. 11 aprile 2014, n. 8580, *Giustizia civile Massimario*, 2014.

37 Cass. 11 novembre 2011, n. 23631, *Famiglia* e *diritto*, 2012, 5, p. 477, con nota di Alvisi, V.: "L'assegnazione parziale della casa coniugale".

38 Sempre in questo senso può apparire apprezzabile la soluzione adottata da Cass. 17 dicembre 2009, n. 26586, *Famiglia, persone* e *successioni*, 2011, 8-9, p. 574, con nota di Caricato, C.: "Casa familiare ed esigenze imprenditoriali".

familiari che sarebbero, presumibilmente, incentivati dall'abitazione di entrambi genitori nello stesso fabbricato, seppure alloggiati in due piani diversi" [39].

Alcune considerazioni determinate in parte da recenti modificazioni del contesto normativo e in parte da osservazioni di ordine pratico inducono ad osservare criticamente gli orientamenti consolidati in materia di divisione dell'immobile adibito a casa familiare e a considerare con maggior favore l'opzione per questa modalità di assegnazione.

Una prima osservazione deve essere formulata con riferimento alla "presunzione giurisprudenziale" secondo la quale la vicinanza tra i genitori la cui unione sia andata in crisi è presumibilmente foriera di una conflittualità che si riflette negativamente sui rapporti con i figli. Questa presunzione, a ben vedere, rievoca quella che per molti anni aveva dominato la materia dell'affidamento congiunto, visto come misura eccezionale che poteva essere disposta solo in presenza di una bassa conflittualità tra coniugi, derogando alla regola generale dell'affidamento esclusivo, ritenuto maggiormente conforme all'esigenza di non creare attriti tra i genitori con riferimento alle decisioni relative alla vita del figlio [40]. Una simile presunzione giurisprudenziale, dominante per lungo tempo, è stata sovvertita dall'intervento legislativo con il quale è stata stabilita la regola generale dell'affidamento condiviso (art. 155 c.c., introdotto dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54). Tale previsione è stata confermata in termini ancor più ampi dalle attuali disposizioni che sanciscono la regola generale dell'esercizio condiviso della responsabilità genitoriale (artt. 316, comma 4; 337 *ter*, comma 3 e 337 *quater* c.c.) [41].

A ben vedere in un sistema che eleva a principio fondamentale il diritto alla bigenitorialità e la regola dell'esercizio condiviso della responsabilità genitoriale appare non più pienamente coerente una presunzione giurisprudenziale in ragione della quale i genitori che vivono in unità abitative vicine debbano vedere incrementare la conflittualità che caratterizza i loro rapporti. Tale eventualità non può essere sicuramente esclusa e, ove presente, potrebbe sconsigliare una vicinanza delle abitazioni; ciònondimeno appare inappropriato nel contesto attuale

39 Cass. 22 luglio 2014, n. 16649, *Famiglia e diritto*, 2014, 11, p. 1035. Nella specie, la casa dichiarata indivisibile era di ampie dimensioni, articolata su due livelli abitativi, ciascuno dotato di autonomi servizi e comunque collegati da una scala interna. Al di là delle concrete possibilità accertate di creazione di due distinte ed autonome unità abitative il "fabbricato-villetta" era stato progettato e destinato a unitaria abitazione della famiglia, con verosimile destinazione a zona giorno del primo livello e a zona notte del secondo. Sulla base di questo accertamento di fatto la Corte distrettuale aveva ritenuto non sacrificabile l'interesse dei figli a mantenere quell'*habitat* domestico nelle dimensioni volute e realizzate dagli stessi genitori. Inoltre i giudici hanno ritenuto che la conflittualità dei due ex coniugi, emersa nel corso del giudizio, potesse essere di pregiudizio per i minori in caso di convivenza nello stesso stabile dei genitori.

40 Per un'approfondita ricostruzione della transizione dalla disciplina che contemplava l'affidamento esclusivo quale regola generale a quella che, attuando il principio della bigenitorialità, ha introdotto l'affidamento condiviso quale criterio preferenziale e prevalente Arceri, A.: *L'affidamento condiviso: nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, Ipsoa, Milano, 2007; Sesta, M.: "Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali", *Famiglia e diritto*, 2006, 4, p. 380.

41 A questo proposito v. Al Mureden, E.: *La responsabilità genitoriale*, cit., p. 469.

presumere che una simile conflittualità scaturisca dalla vicinanza delle abitazioni e debba costituire la ragione per precludere la divisione della casa familiare anche ove le caratteristiche dell'immobile la rendano possibile.

Una volta superati gli ostacoli di tipo negativo che possono frapporsi all'emissione di un provvedimento di divisione della casa familiare, occorre considerare che tale soluzione potrebbe risultare funzionale a migliorare sensibilmente la condizione economica della famiglia divisa. Essa, infatti, consentirebbe la contemporanea permanenza di entrambi i coniugi in unità immobiliari separate e contribuirebbe ad attuare l'interesse dei figli minori o non autosufficienti sotto un duplice profilo: una maggiore disponibilità di risorse economiche della famiglia nel suo complesso consentirebbe anzitutto di liberare ricchezze che potrebbero essere destinate al mantenimento e, in secondo luogo, una situazione di maggiore agiatezza potrebbe prevenire motivi di conflitto e di tensione tra i coniugi determinati dalla limitatezza delle risorse economiche a disposizione. Questo particolare punto di vista può condurre a ritenere che l'assegnazione parziale della casa familiare non dovrebbe costituire un'opzione da considerare in via residuale e da circoscrivere ad ipotesi in un certo senso eccezionali. Essa, al contrario, in considerazione dei significativi benefici economici che derivano dalla sua adozione, appare meritevole di una maggiore considerazione. L'affermazione di una simile soluzione, infatti, costituirebbe senz'altro un rimedio rispetto al problema dell'impoverimento dei nuclei familiari determinato dal disgregamento della coppia dei genitori.

Le considerazioni appena formulate con riferimento al contesto normativo attuale sembrano poter conservare la loro validità anche in una prospettiva *de iure condendo*. I progetti di riforma più recenti, infatti, confermano la centrale rilevanza assunta dal principio della bigenitorialità e, ponendosi l'obiettivo di realizzare una divisione paritaria dei tempi di permanenza del minore presso ciascun genitore, pongono in modo implicito ma significativo in primo piano l'esigenza di incentivare nella massima misura possibile un assetto di rapporti che, pur muovendo dalla consapevolezza di una coppia genitoriale divisa, risultino cementati da un atteggiamento di reciproca collaborazione nell'individuazione di soluzioni condivise nell'interesse del figlio [42] e, di conseguenza, dalla predisposizione di un'organizzazione logistica che consenta di attuare nel modo più pieno ed intenso

42 Sulla mediazione quale strumento funzionale alla composizione concordata dei conflitti della coppia genitoriale Bugetti, M. N.: *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, cit., *passim*; Tommaseo, F.: "Mediazione familiare e processo civile", *Famiglia e diritto*, 2012, 8-9, p. 833; Irti, C.: "Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita", *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, 2, p. 665. Un ulteriore apporto all'attuazione del principio di bigenitorialità ed alla promozione di un approccio improntato alla reciproca collaborazione nell'interesse dei figli può essere realizzato mediante l'introduzione della figura del coordinatore genitoriale che ha assunto crescente rilevanza nell'ambito della giurisprudenza di merito (Trib. Civitavecchia, 20 maggio 2015, *Foro italiano*, 2016, I, c. 1655; Trib. Milano, 29 luglio 2016, *Famiglia e diritto*, 2017, 8-9, p. 797, con nota di Danovi, F.: "Il coordinatore genitoriale: una nuova risorsa nella crisi della famiglia"; La Spina, A.: "La coordinazione genitoriale quale tecnica di gestione del conflitto familiare", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, 5, p. 749, la quale analizza le decisioni giurisprudenziali nell'ambito di una più ampia trattazione della figura del coordinatore genitoriale).

il principio della divisione paritaria dei tempi di permanenza di quest'ultimo presso ciascun genitore.

In altri termini, la promozione di un modello di relazioni della coppia divisa improntato ad un dovere di reciproca collaborazione nell'interesse del figlio e di piena ed effettiva partecipazione ai compiti di accudimento di quest'ultimo conduce ad individuare la soluzione di abitazioni vicine come quella maggiormente idonea a perseguire i valori sottesi al principio della bigenitorialità. L'assegnazione parziale dell'unica casa familiare, pertanto, costituirebbe in questo nuovo scenario una soluzione da osservare con particolare favore in considerazione della sua funzionalità a coniugare un modello di relazioni improntato alla frequentazione dei genitori in tempi paritari con l'attenzione a non disperdere le risorse economiche del nucleo familiare disgregato.

BIBLIOGRAFIA.

Al Mureden, E.: "Casa familiare in comodato: il proprietario ha diritto alla restituzione *ad nutum*", *Famiglia e diritto*, 2010, 12, p. 1086;

Al Mureden, E.: "Il limite al diritto alla restituzione della casa familiare in comodato: vincolo di destinazione del bene o nuovo vincolo di solidarietà nella famiglia?", *La nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2007, I, p. 1275;

Al Mureden, E.: *La crisi della famiglia*, I, *La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2015;

Al Mureden, E.: "La famiglia ricomposta tra autonomia privata e tutela dei diritti indisponibili", in AA. VV., *Liber Amicorum Pietro Rescigno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018;

Al Mureden, E.: "L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare tra tutela dei figli e diritti del comodante", *Famiglia e diritto*, 2005, 6, p. 599;

Al Mureden, E.: "La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari", *Famiglia e diritto*, 2014, 5, p. 466;

Al Mureden, E.: "Lo scioglimento dell'unione civile tra rapporto di coppia e ruolo del «genitore sociale»", *La nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2016, 12, p. 1699;

Al Mureden, E.: *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Ipsoa, Milano, 2007;

Al Mureden, E.: "Scioglimento della comunione, attribuzione della casa coniugale e computo del preesistente diritto ad abitarla", *Familia*, 2002, 3, p. 868;

Alvisi, V.: "L'assegnazione parziale della casa coniugale", *Famiglia e diritto*, 2012, 5, p. 477;

Arceri, A.: "Commento all'art. 337 *sexies* c.c.", in AA. VV.: *Codice dell'unione civile e delle convivenze* (a cura di M. Sesta), Giuffrè, Milano, 2017, p. 1829;

Arceri, A.: "Commento all'art. 337 *ter* c.c.", in AA. VV.: *Codice dell'unione civile e delle convivenze* (a cura di M. Sesta), Giuffrè, Milano, 2017, p. 1759;

ARCERI, A.: *L'affidamento condiviso: nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, Ipsoa, Milano, 2007;

BASINI, G. F.: "L'assegnazione della casa familiare", in AA. VV., *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da G. BONILINI), vol. IV, Utet, Torino, 2016;

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, I, *La famiglia*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2017;

BILÒ, G.: "Famiglia ricostituita", in AA. VV., *Codice della famiglia* (a cura di M. SESTA), III ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 2394;

BILÒ, G.: "I problemi della famiglia ricostituita e le soluzioni dell'ordinamento inglese", *Familia*, 2004, 4-5, p. 831;

BONILINI, G.: "L'assegno post-matrimoniale", in G. BONILINI e F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Il codice civile. Commentario* (diretto da P. SCHLESINGER, continuato da F. D. BUSNELLI), Giuffrè, Milano, 2010;

BUGETTI, M. N.: *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Giuffrè, Milano, 2015;

BUZZELLI, D.: *La famiglia «composita». Un'indagine sistematica sulla famiglia ricomposta: i neo coniugi o conviventi, i figli nati da precedenti relazioni e i loro rapporti*, Jovene, Napoli, 2012;

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto. ricercando un «ragionevole bilanciamento» nel dialogo con la giurisprudenza", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, 3, p. 347;

CARICATO, C.: "Casa familiare ed esigenze imprenditoriali", *Famiglia, persone e successioni*, 2011, 8-9, p. 574;

COCCA, C.: "In tema di separazione dei coniugi", *Foro italiano*, 2015, 3, c. 1021;

CIPRIANI, N.: "Il comodato di casa familiare sotto esame: appunti per le Sezioni Unite", *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2013, 4, p. 1381.

CIPRIANI, N.: "Il comodato", in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* (diretto da P. Perlingieri), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005;

CUBEDDU, M. G.: *La casa familiare*, Giuffrè, Milano, 2005;

DANOVI, F.: "Il coordinatore genitoriale: una nuova risorsa nella crisi della famiglia", *Famiglia e diritto*, 2017, 8-9, p. 797;

D'Auria, M.: "Interesse dei figli nell'assegnazione della casa familiare", *Il Corriere del merito*, 2007, 10, p. 1109;

Di Lallo, A.: "Calcolo assegno divorzile: conta l'occupazione *de facto* dell'immobile da parte del coniuge beneficiario?", *Diritto e giustizia*, Editoriale del 12 gennaio 2016;

Finocchiaro, A.: "Ancora sul potere del giudice del divorzio di disporre della casa familiare", *Giustizia civile*, 1982, I, p. 1032;

Frezza, G.: "Famiglia e matrimonio, II, Ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio", in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), Giuffrè, Milano, II, 2011;

Frezza, G.: *I luoghi della famiglia*, Giappichelli, Torino, 2004;

Gorgoni, A.: *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Giuffrè, Milano, 2009;

Irti, C.: *Affidamento condiviso e casa familiare*, Jovene, Napoli, 2010;

Irti, C.: "Divisione giudiziale della casa familiare in comunione e incidenza economica del vincolo discendente dal provvedimento di assegnazione", *Famiglia e diritto*, 2017, 5, p. 434;

Irti, C.: "Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita", *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, 2, p. 665;

Irti, C.: "Nuovi modelli familiari e tutela del minore nella crisi del rapporto di coppia", in AA. VV., *Diritto civile minorile* (a cura di A. Cordiano e R. Senigaglia), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022;

Irti, C.: "*Sub* art. 155 *quater* c.c.", in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Zanichelli - Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2010;

Jannarelli, A.: "L'assegnazione della casa familiare", *Foro italiano*, 1982, I, c. 87;

La Rosa, E.: *Tutela dei minori e contesti familiari: contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Giuffrè, Milano, 2005;

La Spina, A.: "La coordinazione genitoriale quale tecnica di gestione del conflitto familiare", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, 5, p. 749;

Lenti, L.: *Diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2021;

Magli, C.: "Comodato e «casa familiare»: la limitazione della portata applicativa della decisione delle Sezioni Unite nella prospettiva delle successive pronunce di legittimità", *Famiglia e diritto*, 2011, 2, p. 121;

Marchiondelli, L. A.: "L'assegnazione della casa familiare quale strumento di tutela dei figli di entrambi i coniugi", *Famiglia e diritto*, 2008, 3, p. 243;

Morace Pinelli, A.: "L'ambito di applicazione del nuovo Capo II, disciplinante i provvedimenti riguardo ai figli (art. 337-*bis* c.c.)", in AA. VV., *Filiazione. Commento al decreto attuativo* (a cura di M. Bianca), Giuffrè, Milano, 2014;

Moro, A. C.: *Manuale di diritto minorile* (a cura di M. Dossetti, C. Moretti, M. Moretti, P. Morozzo Della Rocca, S. Vittorini Giuliano), VI ed., Zanichelli, Bologna, 2019;

Paladini, M.: "Le nuove cause di estinzione dell'assegnazione della casa familiare al vaglio del giudice delle leggi", *Famiglia e diritto*, 2007, 8-9, p. 836;

Perlingieri, G.: "Assegnazione della casa familiare", in AA. VV., *Manuale di diritto di famiglia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021;

Quadri, E.: "Comodato e «casa familiare»: l'intervento delle Sezioni Unite", *Corriere giuridico*, 2004, 11, p. 1445;

Quadri, E.: "Il nuovo intervento delle Sezioni Unite in tema di comodato e assegnazione della «casa familiare»", *Corriere giuridico*, 2015, 1, p. 14;

Quadri, E.: "Vicende dell'assegnazione della casa familiare e interesse dei figli", *Corriere giuridico*, 2008, 12, p. 1663;

Rescigno, P.: "Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche", *Familia,* 2002, 1, p. 1;

Roma, U.: "L'assegnazione della casa familiare", in AA. VV.: *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia* (a cura di M. Sesta e A. Arceri), Utet, Torino, 2012;

Russo, R: "Assegnazione della casa familiare a tutela del coniuge disabile", *Famiglia e diritto*, 2013, 11, p. 1009;

Savi, G.: "Sulla tutela del terzo acquirente la casa di abitazione assegnata in uso", *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, 2, p. 444;

Sesta, M.: "Comunione di vita e «diritti» sulla casa familiare", *Famiglia e diritto*, 2013, 5, p. 515;

Sesta, M.: "L'assegnazione della casa familiare tra «preminente» interesse dei figli e diritti degli altri familiari", *Archivi di psicologia giuridica*, 2014, 1, p. 104;

Sesta, M.: "Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali", *Famiglia e diritto*, 2006, 4, p. 380;

Sesta, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, IX ed., Cedam, Padova, 2021;

Sesta, M.: "Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia", *Famiglia e diritto*, 2015, 3, p. 304;

Sesta, M.: "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", *Rivista di diritto civile*, 2014, 1, p. 3;

Sesta, M., Arceri, A.: *La crisi della famiglia*, III, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2016;

Tommaseo, F.: "Mediazione familiare e processo civile", *Famiglia e diritto*, 2012, 8-9, p. 833;



DERECHOS DE VISITA, COMUNICACIÓN Y COMPAÑÍA: LA ONDA EXPANSIVA DE LA LEY 8/2021

RIGHTS OF ACCESS, COMMUNICATION AND COMPANIONSHIP: THE RIPPLE EFFECT OF LEY 8/2021

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 214-245

Covadonga
LÓPEZ
SUÁREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Este estudio se centra en la modificación operada por la Ley 8/2021 en cuanto a los derechos de visita, comunicación y compañía del progenitor no custodio respecto de sus hijos, principalmente en lo relativo a la limitación o suspensión de los mismos. Se busca confeccionar un comentario crítico de esta, identificar aquellos aspectos que hayan resaltado en mayor medida y, acudiendo a las opiniones jurisprudenciales y doctrinales reinantes hasta que se materializó dicha reforma, cavilar acerca de si se alinea o no con las corrientes de pensamiento que le preceden y, en definitiva, concluir si las novedades introducidas son un medio acertado para lograr los objetivos que parecieran impulsarlas.

PALABRAS CLAVE: Derecho de visita; violencia de género; violencia vicaria.

ABSTRACT: *This study focuses on the modification made by Law 8/2021 regarding the rights of access, communication and company of the non-custodial parent with respect to his or her children, mainly in relation to the limitation or suspension of these rights. The aim is to make a critical commentary on this, to identify those aspects that have stood out to a greater extent and, by turning to the prevailing jurisprudential and doctrinal opinions until the reform was implemented, to consider whether or not it is in line with the currents of thought that preceded it and, in short, to conclude whether the novelties introduced are the right way to achieve the objectives that seem to have driven them.*

KEY WORDS: *Rights of access; gender-based violence; vicarious violence.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ALGUNAS NOTAS PREVIAS SOBRE LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 94 CC.- 1. Comentario a la reforma del artículo 94 CC: ¿qué ha cambiado?.- A) Modificaciones relativas a la determinación de los derechos de visita, comunicación y estancia respecto de hijos menores e hijos mayores o emancipados con discapacidad.- B) Modificaciones relativas a la limitación o suspensión de estos derechos.- C) Introducción del derecho de visita y comunicación para hermanos, parientes y allegados.- 2. Aspectos sobresalientes de la reforma.- III. LIMITACIÓN O SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS DE VISITA, COMUNICACIÓN Y COMPAÑÍA.- 1. Algunas cuestiones previas.- 2. Situación previa a la entrada en vigor de la Ley 8/2021.- A) Repaso a la evolución de la suspensión y extinción de los derechos de visita, comunicación y estancia del progenitor no custodio en España. Especial referencia a los casos de violencia de género.- B) Principales líneas de pensamiento y opiniones jurisprudenciales al respecto en el momento de entrada en vigor de la Ley 8/2021.- 3. La limitación y suspensión de los derechos de visita, comunicación y estancia tras la reforma.- A) Antecedentes de la reforma.- B) Análisis jurisprudencial.- C) Consecuencias: pros y contras.- D) Valoración personal.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Nada parecía hacer presagiar que la Ley 8/2021 acogiera la reforma a la que se dedican estas páginas. Ni su título, "por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", ni los motivos aducidos en la misma apuntaban a una modificación que se extendiese más allá de los derechos de las personas con discapacidad.

En efecto, un estudio del preámbulo de este texto lleva al lector a concluir que el legislador trataba de buscar una mejor adecuación de nuestro ordenamiento al Convenio de Nueva York de 2006, no mencionando, ni siquiera someramente, su intención de hacer una pequeña incursión en cómo se encontraban configurados los derechos de visita, comunicación y compañía (principalmente del progenitor no custodio con respecto a sus hijos) en el Código Civil (en adelante, CC). Sin embargo, esto no resultó ser impedimento alguno para dar un vuelco a lo que hasta aquel momento establecía el artículo 94 CC, artículo que ha sido alterado no solo en lo que respecta a los hijos menores e hijos mayores o emancipados con discapacidad, sino también en lo relativo a la limitación y suspensión de estos derechos y a su extensión hacia hermanos, parientes y otros allegados.

El debate en esta cuestión es inevitable, principalmente en torno a las nuevas causas de limitación y suspensión, motivo por el cual serán estas las que tengan mayor protagonismo en el estudio que aquí comienza. Y es que la decisión del legislador ha sido puesta en tela de juicio hasta el punto de interponerse un recurso de inconstitucionalidad por parte del grupo parlamentario VOX del Congreso de los Diputados, cuya respuesta se ha conocido recientemente.

• Covadonga López Suárez
Investigadora Predoctoral FPU en Derecho Civil. Universidad de Cádiz. E-mail: covadonga.lopezsuarez@mail.uca.es

Parece claro, pues, cuán necesario es ahondar en este aspecto, determinar cuál era el estado de la cuestión antes de que se aprobara esta ley y cuál ha sido el resultado de su entrada en vigor en la práctica jurídica, en los tribunales, pudiendo resultar de todo ello una opinión fundada sobre sus pros y contras.

II. ALGUNAS NOTAS PREVIAS SOBRE LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 94 CC.

1. Comentario a la reforma del artículo 94 CC: ¿qué ha cambiado?.

Destinado a la regulación de los derechos de visita, comunicación y compañía del progenitor no custodio respecto de sus hijos[1] a raíz de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, el artículo 94 CC no había sido alterado más que por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, alteración nada comparable a la que tratamos de explicar en estos instantes. Mas, mientras que por aquel entonces simplemente se anexó un segundo párrafo[2], sin introducir cambio alguno en lo que ya se preveía, la Ley 8/2021, como puede apreciarse a continuación, ha supuesto un giro radical.

Son cuantiosas las diferencias entre el régimen anterior y el vigente en la actualidad[3], algo que queda patente atendiendo tan solo a la extensión de una y

1 Aunque este estudio se centre en los cambios que más abajo se comentan, no puede obviarse que estos derechos de los que hablamos, los derechos de visita, comunicación y compañía, no solo vienen regulados por el artículo que nos ocupa, sino también por el artículo 90 CC, el artículo 103 de este mismo texto, así como tampoco puede evitarse la referencia obligada al artículo 160 CC, al que haremos mención en más ocasiones al hilo de las elucubraciones de este trabajo (y este último no se entiende sin el artículo 161 CC).

2 Concretamente, se hacía referencia al derecho de visita de los abuelos, puesto que hasta ese momento tan solo se había regulado este respecto de, como decíamos, el progenitor no custodio.

3 Tengamos en cuenta que el artículo 94 CC decía tal que así hasta la Ley 8/2021: "El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor."; mientras que actualmente reza como sigue: "La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho previsto en el párrafo anterior. La autoridad judicial adoptará la resolución prevista en los párrafos anteriores, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. Así mismo, la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial

otra versión (anteriormente el precepto contaba tan solo con dos párrafos, siendo ahora de seis). Pero, evidentemente, no solo en lo formal difieren, sino también, y lo que es más importante, en cuestión de fondo, habiéndose realizado cambios, como decíamos, en cuanto a los hijos menores e hijos mayores o emancipados con discapacidad, respecto a la limitación o extinción de estos derechos e introduciéndose el derecho de visita y comunicación para hermanos, parientes y allegados.

A) Modificaciones relativas a la determinación de los derechos de visita, comunicación y estancia respecto de hijos menores e hijos mayores o emancipados con discapacidad.

Si bien es cierto que el inicio de esta nueva redacción no dista en demasía de la anterior, comenzamos ya a atisbar algunas de estas variaciones a las que hacíamos referencia. Además de, por ejemplo, ser sustituida la palabra "juez" por "autoridad judicial", el legislador de 2021 ha optado por regular los derechos que dan nombre a estas páginas en párrafos independientes según se refiera a hijos menores de edad o a aquellos "con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión", al contrario de lo que venía sucediendo hasta ahora, pues se refería a ambos de manera conjunta ("(…) a los hijos menores o incapacitados") siendo la norma para unos y otros indiferente.

Nótese que, a este respecto, y a pesar de lo que afirmábamos al comienzo, sí parece responder la actuación legislativa al título y los designios de la ley que lo ampara, pues afecta, por una parte, a la nomenclatura empleada para referirse a los verdaderos protagonistas de esta (es decir, a las personas con discapacidad, ya no incapacitadas) y, lo que es más relevante, personaliza su regulación, no siendo abducidos por la concebida para los menores de edad.

Prosigue el precepto disponiendo, como último apunte dentro de las que hemos denominado "modificaciones relativas a la determinación de los derechos de visita, comunicación y estancia respecto de hijos menores e hijos mayores o emancipados con discapacidad" que todo lo anterior se acordará por la autoridad judicial, pero "previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal". Si acudimos a lo hasta el momento previsto, podemos advertir que no se hacía referencia alguna a

advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial. No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior. Igualmente, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar su consentimiento. La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad.".

esta exigencia, limitándose el Código a establecer que el juez sería el encargado de tomar esta decisión.

B) Modificaciones relativas a la limitación o suspensión de estos derechos.

Decíamos que los cambios analizados en el apartado anterior sí fluyen con los propósitos perseguidos por la Ley 8/2021, pues, aunque colateralmente se pronuncien sobre otros aspectos, centran su atención en las personas con discapacidad y en cómo esta regulación les afectaba. Sin embargo, es adentrándonos en las restantes innovaciones como nos percatamos de que el sentido del nuevo artículo 94 CC escapa, por mucho, lo que en principio pretendía, presuntamente, el legislador con esta sonada reforma.

Uno de los ejemplos de esta extralimitación de la que hablamos la encontramos en la nueva referencia del predicho precepto a la limitación o suspensión de los derechos en cuestión. Aunque tanto antes como después de esta reforma, el artículo 94 CC concreta cuándo procede la limitación del derecho de visita, comunicación y compañía o, incluso, su suspensión, es evidente el carácter eminentemente más exhaustivo que ello ha adoptado con la modificación, como un estudio comparativo de ambas literalidades nos muestra a continuación.

De forma mucho más breve y concisa, el legislador de 1981 dispuso que podría el juez limitar o suspender estos derechos "si se dieren *graves circunstancias* que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial". Destaca sobremanera, motivo por el cual lo señalamos en este punto a pesar de que se profundizará a este respecto en los epígrafes venideros, la indeterminación de la expresión "graves circunstancias", que permitía un cierto margen de interpretación.

Sin embargo, este aspecto, que, como vemos, se solventaba con poco más de una frase no precisamente concreta, estableciéndose una causa única para proceder a la suspensión o límite de estos derechos (aunque esta implicara una gran flexibilidad en su aplicación por parte de los tribunales), es ahora abarcado por cuatro supuestos de hecho diferentes, siendo este uno de los aspectos que ha merecido más críticas y opiniones entre la doctrina.

El primero de estos supuestos actuales podríamos decir que se corresponde con el de la redacción anterior del artículo, estableciendo que "la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial". No son necesarias grandes aclaraciones, tan solo siendo reseñable el hecho de haber sido

sustituida la expresión antes aludida "graves circunstancias" por "circunstancias relevantes".

En el segundo, sin precedente alguno en lo regulado con anterioridad, se dispone que "(n)o procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos".

Y, seguidamente, guardando estrecha relación con el supuesto que se acaba de exponer, aplica el legislador esto mismo "cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género".

Sin embargo, la concurrencia de estas circunstancias no ha de, necesariamente, apartar a un progenitor de su hijo, ya que prevé el mismo precepto a continuación una excepción: "la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial".

Así pues, puede observarse cómo, a partir de ahora, en caso de haberse iniciado un procedimiento por alguno de los delitos anteriormente citados, o de haber indicios de que, sin que se iniciara, estos hechos se hayan producido, la regla general será la privación al presunto autor de los mismos del derecho de visita, comunicación y estancia para con sus hijos, o lo que es lo mismo, la pérdida de todo contacto. Y será una excepción que tan solo procederá cuando se cumplan los requisitos establecidos y así sea acordado por el juez o tribunal que se permita el mantenimiento de dichos derechos aun cuando concurran estas circunstancias. Empero es preciso añadir que esta excepción no se aplicará "*en ningún caso* (…) respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos" antes enumerados.

C) Introducción del derecho de visita y comunicación para hermanos, parientes y allegados.

Para finalizar, hemos de hacer referencia a que, el que constaba hasta este momento como párrafo segundo del artículo 94 CC y que, gracias a la Ley 42/2003 había abierto la posibilidad de que los derechos de visita y comunicación se concedieran a los abuelos, ha sufrido también los efectos de esta reforma.

Para comenzar, un primer acercamiento arroja como diferencia principal y que no puede ser pasada por alto, que ya no solo se conciben estos derechos para los

abuelos respecto de sus nietos, sino que se extienden mucho más allá, atendiendo a las nuevas circunstancias familiares de la sociedad en la que vivimos. Ese párrafo, al que aludíamos al inicio, ha sido sustituido por uno en el que se amparan las pretensiones de aquel que acredite su "condición de hermano, abuelo, pariente o allegado".

Mas la extensión de su ámbito no es lo único que resalta, siendo otros dos aspectos los que llaman la atención de quien los lee. En primer lugar, en consonancia con el carácter de la Ley 8/2021, se hace mención expresa, algo que no sucedía anteriormente, al "mayor con discapacidad que necesite apoyo para tomar la decisión"; y, en segundo lugar, como consecuencia de esto primero, se exige no solo tener en cuenta "el interés del menor" sino también, de nuevo, "la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad".

2. Aspectos sobresalientes de la reforma.

Los epígrafes que acaban de presentarse son, sin lugar a dudas, señal manifiesta de la relevancia de esta modificación. Y, aunque, como las páginas que a esta preceden muestran, han sido varias las aportaciones realizadas por esta ley al artículo 94 CC, debido a que un estudio de todas ellas sería inabarcable en un trabajo de este calibre, nos centraremos en averiguar los aciertos y desatinos del legislador en tanto en cuanto a uno de los tres ámbitos que hemos introducido: el nuevo régimen de limitación o suspensión de los derechos de visita, comunicación y compañía.

III. LIMITACIÓN O SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS DE VISITA, COMUNICACIÓN Y COMPAÑÍA.

La causa única pero considerablemente amplia que determinaba hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021 por qué podían limitarse o suspenderse los derechos de visita, comunicación o compañía al progenitor no custodio, ha sido completada con otras tres mucho más específicas y que, como el lector avezado habrá advertido, se encuentran íntimamente relacionadas con la violencia sobre la mujer[4]. Parece claro que "el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica" no ha sido el fin último detrás de esta modificación, sino que más bien lo ha sido intentar atajar la violencia de género y, sobre todo, la denominada violencia vicaria.

4 Tan solo se requiere acudir a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuyo artículo 1, en sus párrafos 3 y 4 considera violencia de género a "todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad" y a "la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero".

La violencia de género es, sin lugar alguno a dudas, un problema real de la sociedad actual que no ha logrado erradicarse a pesar de que, en una lucha continua en su contra, las instituciones han llevado a cabo incontables iniciativas con este objetivo (o, al menos, tratando de paliar sus efectos). Es evidente que nos urge encontrar soluciones a este mal, ya no solo pensando en estas mujeres, sino también, como advertíamos, en todos los menores que han sido y siguen siendo víctimas colaterales, cuyas vidas son usadas a menudo como armas arrojadizas para causar el mayor dolor posible por medio de la ya mencionada violencia vicaria, entre otros de los infortunios que sufren a diario estos niños. La cuestión es, en cualquier caso, si con esta reforma estamos más cerca de lograr este cometido, si realmente puede ser una herramienta útil.

1. Algunas cuestiones previas.

Es necesario, a pesar de que el interés de esta cuestión pudiera apremiar su estudio, comenzar reflexionando sobre estos derechos, puesto que este análisis quedaría manifiestamente incompleto si no se aclarasen los pilares teóricos sobre los que se sustenta.

Si bien estos son derechos tanto para el hijo como para su progenitor, lo cierto es que prima el interés de este primero, configurándose, además, como un deber para este último[5]. De hecho, ello es confirmado con motivo de la reforma acometida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, sobre el artículo 160 CC, como decíamos, también relativo a los derechos que aquí analizamos, modificando su redacción para que en lugar de concebirse como un "derecho del padre" sea entendido como un "derecho del hijo", desequilibrándose la balanza a favor de este, poniéndosele en una situación de preeminencia. La consecuencia práctica de esto es clara: ha de primar el interés del menor en todo lo relativo a estos derechos, aunque sea en detrimento de lo que resultara más beneficioso al progenitor no custodio[6].

5 Ya advertía esto mismo hace más de una década De la Iglesia Monje, M. I.: "Alteración del régimen de visitas de los progenitores", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2009, núm. 712, p. 925, quien decía de este derecho que "constituye pues no sólo un derecho sino también un deber cuya finalidad principal es la protección de los intereses del menor para cuya educación, desarrollo y formación resulta necesaria una relación fluida, amplia y habitual con ambos progenitores". Esta afirmación la comparte, entre otros, Verdera Izquierdo, B.: "Estado actual de la guarda y custodia y el régimen de visitas ante supuestos de violencia de género", en AA.VV., *Actas del III congreso universitario nacional "Investigación y género"* (coord. por I. Vázquez Bermúdez), CS9 Producciones S.L.N.E., Sevilla, 2011, p. 2052.

6 Encuentra su fundamento esta visión, impulsando la reforma más arriba descrita como bien refiere la exposición de motivos de la Ley de 2015, entre otros, en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989. Mención especial merecen también el artículo 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y el artículo 14 de la Carta europea de los derechos del niño del Parlamento Europeo (18 de julio de 1992). Aunque ya hacía suyas estas afirmaciones en su momento el Tribunal Constitucional en la STC 22 diciembre 2008 (RTC 2008, 176), concretamente, en su FJ 6.

Aunque ni en aquel momento ni en este presente se decidiera dar uniformidad a su tratamiento en el Código actuando en este mismo sentido sobre el artículo 94[7], que aún parece velar por el "derecho del padre", la clara preferencia por el bienestar e interés del menor resta relevancia a este asunto lingüístico, máxime cuando la nueva literalidad del precepto pone de manifiesto esto mismo en mayor medida si cabe que hasta el momento.

El quid de la cuestión siempre que se estudien los derechos de visita, comunicación y compañía, pues, radicará en desenmascarar qué actuación vela por este interés[8]. Si recordamos lo comentado en el primero de los apartados que componen este trabajo, en el que se ha hecho un estudio de cada una de las novedades introducidas en el artículo 94 CC con motivo de la citada Ley 8/2021, actualmente el precepto exige se prive del contacto paterno-filial, como regla general, a aquellos progenitores que bien estén siendo investigados por determinados delitos contra su cónyuge o hijos, bien sean sujetos de "indicios fundados de violencia doméstica o de género" (aunque se prevén excepciones) y, en todo caso, a los que por estos motivos se encuentren en prisión. Consecuentemente, la pregunta que será un constante en este estudio y que nos servirá de guía en las reflexiones que de él resulten será si ha actuado el legislador en esta ocasión en pro de este principio.

2. Situación previa a la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

Para responder a las cuestiones que aquí se plantean es de ayuda (e inevitable, en cierto modo) plantearse, además, si esto que ha dispuesto el legislador atiende o no a los deseos de la doctrina y la jurisprudencia de los últimos tiempos. Ante la libertad concedida anteriormente por el Código, que, recordemos, confiaba en el criterio del decisor (de la autoridad judicial) para determinar si los hechos que enjuiciaba podían o no ser calificados de "graves circunstancias", podemos preguntarnos si jueces y tribunales procedían tal y como la ley ahora prevé o si se ha actuado en contra de lo que estos mantenían. Para ello, así mismo, habremos de hacer referencia a las diferentes modificaciones legislativas que a lo largo del tiempo hayan afectado a estos derechos.

7 Se hace eco de esto mismo Reyes Cano, P.: "Menores y violencia de género: nuevos paradigmas", *DIGIBUG: Repositorio Institucional de la Universidad de Granada*, 2018 (disponible en https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/54414/87798.pdf; última consulta 13/10/2022), p. 208.

8 Interesa, en este sentido, el estudio exhaustivo realizado por Sillero Crovetto, B.: "Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2017, núm. 6, pp. 12-20, sobre el concepto "interés superior del menor" y su debida interpretación. También la jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido en numerosas ocasiones, siendo destacable, por ejemplo, lo considerado por la SAP de Lugo 24 mayo 2021 (JUR 2021, 237969) (sobre la que posteriormente debatiremos con cierta profundidad), FJ3.

A) Repaso a la evolución de la suspensión y extinción de los derechos de visita, comunicación y estancia del progenitor no custodio en España. Especial referencia a los casos de violencia de género.

Allá por el año 2004 entraba en vigor la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOMPIVG). En consonancia con lo defendido en la exposición de motivos[9], este texto contempló expresamente en su artículo 66 la posibilidad de que el juez pudiera "ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes"[10]. Nótese que hasta ese momento la única vía de que se llevara a cabo dicha suspensión con respecto a un progenitor que cumpliese con este requisito era el artículo 94 CC, que, como venimos diciendo, lo permitía siempre que se diesen "graves circunstancias". Esta reforma venía, pues, a concretar dicho precepto[11].

Hemos de destacar, eso sí, que este artículo, en un principio breve y conciso, fue alterado con motivo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, extendiendo su ámbito de aplicación también a los derechos de estancia y comunicación (como atestigua que se titule "de la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores") incluyéndose un segundo párrafo en el que se establece cómo ha de actuar el juez en caso de no suspender estos derechos aun cuando se dieran las circunstancias previstas (que el progenitor no custodio estuviera inculpado por violencia de género).

Nada se decía de la violencia ejercida solo y exclusivamente contra los menores, aunque quizá tampoco fuese necesario por entenderse perfectamente encuadrable en lo que denominaba el artículo 94 CC "graves circunstancias". Así lo aseveraba tan solo un año después de la entrada en vigor de la LOMPIVG la *STS 21 noviembre 2005*[12]. Según los hechos relatados en la misma, tras retirarse la guarda y custodia del menor al padre a consecuencia de los malos tratos y daños físicos que este profería a su hijo (por los que posteriormente sería condenado), y en contra de lo solicitado por la madre del pequeño, no consideró la Audiencia

9 En la que se lee que "(l)as situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La Ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer".

10 Esto aquí contemplado se alinea con lo expuesto por el Dictamen sobre violencia doméstica contra las mujeres elaborado por el Comité Económico y Social Europeo, cuyo apartado 2.3.13.1 decía así: "De conformidad con las legislaciones en materia de protección frente a la violencia en la familia, la mayoría de las veces se pueden pronunciar órdenes de alejamiento y prohibiciones de visitas. No obstante, los derechos de visita de los hijos concedidos a los hombres (divorciados) pueden anular el objetivo perseguido con esas medidas de proteger a la víctima frente a su pareja violenta. Las legislaciones de algunos Estados miembros ya prevén medidas para remediar estas situaciones".

11 Se pronuncia en este sentido Verdera Izquierdo, B.: "Estado actual", cit., p. 2052.

12 STS 21 noviembre 2005 (RJ 2005, 7734).

necesario suspender el derecho de visitas: se suponía más beneficioso para el menor el mantenimiento de la relación con ambos de sus progenitores[13]. Sin embargo, como vaticinábamos, lo verdaderamente relevante en el seno de este estudio es que el Tribunal Supremo falló a favor de la suspensión de este derecho debido justamente a la condena por sentencia firme por la violencia ejercida contra el menor, una clara "circunstancia grave".

Haciendo un pequeño inciso en este recorrido de los hitos más relevantes, a nuestro entender, que a este respecto se hayan dado en el transcurso de los años, interesa resaltar que, consecuencia tanto del referido artículo 66 LOMPIVG (en su antigua y nueva versión) como del pronunciamiento que acabamos de relatar, lo que en un principio parecía ser un término jurídicamente indeterminado comenzaba a tomar forma, pues se estiman expresamente (ya sea por parte del legislador o de la jurisprudencia) merecedores de tal suspensión los casos en los que el progenitor hubiese sido condenado por violencia de género o violencia contra el menor.

Esto guarda cierta similitud con el principio del tercer párrafo actual del artículo 94 CC, es decir, con la suspensión o no establecimiento de régimen de visitas o estancia "respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos", aunque son acusadas las diferencias que se advierten, por cuanto no se procedía a la suspensión instantánea del derecho de visita así como se preveía tan solo en caso de que se hubiera inculpado al progenitor. Es más, se postuló en contra de que ello se produjera de forma automática lo concluido por el IV Encuentro de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia[14] en el año 2009.

Empero consideramos que lo que más claridad puede aportar en este sentido, es decir, lo que va a ayudarnos a dirimir qué opiniones merecía esta cuestión en años anteriores, es un análisis jurisprudencial de los pronunciamientos más significativos (o, al menos, de los que nosotros encontramos más relevantes), procediendo a ello a continuación.

13 Para esto se basó el juez en que "no detectaban en el mismo trastornos mentales, psicopatológicos o disfuncionalidades en las relaciones respecto a otros hijos del explorado, ni criterios educativos erráticos, considerando conveniente para el menor mantener la relación con los progenitores, la que debería establecerse respecto al padre en forma progresiva y con el control inmediato de tercera persona".

14 Como puede leerse en Asociación Española de Abogados de Familia, *Conclusiones de los IV Encuentros de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia y las VI Jornadas nacionales de magistrados, jueces de familia, fiscales y secretarios judiciales, celebradas en Valencia del 26 al 28 de octubre de 2009,* 2009 (Disponible en http://ayudaafamiliasseparadas.es/archivo/archivo/IV%20ENCUENTRO%20MAGISTRADOS.pdf; última consulta 10/10/2022).

Empezamos nuestro caminar haciendo referencia a la *STS 11 febrero 2011*[15]. Los hechos que dieron pie a este pronunciamiento se iniciaron con la denuncia de una mujer contra quien hasta el momento había sido su pareja (y con quien tenía un hijo en común). La causa fue sobreseída a consecuencia del perdón de la ofendida, pero la guarda y custodia del menor mantuvo a las partes enfrentadas ante los tribunales.

El Juzgado de primera instancia de Las Palmas de Gran Canaria falló a favor de la guarda y custodia de la madre sin establecimiento de régimen de visitas alguno con respecto al otro progenitor a causa de su "comportamiento violento". Este, contrariado, apeló la sentencia, pero tampoco satisfizo sus pretensiones la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que desestimó el recurso parapetándose en que, aun no habiendo sido condenado, la más que probable "situación de violencia familiar" debía ser tenida en cuenta[16]. De nuevo recurrió el padre, solicitando se le concediera el derecho de visita con respecto a su hijo, aunque, finalmente, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la audiencia, postulándose en contra de lo solicitado tanto por el recurrente como por la Fiscalía. Aludiendo al interés superior del menor, este consideró que las circunstancias que rodeaban la relación entre los progenitores de este aconsejaban privar al padre de régimen de visitas alguno, al menos, por el momento.

También hemos de considerar lo concluido por el Tribunal Supremo en la *STS 26 noviembre 2015*[17]. Demandante y demandada eran un matrimonio con dos hijas. Tras condenarse al demandante por delitos cometidos respecto de su esposa e hija mayor[18] a prisión, y a raíz de ello, se estableció una orden de alejamiento contra la mayor de las hijas, pero no se limitó explícitamente la comunicación y visitas en cuanto a la pequeña. La demanda que dio comienzo a este procedimiento la interpuso el padre, buscando con ella que se estableciera un régimen de visitas que le mantuviese en contacto con la menor de sus descendientes, sin pretensiones de obtener la guarda y custodia de la misma. La demandada se opuso, alegando que a la luz de los hechos acontecidos respecto de su hija mayor y de ella misma no era seguro que la otra permaneciese bajos sus cuidados, pudiendo ser víctima, como su hermana y madre, de los actos de su padre, así como pudiendo ser esto perjudicial para la salud mental de la primera.

15 STS 11 febrero 2011 (RJ 2011, 2311).

16 Concretamente, se refleja en el fundamento de derecho segundo de la STS el siguiente argumento: "entiende la Sala que existen pruebas de una posible situación de violencia familiar y que aunque el padre no ha sido condenado por haber acabado el procedimiento con perdón de la ofendida, estas pruebas deben valorarse, porque la "demandante, en la actualidad, se ve obligada a vivir en una vivienda facilitada por la administración en respuesta a las situaciones de violencia de familia" , hecho éste que no ha sido negado".

17 STS 26 noviembre 2015 (RJ 2015, 5624)

18 Concretamente, se le condena por "un delito de malos tratos habituales contra la demandada, dos delitos de malos tratos respecto de su hija mayor, Elisabeth, y un delito de amenazas a las penas de dos años y ocho meses, seis meses y seis meses de prisión y accesorias".

El juzgado de primera instancia decidió acceder a las peticiones del demandante, mas no por completo, pues, por un lado, el régimen de visitas que decidió establecer sería, según palabras textuales, de "carácter restrictivo" y se desarrollaría "en el Punto de Encuentro Familiar de Algeciras de forma tutelada", y, por otro, se condicionó al cumplimiento de una serie de requisitos. Este fallo se entendía justificado por la ausencia de condena del padre en cuanto a la menor, permitiéndose así que fueran "retomando el contacto de forma progresiva y no traumática", pero no contentó a la demandada, que decidió interponer recurso de apelación. Ante la desestimación de dicho recurso, la madre recurrió en casación. En esta ocasión sí se denegó al padre la posibilidad de visitar a su hija, encontrando el Tribunal Supremo demasiado imprecisos los condicionantes impuestos en segunda instancia. No obstante, estaba abierto a la posibilidad de que, transcurrido el tiempo que aún restaba para que saliese de prisión, pudiera volver a estudiarse el asunto y, en consecuencia, imponerse un régimen de visitas adecuado a las circunstancias[19].

Este pronunciamiento es de suma relevancia, pero lo que más destaca no es lo hasta ahora comentado, sino que es que "establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes".

Por último, antes de iniciar el estudio de las resoluciones más actuales, nos centramos en analizar lo concluido por la *STS 4 febrero 2016*[20]. El Tribunal Supremo se pronuncia en otro sentido, ya que sí permite al padre, en función del régimen de visitas que sea establecido por parte del Juzgado, mantener el contacto con sus hijos, aunque la guarda y custodia sea concedida a la madre.

En esta ocasión el procedimiento se inició con motivo de la demanda interpuesta por el padre por medio de la cual solicitaba se estableciera la custodia compartida de los hijos que tenía con la demandada. Aunque en primera instancia se falló en contra de sus pretensiones, la Audiencia Provincial estimó el recurso que interpuso, estableciendo la guarda y custodia compartida que el demandante quería. La demandada recurrió, motivo por el cual se dictó la sentencia que aquí comentamos y que acabó fallando en contra de la custodia compartida, aunque permitiendo que el Juzgado concretase, en la ejecución de la sentencia, "el régimen de comunicaciones y estancias de los hijos con su padre". Y es que resulta que,

19 Se pronunció de forma similar con anterioridad la STS 13 febrero 2015 (RJ 2015, 681). Sin embargo, en este caso era la tía de la menor (hermana de su padre) la que reclamaba la custodia de esta, que por el momento había sido concedida a los abuelos maternos tras acabar su madre con la vida de su padre, con tal de velar de una mejor forma por su interés.

20 STS 4 febrero 2016 (RJ 2016, 260).

años atrás, el demandante había sido condenado por un "delito de amenazas en el ámbito familiar". Aunque reconoció los hechos y, según dice, se arrepintió y acudió a terapia, se entiende contrario al interés de los menores ceder a sus pretensiones.

De lo discutido en las líneas anteriores se puede colegir que no en todos los casos en los que había antecedentes de violencia entre los progenitores o con respecto a los hijos se estimó, "ipso facto", la suspensión del derecho de visitas de quien ejerciera dicha violencia.

Aunque sobresaldría sobremanera del objeto de este estudio un examen exhaustivo de la jurisprudencia más antigua, estos pronunciamientos que sí han sido analizados nos acercan al pensar del momento. A pesar de que en dos de las tres sentencias se termine fallando negando un régimen de visitas para el progenitor no custodio, por ejemplo, en la STS 26 noviembre 2015 se entiende que, pasado un tiempo, podrán volver a revisarse los hechos, y decidir en consecuencia. En el tercero de los casos, como vemos, aun habiendo sido condenado el padre de los pequeños por un delito de violencia familiar, se le permite mantener el contacto con estos.

B) Principales líneas de pensamiento y opiniones jurisprudenciales al respecto en el momento de entrada en vigor de la Ley 8/2021.

Hasta este punto ya han sido tratadas algunas resoluciones que, si bien son poco recientes, habían de ser tenidas en cuenta. Mas, al ser las opiniones cambiantes con el tiempo y la experiencia que los años nos proporcionan, los pronunciamientos cuyo examen es más relevante, en realidad, no son los hasta ahora mencionados, sino los que se presentan a continuación, pues son los más cercanos a la fecha en la que entró en vigor la Ley 8/2021 y con ella la modificación del artículo 94 CC.

Abordamos en primer lugar la *STS 29 marzo 2021*[21]. Este caso, aunque principalmente gira en torno a si es o no adecuado establecer una guarda y custodia compartida, interesa también lo que al régimen de visitas se refiere. En primera instancia se atribuyó la guarda y custodia de la hija que tenían en común las partes a la madre, pues las relaciones entre los progenitores estaban muy deterioradas (prueba de ello es que estaban pendientes por aquel entonces de la resolución de varios procedimientos penales), pero se previó un régimen de visitas para el padre. Esta resolución fue recurrida por el padre de la menor, desembocando ello en la estimación del recurso por la Audiencia Provincial. Destaca que la Audiencia afirma que, al no haber aún condena penal, sino, dice "sólo indicios racionales de delito", no ha de "influir en las relaciones entre padre e hija". La madre, no conforme

21 STS 29 marzo 2021 (RJ 2021, 1427).

con ello, recurrió en casación la sentencia. El Tribunal Supremo consideró que, habiendo sido condenado ya en ese momento el progenitor por un delito de maltrato habitual, consecuencia de lo que se acordó la "prohibición de acercarse a menos de 200 metros de la denunciante, de su domicilio y de su lugar de trabajo y de comunicar con ella por cualquier otro medio por tiempo de tres años", no cabía considerar la custodia compartida como una opción y confirmó la sentencia que anteriormente había dictado el juzgado de primera instancia.

Nótese que, a pesar de que la sentencia presta una especial atención a las circunstancias que la rodean, es decir, a que es condenado el padre por considerarse probado que maltrató a la madre de la pequeña, no se debate, siquiera de forma colateral, cómo podría influir ello en el derecho de visitas, comunicación y estancia. Por el contrario, en los tres pronunciamientos se discute con fervor sobre los perjuicios que pudiera causar el establecimiento de la custodia compartida, pero aquellos que la deniegan y establecen la custodia solo a la madre basándose para ello en los hechos que terminarían siendo condenados, proceden al acuerdo del régimen de visitas sin más debate. Y resulta esto reseñable, cuando más habida cuenta de la fecha de la sentencia (y de que esta es dictada por el Alto Tribunal)[22].

Otra resolución que podría ser de nuestro interés es la *SAP de Guipúzcoa 19 abril 2021*[23]. En esta ocasión el procedimiento fue iniciado debido a la solicitud por parte de la madre de que se modificaran las medidas paterno-filiales vigentes hasta el momento. Para esta petición se basaba la actora en que, con motivo de las medidas penales que habían sido recientemente impuestas al padre del menor en cuestión se hacía imposible que siguieran desarrollándose tal y como hasta entonces las entregas y recogidas del hijo en común[24]. Y es que este, habiendo sido condenado por un delito de amenazas leves respecto de la demandante no podía "aproximarse a Justa, a su domicilio, a su lugar de trabajo y cualquier otro lugar frecuentado por ella con carácter habitual a una distancia inferior a 100 metros". Por ello planteaba que las entregas y recogidas se llevasen a cabo en un Punto de Encuentro familiar[25].

22 En primera instancia se estableció "un régimen de visitas de fines de semanas alternos desde la salida del colegio los viernes hasta las 20:00 horas del domingo y los martes y jueves de 19:00 horas a 20:00 horas. Las Vacaciones de Semana Santa, Navidad y Verano se disfrutarán por mitad en los términos establecidos en la demanda"; y, al ser esta sentencia confirmada, se puede concluir que es el régimen de visitas que termina estableciéndose.

23 SAP de Guipúzcoa 19 abril 2021 (JUR 2021, 269219).

24 Alega asimismo que en el momento de redactarse el convenio regulador que en esos instantes regía la situación no se habían producido los hechos que ocasionaron la condena del demandado.

25 Sobre los puntos de encuentro familiar ahonda, tras un estudio jurisprudencial y desde la óptica de la psicología De la Torre Laso, J.: "La utilidad de los puntos de encuentro ante los procesos de violencia de género: un estudio jurisprudencial", *Diario LA LEY*, 2017, núm. 8993, p. 16. El autor los considera "un espacio idóneo para que se desarrolle el régimen de visitas entre los progenitores y sus hijos en un ambiente de normalidad, sin incidencias y bajo el control de dichos profesionales, con la premisa de procurar en todo caso el interés del menor", y llega a la conclusión de que "(l)a jurisprudencia considera imprescindible la derivación de las situaciones familiares a los puntos de encuentro, sobre todo cuando se trata de proteger a las víctimas en situaciones de violencia de género, con el objeto de tener un mayor control de los

En primera instancia fueron estimadas las pretensiones de la demandante, de forma que, en tanto en cuanto siguiera vigente la orden de alejamiento, el derecho de visitas del demandado con respecto a sus hijos se desarrollaría tal y como solicitaba esta. No conforme con ello, el padre interpuso recurso de apelación, motivo del cual se dictaba la presente sentencia. Solicitaba este que se ampliaran las visitas, además de que se desestimase la demanda de su ex pareja, pudiendo llevarse a cabo las entregas y recogidas en el domicilio de esta, pero por los abuelos paternos del menor (u otros familiares) como ya venía realizándose.

La Audiencia Provincial, una vez analizados los hechos y tratando de hallar la solución que mejor velase por el interés del hijo que las partes tenían, decidió estimar el recurso y considerar que las entregas y recogidas de este se llevaran a cabo por otras personas, pero en el domicilio en el que la demandante vivía con el pequeño. De esta forma, justifica la Audiencia, no solo se cumple con la orden de alejamiento y se eluden los posibles problemas que pudieran surgir de la coincidencia de las partes en el mismo espacio, sino que, además, se evitaba que el menor tuviera que acudir al Punto de Encuentro.

Volvemos a observar en esta ocasión cómo a pesar de haber sido condenado el progenitor no custodio por haberse probado el acaecimiento de hechos constitutivos de delitos de violencia de género, no llega siquiera el juzgador, ni en primera ni en segunda instancia, así como tampoco lo solicita la demandante, a acordar la suspensión de los derechos de visita, comunicación o estancia. Por el contrario, el conflicto versa sobre la mejor forma de adaptar estos derechos a las circunstancias (por ejemplo, aunque no se ha mencionado anteriormente, se regula también cómo ha de contactar telefónicamente el padre con el hijo). En consecuencia, en este caso, aun cuando han sido probadas las amenazas proferidas por el padre a la madre[26], no se considera beneficioso para el hijo que se anulen todos los lazos existentes con su padre, sino que se trata de velar por su seguridad y por la de su madre al establecer cómo ha de llevarse a cabo el régimen de visitas.

Alejándose un poco de las sentencias anteriores, pero siendo igualmente relevante para la formación de una opinión crítica sobre la nueva literalidad del

encuentros o las visitas, o en las situaciones de especial vulnerabilidad derivadas de una conducta agresiva, una malestar percibido, así como la presencia de alguna circunstancia en el padre que hace necesario tutelar los encuentros paterno-filiales".

26 Siendo estas de especial crudeza, como se trascribe: "¿sabes lo que te digo Justa?, tienes muchos cojones Justa, te vas a arrepentir para toda tu puta vida, ¿me estás escuchando ? tú y toda tu familia para toda vuestra puta vida ,lo que me estáis haciendo con mi hijo no te lo voy a perdonar, te vas a arrepentir toda tu puta vida ,no vas a vivir tranquila, te voy a amargar la existencia, si vas a denunciarme, denúnciame ,¿me estás escuchando ?, lo que me estás haciendo con mi hijo no te lo voy a perdonar ni a ti ni a toda tu familia , aunque esté en la puta cárcel ,tengo a gente fuera para que te amarguen la vida y para que estés sola en el puto hospital y 4 días viendo a tus familiares, la has cagado hija de la gran puta".

artículo 94 CC en lo que a la suspensión del derecho de visitas respecta, es de sumo interés, asimismo, el análisis de la *SAP de Lugo de 24 de mayo de 2021*[27].

Aunque en un principio había sido acordada la custodia compartida de la menor protagonista de los hechos, en el año 2019, tras haber sido esta, presuntamente, víctima de un delito sexual por parte de la nueva pareja de su madre (hechos que la madre no creyó y consecuencia de los cuales la relación madre e hija se fracturó claramente), pasó a vivir exclusivamente con su padre, sin que esta primera se postulara en contra. Estando pendiente aún la celebración del juicio oral por los hechos antedichos, interpuso el padre una demanda de modificación de medidas. En primera instancia se acordó, entre otros extremos, que el régimen de visitas concedido a la madre sería "flexible", es decir, a demanda de la menor. No de acuerdo con ello, la demandada interpuso recurso de apelación, dando este lugar a la sentencia que nos atañe y que terminó confirmando lo fallado en primera instancia, pues era lo que se consideraba más adecuado para la salvaguarda del interés de la menor[28]: solo se mantendría el contacto en tanto en cuanto la hija lo desease.

Es, cuando menos, digno de señalar que, mientras que, en los dos casos anteriores, aun habiendo sido sendos padres condenados por delitos de violencia de género, se estableció un régimen de visitas, considerándose este beneficioso para los menores afectados, en el que acaba de relatarse se entiende que sería contrario al interés de la menor en cuestión proceder de igual manera[29], por lo que se deja a su arbitrio (dado que tiene 16 años) cuándo y cómo visitará a su progenitora. Aunque es cierto que las diferencias que median entre unos hechos y otros son de gran calibre, puesto que, por poner un ejemplo, en estos últimos es víctima directa de las agresiones la hija (mayor, además, en edad que los

27 SAP de Lugo 24 mayo 2021 (JUR 2021, 237969).

28 En este sentido se pronuncia en el fundamento de derecho tercero, afirmando, en primer lugar, que "atendiendo en exclusiva al interés superior de la menor afectada, se mantenga el pronunciamiento de la sentencia de instancia, permitiendo, en consecuencia, que las visitas y contactos entre madre e hija se desarrollen en el tiempo, forma y lugar que libremente convengan el menor y su progenitor no custodio, en función de la evolución de la relación materno-filial"; y concluyendo, en consecuencia, que "no parece conveniente para el interés y beneficio de la menor establecer un concreto régimen de comunicaciones y estancias de dicha menor con su madre pues, además de reflejar el estrés que le causa el procedimiento judicial por abusos sexuales frente a la pareja de la madre, el comportamiento de la parte apelante ha sido determinante tanto de la asunción de la guarda y custodia en exclusiva por el padre, como del distanciamiento con la menor".

29 Como asevera en el fundamento de derecho cuarto: "El establecimiento de un concreto régimen de visitas sería contraproducente, en primer lugar, para el desarrollo de la menor, y, en segundo lugar, para la buena relación paterno filial, en la medida en que sería percibido por la menor como una imposición de una relación que en este momento no desea, agravando una eventual actitud de rechazo hacia la figura materna, al margen de que, ante la negativa voluntaria de la menor a ir con su madre, resultaría de imposible ejecución forzosa el cumplimiento de cualquier régimen de visitas y estancias que se estableciera. En todo caso, no procediendo la suspensión del régimen de visitas respecto de la madre, a la vista de las actuaciones, tampoco procede el establecimiento de un régimen de visitas, por lo que, sin perjuicio del resultado de la causa penal frente a la pareja de la madre, las visitas y contactos entre madre e hija se desarrollarán en el tiempo, forma y lugar que libremente convengan la menor y su progenitor no custodio, en función de la evolución de la relación materno-filial, siendo en todo caso la madre la adulta".

anteriores), y más que probablemente estas sean la causa de la divergencia entre los fallos, no deja esta resolución de suscitarnos algunas reflexiones.

Aporta, asimismo, un punto de vista digno de ser tenido en cuenta en estas páginas la *STS 31 mayo 2021*[30]. Protagonizaba estos hechos un matrimonio que, tras años de convivencia y dos hijas en común, decidieron poner fin a su relación y divorciarse. Como consecuencia, en primera instancia se decidió atribuir la custodia de la única de las dos que aún era menor de edad a la madre, guareciéndose para ello el juez en que el padre estaba incurso en un procedimiento por violencia de género. Por otro lado, se falló a favor del establecimiento de un régimen de visitas para el padre debiendo ser este quien, junto con la menor, acordase cómo se llevaría a cabo.

Este último, no conforme, recurrió en apelación, fallando esta vez la Audiencia a favor de la custodia compartida, por cuanto los hechos que dieron pie a dicho procedimiento acontecieron en 2018 y se consideraba que fue un hecho aislado y que no tuvo repercusión en la relación posterior entre los progenitores.

Fue en esta ocasión el Ministerio Fiscal el que recurrió en casación, postulándose a favor de que la custodia fuera atribuida en exclusiva a la madre, tal y como había sucedido en primera instancia. Sus pretensiones fueron finalmente estimadas, negándose la custodia compartida[31], para lo cual se alegó que el juez de violencia de género que enjuició la causa penal halló "indicios de criminalidad con respecto a la comisión (…) del delito del artículo 153.1 CP, por haber agredido a la que entonces era su mujer".

Mas no es esta decisión sobre la que hemos de debatir sino sobre la relativa al derecho de visitas. A pesar de afirmar que los hechos que fueron enjuiciados no fueron aislados, que la actitud del padre para con la madre había de ser tenida especialmente en cuenta para la decisión que sobre la guarda y custodia de la implicada se tomase y de llegar a concluir el tribunal en el fundamento de derecho tercero que "no nos hallamos ante una simple denuncia, sino ante un auto de atribución de un hecho delictivo, tras culminar la correspondiente investigación judicial, y constatar la existencia de indicios racionales de criminalidad de haber atentado contra integridad física de la que entonces era su esposa, en un contexto

30 STS 31 mayo 2021 (RJ 2021, 2616).

31 Como venimos diciendo, se considera en el fundamento de derecho tercero que "procede dejar sin efecto la guardia y custodia compartida, con fundamento en la existencia de indicios racionales de criminalidad de violencia de género, unidos a la acusación penal formulada por la actora contra el demandado, lo que determina la imposibilidad de la existencia de una relación razonable, que permita el intercambio fluido de información y un razonable consenso entre los progenitores en beneficio de las menores para el establecimiento de un régimen de custodia compartida (sentencias 51/2016, de 11 de febrero; 350/2016, de 26 de mayo; 23/2017, de 17 de enero o175/2021, de 29 de marzo), toda vez que las relaciones personales de los litigantes sobrepasan con creces el umbral de los desencuentros propios de la crisis de convivencia (sentencias 433/2016, de 27 de junio y 318/2020, de 17 de junio) generando un proceso penal abierto".

de control y relaciones disfuncionales", se afirma que el interés de la menor no exige la suspensión del derecho de visitas[32] ni la ruptura de la relación paterno-filial que ello supondría.

Bien es cierto que vuelve a tener la menor, como sucedía en los hechos que dio lugar a la sentencia anterior, una edad cercana a los 18 años. Aun así, de nuevo estima el tribunal (que, en este caso, es el Tribunal Supremo) conveniente el mantenimiento de las relaciones entre el progenitor y el hijo en cuestión tras destinar gran parte de su argumentario a la constatación de una situación de violencia de género.

Finalmente, como broche a este estudio jurisprudencial, hacemos referencia a la *SAP de Madrid 21 junio 2021*[33]. Esta versa nuevamente sobre custodia compartida, violencia de género y régimen de visitas, siendo, en consecuencia, muy similar a las antes debatidas, así como lo es su fallo. Muy resumidamente, por cuanto ya se ha hecho referencia en múltiples ocasiones a hechos parejos a lo largo de estas páginas, hemos de decir que la presente resuelve los recursos planteados frente a una sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en la que se estableció que la custodia del hijo que los actores tenían en común se atribuiría a la madre, aunque el padre gozaría de un régimen de visitas considerablemente amplio (todo ello con motivo de los hechos que habían llevado a la apertura del procedimiento en el que estas medidas se dictan[34]).

Como puede deducirse de lo afirmado, ambos progenitores interpusieron recurso de apelación, uno pretendiendo que se le concediera a él la custodia, se decretara la custodia compartida entre ambos o, en su defecto, se ampliara el régimen de visitas (alegando que los hechos que se le imputan son falsos y que la madre padece importantes problemas de salud mental); y la otra postulándose en contra de lo acordado en cuanto a las visitas dados los "indicios suficientes de un delito de maltrato en el ámbito familiar".

La Audiencia, habiendo sopesado todo lo argumentado por las partes en sendos recursos, no encontró, en primer lugar, suficientemente fundada la incapacidad de la madre para ostentar la custodia exclusiva del menor en "sus antecedentes psíquicos", concluyendo, además, que "(n)o aparece dados los términos de la valoración pericial motivo que aconseje distinta modulación (…) del régimen

32 Y, de hecho, se asevera en el fundamento de derecho tercero que "Ello no significa fractura de los vínculos afectivos y de relación con el padre, lo que conforma el interés y beneficio de la menor, sino que las circunstancias concurrentes determinan que dicho interés se concilie más adecuadamente con la atribución a la madre de la custodia sobre la hija, sin perjuicio del derecho de visitas del padre con respecto al cual no existen indicios de violencia doméstica sobre la menor".

33 SAP de Madrid 21 junio 2021 (JUR 2021, 298481).

34 Aun así, aclaramos que ese no era el único procedimiento pendiente por hechos de la misma índole o naturaleza entre los actores.

de visitas, cuyas entregas y recogidas son supervisadas''. Es por ello por lo que termina fallando, en lo que a este estudio concierne, a favor del mantenimiento del régimen de visitas que en un principio se estableció, el cual conllevaba la pernoctación del menor con el padre[35], aun habiéndose considerado probados los indicios de violencia de género y teniéndose noticias de la incoación de cuantiosos procedimientos penales de dicha índole.

A este punto no han sido pocos los pronunciamientos estudiados sobre el asunto sobre el que giran estas páginas y, sin haber sido seleccionados con esa intención, resulta que predomina, por mucho, la no suspensión de los derechos de visitas, comunicación y estancia con respecto del progenitor no custodio.

Hechos distintos con protagonistas distintos han desembocado en fallos ligeramente parecidos, todos ellos justificándose en el interés superior del menor. Nótese que en cada caso trataba el tribunal en cuestión de adaptar el régimen de visita, comunicación y estancia a las circunstancias, buscando así fomentar la seguridad de los pequeños y del progenitor custodio (por norma general, la madre víctima de delitos de violencia de género) pero salvaguardando a su vez la relación paterno-filial. Así, como se ha comentado al hilo de algunas resoluciones, se hace uso, por ejemplo, de los puntos de encuentro familiares.

Aflora con más fuerza tras lo relatado, a nuestro parecer, la duda que al comienzo planteábamos sobre la idoneidad de lo ahora dispuesto en el artículo 94 CC, puesto que, si antes de la reforma los tribunales generalmente consideraban, ante hechos concretos, que el interés del menor era afín al mantenimiento de las visitas (como decimos, con ciertas adaptaciones o limitaciones), es, al menos a este punto y a la luz de lo consultado, cuestionable que el establecimiento de esto como excepción a la norma general sea en su aplicación práctica beneficioso a este mismo interés[36].

35 Como se puede leer en los antecedentes de hecho de la propia resolución (ya que en cuanto a las visitas la audiencia se remite a lo acordado en primera instancia): "Establezco un régimen de visitas a favor del padre, don Anton consistente en lo siguiente:
- Fines de semana alternos desde el sábado a las 10.00 horas hasta el domingo a las 20.00 horas.
- La mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano. En caso de discrepancia entre los progenitores sobre los periodos vacacionales corresponderá elegir a la madre los años impares y al padre los años pares.
- Las entregas y recogidas del menor se llevarán a cabo a través de un punto de encuentro familiar, más cercano a su domicilio".

36 A este respecto cabe destacar la opinión de Lutfi Royo, M.: "La repercusión de la custodia compartida en supuestos de violencia de género: el interés superior del menor", en AA.VV., *Igualdad de género en Europa y América Latina: Educación superior, violencias y políticas de integración regional* (coord. por I. Pastor), Publicacions URV, Tarragona, 2019, p. 163-164, quien defiende que "(e)l interés superior del menor se define como garantía del régimen de comunicación y estancia, en cuanto que la calidad afectiva de la relación del hijo con el padre excluido de la custodia depende de la regularidad de sus encuentros". De hecho, concluye que "no deben responder a un esquema estereotipado, sino a una adaptación de las circunstancias específicas de los progenitores y de los hijos. Por consecuencia, a todos los efectos de los delitos de violencia de género, se mantiene el régimen de visitas y comunicaciones con el progenitor agresor, sin entrar a valorar la suspensión de los mismos, medida que se prevé como excepcional que solo podrá fundamentarse en el interés superior del menor". Como podemos fácilmente deducir, la autora

3. La limitación y suspensión de los derechos de visita, comunicación y estancia tras la reforma.

Pueden atisbarse al hilo de lo hasta ahora discutido algunas conclusiones que darían respuesta a las preguntas que se formulaban inicialmente, mas una conclusión fundada al respecto requiere, necesariamente, de un análisis en mayor profundidad de la reforma efectuada por la Ley 8/2021, siendo esto lo que nos impulsa, a continuación, a ahondar en los motivos que se esconden tras la nueva literalidad del precepto, en sus beneficios y en sus posibles inconvenientes. A raíz de todo ello podremos, ya sí, elaborar una valoración final de la modificación.

A) Antecedentes de la reforma.

Tomando en consideración lo acordado en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica del año 2011 (más conocido como Convenio de Estambul)[37], se emprendió la confección del que terminaría siendo el Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017[38]. De entre los diez ejes de actuación que contenía, el cuarto de ellos afirmaba que se velaría por "(l)a intensificación de la asistencia y protección de menores. La protección específica de los y las menores parte de su reconocimiento como víctimas directas y lleva aparejada la necesidad de ampliar y mejorar las medidas dirigidas a su asistencia y protección con la implantación de nuevas prestaciones en los casos de orfandad como consecuencia de la violencia de género; de revisar las medidas civiles relativas a la custodia de los menores; y de fomentar las actuaciones de refuerzo en el ámbito educativo".

A pesar del carácter genérico de este, se trata, en realidad, del motivo que se halla detrás de que se hayan ejecutado los cambios que venimos comentando, siendo esto apreciado con claridad si se acude al "Informe de la subcomisión creada en el seno de la comisión de igualdad para un pacto de estado en materia de violencia de género". En este se desglosan cada una de las propuestas de actuación relativas a dichos ejes, a tenor de las cuales no cabe duda alguna de que se trate de la semilla cuyo fruto ha sido esta modificación.

se postula en contra de este automatismo en cuanto a la supresión de los derechos en cuestión para los progenitores incursos o relacionados con delitos de violencia de género, debiendo ponerse el acento en el interés del menor y decidir en consecuencia.

37 Concretamente, en relación a lo estudiado en estas páginas nos interesa subrayar su artículo 31, que reza así: "1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio. 2 Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños."

38 Este fue aprobado en septiembre del año 2017 en el Congreso de los Diputados por unanimidad y tiene un periodo de vigencia de cinco años.

En lo relativo al derecho de visita, piedra angular de estas líneas, son dos las propuestas que más interesan. La número 145 tiene por objetivo "establecer el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de adoptar medidas para Impulsar la aplicación de los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004"; mientras que la siguiente busca "prohibir las visitas de los menores al padre en prisión condenado por violencia de género". Queda claro, pues, que estas han inspirado el nuevo artículo 94 CC.

B) Análisis jurisprudencial.

El lapso de tiempo que media entre la entrada de vigor de este texto normativo y el momento de estar redactándose estas páginas permite que existan ya algunos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia. No es poco el interés que los mismos suscitan, y es que son ellos los que pueden afirmar o desmentir que un cambio lingüístico se ha traducido en un cambio real, tangible, o si, por el contrario, no han sido tales las consecuencias prácticas de la reforma a la que venimos haciendo referencia.

Algunas son las sentencias que en este sentido examinamos, proviniendo la primera de ellas de nuestro Alto Tribunal. La *STS 27 octubre 2021*[39] trata de discernir sobre el sistema de guarda y custodia que más interesaría a los hijos menores de los litigantes tras haberse atribuido en 2018 esta a la madre (negando el juez la posibilidad de una guarda y custodia compartida dado "el extremo antagonismo" entre los progenitores, como califica a su relación), pero habiendo fallado en sentido contrario a la Audiencia con motivo del recurso de apelación que el padre interpuso. Esta última resolución no complació a la madre de los pequeños, que presentó recurso de amparo alegando no haberse tenido en cuenta las condenas preexistentes contra el otro progenitor por violencia de género.

El tribunal, que justificó la actuación de su predecesor pues no habían sido estas aportadas como prueba hasta el presente momento, consideró que, en vista de los hechos probados en la sentencia condenatoria era contrario al interés de los menores que se viesen abocados a ser testigos de las interacciones que el "coparenting" requiere inevitablemente (y que en sus progenitores desembocaría en disputas continuas)[40].

39 STS 27 octubre 2021 (RJ 2021, 4972).

40 Así se refleja en el fundamento de derecho séptimo: "En el presente caso no es conveniente adoptar el sistema de custodia compartida pues, de los hechos probados en la sentencia penal, queda acreditado el desprecio del padre hacia la madre, y el tono vejatorio y humillante con que se dirigía a ella, por lo que resulta inimaginable cualquier tipo de comunicación entre los progenitores, y es impensable que se dé el necesario intercambio de información de las cuestiones que afectan a los hijos, ni el apoyo o respeto mutuo como padres, ni la comunicación a los niños de un clima de lealtad mutua".

Mas todos estos hechos no fueron, a los ojos del juzgador, fundamento suficiente para eliminar todo contacto entre el padre y los hijos, por lo que, lejos de suspender los derechos de visitas, comunicación y estancia, estableció un régimen que los ordenara y rigiera, todo ello a la luz de los informes psicológicos que en primera instancia se aportaron y que afirmaban que el mantenimiento de esta relación sería ventajoso para los menores[41].

Esta, que es, hasta el momento, la única resolución del Tribunal Supremo que, tras la entrada en vigor el día 3 de septiembre del pasado año de la Ley 8/2021 se ha pronunciado acerca de los derechos de visitas, comunicación y estancia a este respecto, se ha decantado por excepcionar la norma general y, a pesar de haberse probado que el padre de los menores protagonizó hechos constitutivos de delitos de violencia de género se apostó por el mantenimiento de estos derechos y, en consecuencia, de los lazos paterno-filiales.

Aunque, como decimos, no se han producido aún más pronunciamientos de este tipo por parte del antedicho tribunal, podemos acudir en busca de respuestas a otras instancias. A este respecto destacamos la *SAP de Santander 22 noviembre 2021*[42]. En esta ocasión se inició el procedimiento por medio de una demanda de modificación de medidas por medio de la cual la actora (madre del menor sobre el que versan los hechos) procuraba evitar que el régimen de visitas implicase que su hijo (de nueve años) pernoctase con su otro progenitor (como sí figuraba en el que por aquel momento estaba vigente). En primera instancia, sin embargo, se falló a favor de las pretensiones contenidas en la reconvención a la demanda presentada por el padre del pequeño, acordándose la guarda y custodia compartida (aunque también cedió el juez a lo solicitado por la madre y acordó que, durante los cuatro meses previos a la instauración de esta medida, las visitas del padre no incluirían horario nocturno). Ante dicha decisión presentó recurso de apelación esta última (dando lugar a la sentencia que aquí se analiza) requiriendo, en lo que nos concierne, la suspensión del derecho de visitas del padre con respecto a su hijo. Es curioso, cuando menos, a la luz de las novedades legislativas que comentamos que el Ministerio Fiscal, en esta ocasión, se opone al recurso interpuesto por la actora y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia.

Una simple lectura de los hechos probados en los que se sustenta esta resolución prueba las pésimas relaciones entre los actores, con un sinfín de pleitos

41 Esto es mantenido, asimismo, por el fundamento de derecho séptimo: "También se confirma, como se solicita, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 94.4 CC último inciso, el régimen de estancias y visitas del padre fijadas en la sentencia de primera instancia, que consideró adecuado el propuesto por el informe psicosocial, y que se mantiene por entender que es positivo para los hijos que no se vean privados de la relación y contacto con su padre, al no advertir en los hechos probados en las sentencias condenatorias riesgo para su integridad y haber sucedido, como ya hemos dicho, hace tiempo y no constar nuevas condenas ni denuncias".

42 SAP de Santander 22 noviembre 2021 (JUR 2021, 381019).

por incumplimiento de régimen de visitas (denuncias del padre hacia la madre) o delitos de violencia de género (denuncias de la madre hacia el padre). Empero, por otra parte, también destaca sobremanera que en diversas ocasiones el pequeño tuvo que acudir a urgencias por diferentes dolencias o contusiones (todo ello combinado con cuadros de ansiedad). Estos sucesos resultaron en varias denuncias de la madre hacia el padre por presuntamente maltratar a este durante los periodos de visita. Ninguna de las denuncias que han sido mencionadas ha conllevado, aún, condena firme.

Tras un examen exhaustivo de todos los extremos concernientes a las situaciones arriba detalladas, falla el tribunal en contra de que la custodia compartida se mantenga, atribuyéndole la guarda y custodia a la madre, pero niega que ello deba implicar la extinción del vínculo entre padre e hijo, tal y como se solicitaba en el recurso y prevé el nuevo artículo 94.4 CC. Si, teniendo el pequeño nueve años, cesa su relación con su progenitor se estará iniciando un camino sin retorno que finalizará en la pérdida de cualquier conexión entre ambos, se argumenta[43]. Tomando en consideración lo antedicho y lo afirmado por los informes psicológicos[44] se concluye que la solución buscada por la actora no sería favorable al interés del menor. Así, se decide mantener el derecho de visita respecto del padre, pero modulado y bajo una serie de requisitos[45] para velar por que ello se lleve a cabo de la mejor manera posible dadas las circunstancias.

43 Así lo afirma en el fundamento de derecho sexto: "Tomando en consideración los hechos o circunstancias que se han destacado y que resultan de la prueba practicada, el tribunal no considera que la suspensión completa de toda comunicación entre el padre y el hijo, que a buen seguro haría ya imposible en un futuro la restauración del vínculo ya suficientemente dañado, deba ser el criterio rector de actuación en la actualidad tomando en exclusiva consideración su propio interés (art.39 CE y art. 92 CC). La regla general de reciente incorporación legal debe ceder en favor de su excepción, fundada en el interés superior del menor".

44 También es reseñable lo previsto en el fundamento de derecho sexto al respecto: "Aunque el dictamen psico-social haya omitido una opinión final, no podemos obviar que los informes delos técnicos del ICASS que ha seguido la evolución de la familia antes y después del inicio de la actuación protectora, deben ser preferidos para formar la convicción judicial -a falta, como decimos, de una opinión concreta del equipo psicosocial- frente a quien, como el psicólogo forense, tuvo una única y concreta intervención con el menor. Y estos informes claramente vinculan la ansiedad que el menor padece -y, también, el rechazo que frente a terceros muestras de la figura paterna- a la existencia de un conflicto de lealtades con incidencia especial en la instrumentalización que sufre de su madre y de la familia materna. Y ello invita a pensar que la ruptura interesada por la recurrente ni tiene un suficiente apoyo pericial de quienes han conocido con intensidad y extensión la situación familiar, ni puede contribuir por su radical incidencia en el interés o beneficio del menor, cuando, como ocurre, el juez penal no ha accedido hasta el momento a suspender la comunicación y estancia".

45 Conclusión del tribunal que refleja en el fundamento de derecho sexto: "La comunicación padre-hijo, por tanto, debe conservarse, si bien modulada por las circunstancias concurrentes bajo los siguientes criterios: De un lado, el sometimiento de los progenitores a las exigencias de la intervención protectora del ICASS a través de sus profesionales que permita someter a los padres y al menor a su evaluación, intervención y seguimiento continuo para encauzar y normalizar sus recíprocas relaciones en interés o beneficio del menor, sin perjuicio de que su resultado pueda ser objeto de control y seguimiento por el juzgado que conozca de la ejecución de la sentencia; Del otro, por el cumplimiento de tres pautas: un régimen progresivo de contacto y estancia, la utilización del punto de encuentro familiar y la emisión de informes al juzgado de la ejecución (art. 91 CC) para que autorice la progresión en la comunicación, según la forma que se dirá en la parte dispositiva de la presente resolución".

Se repite en esta ocasión, como ha podido apreciarse, lo comentado respecto de la sentencia del Tribunal Supremo. La entrada en vigor de la ley 8/2021 parece no haber tenido el eco esperado en la práctica de los tribunales, pues ya en estas dos sentencias se ha estimado pernicioso para el interés de los menores en cuestión lo que en esta se marcaba como el camino a seguir. En este mismo sentido se pronuncia la *SAP de Asturias 20 julio 2022*[46], entre otras.

Sin embargo, lo que mejor escenifica, sin duda, lo controversial de este asunto es que haya protagonizado la reciente *STC 13 septiembre 2022*[47]. El grupo parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, puso en duda la constitucionalidad del cuarto de los párrafos de este precepto (así como del segundo del artículo 156 CC) por medio de un recurso de inconstitucionalidad que, adelantamos, ha acabado siendo desestimado por unanimidad. Aclara el tribunal que a pesar de lo que puede leerse en el mentado apartado del artículo 94, una lectura conjunta de este precepto deja constancia de que la decisión está, en todo caso, en manos de quien enjuicia el caso concreto. No existe, por tanto, automatismo alguno en la aplicación de lo descrito por este artículo, debiendo negarse su inconstitucionalidad.

C) Consecuencias: pros y contras.

Casi la totalidad de las sentencias anteriormente referidas concluyen que el mantenimiento de la relación paterno-filial es lo más beneficioso para los menores (conclusiones basadas, en su mayoría, en informes periciales que así lo acreditan). Por ello puede que la modificación acometida extrañe a quien la analiza con cierta profundidad desde la óptica de las últimas tendencias jurisprudenciales.

Según lo que venimos diciendo, el fondo del asunto se encuentra en discernir si el contacto del menor con su progenitor incurso en un procedimiento por violencia de género (o existiendo indicios de que este pudiera estar presenciando hechos de esta naturaleza) es o no contrario a su interés. Para esto, es más que patente que los argumentos jurídicos son insuficientes y deben apoyarse en otras ciencias capaces de aportar una visión fidedigna sobre los potenciales efectos perniciosos o beneficiosos en los que pudiera desembocar esta situación.

A este respecto, hay estudios psicológicos que apoyan los fundamentos en los que se basa este cambio de paradigma. Por una parte, algunos[48] concluyen que si el menor prosigue debiendo legalmente visitar a quien vio maltratar a su madre,

46 SAP de Asturias 20 julio 2022 (JUR 2022, 310724).

47 STC 13 septiembre 2022 (JUR 2022, 311534).

48 En concreto Pérez - Caballero Molina, M. T.; Pérez Jiménez, F.; Díaz Rosado, M. y Rodríguez Sánchez, N.: "Investigación cuantitativa sobre como afecta el régimen de visitas a menores víctimas de violencia de género", en AA.VV., *Aportaciones a la investigación sobre mujeres y género: V Congreso Universitario Internacional "Investigación y Género": Sevilla, 3 y 4 de julio de 2014* (coord. por R. Casado Mejía, C. Flecha García, A. Guil Bozal, M. T. Padilla-Carmona, I. Vázquez Bermúdez, M. R. Martínez Torres), SIEMUS, Sevilla, 2015, p. 1203.

ejercer violencia ya sea física o psicológica, ello no solo tendrá un claro perjuicio en su bienestar (tanto mental como físico), sino que, además, puede sentar en los pequeños un precedente que les impulse de mayores a imitar lo que tantas veces han atestiguado[49].

Decíamos al comienzo que la sociedad trata por todos los medios de los que puede hacer uso de erradicar la violencia machista y el machismo que ha imperado desde tiempos inmemoriales. Por lo tanto, si en efecto, ante indicios que pudieran hacer pensar que un menor está presenciando hechos constitutivos de delitos de violencia sobre la mujer, una pronta actuación por la que fuese apartado este hijo de su padre, quizá no solo evitaría tragedias humanas presentes, sino también futuras.

Además, ha de tenerse en cuenta la posibilidad de que los padres usen a sus hijos como arma contra sus ex parejas[50], sabedores de que el dolor que a estas les causa lo sufrido por sus hijos les afecta más incluso que el originado por lo que pudiera sucederles a ellas. No son pocos los casos que se pueden ver en prensa a este respecto, habiendo sido muy sonados, para desgracia de todos, en los últimos tiempos algunos casos de violencia vicaria[51].

No obstante, no son estos aspectos los únicos que debieran haber informado el nuevo artículo 94 CC, pues son otras muchas aristas a las que el legislador debería haber atendido. Y es que a tenor de lo afirmado no cabe duda de que era necesaria una nueva regulación, abordar esta situación desde otro punto de vista, pero la norma que ha resultado, adelantamos, no es del todo de nuestro agrado.

Por un lado, hemos de tener presente que en todo momento se habla de menores, de personas que no han llegado a cumplir los 18 años de edad[52] y para los que, a consecuencia de la ley de la relatividad, los años cuentan mucho más. De esta forma, si iniciado un procedimiento por violencia sobre la mujer cuando el pequeño tiene tres años, se suspende el derecho de visita, comunicación y estancia hasta que se resuelva, decidiendo finalmente cuando este ha cumplido cinco que

49 No puede pasarse por alto a este respecto el ejemplo claro que fue el hijo de Ana Orantes. Tras años de malos tratos, se decidió a contar su vivencia en un programa de televisión, días tras lo cual su marido acabó con su vida. Años después del suceso uno de sus hijos fue acusado de cometer un delito de violencia sobre la mujer. ¿Podría haberse evitado de haberse cortado la relación entre padre e hijo a una edad temprana?

50 Asevera esto mismo, así como desgrana los efectos psicológicos de esta conducta sobre los menores Lizana Zamudio, R.: "Problemas Psicológicos en Niños y Niñas Víctimas de la Violencia de Género en la Pareja", *Repositorio: Tesis Doctorals en Xarxa*, 2014 (disponible en http://hdl.handle.net/10803/285393; última consulta 13/10/2022), p. 95.

51 Son ejemplos claros de ello casos muy sonados como el de las hermanas que presuntamente fueron lanzadas al mar por su padre en Tenerife o el de los niños de Córdoba cuya vida acabó también a manos de su padre hace años. Ambos sucesos acontecieron durante el régimen de visitas.

52 Aunque, a nuestro parecer, cobran especial importancia aquellos en los que los hijos son incluso más pequeños, ya que, en caso de tener casi la mayoría de edad, puede optarse, como hemos aludido anteriormente, por un régimen de visitas flexible a petición del hijo en cuestión.

no hay riesgo para él si se retoman las relaciones con su padre y que los hechos acontecidos fueron aislados o la causa fue sobreseída, este, probablemente, ni reconozca a su figura paterna. Para él durante casi media vida habrá desaparecido este de la faz de la Tierra, de tal forma que, como se comentaba al hilo de la SAP de Santander 22 noviembre 2021, no habría vuelta atrás y esa relación no podría volver a ser lo que fue.

Y, por otro lado, parece haber eludido por completo el legislador en este caso la presunción de inocencia, ya que exige la toma de medidas drásticas basándose en la incoación de un procedimiento o unos indicios, sin que se haya tomado ninguna decisión penal aún[53].

D) Valoración personal.

En pocas palabras, podría decirse que la reforma que hemos tratado de desgranar en esta investigación busca ser una herramienta jurídica en la lucha contra la violencia de género y la violencia vicaria. La lógica es sencilla: si el progenitor no puede ver a sus hijos o a su ex pareja (con la que tendría que mantener el contacto con motivo del cumplimiento del régimen de visitas) no podrá causarles ningún daño. Si, además, se tienen en cuenta los beneficios que en el apartado anterior mencionábamos, pareciera esta una modificación digna de ser aplaudida. No obstante, consideramos que en esta ocasión el legislador se ha visto cegado por el fin y ha descuidado los medios sin que, por muy loable que sea el primero, estén justificados los segundos.

Y es que, aunque nos postulamos a favor de que se acreciente la protección de los menores en ambientes de violencia de género, creemos que la manera en la que se han dispuesto los presupuestos para la suspensión y extinción de los derechos de visita, comunicación y estancia no será capaz de lograr este objetivo, así como podría, interpretado de forma estricta, llegar a atentar contra el interés superior del menor (además, claro está, de ir contra la presunción de inocencia).

53 Mantiene esta misma postura Ortega Calderón, J. L.: "La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio", *Diario LA LEY*, 2021, núm. 9892, p. 12. Comienza afirmando, respecto de la suspensión de estos derechos con la incoación de un procedimiento penal en materia de violencia de género que "la regla que nos ocupa implica además un difícil equilibrio entre el proceso penal y el proceso civil. Ciertamente que el compromiso al que se somete la presunción de inocencia que asiste en todo caso al progenitor no custodio en el proceso penal primero y su censura después en el seno de un proceso civil, con tan notables consecuencias, debe generar como mínimo una cierta desazón"; siendo su opinión más contundente al respecto del segundo de los casos: "Pero si el compromiso o, si se quiere, el riesgo, para el derecho de defensa y la presunción de inocencia es relevante, la segunda regla, de igual forma imperativa, genera una indudable zozobra interpretativa: bastará que en un proceso civil, con las especialidades propias del mismo en orden a la práctica y valoración de la prueba frente al proceso penal, lugar idóneo para sustanciar las pretensiones de tal naturaleza, resulten indicios fundados de violencia doméstica o de género, para que la decisión de suspensión se acuerde por el Juez Civil. Ni tan siquiera se refiere el legislador a hechos constitutivos de infracción penal en dicho ámbito, sino meramente una situación de violencia con tales atributos, aunque es evidente que no es imaginable violencia en tal ámbito que no sea penalmente relevante".

Por un lado, no podemos olvidar que realmente la solución a la situación que ha impulsado esta modificación no está exclusivamente en manos de los tribunales o de la justicia, sino, más bien, de la educación y la sociedad, pues hasta que las personas que la componen no comprendan que la violencia no es la salida (siendo esto una utopía) no se podrán frenar estos delitos: el Derecho solo puede ponerles trabas. Por lo tanto, es irreal, en nuestra opinión, pensar en el cese del derecho de visitas generalizado como la panacea en esta lucha. Habrá situaciones en las que claramente sea necesario y sea lo que efectivamente obre en virtud del interés del pequeño en cuestión, evitando así que este termine siendo una víctima más de esta lacra. Sin embargo, como hemos podido apreciar en algunas de las sentencias referidas, no siempre será así. Esto lo determinarán las circunstancias concretas del caso, circunstancias que tendrá que valorar el juzgador, tal y como se venía haciendo. El establecimiento de un procedimiento más elaborado que permita a este la obtención de una visión fidedigna de la realidad, la dotación económica necesaria para que ello pueda llevarse a cabo de manera eficaz y ágil o el reforzamiento de los Puntos de Encuentro Familiares y creación de espacios para que las relaciones entre padres e hijos sea segura consideramos que sería de mayor utilidad.

Y, por otra parte, la nueva redacción del artículo 94 CC implica la reducción del mantenimiento de las relaciones paterno-filiales en estas circunstancias a una excepción, es decir, tiene por objeto que en su gran e inmensa mayoría esta desaparezca sin tenerse en cuenta los perjuicios que ello causaría a un niño que es obligado de manera precipitada a ver erosionado su vínculo con uno de sus progenitores (vínculo, quizá, irrecuperable).

IV. CONCLUSIONES.

A lo largo de estas páginas hemos tratado de dar respuesta a las dudas que al comienzo planteábamos: si las corrientes jurisprudenciales hasta el momento se alineaban con lo ahora establecido por ley y si, en cualquier caso, ha sido o no acertada esta reforma. Es en estos instantes, con todo lo analizado, cuando podemos realmente manifestar qué opinión nos suscita.

Los asuntos de esta naturaleza son incuestionablemente delicados e intrincados, existiendo muchos intereses que requieren protección (por ejemplo, la madre víctima de violencia de género o el hijo que esta y su victimario han tenido en común), debiéndose ser especialmente cauteloso en su regulación. A nuestro parecer, este no ha sido el caso del legislador actual, que, haciendo uso de una ley cuya finalidad era diferente, acometió, de manera colateral (como si simplemente fuese alcanzado por su onda expansiva), una reforma con la que cumplía los propósitos que desde 2017 llevaban esperando su momento. Cuatro

años ha tardado este en dar respuesta a las exigencias que en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género se habían volcado para proceder a ello de forma precipitada y al amparo de una ley que no le correspondía.

Mas el mayor de los errores que hemos percibido ha sido su falta de concreción. El precepto se configura de tal forma que se facilita la suspensión de los derechos de visita, comunicación y estancia con apreciarse simples indicios de violencia de género (que no una condena o una decisión en firme por parte de un órgano penal), permitiéndose en casos sumamente excepcionales (aunque tras las sentencias analizadas podríamos atrevernos a poner esto en entredicho) su mantenimiento. No obstante, no se prevén opciones intermedias, no se considera la posibilidad de que cada caso requiera de una solución "ad hoc" que module entre ambos extremos, que no sea blanco o negro, sino una de las muchas opciones dentro de la escala de grises.

Aun así, la situación anterior a la reforma tampoco la consideramos adecuada, pues es cierto que dejaba desprotegidos a muchos menores que terminaban sufriendo a consecuencia de estas decisiones. Por ende, ponemos fin a este trabajo requiriendo una medida legislativa que verdaderamente vele por los intereses de los menores de forma efectiva, que prevea opciones, que module las relaciones paterno-filiales incursas en procedimientos de violencia de género de tal forma que no se produzcan altercados, pero tampoco se socaven de forma definitiva los lazos que unen a padres y a hijos.

BIBLIOGRAFÍA

Asociación Española de Abogados de Familia, *Conclusiones de los IV Encuentros de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia y las VI Jornadas nacionales de magistrados, jueces de familia, fiscales y secretarios judiciales, celebradas en Valencia del 26 al 28 de octubre de 2009,* 2009 (Disponible en http://ayudaafamiliasseparadas.es/archivo/archivo/IV%20ENCUENTRO%20MAGISTRADOS.pdf; última consulta 10/10/2022)

De la Iglesia Monje, M. I.: "Alteración del régimen de visitas de los progenitores", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2009, núm. 712, pp. 925-930.

De la Torre Laso, J.: "La utilidad de los puntos de encuentro ante los procesos de violencia de género: un estudio jurisprudencial", *Diario LA LEY*, 2017, núm. 8993.

Lizana Zamudio, R.: "Problemas Psicológicos en Niños y Niñas Víctimas de la Violencia de Género en la Pareja", *Repositorio: Tesis Doctorals en Xarxa*, 2014 (disponible en http://hdl.handle.net/10803/285393; última consulta 13/10/2022).

Lutfi Royo, M.: "La repercusión de la custodia compartida en supuestos de violencia de género: el interés superior del menor", en AA.VV., *Igualdad de género en Europa y América Latina: Educación superior, violencias y políticas de integración regional* (coord. por I. Pastor), Publicacions URV, Tarragona, 2019, pp. 143-172.

Ortega Calderón, J. L.: "La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio", *Diario LA LEY*, 2021, núm. 9892.

Pérez - Caballero Molina, M. T.; Pérez Jiménez, F.; Díaz Rosado, M. y Rodríguez Sánchez, N.: "Investigación cuantitativa sobre como afecta el régimen de visitas a menores víctimas de violencia de género", en AA.VV., *Aportaciones a la investigación sobre mujeres y género: V Congreso Universitario Internacional "Investigación y Género": Sevilla, 3 y 4 de julio de 2014* (coord. por R. Casado Mejía, C. Flecha García, A. Guil Bozal, M. T. Padilla-Carmona, I. Vázquez Bermúdez, M. R. Martínez Torres), SIEMUS, Sevilla, 2015, pp. 1186-1206.

Reyes Cano, P.: "Menores y violencia de género: nuevos paradigmas", *DIGIBUG: Repositorio Institucional de la Universidad de Granada*, 2018 (disponible en https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/54414/87798.pdf; última consulta 13/10/2022).

Sillero Crovetto, B.: "Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2017, núm. 6, pp. 11-40.

VERDERA IZQUIERDO, B.: "Estado actual de la guarda y custodia y el régimen de visitas ante supuestos de violencia de género", en AA.VV., *Actas del III congreso universitario nacional "Investigación y género"* (coord. por I. VÁZQUEZ BERMÚDEZ), CS9 Producciones S.L.N.E., Sevilla, 2011, pp. 2040-2057.

LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN LAS SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIALES: NATURALEZA JURÍDICA Y EXTINCIÓN POR EL "CESE DE LA CAUSA QUE LA MOTIVÓ"

COMPENSATORY PENSION IN MARITAL CRISIS SITUATIONS: LEGAL NATURE AND EXTINCTION FOR THE "CESSATION OF THE CAUSE FOR WHICH IT MOTIVED"

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 246-275

Manuel ORTIZ FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Las situaciones de crisis matrimonial pueden dar lugar al reconocimiento de una pensión compensatoria en favor del ex cónyuge que haya sufrido un empeoramiento económico. No obstante, esta pensión no siempre se mantiene inalterable a lo largo del tiempo. Muy al contrario, las variaciones que se produzcan en el patrimonio de ambas partes, así como la propia actitud que adopten, tienen incidencia en su cuantía y duración. A este respecto, la jurisprudencia ha ido delimitando los contornos de esta figura, así como la valoración de las circunstancias que pueden dar lugar a la extinción de la misma. Sea como fuere, en ocasiones pueden detectarse diferencias notables entre los distintos pronunciamientos del Tribunal Supremo, lo que impide extraer toda suerte de reglas generales.

PALABRAS CLAVE: Compensación; empeoramiento; extinción; matrimonio; pensión.

ABSTRACT: *Situations of marital crisis may result in recognition of a compensatory pension in favour of the former spouse who has suffered an economic downturn. However, this pension does not always remain unchanged over time. On the contrary, the variations that occur in the assets of both parties, as well as the attitude they adopt, impact their amount and duration. In this regard, the case law has been delimiting the contours of this figure and assessing the circumstances that may give rise to its extinction. Be that as it may, sometimes notable differences can be detected between the different pronouncements of the Supreme Court, which prevents extracting all kinds of general rules.*

KEY WORDS: *Compensation; worsening; extinction; marriage; pension.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. REFLEXIONES SOBRE EL CONCEPTO Y ALCANCE DEL "DESEQUILIBRIO ECONÓMICO" Y LA NATURALEZA DE LA COMPENSACIÓN.- III. LA EXTINCIÓN DE LA COMPENSACIÓN POR EL "CESE DE LA CAUSA QUE LO MOTIVÓ" Y LA INCIDENCIA DE LA ACTITUD DE LOS CÓNYUGES.- 1. Concepto y fundamento de la extinción de la prestación por el cese de la causa que la motivó.- 2. Las variaciones en la posición económica del acreedor de la pensión.- A) La inserción laboral.- B) La percepción de prestaciones públicas.- C) La adquisición de una herencia. D) La liquidación de la sociedad de gananciales.- 3. Las variaciones en la posición económica del deudor de la pensión.- 4. La incidencia de la actitud "abusiva" de los cónyuges en la pensión.- A) La desidia en la búsqueda de empleo por parte del acreedor.- B) El empeoramiento económico del deudor o el aumento de las "cargas".

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Los vínculos matrimoniales constituyen, sin duda, uno de los pilares básicos del denominado Derecho de familia. En este sentido, tal y como se configura en el art. 44 CC, el matrimonio aparece como un derecho subjetivo de las personas. Además, a partir de la relevante modificación de este precepto comportada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, esta cuestión es independiente de que ambos contrayentes sean de diferente o del mismo sexo.

Sin embargo, en ocasiones se producen situaciones de crisis[1] en el seno de estas uniones que comportan, generalmente, el cese de la convivencia de los cónyuges o ex cónyuges[2] (o, al menos, así se presume *ex* art. 102 CC) y la suspensión o extinción de la casi totalidad de los deberes contemplados en los arts. 67 y 68 CC. Además, otra de las consecuencias más relevantes es la posibilidad de fijar una compensación económica[3] a favor de uno de los cónyuges.

1 Téngase en cuenta que en el presente análisis únicamente nos vamos a referir a las situaciones de separación y divorcio, y no a la nulidad matrimonial por cuanto en este último supuesto no opera la pensión compensatoria, *strictu sensu*. Muy al contrario, para estos casos el art. 98 CC prevé una suerte de indemnización a favor del cónyuge de buena fe. Por lo tanto, a pesar de que ciertas cuestiones son equivalentes en ambos escenarios, se trata de figuras distintas.

2 Conviene destacar que la pensión compensatoria se refiere, indistintamente, a los casos de separación y divorcio. Por tanto, lo más adecuado es hablar de cónyuges o ex cónyuges según nos encontremos ante uno u otro caso, respectivamente. No obstante, por razones de economía lingüística y con el fin de evitar reiteraciones innecesarias, a lo largo del presente análisis únicamente nos referiremos a los ex cónyuges, sin distinción en este punto. Entiéndase, por tanto, puesto sobre alerta el lector acerca de esta cuestión.

3 Asimismo, con carácter previo debemos señalar que los términos pensión compensatoria, compensación o prestación se utilizarán de forma indistinta para aludir a la misma realidad.

• Manuel Ortiz Fernández
Profesor ayudante del Área de Derecho Civil de la Universidad Miguel Hernández de Elche. E-mail: m.ortizf@umh.es

Tal extremo se produce, tal y como destaca el art. 97.I CC[4], cuando existe un "desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio". En definitiva, para que surja la pensión se requiere que se produzca una situación de desequilibrio económico entre los ex cónyuges y un empeoramiento del más desfavorecido en cuanto al nivel anterior al matrimonio. Dicha compensación, como indica el precitado precepto, puede consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, así como en una prestación única.

En palabras de la doctrina más autorizada, la pensión compensatoria "halla (o hallaba) explicación, en buena parte, en la idea de solidaridad post conyugal". A este respecto, "El precepto presupone la existencia de un matrimonio, mediante el cual los cónyuges asumieron, entre otras obligaciones incluidas en el «status» de casado, la de asistirse y socorrerse mutuamente (cfr. arts. 67 y 68 CC), obligación esta, que, como consecuencia de la denominada solidaridad post conyugal, no siempre desaparece, total y absolutamente, por la mera disolución del matrimonio por divorcio (y, con mayor razón, por la mera separación), sino que, de alguna manera, persiste excepcionalmente, transformándose en la de satisfacer la pensión compensatoria cuando se den los requisitos previstos en su párrafo primero[5]".

Como señalan algunos autores, la actual (nueva) configuración de la pensión "descansa en el cambio producido en la propia estructura familiar y social, en la que se facilita la disolución del vínculo conyugal (divorcio *exprés* –en un plazo de tres meses (artículo 81 del Código Civil)-), el papel de los cónyuges se concibe en términos de igualdad y, se mejora la posición económica de la mujer con su inserción de la mujer en el mundo laboral[6]".

De alguna forma, la compensación puede ser explicada en clave de pérdida de oportunidad (*perte de chance*), esto es, de la privación de la posibilidad que el cónyuge desfavorecido ocupe una situación más adecuada y beneficiosa. En cierta medida, es el resultado de anudar al art. 97.II CC un inciso: "El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio [y como consecuencia del mismo]".

4 Por su parte, para fijar la cuantía de la compensación se ha de atender a las circunstancias que incorpora el art. 97.II CC, a saber, "1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2.ª La edad y el estado de salud. 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia. 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante".

5 De Verda y Beamonte, J.R.: "La compensación por desequilibrio económico en la separación y el divorcio: últimas tendencias jurisprudenciales", *Actualidad Civil*, núm. 10, 2020, p. 11.

6 En este sentido, *vid.* Berrocal Lanzarot, A.B.: "Tendencias actuales en torno a la pensión compensatoria o pensión por desequilibrio en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 5 *bis*, 2016, p. 4.

Este posicionamiento se basa en la lógica propia del Derecho de Daños, esto es, daño-reparación[7]. Además, no pretende reponer la posición del cónyuge al momento previo a la celebración del matrimonio, sino que "indemniza" la imposibilidad de que, con ocasión del mismo, dicha persona haya podido acrecentado su patrimonio. En otras palabras, estamos ante una verdadera "compensación" por la carga que ha supuesto el vínculo para uno de los ex cónyuges, en la medida en que su dedicación le ha impedido generar ingresos económicos suficientes. Implícitamente, está aludiendo a una interpretación amplia del "empeoramiento" del ex cónyuge más desfavorecido, por cuanto no es preciso que el mismo se traduzca en un descenso en los ingresos económicos, sino que basta con que se produzca un contexto más deteriorado por diferentes motivos. Por ejemplo, porque al no llevar a cabo una inserción laboral en el momento inicial y, a consecuencia del paso del tiempo, es más complejo que se produzca tras la crisis matrimonial.

En todo caso, la compensación no es un derecho estático, sino que está sujeta al posterior desarrollo de los acontecimientos y a los cambios que se produzcan, por lo que este extremo puede ser relevante, como veremos, para dar por concluida una pensión. A este respecto, del reconocimiento de la misma no se puede deducir que no pueda variar y que se mantenga inmutable. Muy al contrario, los arts. 100 y 101 CC permiten que sea modificada[8] y, en su caso, extinguida, en atención a una variación de las condiciones que fueron valoradas para constituirla. Además, hemos de tener presente que la citada alteración desde la constitución hasta la extinción es gradual[9]. Por ello, es posible que una determinada causa no

7 En esta línea, indica la STS 14 febrero 2018 (*Tol 6516422*), que la pensión compensatoria tiene "una finalidad indemnizatoria y reequilibradora, pues trata de restaurar el desequilibrio económico que la ruptura de la relación de convivencia provoca en uno de los cónyuges, y que comporta un empeoramiento patrimonial en relación con el nivel de vida disfrutado por ambos durante la vida en común, y en comparación con el status conservado por el otro cónyuge", de tal forma que no persigue igualar ni equiparar las economías de los cónyuges, sino "remediar un agravio comparativo, cumpliendo una triple función: resarcir el daño objetivo consistente en la pérdida de expectativas de toda índole como consecuencia del vínculo matrimonial, colocar al cónyuge que experimenta un empeoramiento económico en situación de potencial igualdad de oportunidades a la que hubiese tenido de no haber contraído el matrimonio, y facilitar al cónyuge que sufre tal desequilibrio un *status* semejante al que mantiene el otro al tiempo de la ruptura, y que guarde relación proporcional con la duración de la vida en común".

8 Sobre el particular, *vid.* STS 1 junio 2022 (*Tol 9001025*).

9 En este sentido, Montero Aroca, J.: *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 2450 señala que la diferencia entre modificación y extinción es de grado o de intensidad y no de calidad.

de lugar a la supresión de la pensión, sino que se apruebe una modificación por no ser de una entidad suficiente[10]. Sobre el particular, *vid.* la STS 18 julio 2018[11].

En este sentido, para que se produzca la extinción de la compensación debe concurrir alguna de las situaciones que incluye el art. 101.I CC, es decir, "el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona". No se acordará tal extremo, como indica el art. 101.II CC, "por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima[12]".

En todo caso, no se puede obviar que las causas contempladas en el art. 101.I CC no suponen una enumeración exhaustiva o *numerus clausus*[13]. Muy al contrario, es posible encontrar otras circunstancias[14] que también darían lugar a la finalización

10 Así, indica Barceló Doménech, J.: "La compensación por desequilibrio económico en caso de separación o divorcio", en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado Práctico interdisciplinar* (dir. J. R. de Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 291-315 que el paralelismo entre extinción y modificación es notable, pues "la intensidad de la alteración puede determinar, según los casos, modificación o extinción de la pensión. Es, en consecuencia, muy estrecho el vínculo entre modificación y extinción de la pensión, hasta tal punto lo es que suele decirse que quien pide la extinción pide, al mismo tiempo y para el caso no pueda demostrarse que haya cesado totalmente el desequilibrio, la modificación (reducción, mejor dicho) de la pensión". Sin embargo, como pone de relieve el autor, esta relación tan directa plantea "dificultades prácticas, derivadas de la necesidad de diferenciar alteraciones en la fortuna de los cónyuges que solo justificarían la modificación y la verdadera desaparición del desequilibrio que lleva a la extinción; la complejidad en la ponderación de los distintos elementos es evidente".

11 STS 18 julio 2018 (*Tol 6670975*).

12 En este sentido, destaca García Goldar, M.: "El pago de la pensión compensatoria por el heredero del deudor: carencias e incoherencias del artículo 101 del Código Civil español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 8 *bis*, 2018, p. 327 que si bien son muchas las incoherencias que se aúnan en este precepto, "las más importantes son tres: primero, que establece una responsabilidad intra vires del heredero que se limita en exclusividad a esta atípica deuda sucesoria; segundo, que no regula atinadamente en qué condiciones es posible el recurso a la acción, pues se limita a señalar que se podrá pedir la supresión o reducción de la pensión compensatoria cuando ésta «afecte» a los derechos en la legítima; y tercero, que viene a complicar el clásico debate acerca de la naturaleza jurídica del legitimario, cuando establece, como presupuesto para la acción, que se afecten «sus» derechos en la legítima, es decir, los derechos en la legítima de los herederos".

13 A este respecto, Torres Lana, J. A.: "Comentario al art. 101 CC", en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. por J. L. Lacruz Berdejo), Civitas, Madrid, 1982, p. 786 destaca que "el precepto ha querido únicamente enumerar las causas relativas a la situación familiar que originó la existencia de la pensión. Por esta razón, las causas relacionadas se circunscriben a las que, por motivos lógicos o éticos/sociales, dimanantes del propio hecho de la separación o divorcio, o de la asunción por un tercero del deber de socorro que subyace a la pensión, enlazan de alguna manera con las necesidades que la misma quiere remediar. Pero, además, hay artículos del propio Código que configuran o de los que se deducen supuestos extintivos del derecho a la pensión que no figuran en la redacción inicial del art. 101".

14 Sobre el particular, resulta interesante la clasificación que establece Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L.: *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio,* segunda edición, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 381-382 que atiende a "las causas que son totalmente *objetivas* y no precisan de ponderación alguna, sino solamente de su reconocimiento por el acreedor o su prueba, y aquellas que exigen una *valoración de circunstancias y hechos,* algunos de gran dificultas probatoria". Dentro de las primeras, anuda la defunción del acreedor o su matrimonio, en los que la sentencia será declarativa. Por su parte, en las segundas se ubica la convivencia marital, en la que el pronunciamiento judicial tendrá carácter constitutivo.

de la compensación y que no se recogen expresamente en el Código[15]. En este sentido, parte de la doctrina[16] propone diferenciar entre "cese del derecho a la pensión" y "causas de extinción", de tal forma que el primer grupo se reserve para los supuestos *ex* art. 101.1 CC.

En el presente estudio, analizaremos las circunstancias que inciden en la declaración de dicha extinción por cesar la causa que la motivó y, en particular, la interpretación ofrecida por el Tribunal Supremo. Sea como fuere, entendemos que una interpretación acorde a los postulados del Código Civil exige que el jurista adopte una visión de conjunto, si se quiere, sistemática, que integre todas las exigencias que se detallan y evite partir de una división en compartimentos estancos.

Así, para comprender cabalmente el cese de la pensión es imprescindible que definamos, siquiera brevemente, los contornos de esta figura y su naturaleza jurídica. A este respecto, para conocer cuándo han cesado las causas que motivaron el origen de la compensación hemos de saber, con carácter previo, los aspectos más relevantes de los que se sirve el juzgador para, precisamente, constituir esta medida. En definitiva, obviando la situación intermedia de modificación, nacimiento y extinción representan las dos facetas de una misma realidad por cuanto la acreditación de una implica, inexorablemente, la supresión de la otra, y viceversa.

II. REFLEXIONES SOBRE EL CONCEPTO Y ALCANCE DEL "DESEQUILIBRIO ECONÓMICO" Y LA NATURALEZA DE LA COMPENSACIÓN.

En este sentido, hemos de señalar que para fijar la compensación se pueden deducir tres criterios del mencionado art. 97.1 CC. En primer lugar, la realidad económica del cónyuge que se presume en una situación desfavorable. En segundo lugar, el contexto patrimonial del otro cónyuge que, en principio, dispone de una posición de superioridad. A este respecto, estas dos cuestiones resultarán fundamentales para dirimir si, efectivamente, se ha producido un desequilibrio

15 Por ejemplo, tal extremo concurre cuando existe una reconciliación entre los cónyuges, cuando el acreedor fallece o renuncia a la acción o cuando la misma caduca. Asimismo, a pesar de que no trate, *strictu sensu,* de una extinción de la compensación, cuando se fija un plazo en la misma (y es, por tanto, temporal), lo cierto es que también finaliza dicha situación. Entre las causas no enunciadas expresamente, Montero Aroca, J.: *La pensión compensatoria en la separación y el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 98, 99, 100 y 101 del Código Civil),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 255-260 refiere la muerte del acreedor, el vencimiento del plazo por el que se concedió la pensión, la disposición del acreedor, la prescripción, la caducidad de la acción, la reconciliación y la nulidad del matrimonio.

16 En este sentido, *vid.* Arza Arteaga, A.: *Remedios jurídicos a los matrimonios rotos,* Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, pp. 134-135. Sea como fuere, como apunta Sánchez Rodríguez, M. P.: *La extinción del derecho a la pensión compensatoria,* Comares, Granada, 2005, p. 21, "existe práctica unanimidad en la utilización de la expresión «causas de extinción» para referirse a todos aquellos supuestos que, con independencia de que se contemplen o no en el artículo 101, determinen la desaparición hacia el futuro de la pensión por desequilibrio económico".

económico. En tercer lugar, se ha de observar un empeoramiento de la posición del primero en comparación con la que disfrutaba previamente al matrimonio[17].

En relación con este extremo, la primera consideración que hemos de llevar a cabo, por más obvia que parezca, es que ambos han de producirse en la práctica, sin que ninguno de los escenarios, de forma aislada, sea suficiente para generar el derecho. Lo anterior implica que no basta con que uno de los cónyuges, al suspender o finalizar el vínculo, se encuentre en peor posición que el otro si, por ejemplo, en el momento de contraer matrimonio su estatus era igual o inferior. Igualmente, tampoco podrá exigir una prestación, a pesar de que se detecte que ha perdido nivel económico, cuando el otro cónyuge esté en un contexto similar. En todo caso, no se trata de un debate superado y existe cierta controversia doctrinal acerca de estas disquisiciones.

Esta problemática entronca directamente con la segunda de las cuestiones. Así, el art. 97.1 CC no señala nada sobre las causas que han de provocar el "empeoramiento", es decir, si ha de venir motivado y ser consecuencia directa del vínculo matrimonial o si, por el contrario, no es relevante determinar el origen del mismo. Para resolver esta pregunta es preciso que antes concretemos la naturaleza de la compensación, ya que, en función de dicha reflexión, la conclusión que se adopte variará notablemente. En este punto, se presentan dos posibles soluciones[18].

17 A este respecto, no en todos los casos el desequilibrio y el empeoramiento derivarán de un abandono total del empleo por parte del cónyuge desfavorecido. En este sentido, si, por ejemplo, solicita una reducción de la jornada, es indudable que también se producirá tal extremo. Así las cosas, podemos encontrarnos algunos supuestos en los que se produzca cierta injusticia y de difícil solución. Imagínese que uno de los cónyuges acaba de finalizar sus estudios y, en ese momento, contrae el vínculo matrimonial. Sus ingresos económicos iniciales, por tanto, son igual de reducidos que al extinguir el matrimonio y, en principio, no correspondería establecer una pensión. Sin embargo, no se puede obviar que la ausencia de inserción laboral se debe a la dedicación a la familia y que, desde esta perspectiva, se podría justificar una compensación.

18 En este sentido, se suelen identificar dos corrientes doctrinales, a saber, las tesis "objetivas u objetivistas" y las posiciones "subjetivas o subjetivistas". Tales interpretaciones aparecen explicadas en la STS 19 enero 2010 (*Tol 1790759*) a la que posteriormente nos referiremos, que destaca que "el artículo 97 CC ha dado lugar a dos criterios en su interpretación y aplicación. La que se denomina tesis objetivista, en cuya virtud, el desequilibrio afecta a un cónyuge respecto al otro, determinando un deterioro con relación a la posición mantenida durante el matrimonio por el cónyuge que va a resultar acreedor de la pensión; según esta concepción del artículo 97 CC, las circunstancias enumeradas en el párrafo segundo de dicho artículo serían simplemente parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada. La tesis subjetivista integra ambos párrafos y considera que las circunstancias del artículo 97 CC determinan si existe o no desequilibrio económico compensable por medio de la pensión del artículo 97 CC".
Todo ello, también ha tenido reflejo en nuestra doctrina científica. Por todos, *vid.* Valladares Rascón, E.: *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Civitas, Madrid, 1982; García Cantero, G.: "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo García), t. II, Edersa, Madrid, 1982; Roca Trías, E.: "Comentario al art. 97 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984; Lalana del Castillo, C.: *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Bosch, Barcelona, 1993; Lasarte Álvarez, C./Valpuesta Fernández, M.R.: "Comentario al art. 97 CC", en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. Lacruz Berdejo), Civitas, Madrid, 1994, 2ª ed.

De un lado, entender que la pensión compensatoria tiene su fundamento en la "solidaridad conyugal", esto es, que se deriva de las obligaciones que ambos cónyuges asumieron como consecuencia del matrimonio. Desde esta perspectiva, los deberes conyugales no se desaparecen totalmente con la disolución del vínculo matrimonial, sino que se mantienen, de forma excepcional, al convertirse en una obligación de satisfacer la pensión.

Esta interpretación parte, en cierta medida, de que, como antes destacamos, los requisitos de la compensación únicamente se recogen en el art. 97.I CC, sin que quepa, por tanto, aplicar los supuestos del art. 97.II CC para establecer la medida. Estos últimos solamente operarían, desde esta perspectiva, para fijar el importe de la pensión, pero no como criterios para determinar cuándo procede la misma.

De otro lado, otra vertiente considera que la compensación ha de ser explicada en clave de pérdida de oportunidad. A este respecto, se considera que el cónyuge más desfavorecido ha empeorado su situación como consecuencia del matrimonio, por lo que se le reconoce una reparación económica. No se puede obviar que, realmente, se está compensando por los efectos (negativos) que dicho negocio jurídico ha tenido para uno de los ex cónyuges.

En suma, consiste en llevar a cabo un ejercicio probabilístico, para concretar cuál hubiese sido la realidad del cónyuge de no haber contraído el matrimonio. Sea como fuere, como toda hipótesis, entendemos que está sujeta a la comprobación, al ensayo y error. Se trata, por tanto, de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario. Asimismo, como tuvimos ocasión de señalar, la compensación no es un derecho estático, sino que está sujeto al posterior desarrollo de los acontecimientos y a los cambios que se produzcan, por lo que este extremo puede ser relevante, como veremos, para dar por concluida una pensión.

Si se repara con detenimiento, el examen que hemos referido supone una visión de conjunto entre los párrafos primero y segundo del art. 97 CC, de tal forma que incorpora algunos de los criterios de este último para establecer la pensión. De hecho, esta parece ser la línea acogida por el Tribunal Supremo que ha optado por un planteamiento subjetivista[19] y ha ido configurando la compensación. Así, la STS 19 enero 2010 (*Tol 1790759*), cambiando la jurisprudencia mantenida anteriormente, indicó que "las circunstancias contenidas en el art. 97.2 CC tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y

19 Por todas, *vid.* SSTS 14 marzo 2011 (*Tol 2080803*), 16 noviembre 2012 (*Tol 2685953*), 17 diciembre 2012 (*Tol 2714277*), 11 mayo 2016 (*Tol 5728503*), 24 marzo 2017 (*Tol 6010408*).

b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión".

En igual sentido, la STS 22 junio 2011 (*Tol 2227659*) señaló que "su finalidad es lograr colocar al cónyuge más desfavorecido con la ruptura en situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial", de tal forma que "no tiene por finalidad igualar el punto de llegada, sino compensar el desequilibrio medido en un punto de partida que hay que situar antes del matrimonio". A este respecto, como se deduce, entre otras, de las SSTS 19 octubre 2011 (*Tol 2269878*) y 18 marzo 2014 (*Tol 4183456*), "tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, por lo que no se trata de una pensión de alimentos y lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge".

Por su parte, la STS 14 febrero 2019 (*Tol 7064894*)[20] nos recuerda que "la simple desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación y es preciso ponderar en conjunto la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes a que haya estado sometido el matrimonio, así como «cualquier otra circunstancia relevante», de acuerdo con lo dispuesto en la recogida en último lugar en el art. 97 CC".

No obstante, parece que la incorporación de las circunstancias previstas en el art. 97.II CC únicamente se circunscribe a los apartados cuarto y quinto que se ocupan de la "dedicación pasada y futura a la familia" y la "colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge". Asimismo, anuda un nuevo criterio, el régimen económico matrimonial, no contemplado en nuestro Código. En este sentido, destaca la precitada STS 19 enero 2010 (*Tol 1790759*) que:

20 En igual sentido, *vid.* SSTS 4 noviembre 2010 (*Tol 2020586*), 14 febrero 2011 (*Tol 2045488*) y 25 septiembre 2019 (*Tol 7515249*). A este respecto, nos recuerda la reciente la STS 12 febrero 2020 (*Tol 7765714*) que "La pensión compensatoria se configura como un derecho personalísimo de crédito, normalmente de tracto sucesivo, (…) condicionada, por lo que respecta a su fijación y cuantificación, a los parámetros establecidos en el art. 97 del CC, y fundada en el desequilibrio económico existente entre los consortes en un concreto momento, como es el anterior de la convivencia marital".
Además, esta interpretación ha sido acogida favorablemente en gran parte de la doctrina científica. Por todos, *vid.*, Barceló Doménech, J.: "La compensación", cit., pp. 291-315; Belío Pascual, A.C.: *La pensión compensatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; Gutiérrez Santiago, P.: *La "vida marital" del perceptor de la pensión compensatoria*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013; Ordás Alonso, M.: La *cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja*, Bosch Wolters Kluwer, Hospital de Llobregat, 2017.

"La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación".

III. LA EXTINCIÓN DE LA COMPENSACIÓN POR EL "CESE DE LA CAUSA QUE LO MOTIVÓ" Y LA INCIDENCIA DE LA ACTITUD DE LOS CÓNYUGES.

La primera causa a la que se refiere el art. 101.1 CC para extinguir la pensión es la relativa al "cese de la causa que lo motivó". En este punto, la ausencia de claridad del legislador provoca que nos planteemos el contenido de dicho precepto, esto es, a qué circunstancias se está refiriendo. En una primera aproximación, parece que alude al requisito que contempla el art. 97.1 CC[21], a saber, la desaparición del "desequilibrio económico".

1. Concepto y fundamento de la extinción de la prestación por el cese de la causa que la motivó.

En definitiva, se ocupa del ámbito patrimonial de los cónyuges[22] y de la evolución que las posiciones de cada uno de ellos sufren como consecuencia del paso del tiempo. Por ello, en abstracto, encontraremos supuestos en los que se declare la finalización de la compensación por una mejora en la economía del acreedor de la prestación o bien por el detrimento de la del deudor. Desde esta perspectiva, el planteamiento que ha realizado la jurisprudencia en múltiples sentencias pivota sobre la idea de que el análisis que se lleve a cabo (*ad casum*) debe atender a ambos extremos en conjunto para dirimir si se ha desvanecido el citado desequilibrio.

21 En todo caso, como pone de relieve Díaz Martínez, A.: "Comentario al art. 101 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. Bervovitz Rodríguez-Cano), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1064, "habiendo establecido ya el Supremo, resolviendo las dudas existentes con anterioridad, que las circunstancias previstas en el párrafo 2º del art. 97 CC han de tomarse en consideración para valorar la existencia o no del desequilibrio económico y no sólo para cuantificar la compensación, la alteración relevante de circunstancias que fueron clave para entender existente el desequilibrio podría ser determinante para considerar superado y, en consecuencia, extinguir la pensión. Ello puede decirse de la dedicación a los hijos, si ya son independientes, la falta de cualificación profesional del acreedor, si ya se hubiera alcanzado, la enfermedad en su día apreciada, si estuviera totalmente superada y otras".

22 Conviene tener presente que la pensión compensatoria se refiere, indistintamente, a los casos de separación y divorcio. Por tanto, lo más adecuado es hablar de cónyuges o ex cónyuges según nos encontremos ante uno u otro caso, respectivamente. No obstante, por razones de economía lingüística y con el fin de evitar reiteraciones innecesarias, a lo largo del presente análisis únicamente nos referiremos a los cónyuges, sin distinción en este punto. Entiéndase, por tanto, puesto sobre alerta el lector acerca de esta cuestión.

En otras palabras, no es suficiente con detectar, de forma aislada, que el cónyuge que recibe la compensación ha experimentado un progreso económico notable (por ejemplo, por una inserción laboral), sino que tendremos que estudiar si el deudor se ha mantenido en un nivel similar al que fue tenido en cuenta o, por el contrario, se ha modificado (se ha agravado o ha prosperado). En iguales términos, tampoco un empeoramiento del obligado al abono conllevará, *per se,* la extinción de la pensión[23].

Así, por ejemplo, la STS 27 enero 2017 (*Tol 5950029*), para dirimir si procede la extinción de la compensación lleva a cabo un estudio exhaustivo de la posición económica de ambos cónyuges en el momento de la solicitud para concluir que, debido a "lo exiguo de las cantidades que se valoran", se ha de admitir tal extremo.

Igualmente, los tribunales inferiores han acogido este posicionamiento. Es el caso de la SAP Asturias 22 enero 2016 (*Tol 5648986*) en la que no solamente se observa que el obligado al abono ha sufrido una pérdida del empleo y tiene una "escasa disponibilidad dineraria", sino que, además, establece que la acreedora se encontraba percibiendo una renta de inserción activa que le colocaba en una situación en la que obtenía "similares ingresos que el otro litigante, desapareciendo el desequilibrio económico que justificó su estipulación".

Asimismo, la SAP Cáceres 11 marzo 2020 (*Tol 7925850*) analizó un caso en el que el marido fue sometido a un procedimiento judicial de modificación de la capacidad en el que se nombró tutor a su hijo. Este acontecimiento supuso un incremento considerable de los gastos del deudor (como los derivados de las sesiones sanitarias que precisaba). No obstante, a pesar de que la Audiencia entiende que procede la extinción de la pensión por cuanto se había producido un empeoramiento en la calidad de vida del deudor, tiene en cuenta los ingresos que estaba recibido la acreedora como consecuencia de la liquidación de gananciales (en definitiva, la mejora en su patrimonio).

Sin embargo, en la línea de lo mantenido por parte de la doctrina[24], entendemos que para determinar cuándo nos encontramos ante la finalización del desequilibrio

23 De hecho, existirán casos en los que, a pesar del empeoramiento del deudor de la prestación, se exigirá que el otro cónyuge haya experimentado un aumento de ingresos para declarar la extinción. Nos referimos a aquellos supuestos en los que el desequilibrio inicial era tan marcado que, a pesar de que el obligado al abono de la prestación ha sufrido un detrimento, continúa existiendo un evidente desequilibrio. En dichos escenarios procederá, en su caso, una modificación de las medidas. Por su parte, en otros, bastará con el mantenimiento, por parte del acreedor, de un mismo nivel económico.
En palabras de Roca Trías, E.: "Comentario al art.", cit., p. 641, tal extinción procederá cuando "la relación comparativa deudor-acreedor no arroja un saldo negativo en contra del acreedor porque ambos se hallan en una situación parecida".

24 En este sentido, Torres Lana, J. A.: "Comentario al art. 101", cit., pp. 787-788 pone de relieve que, en realidad, el art. 97.1 CC contempla dos variables: "el desequilibrio *relativo* y el empeoramiento respecto a la situación matrimonial anterior". De hecho, es este último punto el que aparece como "la verdadera causa eficiente del derecho a la pensión".

no hemos de entender que tal hecho se produce con una equiparación total y absoluta entre los patrimonios de ambas partes. Conviene tener en cuenta que, el mencionado art. 97.1 CC vincula el "desequilibrio económico" al "empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio", de tal suerte que el objetivo es prestar una "ayuda" al menos desfavorecido como consecuencia del matrimonio. Por este motivo, consideramos que no procede realizar un análisis de las economías de los cónyuges al momento de examinar si procede la extinción de la compensación. Y ello, porque lo más relevante no es si ha desaparecido el "desequilibrio". Muy al contrario, la cuestión principal radica en establecer si se ha suprimido "el empeoramiento" del cónyuge desfavorecido por el matrimonio.

En suma, la cantidad que se entrega por este concepto persigue que dicha persona pueda insertarse en el mundo laboral (siempre que sea posible) y desarrollarse de una forma autónoma y adecuada. Desde esta perspectiva, consideramos que la extinción de la pensión se ha de relacionar con este último escenario, por lo que desaparecerá cuando el acreedor se sitúe en un contexto en el que pueda desempeñarse correctamente. Así, no será preciso que se pruebe que el beneficiario de la pensión ha alcanzado una situación equivalente a la del deudor[25].

De hecho, a pesar de que como hemos tenido ocasión de comprobar la jurisprudencia continúa acudiendo, subrepticiamente, al criterio antes mencionado, lo cierto es que la STS 14 febrero 2018 (*Tol 6516422*) señaló que la finalidad de la compensación es "indemnizatoria y reequilibradora" y trata de restaurar el desequilibrio económico que la ruptura de la relación ha provocado. No cabe, pues, recurrir a ella para igualar o equiparar las economías de los cónyuges, sino para "remediar un agravio comparativo".

25 Así, destaca Torres Lana, J. A.: "Comentario al art. 101", cit., pp. 787-788 que "el enriquecimiento del acreedor puede restituir a éste la situación económica de que disfrutaba en su matrimonio, sin equilibrarla, sin embargo, con la que ostente el otro cónyuge; ello no obstante, el derecho a la pensión se extingue porque su finalidad, el mantenimiento de un determinado *status,* queda lograda aunque no haya sido precisamente a expensas del otro cónyuge y aunque siga existiendo desequilibrio".
Igualmente, Moreno Aroca, J.: *La pensión compensatoria en la separación y el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 98, 99, 100 y 101 del Código Civil),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 266 pone de relieve que "la desaparición del desequilibrio no requiere que se alcance una igualdad aritmética entre las fortunas de ambos cónyuges, sino la constatación de que cada uno de ellos ha llegado a alcanzar una posición económica autónoma que se corresponde con sus propias aptitudes y capacidades para generar recursos económicos".
En una línea similar. Indica Pérez Martín, A.J.: "Comentario a los arts. 90 a 101 CC", en AA.VV. *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 208. Asimismo, *vid.* Pérez Martín, A.J.: *Tratado de Derecho de Familia*, tomo I, vol. I, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 839 que la situación que se debe tener en cuenta para verificar si existe el desequilibrio "es la existente en el momento en que se produjo la separación o el divorcio, ya que no se trata de analizar si existe o no desequilibrio en la situación actual puesto que ninguna vinculación ha existido entre los cónyuges tras la separación, sino que lo determinante es si han desaparecido aquellas desventajas que justificaron la concesión de la pensión".
Asimismo, observa Díaz Martínez, A.: "Comentario al art.", cit., p. 1063 que el reequilibrio que lleva a la extinción de la pensión no tiene que suponer una igualdad entre los patrimonios de ambos cónyuges sino que "se basa en que cada uno de ellos se halle de forma autónoma en la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes y capacidades para generar recursos económicos".

Además, conviene destacar que la extinción que se acuerde será inmutable y definitiva[26], no procediendo, en consecuencia, un restablecimiento basado en que las situaciones de los cónyuges se han alterado sustancialmente. Desde nuestra perspectiva, no cabe, pues, solicitar la constitución de una nueva pensión por este concepto ni una suspensión de la misma ya que, como ponen de manifiesto algunos autores[27], a diferencia del régimen de los alimentos, "si la necesidad puede fluir con intermitencia, el desequilibrio desaparece de una vez y para siempre".

No obstante, lo cierto es que no queda claro en qué situaciones concretas se produce la desaparición del desequilibrio. Para tratar de arrojar algo más de luz y con tal de ofrecer una respuesta, hemos de acudir a aquellos pronunciamientos más relevantes de los tribunales inferiores y del Tribunal Supremo.

2. Las variaciones en la posición económica del acreedor de la pensión.

Por lo que respecta a la posición del acreedor de la compensación, podemos englobar los distintos casos en tres grandes grupos: la inserción laboral o la percepción de prestaciones públicas; la adquisición de una herencia; y la liquidación de la sociedad de gananciales.

A) La inserción laboral.

En primer lugar, en cuanto a la obtención de un trabajo por el acreedor, debemos tener en cuenta que se trata de una cuestión controvertida y en la que existen pronunciamientos encontrados. A este respecto, a favor de no declarar extinguida la compensación por el mero hecho de encontrar un puesto de trabajo se manifiesta, entre otras[28], la STS 20 diciembre 2012 (*Tol 2722893*) en la que se deniega por tratarse de un empleo temporal y con una remuneración reducida.

26 Díaz Martínez, A.: "Comentario al art.", cit., p. 1064. En igual sentido, Campuzano Tomé, H.: *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, tercera edición, Bosch, Barcelona, 1994, p. 201 señala que "ha de negarse la posibilidad de que, sobrevenido nuevamente el desequilibrio, pueda resurgir el derecho a pensión cuando éste ya había cesado. El nuevo desequilibrio no viene a operar en estos casos como presupuesto de atribución de aquel derecho (…) no estaría provocado ni por la anterior situación matrimonial ni por la separación o divorcio, sino que, por el contrario, traería su causa de circunstancias posteriores y ajenas que en modo alguno pueden hacer renacer el derecho a pensión".

27 Castilla Barrea, M./Cabezuelo Arenas, A.L.: "Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)", en *Tratado de Derecho de Familia* (dir. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), vol. II, Navarra, Aranzadi, 2011, pp. 567-568.

28 En igual sentido, la STS 26 marzo 2014 (*Tol 4183526*) desestimó el recurso planteado porque, a pesar de que la esposa disponía de un contrato de trabajo de carácter indefinido en dicho momento con una retribución equiparable a la del otro cónyuge, era preciso observar otras cuestiones. Por un lado, que la primera había dedicado más de treinta a la familia, lo cual había provocado que tuviera una precaria vida laboral con una cotización limitada en su cuantía. Por otro lado, la cercanía, por razón de la edad, a la fecha de jubilación. En este contexto, por tanto, observa el Tribunal Supremo que existe un "desequilibrio económico" por cuanto "se tiene en cuenta la situación económica radicalmente dispar que se va a generar tras la sentencia de divorcio pues ella percibirá una pensión de jubilación más de dos veces inferior a la de él".
Así, pues, destaca que "Las alteraciones sustanciales que dan lugar a la extinción de la pensión compensatoria deben reunir el carácter de estables por lo que cabe descartar las fugaces o efímeras. Por tanto no pueden tenerse en cuenta una modificación o alteración transitoria, siendo necesario que reúnan caracteres de

Más contundente es la STS 25 marzo 2014 (*Tol 4320125*) que, además, fija como doctrina que:

"a los efectos de la modificación de la pensión compensatoria, no es alteración sustancial que el cónyuge acreedor de la pensión obtenga un trabajo remunerado, si en el convenio regulador[29], se ha previsto expresamente que esta circunstancia no justificará la modificación de la pensión".

Por el contrario, otras sentencias reconocen la extinción de dicha prestación con ocasión de la precitada inserción laboral[30]. En este sentido, la STS 20 junio 2013 (*Tol 3794192*) acoge tal interpretación, ya que quedó probada "la actividad laboral de la recurrente, que ha consolidado su situación laboral y mantiene un nivel de vida suficiente y adecuado". De hecho, recuperando la idea inicial que señalamos acerca de la improcedencia de establecer un equilibrio total de patrimonios, añade el Tribunal que, si bien el patrimonio de la esposa no era igual al de su esposo, "ello no significa que deba serle equiparada, ya que el principio de dignidad contenido en el art. 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio, a salvo los casos previstos en el art. 97 CC".

B) La percepción de prestaciones públicas.

En el ámbito de las prestaciones públicas (como la jubilación), también existe disparidad de criterios. En contra de la extinción, encontramos la STS 1 marzo 2016 (*Tol 5661629*) que únicamente reconoce una minoración en una cantidad equivalente a la pensión de jubilación. Igualmente, la STS 26 abril 2017 (*Tol 6067400*) acepta la reducción de la compensación "en atención a una distinta percepción de los ingresos derivados de la jubilación". No obstante, en este último caso no se había solicitado la extinción, sino únicamente una rebaja. Lo interesante del supuesto es que, a pesar de que sus ingresos declarados eran casi equivalentes a la cantidad finalmente concedida, destaca el Tribunal que esta cuestión ya fue tenida en cuenta inicialmente y que la pensión que venía abonando era superior a dichos ingresos. Por tanto, debería haber probado este extremo de forma suficiente.

Por otro lado, a favor de la finalización de la compensación, podemos reseñar la precitada STS 27 enero 2017 (*Tol 5950029*). De igual modo resuelve la SAP

estabilidad o permanencia". Y es que, "el régimen laboral fijo de la Sra. Carmela, constituía una situación transitoria habida cuenta de su próxima jubilación, que realmente se produjo".

29 Sobre la incidencia de los pactos de los cónyuges, *vid.* las recientes SSTS 21 febrero 2022 (*Tol 8820487*) y 30 mayo 2022 (*Tol 9002244*).

30 A igual conclusión llega la STS 19 febrero 2016 (*Tol 5650761*) que entiende que, debido a que "la situación del esposo es la misma mientras que la de la esposa ha mejorado mediante su acceso al mercado laboral con mayor continuidad desde octubre de 2008 hasta noviembre de 2011 que la que se tuvo en cuenta al establecer con carácter temporal la pensión compensatoria", procede extinguir la compensación.

Madrid 28 noviembre 2014 (*Tol 4654862*) en la que estima el recurso y acuerda la extinción de la pensión compensatoria reconocida en beneficio de la ex esposa.

C) La adquisición de una herencia.

En tercer lugar, por lo que respecta a la adquisición de una herencia por parte del acreedor, podemos extraer una suerte de regla general de la jurisprudencia[31]. En este sentido, la STS 3 octubre 2011 (*Tol 2258920*) señaló que:

"En teoría, es razonable valorar el hecho de recibir una herencia como una circunstancia no previsible y, por ende, que no procedía tomar en cuenta cuando se fijó la pensión compensatoria. Entendida pues como una circunstancia sobrevenida, de imposible o difícil valoración a priori, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, la percepción de la herencia tendría cabida en el concepto de alteración sustancial de aquellas iniciales circunstancias, que es el presupuesto contemplado en el artículo 100 CC para que pueda estimarse la pretensión de modificar la cuantía de la pensión reconocida. Sin embargo, que en la práctica tal alteración tenga efectivamente lugar con ese carácter de sustancial o esencial a consecuencia de la herencia aceptada es algo que no puede afirmarse sino tras examinar las circunstancias del caso concreto, y en particular, después de valorar su entidad en el plano económico, la disponibilidad que al acreedor corresponde sobre los bienes que la integran, y, en suma, la posibilidad efectiva de rentabilizarlos económicamente (pues sin esta rentabilización, la mera aceptación de la herencia no se va a traducir en una mejora de la situación económica)".

Desde esta perspectiva, a pesar de que no declara la extinción de la pensión por cuanto "el disfrute de la mayoría de los bienes relictos corresponde a la viuda usufructuaria" y, además, tal hecho ha quedado probado por la Audiencia Provincial y no cabe revisión en casación, lo cierto es que establece unas bases muy relevantes a este respecto. Así, señala que la adquisición de una herencia es una circunstancia no previsible que puede repercutir en la situación económica del acreedor de la prestación y, por tanto, acabar con el "desequilibrio". No obstante, tal extremo no puede predicarse con carácter general, sino que es necesario acudir al caso concreto para determinar si, efectivamente, generan una verdadera renta para el beneficiario.

31 Con carácter previo a la STS 3 octubre 2011 (*Tol 2258920*), lo cierto es que se manejaban diferentes criterios en las audiencias provinciales. A este respecto, a favor de la reducción, temporalización o extinción de la pensión, encontramos, entre otras, la SAP Girona 26 octubre 2010 (*Tol 1986774*) o la SAP Barcelona 13 abril 2011 (*Tol 2130086*). Por su parte, en contra de tal extremo, *vid.* la SAP La Coruña 15 septiembre 2010 (*Tol 1952235*) o la SAP Madrid 15 octubre 2010 (*Tol 2017312*). Sobre la temporalidad de la pensión, *vid.* la reciente STS 1 junio 2022 (*Tol 9001724*).

Precisamente esta es la línea que, posteriormente, sigue la STS 17 marzo 2014 (*Tol 4142357*)[32] para sentar "como doctrina jurisprudencial en la interpretación de estos dos arts. que el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, y como tal determinante de su modificación o extinción". Además, esta sentencia es especialmente relevante, ya que determina la distribución del *onus probandi* en este ámbito, a saber:

"que la carga de la prueba concerniente a la parte actora para hacer efectivo su derecho era acreditar la existencia de esta herencia adquirida por su esposa, lo que no se niega por esta, mientras que la prueba de los pormenores y detalles de la herencia, obstativos al éxito de la acción entablada, correspondía a la demandada que los alega al tratarse de hechos que impedirían la eficacia jurídica de los hechos constitutivos de la acción, de tal forma que la falta de prueba (o insuficiencia de prueba) acerca de un hecho necesitado de ella, como son los extremos relativos a esta herencia, no cabe que opere en perjuicio de aquel a quien no incumbía la probanza, según el artículo 217 LEC , conforme, además, a la mejor posición probatoria que en este orden ocupa la demandada, en base a los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que establece referida norma".

Sobre estas cuestiones se pronuncia la reciente STS 31 enero 2022[33] que señala que "existe otra circunstancia importante, que debe ser valorada, cuál es que la demandada heredó bienes de su madre que, según resulta de la escritura pública de división y adjudicación de su caudal hereditario, ascendían, al menos, a la suma de 135.851,72 euros", lo cual supone, teóricamente, la percepción de la pensión durante, al menos 16 años, "independientemente de la cantidad cobrada por la venta del piso común".

Sin embargo, en algunos de los últimos pronunciamientos, el Tribunal Supremo ha descartado la valoración de otras causas previstas en los arts. 100 y 101 CC para la modificación o extinción de la prestación, cuando los cónyuges han pactado expresamente las circunstancias que deben operar en este sentido. Es el caso de la STS 21 febrero 2022[34], en la que se afirma que:

32 Pues bien, este razonamiento ha sido acogido en otros supuestos en los que, en función de las particularidades concurrentes, se ha aceptado o no la extinción de la pensión. Sea como fuere, la mayor parte de las resoluciones no suelen apreciar este hecho como determinante de la finalización de la extinción. Por ejemplo, la STS 16 noviembre 2016 (*Tol 5892438*), aceptó la valoración realizada por la Audiencia Provincial en la que, entre otras cuestiones, quedó probado que la acreedora tuvo que enajenar la vivienda heredada para adquirir otra. Por todo ello, señaló que no procedía la extinción de la compensación. En unos términos similares resuelve la STS 3 febrero 2017 (*Tol 5960246*).

33 STS 31 enero 2022 (*Tol 8797534*).

34 STS 21 febrero 2021 (*Tol 8820487*).

"En definitiva, las partes decidieron determinar convencionalmente cuando la prestación del actor quedaba extinguida (…). Este acuerdo, al que le dieron carácter vinculante, es perfectamente válido, al entrar en el marco de las facultades dispositivas de las partes, y sin que plantearan cuestión alguna relativa a que su suscripción se llevara efecto bajo la concurrencia de un vicio en el consentimiento (arts. 1265 y siguientes del CC), de difícil apreciación, además, cuando los litigantes estaban debidamente asesorados por sus respectivas letradas".

D) La liquidación de la sociedad de gananciales.

En cuarto lugar, hemos de referirnos a la liquidación de la sociedad de gananciales para analizar si tal circunstancia es suficiente para declarar la extinción de una eventual compensación. A este respecto, la tendencia jurisprudencial mayoritaria coincide en no otorgar dicho carácter[35]. En otras palabras, como norma general, el Tribunal Supremo entiende que la citada liquidación no constituye una alteración sobrevenida que elimine el "desequilibrio económico" y que, en consecuencia, extinga la pensión.

Así, en algunos supuestos, tal hecho se hace residir en que la liquidación simplemente concreta los bienes que, en atención al régimen económico vigente, le correspondían al acreedor. No existe, desde esta perspectiva, incremento patrimonial alguno. En este sentido, la STS 3 octubre 2008 (*Tol 1386042*)[36] destaca que se ha de descartar que:

"la adjudicación de los bienes como resultado de liquidarse la sociedad de gananciales implique un incremento de su fortuna con relación a la que fue tomada en consideración, reveladora de la posibilidad de superar el desequilibrio que justificó la pensión, pues la liquidación sólo provoca la concreción del haber ganancial, es decir, que la esposa viera concretado en bienes y derechos determinados el haber ganancial que ya le correspondía vigente el matrimonio, siendo así que su fortuna no ha variado ni dicha liquidación afecta a la situación de desequilibrio".

35 En este sentido, algunas audiencias se han manifestado a favor de este extremo. Entre otras, *vid.* SAP Zamora 18 junio 2012 (*Tol 2588001*), SAP Asturias 19 octubre 2012 (*Tol 2686573*).

36 En idénticos términos, encontramos, entre otras, las SSTS 10 marzo 2009 (*Tol 1474923*), 27 junio 2011(*Tol 2191098*) y 1 marzo 2016 (*Tol 5661629*), ya que incorporan un argumento similar para no admitir la extinción de la pensión. Tampoco concede tal extremo la STS 10 diciembre 2012 (*Tol 2722256*), pero en este caso se recurre al convenio pactado por los cónyuges, de tal suerte que señala que "no es lícito constatar en este momento que aquellas fueron pactadas sobre bases de contenido económico ficticias y diferentes de lo realmente supuso la liquidación del patrimonio ganancial", a lo que añade que "esos datos, cuya evolución en el tiempo era perfectamente conocible por el actor, no constituyó impedimento alguno para pactar la referida pensión con carácter indefinido a favor de su ex cónyuge, sin someter su vigencia a nuevos acontecimientos posteriores, como ahora pretende el apelante". Por otro lado, la STS 4 abril 2017 (*Tol 6033530*) señala que lo más ajustado a la jurisprudencia es que "se mantenga la pensión por desequilibrio o compensatoria, pues la edad de la esposa, su delicado estado de salud y su dedicación a la familia así lo impone, y sin que ahora pudiese cuestionarse, so pena de incurrir en *reformatio in peius*".

No obstante, este posicionamiento ha sido matizado en otras sentencias en las que, o bien se ha procedido a eliminar la compensación[37] o, al menos, se ha dejado constancia de dicha posibilidad. A este respecto, la STS 24 noviembre 2011 (*Tol 2301349*)[38], a pesar de que mantiene la pensión temporal de tres años más que había sido acordada en apelación, prevé que:

"la posterior adjudicación a Dª María Rosario de bienes gananciales en exclusiva por un valor superior a los 4 millones de euros determina la concurrencia de una alteración sustancial en su fortuna, porque a partir del momento de la adjudicación ostenta la titularidad exclusiva de los bienes adjudicados, lo que le va a permitir una gestión independiente".

Más contundente es la STS 14 febrero 2018 (*Tol 6516542*) que destaca que "procede la extinción de la pensión compensatoria al cesar la causa que la motivó, cual es la desaparición de la situación de desequilibrio", ya que:

"Tras la liquidación de la sociedad de gananciales, la indivisión que afectaba a la titularidad de los bienes, ha devenido en atribución exclusiva de la propiedad y uso de los bienes adjudicados, con lo que los bienes han pasado a ser productivos para cada uno de los cónyuges, pudiendo disponer de los mismos, ya vendiéndolos o explotándolos, con lo que se aseguran una situación de estabilidad económica que se aproxima bastante a la existente antes de la separación conyugal y divorcio, con lo que al desaparecer la situación de desequilibrio, procede declarar extinguida la

37 También encontramos manifestaciones en este sentido en la jurisprudencia menor. En este sentido, entre otras, *vid.* SAP Navarra 22 mayo 2013 (*Tol 3914630*). Igualmente, la reciente SAP Cáceres 11 marzo 2020 (*Tol 7925850*) destaca que "es obvio que la situación económica de la demandada ha experimentado una importante mejora a partir de la liquidación de los bienes gananciales, invirtiendo el dinero obtenido en la adquisición de bienes inmuebles para su posterior arriendo, encontrándose a partir de dichas adquisiciones en una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que hace desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente, y ciertamente, la importante cantidad de dinero percibida por la demandada a consecuencia de la liquidación de bienes gananciales, le ha permitido adquirir tres viviendas que tiene alquiladas, percibiendo las correspondientes rentas. Esta situación patrimonial, unida a la cantidad que percibe mensualmente por un seguro privado, conlleva a la extinción de la obligación del actor de abonar la pensión compensatoria al haber desaparecido el desequilibrio económico que produjo la ruptura matrimonial hace veintiún años".

38 Por su parte, la STS 11 mayo 2016 (*Tol 5728503*) destaca que no procede la extinción porque "en el *factum* de la sentencia recurrida no se concreta en qué medida se verá afectada la economía de la actora tras la citada liquidación del régimen económico matrimonial, por lo que tan poco adquirimos certidumbre sobre la superación de su desequilibrio". Sin embargo, añade que "Ello no empece a la posible modificación de la medida en el futuro". En consecuencia, concede la reducción de la cuantía debido que, si bien cuando se fijó la pensión ella carecía de ingresos, "pues la explotación ganadera familiar la siguió administrando y gestionando el demandante", lo cierto es que "ahora, tras la liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de bienes a ella, si tiene ingresos". En otro orden de cosas, la STS 9 marzo 2017 (*Tol 5990671*) analiza un supuesto en el que el deudor había recibido una cantidad por la extinción de su relación profesional y era perceptor de una prestación de desempleo. En tal escenario, al entender que tal indemnización es ganancial, determina la obligación de abonar el demandante a la esposa la cantidad de 350 euros mensuales que tendrán la consideración de "pagos a cuenta de la liquidación de la sociedad de gananciales existente entre ambos hasta que se jubile, a partir de cuyo momento tendrán la consideración de pensión compensatoria". Sea como fuere, el Tribunal Supremo rechaza esta posición porque la determinación del citado carácter "habrá de resolverse en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales".

pensión compensatoria, al infringirse en la sentencia recurrida el art. 101 del C. Civil".

3. Las variaciones en la posición económica del deudor de la pensión.

No obstante, el razonamiento que hemos mantenido no es totalmente válido para el otro escenario que referimos, a caber, los casos en que se produce un empeoramiento en la economía del obligado al abono de la compensación. Si se depara con detenimiento, este extremo no debería dar lugar a la extinción de la compensación, ya que, en puridad, no se ha indemnizado al cónyuge desfavorecido. Sea como fuere, el motivo por el cual se declara la misma es que nos encontramos ante una imposibilidad fáctica, esto es, ante una situación en la que el mantenimiento de la pensión es excesivamente gravoso para el obligado[39] o, incluso, en la que los ingresos de este último no son suficientes para llevar a cabo el pago de las sumas establecidas.

A este respecto, señala la doctrina científica[40] que la razón de esta circunstancia se centra en que "la norma no puede pretender, por razones de equidad, gravar al deudor, incluso sobre su mínimo vital, para mantener al acreedor en una posición confortable o al menos desahogada". De esta suerte, el empeoramiento del cónyuge desfavorecido ha de ser soportada por ambos. Precisamente en este ámbito se plantea una nueva disquisición.

Así, si con carácter general podemos afirmar que no procede solicitar en este campo, por ejemplo, una suspensión de la compensación, no podemos concluir en igual sentido si proviene de la insolvencia del deudor. En este último escenario parece que, por razones de justicia y por la propia lógica del funcionamiento de la prestación, tendría que darse acceso y amparo a la opción planteada[41]. Sea como fuere, el tenor literal del Código no permite adoptar esta solución porque no contempla resquicio alguno.

En el ámbito de la figura del deudor pueden resultar factores determinantes, entre otros, la pérdida del empleo del obligado[42], de la prestación pública que

39 En este sentido, la reciente SAP Cáceres 11 marzo 2020 (*Tol 7925850*) analiza un caso en el que el marido fue sometido a un procedimiento judicial de modificación de la capacidad en el que se nombró tutor a su hijo. Este acontecimiento supuso un incremento considerable de los gastos del deudor (como los derivados de las sesiones sanitarias que precisaba). Además, el tribunal tiene en cuenta los ingresos que estaba recibido la acreedora como consecuencia de la liquidación de gananciales. Así las cosas, la Audiencia entiende que procede la extinción de la pensión por cuanto se había producido tanto un empeoramiento en la calidad de vida del deudor como una mejora en el patrimonio de la acreedora.

40 Torres Lana, J. A.: "Comentario al art. 101", cit., p. 788.

41 En igual sentido, Torres Lana, J. A.: "Comentario al art. 101", cit., p. 788.

42 A este respecto, *vid*., por ejemplo, la SAP Granada 30 enero 2015 (*Tol 5011146*).

venía recibiendo, el paso a la jubilación[43] o la declaración de incapacidad laboral. Sobre el particular, por ejemplo, la SAP Asturias 22 enero 2016 (*Tol 5648986*) analizó un supuesto en el cual se declaró la extinción debido a que el deudor había pasado a una situación de desempleo (con la consiguiente percepción de la prestación pública). A este respecto, indicó que:

"Tan escasa disponibilidad dineraria nos permite afirmar un cambio importante en la situación económica del Sr. Camilo, respecto de aquella de la que disfrutaba al tiempo de la separación, cuando trabajaba (…) ya que se trata de cantidades imposibles de satisfacer con sus actuales ingresos. Esa minoración de capacidad económica tiene una incidencia relevante a efectos de ponderar la obligación de abonar la pensión compensatoria, al quedar paliado el desequilibrio económico que motivó su fijación".

4. La incidencia de la actitud "abusiva" de los cónyuges en la pensión.

En todo caso, los argumentos planteados quedarían incompletos si no aludimos a otra realidad que influye, inexorablemente, en la pensión compensatoria. En este sentido, como ya pusieron de relieve algunas de las voces más autorizadas[44], no disponemos en el Código Civil de un sistema de protección frente a los abusos que pueden llevar a cabo las partes. De este modo, se avisaba de los potenciales peligros de que los cónyuges adoptaran una posición en la que, incluso en contra de sus intereses, tratasen de obtener un resultado que perjudicase al otro. Bien es sabido por todos que, en muchas causas matrimoniales, existen "enconos personales" entre las partes.

De hecho, tal escenario puede provenir tanto de una actitud del acreedor de la prestación (como, por ejemplo, con la ausencia de búsqueda activa de empleo) como del deudor de la misma (al reducir voluntariamente sus ingresos o incrementar los gastos a los que debe hacer frente). En estos casos, parece

43 Por lo que respecta al paso del deudor a una situación de jubilación, lo cierto es que encontramos diferentes sentencias que, si bien aprecian una rebaja en la prestación, no admiten la extinción de la misma. Es el caso de la SAP Badajoz 8 octubre 2014 (*Tol 4551906*), en la que tal extremo se fundamenta en que, a pesar "se trata de una alteración sustancial de las circunstancias, alteración que además tiene naturaleza permanente" y que tal hecho comporta una reducción notoria de sus ingresos, "esta circunstancia no determina la extinción del derecho de Dª Florencia, pues, pese a esta merma, no se ha restablecido el equilibrio económico. Ella no percibe pensión, ni ingresos conocidos de clase alguna". Así las cosas, "En la medida en que el fin de la pensión es nivelar el desequilibrio existente, esa merma de ingresos ha reducido el desequilibrio, aunque, desde luego, éste subsiste. Sí, aun con la jubilación, los ingresos de uno y otro siguen siendo notoriamente desiguales". Por lo anterior, se acuerda una reducción de la compensación.
Por su parte, la SAP Zaragoza 19 noviembre 2019 (*Tol 7745750*) estima que se ha producido unas variaciones concurrentes en el supuesto enjuiciado que "consisten en el descenso del salario del actor, tras su jubilación a mediados de 2017, y en el incremento del de la demandada". Sin embargo, como el deudor contaba con otros ingresos procedentes de fondos, acciones y planes de pensiones, destaca el Tribunal que no procede la extinción. Sea como fuere, el incremento de los ingresos de acreedora permite mantener una rebaja en la pensión.

44 Así, Torres Lana, J. A.: "Comentario al art. 101", cit., p. 789 destaca que el Código Civil no se preocupó de "articular un sistema de garantías o de represión y sanción de los abusos que puede originar el precepto", ya que "deja las puertas abiertas al fraude, al abuso y a la mala fe".

lógico que el juzgador debe intervenir para evitar situaciones de abuso, aplicando, siguiendo la lógica del art. 6.4 CC, la "norma" que se trata de eludir.

A) La desidia en la búsqueda de empleo por parte del acreedor.

Po un lado si la actividad la ejecuta quien dispone del derecho a recibir la compensación, la sanción que se debe derivar es la extinción de la misma (o, según los supuestos, su modificación), ya que podría dar lugar a un enriquecimiento injusto[45]. Para evitar los efectos negativos derivados, la jurisprudencia ha admitido la extinción de la pensión cuando el mantenimiento del desequilibrio se debe a una actitud voluntaria del acreedor de la misma[46].

Sobre la falta de búsqueda de empleo por parte de la acreedora de la prestación, la STS 15 junio 2011 (*Tol 2188737*) rechazó que el mero hecho de figurar como demandante de empleo fuera suficiente para acreditar el interés en la obtención de un trabajo. Así, a pesar de que no declara la extinción de la compensación, la limita temporalmente. En palabras del Tribunal:

"Pese a transcurrir sobradamente esos cinco años, la esposa se ha limitado a hacer unos cursos, obligada más por el INEM que por su propio interés (dos y cuatro meses de duración), lo que difícilmente puede conjugarse con una voluntad real de trabajar o formarse.

La esposa está titulada en turismo en una ciudad muy turística como Córdoba, sin que conste en las actuaciones que hubiese presentado ningún currículo. No existe prueba de un asomo de esfuerzo (idiomas, informática, o cualquier otro)".

Por su parte, la STS 24 septiembre 2018[47] (*Tol 6814702*) considera que no procede tal extremo "salvo que se acredite que las circunstancias concurrentes en quien resulta ser beneficiario de la pensión demuestren una verdadera desidia y desinterés respecto del acceso al mercado laboral".

45 En este último punto, consideramos que la compensación ha de tener, en principio, carácter temporal, pues su finalidad es que el cónyuge desfavorecido equipare, en cierta medida, su situación económica a la del otro.
Una idea similar se puede deducir de las reflexiones adoptadas por Castilla Barrea, M./Cabezuelo Arenas, A.L.: "Disposiciones comunes", cit., p. 567 cuando proponen una interpretación analógica del art. 101 CC, por lo que la "supresión de la pensión tendrá lugar ya no sólo con la desaparición del desequilibrio, si identificamos a éste con la «causa» que originó este derecho, sino también cuando se aprecie que el desnivel que persiste al cabo de los años ninguna relación guarda ya con el que primitivamente se ponderó al reconocer la pensión".

46 Sobre el particular, *vid.,* entre otras, las SSTS 15 junio 2011 (*Tol 2188737*) y 23 enero 2012 (*Tol 2407043*).

47 En este sentido, encontramos un comentario de esta sentencia en Ordás Alonso, M.: "La desidia en la búsqueda de empleo extingue el derecho a percibir una pensión compensatoria. ¿O no? Comentario a la STS de 24 de septiembre de 2018 (RJ 108, 3856)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil,* núm. 110, 2019, pp. 121-142.

En la reciente STS 25 noviembre 2021[48] se plantea un escenario en el que la ex esposa había percibido bienes y dinero de una cuenta bancaria que "equivaldría a un sueldo de más 4.000 euros mensuales durante 10 años" y que todavía existían más bienes por liquidar "por un valor cercano al millón de euros". En este contexto, a pesar del desequilibrio sufrido por el largo periodo de tiempo en el que la misma dejó de trabajar fuera de casa, hay que tener en cuenta que en el futuro no se ve sujeta al cuidado de los hijos y que no es una mujer de avanzada edad ni padece enfermedades, de una salud precaria o de algún tipo de discapacidad.

Repárese en que la acreedora tenía 49 años cuando se produjo la separación y que, por todo ello, considera que "no resulta utópico que pueda prescindir de la pensión y obtener sus propios ingresos económicos, gestionar autónomamente sus oportunidades e independizarse económicamente de quien fuera su marido" y desestima la compensación indefinida.

En la ya mencionada STS 31 enero 2022 la demandada se encontraba en situación de jubilación y no se refieren estas cuestiones. Sin embargo, sí se alude a ellas en el recurso de apelación planteado por estar la acreedora en edad laboral. Así, la SAP Madrid 23 febrero 2012 observa que la ex esposa carecía de otros ingresos y que su dedicación pasada al cuidado de la familia y su edad provocaban que su acceso al mundo laboral era poco halagüeño.

En todo caso, siendo ello cierto durante el matrimonio, no puede predicarse lo mismo con respecto al año 2012, en el que la dedicación a la familia era nula por la edad de los hijos y alude a su falta de interés por incorporarse al mundo laboral. A ello hay que anudar la desidia, indica la sentencia, en realizar gestión alguna de su patrimonio que le reporte ingresos con los que atender digna y autónomamente su sustento, "pues es titular de vivienda excesiva para ella sola, de cuya venta obtendría un no despreciable capital susceptible de generar recursos periódicos y estables, los que igualmente le reportaría el alquiler del meritado inmueble, si accediera a ocupar otro, si bien igualmente digno, si de inferiores dimensiones y con costes de mantenimiento más moderados, no solo en régimen de propiedad, lo que no es preceptivo, sino incluso en el de alquiler".

Y es que, no se puede obviar que, cuando los ex cónyuges decidieron romper su vínculo matrimonial en 1991, la acreedora tenía unos 38 años, lo cual le permitía acceder a un puesto de trabajo. Es más, en 2012, que ya no se encargaba de los hijos, tenía 59 años, una edad con la que, si bien con ciertas dificultades, podría haberse desempeñado laboralmente (o, al menos, haberlo intentado).

48 STS 25 noviembre 2021 (*Tol 8661739*).

B) El empeoramiento económico del deudor o el aumento de las "cargas".

Por su parte, si se trata del obligado al pago, la pensión se debe mantener (si es posible). No obstante, tal extremo no podrá adoptarse cuando no disponga de ingresos suficientes para satisfacer su mínimo vital. Por ello, en estos últimos casos, la conclusión anterior con respecto a la posibilidad de suspender la compensación podría resultar, indudablemente, una opción para ofrecer una solución adecuada[49].

De igual forma, la jurisprudencia se ha manifestado sobre el particular y podemos concluir que, a pesar de que es posible encontrar una extinción de la pensión compensatoria cuando se produce un empeoramiento económico por parte del deudor, no se puede llevar a cabo una exégesis excesivamente amplia de tales circunstancias, máxime cuando tal hecho deriva de una actitud voluntaria del mismo. Así, si este escenario deriva de una renuncia al empleo, de una asunción de nuevas deudas u obligaciones (como el nacimiento de hijos), no cabe recurrir, en principio, únicamente a dichas premisas para eliminar la compensación.

En este sentido, no se debe interpretar extensivamente dicho "cambio de circunstancias". Sobre la asunción de nuevas obligaciones por parte del deudor se ha instaurado un criterio restrictivo en algunas sentencias. A este respecto, por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de que el deudor tenga nueva familia y descendencia[50], la SAP Asturias (Sección 6ª) 29 mayo 2000 (rec. n. 598/1999), a pesar de que concede la extinción de la pensión por la falta de implicación de la acreedora en la búsqueda de empleo, señala que:

"la asunción de nuevas obligaciones por parte del obligado al pago de la pensión no puede servir de obstáculo para continuar cumpliendo con su obligación anterior, ya que las posibles nuevas obligaciones que puedan contraerse habrán de serlo bajo el principio de responsabilidad respecto de las anteriormente ya asumidas. En otro caso bastaría con asumir de manera inconsciente más obligaciones para hacer desaparecer las anteriores, lo que no es posible".

En similares términos se manifiesta la SAP Cádiz 12 junio 2006 (*Tol 6235348*) en tanto en cuanto prevé que "El incremento de obligaciones alimenticias del esposo para con su nueva prole no es circunstancia nueva que por sí misma incida en la pensión compensatoria". Asimismo, añade que:

49 En palabras de Castán Cobeñas, J.: *Derecho civil español, común y foral,* tomo III, Reus, Madrid, 1983, p. 287 se trata de medidas "que tienden a mantener íntegro el patrimonio del deudor que constituye la garantía del acreedor, impidiendo que valores integrantes de dicho patrimonio salgan del mismo o que valores a éste debidos no entren en él por negligencia o dolo del deudor". Así, como apunta Campuzano Tomé, H.: *La pensión*, cit., pp. 199-200 el acreedor dispondrá, en tales escenarios, de las acciones recogidas en el art. 1111 CC, a saber, la acción subrogatoria o indirecta y la acción revocatoria o pauliana.

50 En contra, Cañizares Laso, A./De Pablo Contreras, P., *et al.*: *Código civil comentado*, vol. I, Cizur Menor, Navarra, 2011, pp. 542 y 543.

"A esta interpretación restrictiva, se añade la pauta interpretativa según la cual el cambio de circunstancias legitimador de la mutación judicial de las medidas no podía ser imputable a la mera voluntad de una de las partes, so pena de dejar a su arbitrio el cumplimiento de una obligación, además instaurada en el campo familiar. En lo que aquí interesa las necesidades de la prole nacida de la relación del demandante con su actual pareja en absoluto pueden alterar el contenido de las obligaciones económicas ya adquiridas para con su anterior esposa. Es constante la doctrina jurisprudencial de esta Audiencia y de la mayoría de las Audiencias de España que enseña que las nuevas obligaciones alimenticias no pueden perjudicar, en tanto que voluntariamente asumidas, las anteriores contraídas y ya declaradas, ni aún cuando vengan declaradas en un proceso distinto y posteriormente nacidas, ya que sus pronunciamientos no son título de modificación de aquellas anteriores. Procede, por ello, la revocación de la sentencia en el extremo relativo a la modificación a la baja de la pensión compensatoria, que se mantiene en su cuantía actual".

Igualmente, la SAP Zaragoza 12 diciembre 2007 (JUR 2008, 82603) destaca que es cierto "que ha contraído el actor nuevas obligaciones familiares pero ello no le autoriza a desatender las anteriores cargas, máxime cuando no se justifica la necesidad de los nuevos préstamos que se dicen contraídos".

Por su parte, la SAP Sevilla 4 mayo 2018 (*Tol 6963606*) se refiere a la celebración de un préstamo hipotecario por parte del obligado y a la incidencia que tiene en el campo de la compensación. Sobre el particular, entiende la Audiencia Provincial que no ha lugar a la eliminación de la pensión al considerar que no ha desaparecido el desequilibrio económico por el hecho de haber contraído un préstamo hipotecario, ya que, precisamente, este hecho "constata una importante capacidad económica, la cual ha permitido abonar las cuotas, pues no consta se hayan incumplido el pago de algunas mensualidades".

Asimismo, la STS 3 octubre 2008 (*Tol 1386042*) añade que para determinar la economía del acreedor es necesario concretar todos los medios de que dispone en atención a su nueva unidad familiar. Así pues, es preciso atender a los ingresos de la pareja del mismo. En palabras del Tribunal:

"Si el sustento del hijo es una carga del matrimonio, lo importante será conocer el caudal o medios con los que cuenta la nueva unidad familiar, para lo que se hacía preciso probar si la esposa contribuía económicamente al sostenimiento de dicha carga o por el contrario el sustento del hijo quedaba a expensas exclusivamente del marido, -situación ésta que sí redundaría en una disminución de su fortuna-, lo que no se hizo. Parece no reparar elrecurrente en la importancia que tienen los ingresos de la esposa a la hora de dilucidar si la fortuna de aquel disminuyó, pues la ley determina el carácter ganancial de los rendimientos del trabajo constante

matrimonio, y ello ha lugar a que la fortuna del mismo, lejos de disminuir, se viera incrementada a resultas de la convivencia con su nueva mujer".

En este punto, únicamente resta realizar dos reflexiones ulteriores. Por un lado, conviene tener en cuenta que, como señala la doctrina[51], la desaparición del desequilibrio no opera de forma automática, ya que "la complejidad en la ponderación de los distintos elementos tomados en cuenta en su determinación exige para su supresión una declaración judicial, de modo que sólo a partir de la sentencia firme que declara la extinción puede considerarse producida ésta". Sin embargo, entendemos, en la línea de algunos autores[52], que sí cabe solicitar la restitución de las cantidades indebidamente pagadas (y la indemnización, en su caso), esto es, que se aplique con efectos retroactivos[53].

Por otro lado, se plantea la cuestión relativa a si es posible que, debido a una alteración total y desproporcionada en las respectivas situaciones de ambos cónyuges, se constituyese una "pensión de signo inverso". Sobre el particular, entendemos que ha de responderse en sentido negativo, pues, sencillamente, tal extremo se deberá a otros motivos que poca relación guardan con la extinción del vínculo matrimonial[54].

51 En este sentido, *vid.* Díaz Martínez, A.: "Comentario al art.", cit., p. 1064.

52 Torres Lana, J. A.: "Comentario al art. 101", cit., p. 789.

53 En contra, Moreno Aroca, J.: *La pensión,* cit., p. 261.

54 En este sentido, destaca Torres Lana, J. A.: "Comentario al art.", cit., p. 789 que "Una alteración como la descrita (…) no sería consecuencia de la separación o divorcio, sino de otras causas (acierto y desacierto en la gestión, golpe de fortuna, coyuntura económica, etc.)".

BIBLIOGRAFÍA

Arza Arteaga, A.: *Remedios jurídicos a los matrimonios rotos,* Universidad de Deusto, Bilbao, 1995.

Barceló Doménech, J.: "La compensación por desequilibrio económico en caso de separación o divorcio", en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado Práctico interdisciplinar* (dir. J. R. de Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 291-315.

Berrocal Lanzarot, A.B.: "Tendencias actuales en torno a la pensión compensatoria o pensión por desequilibrio en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 5 *bis*, 2016, pp. 9-69.

Campuzano Tomé, H.: *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, tercera edición, Bosch, Barcelona, 1994.

Cañizares Laso, A./De Pablo Contreras, P., *et al.*: *Código civil comentado*, vol. I, Cizur Menor, Navarra, 2011.

Castán Cobeñas, J.: *Derecho civil español, común y foral,* tomo III, Reus, Madrid, 1983.

Castilla Barrea, M./Cabezuelo Arenas, A.L.: "Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)", en *Tratado de Derecho de Familia* (dir. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), vol. II, Navarra, Aranzadi, 2011.

De Verda y Beamonte, J.R.: "La compensación por desequilibrio económico en la separación y el divorcio: últimas tendencias jurisprudenciales", *Actualidad Civil*, núm. 10, 2020, pp. 1-19.

Díaz Martínez, A.: "Comentario al art. 101 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. Bervovitz Rodríguez-Cano), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1061-1078.

García Cantero, G.: "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo García), t. II, Edersa, Madrid, 1982.

García Goldar, M.: "El pago de la pensión compensatoria por el heredero del deudor: carencias e incoherencias del artículo 101 del Código Civil español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 8 *bis*, 2018, pp. 313-329.

Gutiérrez Santiago, P.: *La "vida marital" del perceptor de la pensión compensatoria*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

Lalana del Castillo, C.: *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Bosch, Barcelona, 1993.

Lasarte Álvarez, C./Valpuesta Fernández, M.R.: "Comentario al art. 97 CC", en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. Lacruz Berdejo), Civitas, Madrid, 1994, 2ª ed.

Montero Aroca, J.: *La pensión compensatoria en la separación y el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 98, 99, 100 y 101 del Código Civil),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Montero Aroca, J.: *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Moreno Aroca, J.: *La pensión compensatoria en la separación y el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 98, 99, 100 y 101 del Código Civil),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Ordás Alonso, M.: La *cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja*, Bosch Wolters Kluwer, Hospital de Llobregat, 2017.

— "La desidia en la búsqueda de empleo extingue el derecho a percibir una pensión compensatoria. ¿O no? Comentario a la STS de 24 de septiembre de 2018 (RJ 108, 3856)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil,* núm. 110, 2019, pp. 121-142.

Pérez Martín, A.J.: "Comentario a los arts. 90 a 101 CC", en AA.VV. *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 195-208.

Pérez Martín, A.J.: *Tratado de Derecho de Familia*, tomo I, vol. I, Lex Nova, Valladolid, 2011.

Roca Trías, E.: "Comentario al art. 97 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

Sánchez Rodríguez, M. P.: *La extinción del derecho a la pensión compensatoria,* Comares, Granada, 2005.

Torres Lana, J. A.: "Comentario al art. 101 CC", en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. por J. L. Lacruz Berdejo), Civitas, Madrid, 1982.

VALLADARES RASCÓN, E.: *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Civitas, Madrid, 1982.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio,* segunda edición, Lex Nova, Valladolid, 2003.



ASSEGNO DIVORZILE E CONVIVENZA DI FATTO DEL CONIUGE BENEFICIARIO

DIVORCE ALLOWANCE AND DE FACTO COHABITATION OF THE BENEFICARY SPOUSE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 276-305

Chiara
SARTORIS

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il saggio analizza il problema delle conseguenze economiche del divorzio con particolare riferimento al caso in cui il coniuge beneficiario dell'assegno instauri una nuova convivenza. L'affermarsi della plurifunzionalità dell'assegno divorzile impone di interpretare il dato normativo del Diritto di Famiglia Italiano in maniera coerente attualizzando i suoi contenuti anche con riferimento alla vicenda delle nuove nozze attraverso la valorizzazione del principio di autoresponsabilità dei coniugi.

PALABRAS CLAVE: Assegno divorzile; convivenza di fatto; plurifunzionalità dell'assegno divorzile; funzione compensatoria; funzione assistenziale; assegno una tantum.

ABSTRACT: *The essay analyzes the problem of the economic consequences of divorce with particular reference to the case in which the spouse, who is the beneficiary of the allowance, establishes a new cohabitation. The emerging character of the multi-functionality of the divorce allowance requires that the Italian Family Laws be interpreted in a coherent manner, updating its contents also with reference to the hypothesis of the new marriage, by-means of the enhacement of the principle of spouses' self-responsability.*

KEY WORDS: *Divorce allowance; de facto cohabitation; multi-functionality of the divorce allowance; compensatory function; welfare function; una tantum allowance.*

SUMARIO.- I. INSTAURAZIONE DI UNA NUOVA CONVIVENZA: IL PROBLEMA DELLA SORTE DELL'ASSEGNO DIVORZILE.- II. Il DIBATTITO DELLA DOTTRINA E DELLA GIURISPRUDENZA IN ITALIA.- III. L'ORIENTAMENTO DELLE SEZIONI UNITE NN. 32198/2021.- IV. PRIME RIFLESSIONI SUI RAPPORTI TRA ASSEGNO E CONVIVENZA NELLA PROSPETTIVA INTERNA ED EUROPEA .- V. UN PUNTO E UNA VIRGOLA.

I. INSTAURAZIONE DI UNA NUOVA CONVIVENZA: IL PROBLEMA DELLA SORTE DELL'ASSEGNO DIVORZILE.

I recenti mutamenti della giurisprudenza italiana in tema di assegno di divorzio hanno fatto emergere la questione della sorte del diritto alla sua corresponsione da parte del coniuge beneficiario il quale instauri una convivenza "more uxorio" con un altro partner[1]. Nell'attuale contesto sociale, anche in considerazione della introduzione di forme di divorzio più brevi e semplificate[2], non è infrequente che

1 Il tema è oggetto di studio da parte di illustre dottrina: Granelli, C.: "Assegno al coniuge divorziato e secundae nuptiae del beneficiario", *Riv. trim.*, 1976, p. 46 ss.; Prosperi, F.: "Convivenza 'more uxorio' e tutela della famiglia legittima: i limiti della rilevanza della 'famiglia di fatto' ", *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 176 ss.; Occhino, F.: "Diritto all'assegno di separazione e convivenza more uxorio del coniuge beneficiario", *Giur. it.*, 1994, I, p. 1 ss.; Finocchiaro, M.: " 'Convivenza extraconiugale' e 'convivenza more uxorio'. Differenze (ai fini del diritto all'assegno di divorzio)", *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1001 ss.; Meloni, P.: "La convivenza more uxorio e la revisione dell'assegno di divorzio, *Fam. pers. e succ.*, 2006, 8-9, p. 706 ss.; Fantetti, F.R.: "L'assegno di mantenimento e le nuove realtà familiari", *Fam. pers. e succ.*, 2007, 3, p. 980 ss.; Subrani, F.: "Riflessi della convivenza more uxorio su assegno divorzile e assegnazione della casa familiare", *Giur. it.*, 2009, p. 1155 ss.; Ferrando, G.: "«Famiglia di fatto» e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione", *Fam. dir.*, 2015, p. 553 ss.; Al Mureden, E.: "Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno divorzile", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 683 ss.; Morace Pinelli, A.: "Diritto all'assegno divorzile e convivenza more uxorio", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 5, p. 1168 ss.; Quadri, E.: "Assegno di divorzio e convivenza: le sezioni unite s'impegnano nella ricerca di una soluzione coerente", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 6, p. 1390 ss.

2 Come è noto, per effetto della legge n. 55/2015, è stata introdotta una rilevante semplificazione dei procedimenti di separazione e divorzio. La novità indubbiamente più interessate è rappresentata dalla disciplina del c.d. divorzio breve. La legge ha ridotto i tempi di separazione necessari per ottenere il divorzio, ma non ha eliminato quel diaframma tra il matrimonio e il definitivo scioglimento del rapporto matrimoniale rappresentato dalla separazione. Nel sistema italiano, dunque, la separazione continua a costituire il presupposto necessario per conseguire il divorzio, distinguendosi profondamente, sotto questo profilo, dalla maggior parte degli ordinamenti europei. Si potrebbe obiettare che anche nell'ordinamento francese e in quello tedesco è disciplinato il procedimento di separazione, ma quest'ultimo non costituisce il passaggio propedeutico indispensabile per realizzare l'effetto dello scioglimento del rapporto matrimoniale, bensì rappresenta una soluzione alternativa rispetto al divorzio, qualora i coniugi preferiscano non sciogliersi definitivamente dal vincolo. Altra novità importante introdotta dalla legge n. 162/2014, che si inserisce nello scopo complessivo di degiurisdizionalizzazione perseguito dal legislatore, è rappresentata dalla procedura di negoziazione assistita per i contenziosi in materia di separazione e di divorzio. L'art. 12 consente ai coniugi, purché non abbiano figli minori o maggiorenni non autosufficienti, di risolvere in via stragiudiziale la crisi mediante la procedura di negoziazione assistita o, in alternativa, di concludere, dinnanzi al Sindaco (quale ufficiale dello stato civile), un accordo di separazione personale ovvero di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio o, ancora, un accordo di modifica delle condizioni della separazione o del divorzio. Per uno studio sulla nuova disciplina v.: Luiso, F.: "Le disposizioni in materia di separazione e divorzio, in AA.VV.: *Processo civile efficiente e riduzione dell'arretrato* (coord. di F. Luiso), Giappichelli, Torino, 2014, p. 33 ss.; Oberto, G.: "'Divorzio breve', separazione legale e comunione legale tra coniugi, *Fam. e dir.*, 2015, 6, p. 615 ss.; Ferrando, G.: "Il divorzio breve: un'importante novità legislativa nel solco della tradizione", *Corr. giur.*, 2015, 8-9, p. 1041 ss.; Poliseno, B.: "La convenzione

• Chiara Sartoris
Assegnista di ricerca post dottorato in Diritto Privato, Dipartimento di Scienze Giuridiche - Università degli Studi di Firenze. E-mail: chiara.sartoris@unifi.it

uno stesso soggetto partecipi di più esperienze di vita familiare nel corso della propria vita. Tanto implica la necessità di stabilire come la definizione dei rapporti patrimoniali tra gli ex coniugi incida sulle esperienze successive.

Al fine di chiarire al meglio i termini della questione, giova muovere dal dato normativo. L'art. 5, comma 6, della legge n. 898/1970 disciplina l'assegno divorzile, prevedendo che l'obbligo della sua corresponsione periodica possa essere stabilito dal giudice nel caso in cui il coniuge beneficiario non disponga di "mezzi adeguati" o comunque non possa procurarseli "per ragioni oggettive". La decisione deve essere presa tenendo conto di una serie di elementi normativamente individuati: "delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, (…) anche in rapporto alla durata del matrimonio". Ci si soffermerà, nel prosieguo, sulla intensa elaborazione giurisprudenziale di cui le disposizioni in esame sono state oggetto. In questa prima fase della trattazione è utile, piuttosto, ricordare che il comma 10 dell'art. 5, nel disciplinare la perdita del diritto all'assegno divorzile, circoscrive tale ipotesi al solo caso delle nuove nozze. Proprio quest'ultima disposizione pone gli odierni problemi interpretativi, essendo dibattuto se, nella fattispecie della caducazione dell'assegno, possa rientrare anche l'instaurarsi di una convivenza "more uxorio" del coniuge beneficiario.

Si tratta, dunque, di comprendere quale sia la latitudine interpretativa dell'art. 5, comma 10, della legge 898/1970. Due le alternative: o si ammette che la disposizione si applichi, in via analogica, anche all'ipotesi della nuova convivenza di fatto, determinando la revoca dell'assegno divorzile; oppure si deve escludere questa possibilità in considerazione della diversa disciplina a cui la famiglia di fatto è soggetta e in forza della nuova lettura della funzione composita dell'assegno. Quest'ultima, come si dimostrerà, rappresenta la soluzione preferibile alla luce del dato normativo attuale. È innegabile, tuttavia, che proprio la lettura evolutiva a cui l'istituto dell'assegno divorzile è stato sottoposto dalla recente giurisprudenza

di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio", *Foro it.*, 2015, 1, p. 24 ss.; Graziosi, A.: "Osservazioni perplesse sulle ultime(?) stravaganti riforme processuali in materia di famiglia, *Fam. e dir.*, 2015, p. 1111 ss.; D'Alessandro, E.: "La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio, *ivi*, p. 1278 ss.; Trisorio Liuzzi, G.: "La procedura di negoziazione assistita", *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 23 ss.; Bugetti, M.N.: "Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco", *Corr. giur.*, 2015, p. 515 ss.; Parini, G.A.: "La negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti deboli coinvolti", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 1383 ss.; Carratta, A.: "Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale, *Giur. it.*, 2015, 5, p. 1287 ss.; Danovi, F.: "Al via il 'divorzio breve': tempi ridotti, ma manca il coordinamento con la separazione, *Fam. e dir.*, 2015, 6, p. 67 ss.; Id.: "I rapporti tra il processo di separazione e il processo di divorzio alla luce della L. n. 55/2015", *Fam. e dir.*, 2016, 11, p. 1093 ss.; Tizi, F., "La nuova normativa sul divorzio breve: analisi della disciplina e aspetti problematici", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 6, p. 1079 ss.; Irti, N., "Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita," *Dir fam.*, 2016, p. 665 ss.; Lombardi, R., "Si abbrevia la distanza tra separazione e divorzio: la L. 6 maggio 2015, n. 55", *Diritto della famiglia e delle persone*, 2016, 1, p. 325 ss.; Parini, G.A., *La negoziazione assistita da avvocati. Tecniche e linee evolutive della autonomia privata*, Torino, 2017; Quadri, E., "L'introduzione del divorzio: il dibattito, la legge e la sua conferma, i successivi interventi legislativi", *Fam. e dir.*, 2021, 1, p. 7 ss.

impone di interrogarsi sulla compatibilità con essa della disciplina normativa in esame. Tanto al fine di evitare una possibile censura di incostituzionalità dell'art. 5, comma 10.

Il tentativo di prospettare una interpretazione del dato normativo che ne garantisca la conservazione e, al contempo, il necessario adattamento ai mutamenti giurisprudenziali, renderà necessario assumere un duplice punto di vista. Per un verso, occorrerà riflettere sulla "ratio" dell'istituto assegno di divorzio e sul modo in cui è evoluta la sua funzione negli ultimi anni. Per altro verso, si dovrà tenere conto, in una prospettiva euro-unitaria, delle soluzioni adottate in altri ordinamenti – a partire da quello spagnolo – dove è riconosciuto il diritto alla corresponsione dell'assegno "una tantum". Lo scopo è quello di avviare una proficua riflessione sulle conseguenze della affermata plurifunzionalità dell'assegno divorzile.

La questione così sommariamente tratteggiata dovrebbe già essere in grado di far emergere l'attualità e la rilevanza pratica del tema oggetto di indagine. E la sua soluzione non può che inserirsi in un contesto di respiro più ampio, legato alla costante evoluzione della nozione di famiglia nelle società attuali. È chiaro, infatti, che detta questione testimonia, ancora una volta, come una formazione sociale a cui per lungo tempo il legislatore non riconosceva alcun valore giuridico che non fosse l'irrogazione di una sanzione in quanto condotta riprovevole, abbia assunto oggi una rilevanza tale non solo da ricevere riconoscimento a livello normativo (con la legge n. 76/2016)[3], ma anche da incidere fortemente sul modo di interpretare

3 Merita ricordare che fino agli anni Sessanta del secolo scorso, stante la centralità della famiglia fondata sul matrimonio, quale unica possibile forma familiare dotata di rilevanza giuridica, la condotta dei conviventi di fatto aveva limitatissima rilevanza. Questa veniva in considerazione solo perché integrava reato di concubinato e costituiva ipotesi di separazione con colpa e poi con addebito. Basti ricordare che solo con la sentenza della Corte Cost., 3 dicembre 1969, n. 147, *Giust. civ.*, 1970, III, p. 3 ss. si sancisce l'illegittimità costituzionale dell'art. 560 c.p. Altro passaggio cruciale è rappresentato dalla sentenza Corte Cost., 18 novembre 1986, n. 237, *Foro it.*, 1937, I, p. 2353 ss., che, in un "obiter dictum", predica, per la prima volta, la rilevanza giuridica della famiglia di fatto alla luce dell'art. 2 Cost., e cioè come formazione sociale in cui si realizza e si sviluppa la personalità individuale. Certo, oggi non vi è dubbio che oggi, come evidenziato dalla più sensibile giurisprudenza, la famiglia di fatto rappresenti un modello familiare alternativo a quello matrimoniale, la cui pari dignità si fonda sulla garanzia dell'art. 2 Cost. Tanto trova oggi conforto nell'art. 1, comma 36, che connota la convivenza di fatto per la instaurazione di legami "di reciproca assistenza morale e materiale". Per una ricostruzione dell'evoluzione giuridica e sociologica della famiglia si rinvia "ex multis" a: Ferrando, G.: "Sul problema della 'famiglia di fatto', *Giur. merito*, 1977, II, p. 134 ss.; Prosperi, F.: *La famiglia 'non fondata sul matrimonio'*, Edizioni scientifiche italiane, Camerino-Roma, 1978; Gazzoni, F., "La famiglia di fatto tra legge e autonomia privata", *Giust. civ.*, 1981, II, p. 260 ss.; Truccone, O., "Alcune tendenze della recente giurisprudenza in tema di tutela giuridica della 'famiglia di fatto'", *Giur. di merito*, 1984, p. 350 ss.; Quadri, E.: "Orientamenti in tema di convivenza 'more uxorio' e assegno di divorzio", *Foro it.*, 1986, I, p. 1369 ss.; Perlingieri, P., "La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione della famiglia legittima", *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 601 ss.; Oberto, G., *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1991; De Luca, G.: *La famiglia non coniugale. Gli orientamenti della giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1996; Tommasini, R.: "La famiglia di fatto", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato Bessone*, IV, Giappichelli, Torino, 1999, p. 499 ss.; Spadafora, A.: *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2001; Zambrano, V.: *La famiglia di fatto. Epifanie giuridiche di un fenomeno sociale*, Ipsoa, Milano, 2005; Asprea, S., *La famiglia di fatto*, 2, Giuffrè, Milano, 2009; Dogliotti, M.: "Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto?, *Fam e dir.*, 2016, 10, p. 868 ss.; Toti, B.: "Famiglia di fatto senza coabitazione – La coabitazione tra i partners: discrimen tra relazione affettiva e famiglia di fatto", *Giur. it.*, 2019, 5, p. 1054 ss. Per uno studio sulle novità introdotte dalla legge n. 76/2016 v.: Alpa, G.: "La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1718 ss.; Schlesinger, P.: "La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze", *Fam. e dir.*, 2016, p. 847

le norme in materia di matrimonio, contribuendo all'evoluzione dell'ordinamento nel suo complesso.

II. IL DIBATTITO DELLA DOTTRINA E DELLA GIURISPRUDENZA IN ITALIA.

La decisione assunta dal giudice in ordine alla corresponsione dell'assegno divorzile rileva "rebus sic stantibus" e, quindi, è suscettibile di essere revisionata al sopraggiungere di giustificati motivi, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 898/1970, tra i quali sono annoverati: per un verso, le sopravvenienze occasionali (come malattie o incidenti invalidanti), per altro verso, le variazioni reddituali personali degli ex coniugi, e per altro verso ancora la formazione di una nuova famiglia. Tale ultima ipotesi è contemplata, come anticipato, dall'art. 5, comma 10, della legge n. 898/1970. Nel testo originario la disposizione prevedeva la revocabilità dell'assegno divorzile nel solo caso in cui il beneficiario contraesse nuove nozze. Per effetto della legge n. 76/2016, la medesima conseguenza è riconnessa oggi, altresì, alla costituzione di un'unione civile, ma non anche di una convivenza di fatto. E questo, come anticipato, è il problema che ci occupa.

In via preliminare, giova ricordare che la caducazione automatica dell'assegno divorzile al verificarsi delle ipotesi previste è stata pensata dal legislatore sull'assunto che la costituzione di una nuova famiglia da parte del beneficiario determini la completa recissione di ogni legame con la precedente vicenda matrimoniale (o unione civile), segnando così la fine di ogni obbligo di solidarietà. Tale impostazione costituiva il naturale corollario della concezione tradizionale dell'assegno di divorzio, quale strumento avente funzione meramente assistenziale a favore del coniuge c.d. debole, in quanto privo di mezzi adeguati o comunque impossibilitato a procurarseli[4]. Come è noto, tale impostazione è stata radicalmente rivista da

ss.; Balestra, L.: "La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione, *Fam e dir.*, 2016, p. 929 ss.; Trimarchi, M.: Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri, *Fam. e dir.*, 2016, p. 933 ss.; Quadri, E.: "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: spunti di riflessione", *Giust. civ.*, 2016, p. 255 ss.; Gorgoni, M.: "Le convivenze "di fatto" meritevoli di tutela e gli effetti legali, tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità", AA.VV.: *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76* (coord. di M. Gorgoni), Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 167 ss.

4 Per quanto dibattuta sia sempre stata la natura dell'assegno di divorzio, per lungo tempo la dottrina e la giurisprudenza hanno riconosciuto all'istituto natura assistenziale, desumendola dal dato normativo, che lo descrive quale strumento di sostegno a favore del coniuge privo di mezzi adeguati o che comunque non possa procurarseli per ragioni oggettive. Tale impostazione ha trovato il suo più nitido riconoscimento in una sentenza delle Sezioni Unite del 1990, in cui è stato precisato che il riconoscimento dell'assegno con funzione esclusivamente assistenziale debba essere concesso sul presupposto della inadeguatezza dei mezzi del coniuge istante a conservare il tenore di vita analogo a quello goduto durante il matrimonio. Sicché, la concessione dell'assegno richiederebbe una duplice valutazione, sull'an e poi sul quantum, (cfr. Cass., Sez. Un., 29 novembre 1990, n. 11490, *Foro it.*, 1991, I, p. 67 ss. con nota di Quadri, E., "Assegno di divorzio: la mediazione delle Sezioni Unite" e di Carbone, V., "Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)"). Solo nel 2107 si è affermata la svolta giurisprudenziale con cui, sia pure sull'assunto della funzione esclusivamente assistenziale dell'assegno, il parametro della inadeguatezza dei mezzi è stato riferito alla "indipendenza o autosufficienza economica" dell'istante (cfr. Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 1001 ss., con nota di Roma, U.: "Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica"). Il superamento della concezione bifasica del giudizio sull'assegno, così come l'affermarsi della funzione anche perequativo-compensativa chiude poi, con la sentenza n. 18287/2018

una serie di recenti pronunce della Corte di Cassazione, culminate nella sentenza a Sezioni Unite n. 18287/2018, con cui è stata affermata la natura composita dell'istituto in esame[5]. L'assegno divorzile, lungi dal rispondere a esigenze meramente assistenziali, è strumento volto anche a compensare il coniuge che ha sacrificato le proprie aspirazioni personali, lavorative, reddituali a favore della famiglia e del successo professionale dell'altro coniuge. A tali conclusioni la Cassazione perviene valorizzando i principi costituzionali di solidarietà sociale, di parità dei coniugi e di autodeterminazione, i quali impongono di considerare, in fase di patologia del rapporto, il contributo fornito da ciascun coniuge in costanza di matrimonio, così da compensare l'impegno profuso nella vita comune da uno dei due. Ne consegue che il "quantum" dell'assegno deve essere determinato in misura tale da consentire al coniuge richiedente non tanto di conseguire l'autosufficienza economica sulla base di un parametro astratto, quanto di raggiungere in concreto un reddito adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare sacrificando le proprie aspettative lavorative.

l'evoluzione sin qui tratteggiata (per un approfondimento sulla sentenza si rinvia alla nota successiva). Per uno studio in prospettiva storica sulla evoluzione dell'istituto dell'assegno divorzile v.: Dagnino, A.: "Appunti sull'assegno periodico in favore del coniuge divorziato", *Dir. e fam*., 1974, p. 169 ss.; Caferra, V.: "Il dovere di solidarietà tra i coniugi", *Foro it*., V, 1976, p. 101 ss.; Capozzi, G.: "L'assegno periodico al coniuge divorziato", in *Dir. e giur*., 1971, p. 169 ss.; Trabucchi, A., "La funzione di assistenza nell'assegno di divorzio e l'assegno in caso di separazione legale," *Giur. it*., 1982, I, p. 1 ss.; Tommasini, R.: Il diritto all'assegno di divorzio: criteri di determinazione, in AA.VV.: *La riforma del divorzio* (coord. Di E. Quadri), Jovene, Napoli, 1989, p. 280 ss.; Nappi, G.: "Assegno divorzile e principio di solidarietà postconiugale", *Dir. fam*., 1990, p. 437 ss.; Spadafora, A.: "Il presupposto fondamentale per l'attribuzione dell'assegno divorzile nell'ottica assistenzialistica della riforma del 1987", *Giust. civ.,* 1990, I, p. 2390 ss.; Macario, F.: "Assegno di divorzio e mezzi adeguati", *Foro it*., 1990, I, c. 1166 ss.; Rimini, C., "L'assegno di divorzio fra tenore di vita matrimoniale e stato di bisogno", *Nuova giur. civ. comm*., 1991, II, p. 1 ss.; Carbone, V.: "Sul concetto di adeguatezza dei redditi del coniuge separato", *Fam. e dir*., 1994, p. 939 ss.; Parente, F.: "L'assegno di divorzio tra tenore di vita paraconiugale ed esistenza libera e dignitosa", *Giur. it*., 1998, p. 216 ss.; Sangiorgi, S.: "Il passato e il futuro nella determinazione dell'assegno di divorzio", *Riv. dir. civ*., 1988, II, p. 563 ss.; Sciancalepore, G.: La funzione assistenziale dell'assegno di divorzio, *Fam. e dir*., 2002, p. 285 ss.; Bonilini, G.: "L'assegno post-matrimoniale", in AA.VV.: *Lo scioglimento del matrimonio* (coord. di G. Bonilini-F. Tommaseo), in *Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 572 ss.; Contiero, G., *Il trattamento economico del coniuge nella separazione e nel divorzio*, Giuffrè, Milano, 2013; Berti De Marinis, G.: "Assegno di separazione ed assegno divorzile nel sistema italiano delle crisi familiari", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, 5, p. 71 ss.; Sesta, M.: "Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile", *Fam. e dir*., 2018, 11, p. 983; Gorgoni, A.: "Assegno di divorzio e sistema nell'intervento delle Sezioni Unite", *Pers. e merc*., 2018, 3, p. 35 ss.; Porcelli, M.: *L'assegno divorzile. Verso una nuova stagione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020; Benanti, C., "Prestation compensatoire e assegno di divorzio tra logica redistributiva e logica riparatrice", *Riv. dir. civ*., 2020, 5, p. 1087 ss.

5 Cfr. Cass., 11 luglio 2018, n. 18287, *Nuova giur. civ. comm*., 2018, 11, p. 1601 ss., con nota di Benanti, C.: "La 'nuova' funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio; *Corr. giur*., 2018, 10, p. 1186 ss., con nota di Patti, S.: Assegno di divorzio: il 'passo indietro' delle Sezioni Unite; in *Giur. it*., 2018, 8, p. 1843 ss., con nota di Rimini, C.: "Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa; *Resp. civ. e prev*., 2018, 6, p. 1856, con nota di Basini, F.G.: "Le sezioni unite ripensano i criteri di attribuzione, e rideterminano la funzione, dell'assegno post-matrimoniale; *Foro it*., 2018, p. 2699 ss., con nota di Casaburi, G.: "L'assegno divorzile secondo le sezioni unite della Cassazione: una problematica 'terza via'"; *ivi*, p. 2703 ss., con nota di Bianca, M.: "Le sezioni unite e i ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia incompiuta?"; *ivi*, p. 3605 ss., con nota di Macario, F.: Una decisione anomala e restrauratrice delle Sezioni unite nell'attribuzione (e determinazione) dell'assegno di divorzio)"; *ivi*, p. 3615 ss., con nota di Morace Pinelli, A.: "L'assegno divorzile dopo l'intervento delle Sezioni unite"; *ivi*, p. 3999 ss., con nota di Cea Costanzo, M., "L'assegno di divorzio e la nomofilachia intermittente"; *Nuova giur. civ. comm*., 2018, 11, p. 1601 ss., con nota di Benanti, C.: "La nuova funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio"; *Fam. e dir*., 2018, p. 955 ss., con nota di Bianca, C.M.: Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: verso una nuova luce sulla solidarietà postconiugale.

L'affermarsi del descritto orientamento giurisprudenziale rende oggi più che mai attuale riflettere sul significato e sulla portata della regola sulla revoca dell'assegno. Merita, dunque, scendere nel dettaglio della questione oggetto della presente indagine. All'interrogativo se anche una nuova convivenza di fatto da parte del titolare dell'assegno divorzile possa determinarne l'automatica caducazione gli interpreti, nel silenzio della legge[6], hanno sempre offerto risposte diverse, che hanno fortemente risentito del diverso modo di concepire la funzione dell'assegno, per un verso, e della crescente rilevanza delle convivenze di fatto, per l'altro. Vediamo in che senso.

Non è un caso che l'orientamento più tradizionale prospettasse una lettura restrittiva dell'art. 5, comma 10, della legge sul divorzio, escludendo che l'instaurazione di una convivenza di fatto potesse incidere sull'obbligo di corresponsione dell'assegno. Tale impostazione riposava sul duplice assunto che le convivenze di fatto non solo non avessero rilevanza giuridica per l'ordinamento, ma fossero anche prive di quel connotato di stabilità caratterizzante tradizionalmente il vincolo coniugale[7]. Ecco perché il coniuge beneficiario dell'assegno, in caso di successiva convivenza di fatto, non perderebbe il relativo diritto.

In parallelo con il progressivo riconoscimento ordinamentale della rilevanza giuridica della convivenza di fatto non solo e non tanto sul piano sanzionatorio, quale condotta riprovevole, quanto come formazione sociale, diversa dal matrimonio, ma meritevole di considerazione, si è affermato un diverso indirizzo giurisprudenziale. Non sono mancate, infatti, pronunce favorevoli ad ammettere l'incidenza della convivenza di fatto sulla disciplina dell'assegno divorzile. Diversificate, però, apparivano le conseguenze di tale interferenza. Parte della giurisprudenza ammetteva che una convivenza "more uxorio" potesse incidere, al più, sulla quantificazione dell'assegno, importandone una diminuzione nel caso in cui migliorassero le condizioni patrimoniali del beneficiario[8]. Altra giurisprudenza immaginava, in via prudenziale, una sospensione temporanea del diritto all'assegno divorzile, prospettando la sua reviviscenza in caso di cessazione della convivenza di fatto[9].

6 Lo stesso non può dirsi per l'ordinamento spagnolo, per esempio, che contempla una serie di cause di cessazione del diritto alla pensione compensatoria, tra le quali al n. 3 dell'art. 97 del Codigo civil rientra proprio l'instaurazione di una "convivencia análoga a la marital, es decir, que sea una relación estable y perdurable en el tiempo y en la que pueda entenderse que existe una situación económica análoga a la del matrimonio".

7 Cfr. Cass., 11 maggio 1983, n. 3253, *Giur. it.*, 1983, I, p. 1225 ss.; Cass., 20 novembre 1985, n. 5717, *Foro it.*, 1986, I, c. 1369; Cass., 20 aprile 1993, n. 4761, *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 1831 ss.; Cass., 19 settembre 1996, n. 9505, *Fam. dir.*, 1997, p. 29 ss.; Cass., 9 settembre 2002, n. 13060, *Mass. Giur. it.*, 2002.

8 Cfr. Cass., 29 novembre 1976, n. 4489, *Mass. Foro it.*, 1976, p. 883 ss.; Cass., Cass., 9 marzo 1982, n. 1477, *Foro it.*, 1982, I, p. 1924 ss.

9 Cfr. Cass., 8 agosto 2003, n. 11975, *Giur. it.*, 2004, p. 1601 ss.; Cass., 22 gennaio 2010, n. 1096, *Fam. pers. e succ.*, 2010, p. 754 ss.; Cass., 11 agosto 2011, n. 17195, *Fam. e dir.*, 2012, p. 25, con nota di Figone, A.: "La convivenza more uxorio può escludere l'assegno divorzile".

In tempi più recenti si è delineato, infine, un orientamento più radicale, deciso a predicare l'estinzione automatica e definitiva dell'assegno divorzile in caso di convivenza di fatto del beneficiario[10]. Alla base di tale impostazione si scorge una indubbia valorizzazione del principio di autoresponsabilità degli ex coniugi, in forza del quale la instaurazione di un nuovo legame affettivo, purché caratterizzato da stabilità, implica la piena assunzione del rischio di cessazione di quel rapporto. Conseguentemente, sarebbe da escludere "ogni residua solidarietà postmatrimoniale con l'altro coniuge, il quale non può che confidare nell'esonero definitivo da ogni obbligo".

Quest'ultimo orientamento, per il suo rigore, è stato sin da subito criticato da buona parte della dottrina. Se, certamente, è vero che esso si pone in sintonia con la mutata concezione sociale dei rapporti matrimoniali e post matrimoniali, è altrettanto vero, però, che privare il coniuge economicamente più debole dello strumento dell'assegno, pur avendo sacrificato le proprie prospettive lavorative in favore della famiglia, significa accedere a una soluzione criticabile sotto il profilo della equità. Detta soluzione, inoltre, non trova neppure un solido ancoraggio normativo, nonostante la gravità delle conseguenze che ne derivano, e, nel contempo, appare oggi in contrasto con la funzione (anche) compensativa dell'assegno divorzile. Non ultimo, secondo taluni, siffatto modo di ragionare introdurrebbe ingiustificate differenze di trattamento tra le varie esperienze familiari, che contrastano con la tendenza della giurisprudenza costituzionale ad estendere al convivente di fatto le medesime tutele spettanti al coniuge non certo perché sussista "un'esigenza costituzionale alla piena parità di trattamento", ma perché la tutela di un soggetto in condizione di vulnerabilità richiede una particolare attenzione da parte dell'interprete in mancanza di una espressa previsione normativa.

Alla luce dei ricordati orientamenti, è possibile svolgere una prima considerazione. Non vi è dubbio che la progressiva rilevanza riconosciuta alla convivenza di fatto abbia determinato la sua ascrizione a un modello alternativo di famiglia rispetto a quella fondata sul matrimonio, dotato di pari dignità sociale ai sensi dell'art. 2 Cost. E' anche vero, però, che a tale riconoscimento sociale e giurisprudenziale non si è accompagnata una formale e sostanziale equiparazione tra le due esperienze familiari. Sicché, appare distonico, rispetto all'attuale assetto normativo, immaginare di applicare alla fattispecie della nuova convivenza, nel silenzio normativo, una conseguenza così pensante, sul piano della equità sostanziale, come quella dell'automatica caducazione dell'assegno divorzile. E

10 Cfr. Cass., 3 aprile 2015, n. 6855, *Giur. it*., 2015, 10, p. 2078 ss., con nota di Buzzelli, D., "La Cassazione e l'incidenza della convivenza more uxorio sull'assegno divorzile": «il parametro dell'adeguatezza dei mezzi rispetto al tenore di vita goduto durante la convivenza non può che venire meno di fronte all'esistenza di una vera e propria famiglia, ancorché di fatto. Si rescinde così ogni connessione con il tenore di vita ed il modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale»; Cass., 8 febbraio 2016, n. 2466, *Dir. e giust*., 8 febbraio 2016; Cass., 21 luglio 2017, n. 18111, *www.dejure.it*

proprio questo, come ora si vedrà, costituisce uno degli argomenti cardine dell'attuale orientamento della giurisprudenza di legittimità.

III. L'ORIENTAMENTO DELLE SEZIONI UNITE N. 32198/2021.

Come si è detto, gli orientamenti delineatisi sulla questione esprimono il problema di conciliare due esigenze diverse: da un lato, garantire una compensazione al coniuge che ha sacrificato i suoi progetti lavorativi in favore della famiglia, a prescindere dal successivo venir meno del vincolo matrimoniale e dalla successiva instaurazione di un nuovo legame familiare; dall'altro, non protrarre "ad libitum" i doveri di solidarietà post matrimoniale, al fine di consentire al soggetto obbligato di potervi adempiere senza sacrificare la propria aspirazione a formare un nuovo nucleo familiare.

Sullo sfondo la difficoltà di adeguare il dato normativo vigente alla mutata concezione sociale e giurisprudenziale della famiglia. Come si è cercato di evidenziare, il contrasto descritto trae origine da una previsione – quella dell'art. 5, comma 10, della legge n. 898/1970 – che non solo è difficilmente applicabile "tout court" alla vicenda della sopravvenienza di una convivenza di fatto; ma che, a sua volta, con riguardo all'ipotesi di nuove nozze, non appare più in linea neanche con l'affermata funzione composita dell'assegno divorzile. Sicché, di là del contrasto giurisprudenziale sulla questione specifica in esame, emerge sullo sfondo un più generale problema di attualizzazione del dato normativo.

Merita procedere con ordine nella trattazione di entrambi gli aspetti.

Quanto al descritto contrasto giurisprudenziale, le Sezioni Unite n. 32198/2021 hanno chiarito, innanzitutto, che l'art. 5, comma 10, della legge sul divorzio non può trovare applicazione in via analogica alla fattispecie della convivenza di fatto, difettando il presupposto della lacuna normativa[11]. L'assunto di tale affermazione riposa nella già evocata considerazione che la convivenza di fatto, per quanto in

11 La questione rimessa alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. Cass., 17 dicembre 2020, n. 28995, *Dir. fam. e pers*., 2021, 1, p. 80 ss., con nota di Di Napoli, N.: "Convivenza more uxorio e revoca dell'assegno divorzile: verso una rimeditazione del meccanismo revocatorio automatico?") è la seguente: "Stabilire se, instaurata la convivenza di fatto, definita all'esito dell'accertamento pieno su stabilità e durata della nuova formazione sociale, il diritto dell'ex coniuge, sperequato nella posizione economica all'assegno divorzile si estingua comunque per un meccanismo ispirato ad automatismo, nella parte in cui prescinde di vagliare le finalità proprie dell'assegno, o se siano invece praticabili altre scelte interpretative che, guidate dalla obiettiva valorizzazione del contributo dato dall'avente diritto al patrimonio della famiglia e dell'altro coniuge, sostengano dell'assegno divorzile, negli effetti compensativi suoi propri, la perdurante affermazione, anche, se del caso, per una modulazione da individuarsi nel diverso contesto sociale di riferimento". Sul punto le Sezioni Unite si sono pronunciate con la sentenza Cass., Sez. Un., 5 novembre 2021, n. 32198, *Nuova giur. civ. comm*., 2021, 6, p. 1390 ss., con nota di Quadri, E.: "Assegno di divorzio e convivenza: le sezioni unite s'impongono nella ricerca di una soluzione coerente"; *Nuova giur. civ. comm*., 2022, 5, p. 1077 ss., con nota di Caterina, R.: "Sopravvenuta convivenza di fatto e componenti dell'assegno di divorzio". Si veda anche il commento di Bianca, M.: "Le Sezioni Unite su assegno divorzile e convivenza di fatto. La funzione esclusivamente compensativa e i persistenti margini di incertezza sulla determinazione dell'assegno di divorzio, *Giustizia insieme*, 21 dicembre 2021.

parte disciplinata dalla legge n. 76/2016, non è sostanzialmente equiparabile al matrimonio, trattandosi di due situazioni "obiettivamente eterogenee alla luce della regolamentazione attuale dello scioglimento del matrimonio, da un lato, e delle convivenze di fatto, dall'altro". Ciò significa, allora, che l'instaurazione di una convivenza di fatto, non differentemente dalla celebrazione di nuove nozze, non può determinare l'automatica estinzione del diritto all'assegno divorzile dell'ex coniuge beneficiario secondo l'art. 5, comma 10, della legge n. 898/1970.

Nel contempo, tuttavia, la situazione sopravvenuta non può essere del tutto priva di ricadute rispetto alla precedente vicenda matrimoniale. Da questo punto di vista, le interferenze tra le due successive esperienze familiari sono diversificate, dovendosi tenere distinto il piano assistenziale dal piano compensativo, alla luce dei principi di diritto dettati dalle stesse Sezioni Unite nell'arresto del 2018.

A questo proposito, i giudici predicano il venir meno del diritto a vedersi liquidata la componente assistenziale dell'assegno divorzile, ogniqualvolta l'ex coniuge beneficiario instauri una convivenza di fatto con un'altra persona. Difatti, la disciplina introdotta dalla legge n. 76/2016 per la convivenza di fatto ha determinato il sorgere, in capo ai conviventi, di un reciproco dovere di assistenza morale e materiale che, pur incerto nella durata, per l'intrinseca minor stabilità di tale tipo di legame, di sicuro non costituisce più una mera obbligazione naturale. Sicché, il nuovo legame familiare, sostituendosi al precedente, sotto il profilo della tutela assistenziale, determina l'estinzione del diritto all'assegno divorzile non solo in costanza dello stesso, ma anche per il futuro. Tanto in virtù della "serietà che deve essere impressa al nuovo impegno, anche se non formalizzato, e per la dignità da riconoscere alla nuova formazione sociale".

Le medesime considerazioni, ad avviso dei giudici, non possono valere con riguardo alla componente compensativa dell'assegno divorzile. Se l'assegno non serve solo ad assistere il coniuge in condizioni economiche di vulnerabilità, ma compensa anche il beneficiario per le scelte lavorative compiute, in costanza di matrimonio, in favore della famiglia, la soddisfazione di tale componente non può essere traslata sul nuovo legame familiare. Ne consegue l'affermazione secondo cui il diritto a una compensazione dei sacrifici fatti "non ha alcuna connessione con il nuovo progetto di vita, né verrebbe in alcun modo all'interno di esso recuperata, in quanto la sua funzione non è sostituita né può essere sostituita dalla nuova solidarietà che si costituisce nella coppia di fatto".

Ebbene, la sorte dell'assegno divorzile in caso di nuova convivenza, lungi dal poter essere predeterminata in maniera generale e astratta "ex ante", richiede una valutazione da compiersi caso per caso, alla luce anche della componente perequativa dell'assegno medesimo. La nuova convivenza, dunque, può incidere sul diritto all'assegno non tanto nel senso di determinarne l'automatica

caudacazione, quanto nel senso di rimodularne l'entità, in relazione al venir meno della quota assistenziale del contributo e al permanere della sola componente perequativa. Siffatto modo di ragionare, ad avviso dei giudici, oltre a consentire di superare il contrasto giurisprudenziale, dovrebbe anche prevenire il perpetuarsi di conflittualità tra gli ex coniugi, proprio perché impedisce l'ultrattività dei legami economici post matrimoniali quanto meno nella quota assistenziale.

IV. PRIME RIFLESSIONI SUI RAPPORTI TRA ASSEGNO E CONVIVENZA NELLA PROSPETTIVA INTERNA ED EUROPEA.

La soluzione interpretativa adottata dalle Sezioni Unite, per quanto condivisibile nella sua preoccupazione di bilanciare esigenze contrapposte, solleva, però, ulteriori questioni meritevoli di essere evidenziate. Per un verso, ci si può chiedere quali siano le conseguenze della eventuale sopravvenuta cessazione della convivenza di fatto instaurata dal coniuge beneficiario. Per altro verso, si tratta di stabilire se il dato normativo sia compatibile con l'impostazione giurisprudenziale attuale: l'art. 5, comma 10, della legge sul divorzio, nel prevedere, per il caso di nuove nozze, la cessazione automatica dell'assegno non sembra tenere conto proprio di quella esigenza di perequazione che ha giustificato la soluzione adottata dai giudici per la vicenda della nuova convivenza. Non ultimo, come si dirà a breve, e in logica connessione con quanto sinora illustrato, la soluzione in esame impone di riflettere anche sulle modalità di adempimento dell'obbligo di corresponsione dell'assegno. È chiaro, infatti, che l'esigenza di non pregiudicare i sacrifici compiuti dal coniuge debole rischia di frustrare, se non adeguatamente bilanciata, l'esigenza di tutelare la progettazione esistenziale dell'obbligato, il cui diritto a formare una nuova famiglia trova riconoscimento quale diritto fondamentale nell'art. 12 CEDU, così come nell'art. 9 della Carta di Nizza. Ecco perché, come si vedrà meglio, altri ordinamenti europei prevedono assegni a carattere temporaneo.

I menzionati elementi di criticità meritano allora di essere analizzati partitamente.

Il primo quesito sorge spontaneo riflettendo sulle parole delle Sezioni Unite, laddove, nel descrivere come eterogenea la situazione dei conviventi rispetto a quella dei coniugi per la supposta minor stabilità della convivenza di fatto, lascia supporre come probabile il rischio di fallimenti di tale esperienza familiare. Sicché, non appare incongruo chiedersi se, una volta venuta meno la convivenza di fatto, il beneficiario dell'assegno divorzile possa pretendere la reviviscenza del medesimo "in toto", se esso aveva finalità meramente assistenziali, ovvero per la sola quota corrispondente alla componente assistenziale, se era presente anche la quota perequativa. A riguardo, pur potendosi tentare una valorizzazione dei doveri di solidarietà postmatrimoniale, appare davvero eccessivo supporre l'ultrattività degli

stessi dopo l'eventuale insuccesso della successiva convivenza di fatto[12]. Tanto la decisione di sciogliere il matrimonio prima, quanto la decisione di instaurare un nuovo legame familiare poi, implicano una necessaria assunzione di responsabilità da parte del soggetto interessato, tale da far escludere la possibilità di imporre nuovamente all'ex coniuge l'obbligo di corresponsione dell'assegno. Non solo, ma a quest'ultimo dovrebbe essere riconosciuto un interesse, meritevole di tutela, a ricostruire, a sua volta, una nuova famiglia; interesse che potrebbe essere gravemente pregiudicato proprio dal successivo riprendere vigore dell'obbligo in questione. Sicché, un adeguato bilanciamento tra gli interessi coinvolti dovrebbe condurre a escludere questa possibilità.

D'altra parte tale esito interpretativo sembra trapelare tra le righe della prima sentenza successiva all'arresto delle Sezioni Unite, laddove i giudici, nel conformarsi a quest'ultimo, attribuiscono un peso rilevante alla "scelta libera e responsabile di costituire una nuova formazione sociale dando vita a un nuovo progetto di vita condiviso e autonomo rispetto al passato", tale cioè da far recidere ogni legame (di tipo assistenziale) con la precedente esperienza matrimoniale non solo in costanza di convivenza, ma anche in caso di futura eventuale cessazione della stessa[13].

Maggiormente delicata e complessa appare, invece, la seconda questione. Alla luce della recente evoluzione giurisprudenziale, emerge con evidenza la necessità di un intervento legislativo diretto ad adeguare la disciplina in esame con la mutata concezione funzionale dell'assegno divorzile. Il rigore del dato normativo non consente di modulare il diritto all'assegno in relazione alla eventuale componente perequativa: le nuove nozze, al pari della nuova convivenza, non possono eliminare detta componente, in quanto nulla hanno a che fare con l'esigenza di compensare il beneficiario per i sacrifici fatti in costanza del precedente matrimonio.

Alla luce dell'attuale testo di legge, si può solo tentare di proporre una lettura maggiormente in linea con il mutamento della sensibilità sociale e giuridica fatto proprio dalle Sezioni Unite. Da questo punto di vista, il tema richiede di essere inserito in una più generale riflessione sulla ultrattività del precedente legame matrimoniale che caratterizza l'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile. Come più volte evidenziato, il perdurare di questo obbligo rischia di tradursi

12 Sul punto v. Al Mureden, E.: "Il 'diritto a formare una seconda famiglia' tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di 'autoresponsabilità'", *Fam. e dir.*, 2014, 11, p. 1051 ss.; Id.: "Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno divorzile", cit., p. 683 ss.; Ferrando, G., "'Famiglia di fatto' e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione, cit., p. 560 ss.; Berti De Marinis, G.: "Assegno di separazione ed assegno divorzile nel sistema italiano delle crisi familiari", cit., p. 87-88.

13 Il riferimento è a Cass., 18 febbraio 2022, n. 5447, *Dir. e giust.*, 2022, 35, p. 3 ss., con nota di Ievolella, A.: "Nuova stabile relazione per l'ex moglie: questo dato non basta per negarle l'assegno divorzile". L'estinzione del diritto all'assegno divorzile per la componente assistenziale non solo si determina all'atto della instaurazione della nuova convivenza, ma vale "anche per il futuro, per la serietà che deve essere impressa al nuovo impegno, anche se non formalizzato, e per la dignità da riconoscere alla nuova formazione sociale", quand'anche questa venga successivamente meno.

in un ostacolo al sereno instaurarsi di nuovi legami familiari da parte dell'ex coniuge obbligato. Tale situazione è avvertita negativamente dai giudici, in quanto potenziale "fonte di contenzioso futuro", oltre che causa del protrarsi di "situazioni di dipendenza economica" che stridono anche con l'esigenza, fondata sul principio di autoresponsabilità, di superare "l'immagine di dipendenza", soprattutto della donna, "da un rapporto familiare che non si esaurisce mai"[14].

Le descritte difficoltà sono accentuate – e qui veniamo alla terza criticità – se si considera che l'unica modalità di adempimento è rappresentata dalla corresponsione periodica a tempo indeterminato dell'assegno. Si ricorda che l'art. 5, comma 8, della legge n. 898/1970 si limita a lasciare all'accordo dei coniugi divorziandi la scelta di una corresponsione dell'assegno in un'unica soluzione, mentre al giudice compete unicamente un controllo di equità. Ma è chiaro che, difficilmente, in un contesto di naturale conflittualità quale è quello del divorzio, i coniugi sono in grado di accordarsi per valutare quale soluzione sia economicamente più sostenibile per l'obbligato e quale sia meglio rispondente agli interessi del beneficiario. Sicché, fuori delle ipotesi in cui un accordo venga raggiunto, i giudici impongono all'obbligato una liquidazione periodica e a tempo indeterminato.

Non è un caso che, proprio in considerazione delle esigenze sopra descritte, nella maggior parte degli ordinamenti europei la corresponsione dell'assegno non solo non è dovuta in caso di nuove nozze o di successiva convivenza di fatto; ma, ove prevista, essa è disposta "una tantum" o, comunque, pur periodica, è temporalmente limitata.

Per convincersene, basta ricordare che l'art. 97, comma 2, del Codigo civil prevede che "El conyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relacion con la posición de otro, que implque un empoeramiento en suo situación anterior en el matrimonio, tendrà derecho a una compensación que podrà consistir en *una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia"*. La disposizione, come interpretata da consolidata giurisprudenza spagnola, riconosce una indennità compensativa a favore del coniuge che, dedicandosi alla famiglia,

14 Le parole tra virgolette sono di Mariani, I.: "Assegno di divorzio e convivenza di fatto: brevi note critiche alla sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite Civili n. 32198/2021", *Questione giustizia*, 7 dicembre 2021, la quale rileva il rischio che tale perpetuazione del precedente legame familiare ostacoli il raggiungimento dell'autonomia femminile. Ad avviso dell'Autrice "il principio di autoresponsabilità (…) impone che una volta che si è operata la scelta della costituzione di un nuovo nucleo familiare, suggellato o meno dal matrimonio, i diritti e i doversi sorgenti dal rapporto di coniugio disciolto, cessino definitivamente", non apparendo comprensibile la distinzione operata dalle Sezioni Unite tra nuovo matrimonio e nuova convivenza fondata sulla temporalità della tutela offerta da quest'ultima. Sicché "il protrarsi della tutela diventa la conseguenza della scelta di non sposarsi, ma ne sarà anche la ragione, incentivando scelte, queste sì, di non piena assunzione di responsabilità (il contrarre nuovo matrimonio con i conseguenti obblighi di cui all'art. 143 c.c.)".

abbia perso opportunità economiche e professionali[15]. Quest'ultima condizione integra quel "desquilibrio económico" che giustifica la corresponsione della pensione, purché esso abbia causa nella dedizione o priorità esclusiva di uno dei due coniugi alla cura della famiglia, quanto meno durante una significativa parte della durata del matrimonio.

Per la verità, il testo originario della disposizione in esame non prevedeva alcunché riguardo alla modalità di corresponsione della "pensión compensatoria". Risale alla Ley n. 15/2005 l'introduzione della temporalità della indennità: il testo attuale della disposizione fa riferimento al diritto a una compensazione consistente in una indennità temporanea o a tempo indeterminato oppure in una prestazione unica determinata nella sentenza o nell'accordo dei coniugi ("convenio regulador"). Il legislatore spagnolo, dunque, lascia ampio margine di discrezionalità al giudice ovvero ampia autonomia ai coniugi nel determinare le modalità di corresponsione dell'assegno: per un verso, il dovere di compensare può essere assolto con prestazioni periodiche, ma limitate entro un orizzonte temporale determinato; per altro verso, quel dovere può tradursi in una sola prestazione che compensa in via definitiva il coniuge beneficiario[16].

Siffatta flessibilità sembra venire incontro tanto alla esigenza di evitare il protrarsi nel futuro delle conseguenze economiche del divorzio, quanto alla esigenza di una definizione efficiente degli aspetti economici della crisi matrimoniale. Ciò risulta coerente, oltretutto, con le caratteristiche della disciplina spagnola del matrimonio, il quale è istituto che non solo opera a prescindere dal sesso dei partner, ma

15 Con la sentenza del STS, 19 gennaio 2010, *RAJ*, 2010, p. 417 la giurisprudenza ha chiarito le circostanze indicate dall'art. 97 del Codigo civil svolgono una duplice funzione: per un verso, fungono da elementi integranti lo squilibrio, per altro verso, fungono da criteri per determinare il quantum della pensione: "la pensión compensatoria pretende evitar que perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y pare ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge (...)". Per un'analisi di questa giurisprudenza si vedano, in particolare, gli studi di: De Verda y Beamonte, J.R.: El desquilibrio económico en la pensión compensatoria: criterios jurisprudenciales, *Idibe*, 20 aprile 2021; Id.: La noción de 'desequilibrio' en la compensación por separación o divorcio (una reelaboración del concepto por parte de la jurisprudencia), *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 2022, 16, 2, p. 1054 ss.; Id.: *La compensación por desequilibrio en la separación y divorcio. Tratado práctico intedisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

16 Generalmente, nella prassi dei tribunali spagnoli, tale indennità si concretizza in una prestazione di carattere forfettario corrisposta sotto forma di capitale consistente o in una somma di denaro o nella attribuzione di beni in proprietà o di un diritto di uso, di abitazione o di usufrutto a titolo temporaneo o permanente. Nella letteratura spagnola v.: De La Haza Díaz, P.: *La pensión de separación y divorcio*, La Ley, Madrid, 1989; Cervilla Garzón, Mª D.: "El dercho a percebir una pesión compensatoria en las rupturas de las parejas de hecho", *Revista jurídica del Notariado*, 2002, 44, p. 128 ss.; Montero Aroca, J.: *La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; Sánchez Gonzáles, Mª P.: *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Comares, Granada, 2005; Moreno-Torres Herrera, M.L.: "La pensión compensatoria", in AA.VV.: *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)* [coord. di J.V. Gavidia Sánchez], Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 150 ss.; Cabezuelo Arenas, A.L.: "La existencia del desquilibrio generador de la pensión del artículo 97 CC se subordina a la cocurrencia de circunstancias o factores de trascendencia económica: Sentencia del Tribunal Supremo de enero de 2010", in AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 4, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, p. 462 ss.; Belío Pascual, A.C.: *La pensión compensatoria*, Tirant lo Blanch,Valencia, 2013; Berrocal Lanzarot, A.I.: "Tendencias actuales en torno a la pensión compensatoria o pensión por desequilibrio en España», *Actualidad Jurídica iberoamericana*, 2016, 5, p. 37 ss.

si connota anche per cause di scioglimento particolarmente ampie, nonché per modalità di scioglimento particolarmente celeri.

In maniera non dissimile, nell'ordinamento francese l'art. 270 del Code civil prevede la corresponsione di una indennità compensativa "destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les coditions de vie respectives". Come nell'ordinamento spagnolo, l'assegno divorzile è diretto a compensare la disparità creata dalla rottura del vincolo nelle rispettive condizioni di vita tenendo conto di una serie di parametri indicati dall'art. 271 Code civil, tra cui le esigenze dell'avente diritto e le condizioni dell'obbligato, nonché le conseguenze delle scelte professionali compiute in costanza di matrimonio. Preme evidenziare che anche in questo caso l'indennità consiste in una prestazione a carattere forfettario che "prend la form d'un capital dont le montant est fixé par le juge". È il giudice a stabilire le modalità di corresponsione dell'indennità, scegliendo tra il pagamento di una somma di denaro o l'attribuzione della proprietà o di un diritto di uso, abitazione o usufrutto temporaneo o permanente (art. 274 Code civil). Non solo. Merita osservare che l'art. 275 Code civil, ove il coniuge obbligato non sia in grado di pagare il capitale secondo le modalità dell'art. 274, consente al giudice di fissare i termini di pagamento nel limite di otto anni, sotto forma di versamenti periodici indicizzati ("versements périodiques indexés") o di "pensions alimentaires". Ecco, quindi, positivizzata la possibilità che l'indennità in esame consista nel versamento di una somma "una tantum", la quale solo in casi eccezionali può essere sostituita da un versamento di un importo rateale della durata massima di otto anni. La regola, dunque, è quella dell'assegno "una tanutm" e, quand'anche ricorra la situazione eccezionale descritta dall'art. 274, il versamento può essere rateizzato, ma contenuto nella sua durata temporale nel periodo massimo di otto anni[17].

Già dalle poche disposizioni richiamate emerge nitidamente l'impostazione prevalente presso gli ordinamenti europei più vicini a quello italiano: il divorzio è vicenda che recide ogni legame con l'esperienza matrimoniale, salva la previsione di misure finalizzate a riequilibrare, ove necessario, le posizioni economiche dei coniugi in conseguenza delle scelte assunte in costanza di matrimonio. La disciplina dell'assegno, in altri termini, si fonda sul principio generale di autoresponsabilità economica degli ex coniugi, la cui deroga è, quindi, eccezionalmente ammessa

17 In tema v. Piwnica, D.: "Evaluation de la prestation compensatoire: un exercise divinatoire", *AJ Famille*, 2013, p. 12 ss.; Casey, J.: "Prestation compensatoire et disparité: et si l'on revenait à la causalité?", *Gaz. Pal.*, 24 giugno 2014, p. 5 ss.; Kessler, G.: "Sacrifice professionnel et prestation compensatoire", *AJ fam.*, 2018, p. 218 ss.; Dumas-Lavenac, S.: "Devoir de secours et prestation compensatoire: deux fondements indépendants", *Dir. fam.*, 2018, comm. 61; Spelta, G.: *I rapporti patrimoniali della famiglia in Francia. Verso un regime convenzionale europeo?*, Pacini, Pisa, 2018; Benanti, C.: "Prestation compensatoire e assegno di divorzio tra logica redistributiva e logica riparatrice", cit., p. 1087 ss., il quale evidenzia che nell'ordinamento francese "la prestation compensatoire assume preferibilmente la forma di un capitale determinato a forfait" in virtù del principio di "concentration de effet du divorce", cioè di quel principio in forza del quale le conseguenze economiche del divorzio debbono esaurirsi il prima possibile.

in presenza di specifiche ragioni di solidarietà ed è temporalmente limitata. Ciò consente di valorizzare il dovere dei coniugi di assumere con serietà tanto gli impegni che derivano dal vincolo matrimoniale, quanto le conseguenze del suo scioglimento, senza però compromettere la possibilità di avviare una nuova esperienza familiare.

V. UN PUNTO E UNA VIRGOLA.

L'apertura dell'indagine a una, seppur breve, descrizione delle norme vigenti in altri ordinamenti europei fornisce un ulteriore argomento alla necessità di ripensare la disciplina italiana dell'assegno divorzile in una prospettiva volta a contemperare le istanze perequative a favore del coniuge che si è sacrificato con l'interesse a creare nuovi legami familiari, assumendo, correlativamente, gli impegni che da questi derivano.

"De iure condito", allo studioso è richiesto di offrire una lettura armonica della disciplina vivente, rivitalizzata alla luce del dato giurisprudenziale. Ebbene, per costruire un sistema coerente delle conseguenze economiche del divorzio, merita evidenziare quale sia il punto fermo da cui muovere.

I recenti orientamenti giurisprudenziali consentono di reputare che, in coerenza con il principio della plurifunzionalità dell'assegno divorzile, le vicende successive al divorzio non sono tutte indifferenti per il precedente vincolo matrimoniale. La instaurazione di una convivenza di fatto, nella mente dei giudici del 2021, non garantisce quella stabilità e serietà di impegno idonee a giustificare il venire meno dei doveri di solidarietà post coniugali. O meglio, non giustifica il venir meno del dovere di compensare l'ex coniuge nel caso in cui questi, pur avviando una nuova esperienza familiare, risenta ancora delle conseguenze delle scelte del passato per l'essersi dedicato esclusivamente ad accudire la famiglia. L'instaurazione della convivenza, purché seria e stabile, è, invece, idonea a non legittimare la richiesta di corresponsione della componente assistenziale dell'assegno. Sicché, la valutazione in ordine alla sorte del diritto all'assegno divorzile, lungi dall'essere automatica e sempre uguale a se stesse, richiede uno sforzo di valutazione da parte dell'operatore giuridico, finalizzato a verificare se e in che misura la quota compensativa meriti di essere liquidata.

Sennonché, gli approdi interpretativi testé richiamati, pur condivisibili sul piano dell'equità, lungi dal sopire ogni dibattito, sollevano le predette ulteriori questioni. Un punto che si accompagna a una virgola insomma. Virgola che apre la porta, stante il dato normativo vigente, alla necessità di prospettare una interpretazione evolutiva del medesimo. Se la esperienza familiare di supposta maggior precarietà – la convivenza di fatto – non estingue il diritto del beneficiario a percepire la

quota compensativa dell'assegno divorzile al ricorrere dei presupposti individuati dalla giurisprudenza (stabilità e serietà), non si comprende come mai la vicenda familiare tradizionale tutelata dall'ordinamento – il matrimonio – debba ricevere un trattamento differente e deteriore. Delle due una, come si è anticipato. O si reputa ingiustificata tale diversità di trattamento tra le due situazioni stigmatizzando la tutela concessa all'ex coniuge convivente di fatto e si prospetta anche in questo caso l'applicazione di una regola rigorosa come quella dettata dall'art. 5, comma 10, della legge sul divorzio. Ma a tale soluzione osterebbe la rigidità del dato normativo che contempla solo le ipotesi del matrimonio e dell'unione civile. Oppure – come è preferibile – si può seguire una strada interpretativa volta a leggere il dato normativo con gli occhi della mutata sensibilità sociale espressa dalla recente giurisprudenza. Anche il diritto all'assegno del coniuge convolato a nuove nozze, se deve compensare, oltre che assistere l'ex coniuge, si proietta, inevitabilmente, nella vita futura quel tanto che occorre per perequare lo squilibrio generato dalle scelte compiute in costanza del precedente matrimonio[18]. Sicché, la differenza di trattamento tra le due situazioni appare ingiustificata non già perché trattasi di situazioni sostanzialmente identiche – tale equiparazione non è permessa dalla disciplina attuale –; ma perché la condizione dell'ex coniuge che contrae un impegno formalizzato e serio con un nuovo matrimonio finirebbe per ricevere un trattamento più svantaggioso[19]. Ove non si condividesse tale soluzione interpretativa, evidenti sarebbero le conseguenze negative: finirebbe per essere disincentivato proprio l'avvio di nuovi progetti di vita familiare fondati sul matrimonio, a tutto vantaggio di scelte avvertite dall'ordinamento come meno vincolanti e stabili. È di immediata percezione, infatti, come il beneficiario dell'assegno abbia convenienza a non contrarre nuove nozze e a mantenere rapporti familiari di mero fatto per non subire la estinzione radicale del suo diritto.

Certamente un passo avanti nella direzione prospettata potrebbe essere favorito anche da un ripensamento delle regole relative alla modalità di corresponsione dell'assegno. Come si è cercato di dimostrare, l'esigenza di evitare rendite parassitarie o, meglio, l'esigenza di incentivare l'assunzione di responsabilità

18 In questo ordine di idee: Quadri, E.: "Diritto all'assegno di divorzio e convivenza: alla ricerca di una soluzione coerente", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, p. 883 ss.; Lenti, L.: "Assegno di divorzio, obbligazione naturale e indebito, *Fam. e dir.*, 2021, p. 1156 ss.; Salanitro, U.: "La funzione compensativa dell'assegno di divorzio e la sopravvenienza di un nuovo rapporto: profili problematici dopo le Sezioni Unite", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, p. 231 ss.: "L'ingiustizia del sacrificio (…) non è invero limitata al caso di nuova convivenza, e sussiste, senza dubbio, anche nel caso di nuove nozze, dove una soluzione interpretativa coerente sembra preclusa dalla sussistenza del dato testuale". Ne dovrebbe conseguire, in maniera coerente, la necessità di "interpretare restrittivamente, limitandone la rilevanza alla quota assistenziale, anche la regola che dispone la cessazione dell'assegno in caso di nuove nozze".

19 Osserva Caterina, R.: "Sopravvenuta convivenza di fatto e componenti dell'assegno di divorzio", cit., p. 1083 che gli argomenti proposti dalle Sezioni Unite del 2021 contro il venir meno della componente compensativa dell'assegno del beneficiario che instauri una convivenza di fatto sembrano valere anche per il caso del nuovo matrimonio. La sentenza, tuttavia, pur rifiutando l'applicazione analogica dell'art. 5, comma 10, legge n. 898/1970, non suggerisce "però ragioni per cui quella regola sarebbe ben giustificata in un caso e non nell'altro. La regola sarebbe allora non solo indesiderabile, ma forse anche sospetta di incostituzionalità, considerando anche che essa si traduce in un irragionevole disincentivo al matrimonio".

dal parte del beneficiario, potrebbe essere controbilanciata dalla possibilità di modulare le forme di corresponsione dell'assegno intervenendo sulla durata del dovere del coniuge obbligato[20].

Siffatta soluzione interpretativa sembra imporsi, innanzitutto, al fine di assicurare la compatibilità dell'ordinamento italiano con il contesto giuridico europeo, come emerge non solo dal raffronto con le normative dei ricordati ordinamenti – le quali, come visto, intendono salvaguardare il coniuge che si è sacrificato, ma senza favorirlo in misura eccessiva e ingiustificata –; ma anche alla luce dei "Principle of European Family Law regarding divorce and manteinance between former spouses", nei quali il principio di autosufficienza, inserito dalla Commission on European Family Law (CEFL), riceve un riconoscimento centrale[21].

Non solo. L'attribuzione al giudice del potere di stabilire una prestazione "una tantum" in luogo di una prestazione periodica, di là dei casi in cui sussista l'accordo delle parti, oltre a dare concreta attuazione alla funzione perequativo-compensativa dell'assegno, avrebbe una rilevantissima ricaduta pratica: permetterebbe anche di stemperare il contenzioso sulla revisione del "quantum" dell'assegno medesimo[22]. La possibilità di circoscrivere nel tempo la durata dell'obbligo di corresponsione dell'assegno o, addirittura, la possibilità di adempiervi una volta per tutte consentirebbe, così, di attenuare la conflittualità dei contenziosi familiari attraverso la sostanziale neutralizzazione delle sopravvenienze, a favore della stabilizzazione del contenzioso, della certezza dei rapporti e della nuova progettualità esistenziale

20 Osserva Bianca, M.: "Assegno divorzile e nuova famiglia di fatto: la questione alle Sezioni Unite. Estinzione automatica o valorizzazione del criterio compensativo dei sacrifici fatti e delle scelte operate in costanza del rapporto matrimoniale? La necessità di trovare una terza via", *Giustizia insieme*, 24 maggio 2021 che l'intervento sulla durata dell'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile potrebbe consentire di evitare "l'abuso dell'ultrattività 'ad libitum', consentendo di raggiungere un buon compromesso tra estinzione automatica e criterio compensativo". Non a caso, il 12 aprile 2018, n. 506 ("Modifiche all'articolo 5 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, in materia di assegno spettante a seguito di scioglimento di matrimonio o dell'unione civile) era stata presentata in Parlamento una proposta di legge – rimasta priva di seguito – volta a prevedere non solo la nuova convivenza stabile tra le cause di estinzione dell'assegno divorzile, ma anche un termine di tempo per la corresponsione dell'assegno ("L'assegno non è dovuto nel caso di nuove nozze, di unione civile con altra persona o di una stabile convivenza del richiedente l'assegno. L'obbligo di corresponsione dell'assegno non sorge nuovamente a seguito di separazione o di scioglimento dell'unione civile o di cessazione dei rapporti di convivenza").

21 Il principio di autosufficienza trova previsione nel paragrafo 2:2: "(...) each spouse should provide for his or her own support after divorce". Per un'analisi dei "Principle of European Family Law regarding divorce and manteinance between former spouses" v.: AA.VV.: *Principle of European Family Law regarding divorce and manteinance between former spouses* (coord. di K. Boele – W. Woelki) Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004, p. 67 ss.; Beilfuss, C.G.: "CEFL's maintenance Principles: the conditions for manteinance", in AA.VV.: *Common core and better law in European Family Law* (coord. di K. Boele – W. Woelki), Intersentia, Anterpw-Oxford, 2005, p. 83 ss.

22 In quest'ordine di idee v. Rimini, C.: "Il nuovo divorzio", in AA.VV.: *Trattato Cicu-Messineo*, *La crisi della famiglia*, II, Giuffrè, Milano, 2015, p. 109 ss.; Patti, S.: "La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, p. 454 ss.; Benanti, C.: "La nuova funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio", cit., p. 1607; Id.: "Prestation compensatoire e assegno di divorzio tra logica redistributiva e logica riparatrice", cit., p 1144, il quale ravvisa nella corresponsione dell'assegno "una tantum" la modalità di pagamento più congruente con l'istanza compensativa, nonché la più coerente con il quadro europeo. In particolare, l'A. suggerisce, in una prospettiva "de iure condendo", di guardare alla disciplina francese della "prestation compensatoire" quale modello di riferimento efficace per un'eventuale riforma della disciplina italiana sull'assegno divorzile.

degli ex coniugi. Naturalmente, a siffatto potere giudiziale, dovrebbe accompagnarsi un dovere di indagine della vicenda coniugale ancora più prudente e più attento a valorizzare le circostanze del caso. Ma, in definitiva, non così lontano dal compito che il giudice già assolve nel valutare l'equità dell'accordo delle parti ai sensi dell'art. 5, comma 8, della legge n. 898/1970.

BIBLIOGRAFIA.

Al Mureden, E.: "Il 'diritto a formare una seconda famiglia' tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di 'autoresponsabilità'", *Fam. e dir.*, 2014, 11, p. 1051 ss.

Al Mureden, E.: "Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno divorzile", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 683 ss.

Alpa, G.: "La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1718 ss.

Asprea, S., *La famiglia di fatto*, 2, Giuffrè, Milano, 2009

Balestra, L.: "La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione, *Fam e dir.*, 2016, p. 929 ss.

Basini, F.G.: "Le sezioni unite ripensano i criteri di attribuzione, e rideterminano la funzione, dell'assegno post-matrimoniale, *Resp. civ. e prev.*, 2018, 6, p. 1856 ss.

Beilfuss, C.G.: "CEFL's maintenance Principles: the conditions for manteinance", in AA.VV.: *Common core and better law in European Family Law* (coord. di K. Boele – W. Woelki), Intersentia, Anterpw-Oxford, 2005, p. 83 ss.

Belío Pascual, A.C.: *La pensión compensatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

Benanti, C.: "La 'nuova' funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio, *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 11, p. 1601 ss.

Benanti, C.: "La nuova funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 11, p. 1601 ss.

Benanti, C., "Prestation compensatoire e assegno di divorzio tra logica redistributiva e logica riparatrice", *Riv. dir. civ.*, 2020, 5, p. 1087 ss.

Berrocal Lanzarot, A.I.: "Tendencias actuales en torno a la pensión compensatoria o pensión por desequilibrio en España», *Actualidad Jurídica iberoamericana*, 2016, 5, p. 37 ss.

Berti De Marinis, G.: "Assegno di separazione ed assegno divorzile nel sistema italiano delle crisi familiari", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, 5, p. 71 ss.

Bianca, C.M.: Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: verso una nuova luce sulla solidarietà postconiugale, *Fam. e dir.*, 2018, p. 955 ss.

Bianca, M.: "Le sezioni unite e i ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia incompiuta?", *Foro it.*, 2018, p. 2703 ss.

Bianca, M.: "Le Sezioni Unite su assegno divorzile e convivenza di fatto. La funzione esclusivamente compensativa e i persistenti margini di incertezza sulla determinazione dell'assegno di divorzio, *Giustizia insieme*, 21 dicembre 2021

Bianca, M.: "Assegno divorzile e nuova famiglia di fatto: la questione alle Sezioni Unite. Estinzione automatica o valorizzazione del criterio compensativo dei sacrifici fatti e delle scelte operate in costanza del rapporto matrimoniale? La necessità di trovare una terza via", *Giustizia insieme*, 24 maggio 2021

AA.VV.: P*rinciple of European Family Law regarding divorce and manteinance between former spouses* (coord. di K. Boele - W. Woelki), Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004, p. 67 ss.

Bonilini, G.: "L'assegno post-matrimoniale", in AA.VV.: *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Codice civile. Commentario* (coord. di G. Bonilini - F. Tommaseo), fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, III, Milano, 2010, p. 572 ss.

Bugetti, M.N.: Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco, *Corr. giur.*, 2015, p. 515 ss.

Buzzelli, D., "La Cassazione e l'incidenza della convivenza more uxorio sull'assegno divorzile", *Giur. it.*, 2015, 10, p. 2078 ss.

Cabezuelo Arenas, A.L.: "La existencia del desquilibrio generador de la pensión del artículo 97 CC se subordina a la cocurrencia de circunstancias o factores de trascendencia económica: Sentencia del Tribunal Supremo de enero de 2010", in AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 4, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, p. 462 ss.

Caferra, V.: "Il dovere di solidarietà tra i coniugi", *Foro it.*, V, 1976, p. 101 ss.

Capozzi, G.: "L'assegno periodico al coniuge divorziato", *Dir. e giur.*, 1971, p. 169 ss.

Carbone, V., "Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)"), *Foro it.*, 1991, 1, p. 67 ss.

Carbone, V.: "Sul concetto di adeguatezza dei redditi del coniuge separato", *Fam. e dir.*, 1994, p. 939 ss.

Carratta, A.: "Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale, *Giur. it.*, 2015, 5, p. 1287 ss.

Casaburi, G.: "L'assegno divorzile secondo le sezioni unite della Cassazione: una problematica 'terza via'", *Foro it.*, 2018, p. 2699 ss.

Casey, J.: "Prestation compensatoire et disparité: et si l'on revenait à la causalité?", *Gaz. Pal.*, 24 giugno 2014, p. 5 ss.

Caterina, R.: "Sopravvenuta convivenza di fatto e componenti dell'assegno di divorzio", *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 5, p. 1077 ss.

Cea Costanzo, M., "L'assegno di divorzio e la nomofilachia intermittente", Foro it., 2018, p. 3999 ss.

Cervilla Garzón, Mª D.: "El dercho a percebir una pesión compensatoria en las rupturas de las parejas de hecho", *Revista jurídica del Notariado*, 2002, 44, p. 128 ss.

Contiero, G., *Il trattamento economico del coniuge nella separazione e nel divorzio*, Giuffrè, Milano, 2013

D'Alessandro, E.: "La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio, *Fam. e dir.,* 2015, p. 1278 ss.

Dagnino, A.: "Appunti sull'assegno periodico in favore del coniuge divorziato", *Dir. e fam.*, 1974, p. 169 ss.

Danovi, F.: "Al via il 'divorzio breve': tempi ridotti, ma manca il coordinamento con la separazione, *Fam. e dir.*, 2015, 6, p. 67 ss.

Danovi, F.: "I rapporti tra il processo di separazione e il processo di divorzio alla luce della L. n. 55/2015", *Fam. e dir.*, 2016, 11, p. 1093 ss.

De La Haza Díaz, P.: *La pensión de separación y divorcio*, La Ley, Madrid, 1989

De Luca, G.: *La famiglia non coniugale. Gli orientamenti della giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1996

De Verda y Beamonte, J.R.: El desquilibrio económico en la pensión compensatoria: criterios jurisprudenciales, *Idibe*, 20 aprile 2021

De Verda y Beamonte, J.R.: La noción de 'desequilibrio' en la compensación por separación o divorcio (una reelaboración del concepto por parte de la jurisprudencia), *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 2022, 16, 2, p. 1054 ss.

De Verda Y Beamonte, J.R.: *La compensación por desequilibrio en la separación y divorcio. Tratado práctico intedisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022

Di Napoli, N.: "Convivenza more uxorio e revoca dell'assegno divorzile: verso una rimeditazione del meccanismo revocatorio automatico?", *Dir. fam. e pers.*, 2021, 1, p. 80 ss.

Dogliotti, M.: "Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto?, *Fam e dir.*, 2016, 10, p. 868 ss.

Dumas-Lavenac, S.: "Devoir de secours et prestation compensatoire: deux fondements indépendants", *Dir. fam.*, 2018, comm. 61

Fantetti, F.R.: "L'assegno di mantenimento e le nuove realtà familiari", *Fam. pers. e succ.*, 2007, 3, p. 980 ss.

Ferrando, G.: "Sul problema della 'famiglia di fatto', *Giur. merito*, 1977, II, p. 134 ss.

Ferrando, G.: "«Famiglia di fatto» e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione", *Fam. dir.*, 2015, p. 553 ss

Ferrando, G.: "Il divorzio breve: un'importante novità legislativa nel solco della tradizione", *Corr. giur.*, 2015, 8-9, p. 1041 ss.

Figone, A.: "La convivenza more uxorio può escludere l'assegno divorzile", *Fam. e dir.*, 2012, p. 25 ss.

Finocchiaro, M.: " 'Convivenza extraconiugale' e 'convivenza more uxorio'. Differenze (ai fini del diritto all'assegno di divorzio)", *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1001 ss.

Gazzoni, F., "La famiglia di fatto tra legge e autonomia privata", *Giust. civ.*, 1981, II, p. 260 ss

Gorgoni, A.: "Assegno di divorzio e sistema nell'intervento delle Sezioni Unite", *Pers. e merc.*, 2018, 3, p. 35 ss.

Gorgoni, M.: "Le convivenze "di fatto" meritevoli di tutela e gli effetti legali, tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità", in Ead (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 167 ss.

Granelli, C.: "Assegno al coniuge divorziato e secundae nuptiae del beneficiario", *Riv. trim.*, 1976, p. 46 ss.

Graziosi, A.: "Osservazioni perplesse sulle ultime(?) stravaganti riforme processuali in materia di famiglia, *Fam. e dir.*, 2015, p. 1111 ss.

Ievolella, A.: "Nuova stabile relazione per l'ex moglie: questo dato non basta per negarle l'assegno divorzile", *Dir. e giust.*, 2022, 35, p. 3 ss.

Irti, N., "Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita," *Dir fam.*, 2016, p. 665 ss.

Kessler, G.: "Sacrifice professionnel et prestation compensatoire", *AJ fam.*, 2018, p. 218 ss.

Lenti, L.: "Assegno di divorzio, obbligazione naturale e indebito, *Fam. e dir.*, 2021, p. 1156 ss.

Lombardi, R., "Si abbrevia la distanza tra separazione e divorzio: la L. 6 maggio 2015, n. 55", *Diritto della famiglia e delle persone*, 2016, 1, p. 325 ss.

Luiso, F.: "Le disposizioni in materia di separazione e divorzio, in AA.VV.: *Processo civile efficiente e riduzione dell'arretrato* (coord. di F. Luiso), Giappichelli, Torino, 2014, p. 33 ss.

Macario, F.: "Assegno di divorzio e mezzi adeguati", *Foro it.*, 1990, I, c. 1166 ss.

Macario, F.: "Una decisione anomala e restrauratrice delle Sezioni unite nell'attribuzione (e determinazione) dell'assegno di divorzio)", *Foro it.*, 2018, p. 3605 ss.

Mariani, I.: "Assegno di divorzio e convivenza di fatto: brevi note critiche alla sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite Civili n. 32198/2021", *Questione giustizia*, 7 dicembre 2021

Meloni, P.: "La convivenza more uxorio e la revisione dell'assegno di divorzio, *Fam. pers. e succ.*, 2006, 8-9, p. 706 ss.

Montero Aroca, J.: *La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002

Morace Pinelli, A.: "L'assegno divorzile dopo l'intervento delle Sezioni unite", *Foro it.*, 2018, p. 3615 ss.

Morace Pinelli, A.: "Diritto all'assegno divorzile e convivenza more uxorio", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 5, p. 1168 ss.

Moreno-Torres Herrera, M.L.: *La pensión compensatoria",* in AA.VV., *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)* [coord. J.V. Gavidia Sánchez], Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 150 ss.

Nappi, G.: "Assegno divorzile e principio di solidarietà postconiugale", *Dir. fam.*, 1990, p. 437 ss.

Oberto, G., *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 199

Oberto, G.: "'Divorzio breve', separazione legale e comunione legale tra coniugi, *Fam. e dir.*, 2015, 6, p. 615 ss.

Occhino, F.: "Diritto all'assegno di separazione e convivenza more uxorio del coniuge beneficiario", *Giur. it.*, 1994, I, p. 1 ss.

Parente, F.: "L'assegno di divorzio tra tenore di vita paraconiugale ed esistenza libera e dignitosa", *Giur. it.*, 1998, p. 216 ss.

Parini, G.A.: "La negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti deboli coinvolti", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 1383 ss.

Parini, G.A., *La negoziazione assistita da avvocati. Tecniche e linee evolutive della autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2017

Patti, S.: Assegno di divorzio: il 'passo indietro' delle Sezioni Unite, *Corr. giur.*, 2018, 10, p. 1186 ss.

Patti, S.: "La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, p. 454 ss.

Perlingieri, P., "La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione della famiglia legittima", *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 601 ss.

Piwnica, D.: "Evaluation de la prestation compensatoire: un exercise divinatoire", *AJ Famille*, 2013, p. 12 ss.

Poliseno, B.: "La convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio", *Foro it.*, 2015, 1, p. 24 ss.

Porcelli, M.: *L'assegno divorzile. Verso una nuova stagione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020

Prosperi, F.: *La famiglia 'non fondata sul matrimonio'*, Edizioni scientifiche italiane, Camerino-Roma, 1978

Prosperi, F.: "Convivenza 'more uxorio' e tutela della famiglia legittima: i limiti della rilevanza della 'famiglia di fatto'", *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 176 ss.

Quadri, E.: "Orientamenti in tema di convivenza 'more uxorio' e assegno di divorzio", *Foro it.*, 1986, I, p. 1369 ss.

Quadri, E., "Assegno di divorzio: la mediazione delle Sezioni Unite", *Foro it.*, 1991, I, p. 67 ss.

Quadri, E.: "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: spunti di riflessione", *Giust. civ.*, 2016, p. 255 ss.

Quadri, E.: "Assegno di divorzio e convivenza: le sezioni unite s'impegnano nella ricerca di una soluzione coerente", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 6, p. 1390 ss.

Quadri, E., "L'introduzione del divorzio: il dibattito, la legge e la sua conferma, i successivi interventi legislativi", *Fam. e dir.*, 2021, 1, p. 7 ss.

Quadri, E.: "Diritto all'assegno di divorzio e convivenza: alla ricerca di una soluzione coerente", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, p. 883 ss.

Rimini, C., "L'assegno di divorzio fra tenore di vita matrimoniale e stato di bisogno", *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, p. 1 ss.

Rimini, C.: "Il nuovo divorzio", in AA.VV.: *Trattato Cicu-Messineo*, *La crisi della famiglia*, II, Giuffrè, Milano, 2015, p. 109 ss.

Rimini, C.: "Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa, *Giur. it.*, 2018, 8, p. 1843 ss.

Roma, U.: "Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 1001 ss.

Salanitro, U.: "La funzione compensativa dell'assegno di divorzio e la sopravvenienza di un nuovo rapporto: profili problematici dopo le Sezioni Unite", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1, p. 231 ss.

Sánchez Gonzáles, Mª P.: *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Comares, Granada, 2005

Sangiorgi, S.: "Il passato e il futuro nella determinazione dell'assegno di divorzio", *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 563 ss.

Schlesinger, P.: "La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze", *Fam. e dir.*, 2016, p. 847 ss.

Sciancalepore, G.: La funzione assistenziale dell'assegno di divorzio, *Fam. e dir.*, 2002, p. 285 ss.

Sesta, M.: "Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile", *Fam. e dir.*, 2018, 11, p. 983

Spadafora, A.: "Il presupposto fondamentale per l'attribuzione dell'assegno divorzile nell'ottica assistenzialistica della riforma del 1987", *Giust. civ.,* 1990, I, p. 2390 ss.

Spadafora, A.: *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2001

Spelta, G.: *I rapporti patrimoniali della famiglia in Francia. Verso un regime convenzionale europeo?*, Pacini, Pisa, 2018.

Subrani, F.: "Riflessi della convivenza more uxorio su assegno divorzile e assegnazione della casa familiare", *Giur. it.*, 2009, p. 1155 ss.

Tizi, F., "La nuova normativa sul divorzio breve: analisi della disciplina e aspetti problematici", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 6, p. 1079 ss.

Tommasini, R.: Il diritto all'assegno di divorzio: criteri di determinazione, in AA.VV.: *La riforma del divorzio* (coord. di E. Quadri), Jovene, Napoli, 1989, p. 280 ss.

Tommasini, R.: "La famiglia di fatto", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato Bessone*, IV, Giappichelli, Torino, 1999, p. 499 ss.

Toti, B.: "Famiglia di fatto senza coabitazione – La coabitazione tra i partners: discrimen tra relazione affettiva e famiglia di fatto", *Giur. it.*, 2019, 5, p. 1054 ss.

Trabucchi, A., "La funzione di assistenza nell'assegno di divorzio e l'assegno in caso di separazione legale," *Giur. it.*, 1982, I, p. 1 ss.

Trimarchi, M.: "Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri", *Fam. e dir.*, 2016, p. 933 ss.

Trisorio Liuzzi, G.: "La procedura di negoziazione assistita", *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 23 ss.

TRUCCONE, O., "Alcune tendenze della recente giurisprudenza in tema di tutela giuridica della 'famiglia di fatto', *Giur. di merito*, 1984, p. 350 ss.

ZAMBRANO, V.: *La famiglia di fatto. Epifanie giuridiche di un fenomeno sociale*, Giuffrè, Milano, 2005.



EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS, EN PARTICULAR POR DESAFECCIÓN DE LOS HIJOS

EXTINCTION OF THE OBLIGATION OF SUPPORT, IN PARTICULAR DUE TO DISAFFECTION OF THE CHILDREN

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 306-329

Pablo
TORTAJADA
CHARDÍ

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: En este trabajo se analiza la nueva corriente sobre la extinción de la obligación de alimentos en aplicación de la doctrina establecida en STS 19 febrero 2019 (RJ 2019, 497), ante la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre alimentante y alimentista, siguiendo la línea marcada por el Código Civil de Cataluña en su artículo 237-13. Por último, se llevan a cabo algunas reflexiones con el fin de adaptar la legislación nacional a la actual realidad social.

PALABRAS CLAVE: Familia; modificación medidas; extinción; maltrato psicológico; obligación de alimentos.

ABSTRACT: *This paper analyzes the new current on the extinction of the maintenance obligation in application of the doctrine established in STS 19 February 2019, given the manifest and continued absence of a family relationship between obligor and obligee, following the line marked by the Civil Code. of Catalonia in its article 237-13. Finally, some reflections are carried out in order to adapt the national legislation to the social reality.*

KEY WORDS: *Family; modification of measures; extinction; psychological abuse; food obligation.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. NUMERUS CLAUSUS DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN.- 1. Causas de extinción.- A) Muerte del alimentante.- B) Muerte del alimentista.- C) Reducción de la fortuna del obligado hasta el punto de no satisfacer los alimentos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.- D) Cuando el alimentista pueda ejercer oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.- E) Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna de las faltas de las que dan lugar a la desheredación.- F) Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo mientras subsista esta causa.- 2. Alcance temporal de la extinción.- III. DESAFECCIÓN.- IV. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Nos encontramos en un momento de transformación social, los valores y costumbres que gobernaban siglos pasados, han quedado hoy en día precarios y necesitados de reforma. El número de personas que contraen matrimonio ha descendido notablemente, las relaciones interpersonales han sufrido una modificación sustancial, donde el propio Tribunal Supremo, haciéndose eco de todo ello, aborda la cuestión que vamos a considerar y que precisa de una interpretación sobre el problema que nos trazamos a analizar, y que no es otro que conocer e identificar, tal y como se dispone en el Fundamento Segundo de la STS 19 febrero 2019[1], "si la negativa de hijos mayores de edad a relacionarse con el progenitor alimentante es causa de extinción de la pensión alimenticia", y ello ante el cambio social[2]que mencionamos, donde "las modernas estructuras familiares propician e incluso no hacen extrañas, situaciones en las que los progenitores han perdido contacto con alguno o todos de sus hijos", como remarca la sentencia. Se insta, para esclarecimiento de la cuestión, llevar a cabo una aplicación de la realidad social[3] del momento, donde se procede a una interpretación flexible de las causas de desheredación ante la ruptura y quiebra del principio de la solidaridad familiar e intergeneracional, como fundamento de la pensión a favor de los hijos mayores de

1 STS 19 febrero 2019 (RJ 2019, 497).

2 Cabe resaltar, tal y como establece Ribera Blanes, B.: "La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos", *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, p. 485, que "El problema reside en que nuestro Código Civil vigente no está adaptado a la realidad social del momento en que han de aplicarse las normas porque no fue elaborado teniendo como modelo una familia frágil, desestructurada y reconstituida, ni los conflictos intergeneracionales que las nuevas formas familiares podían conllevar, sino todo lo contrario, de ahí que se consagraran instituciones como los alimentos, las legítimas y las donaciones con la finalidad de asegurar el sustento patrimonial de los hijos durante y tras la vida de sus padres".

3 Artículo 3.1 C.C.

• Pablo Tortajada Chardí
Abogado. Mediador. Árbitro del Tribunal Arbitral del ICAV. Profesor Asociado de Derecho Civil de la Universitat de València. Correo electrónico: pablo.tortajada-chardi@uv.es

edad, lo que viene promulgado por reiterada jurisprudencia[4]. La transformación social que nos encontramos viviendo, abandona la idea de institución básica de la familia para la pervivencia de la sociedad y necesitada de protección, ante todo, imponiéndose la concepción de familia, "como un cauce de desarrollo de la personalidad de sus componentes, cuyos intereses particulares se protegen ahora, por encima de consideraciones de interés general[5]".

En este marco de transformación, resultan muy reveladores los datos publicados en la última estadística[6] publicada por el Instituto Nacional de Estadística, donde se remarca el aumento de rupturas matrimoniales, concretamente durante 2021 hubo 86.851 divorcios, un 12,5% más que el año anterior, lo que produce esa desafección del grupo familiar, provocando a la larga la unión o reestructuración en otros nuevos núcleos y creación de nuevas familias, con el preceptivo cambio de modelo tradicional.

Enmarcar el objeto del estudio en la obligación alimenticia respecto de los hijos mayores de edad, puesto que, respecto de los menores de edad, la misma es incondicional, concurriendo el deber insoslayable inherente a la filiación[7], teniendo presente y como recoge la jurisprudencia[8], se ha de predicar un tratamiento diferente "según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención".

Y es en este marco donde se produce la circunstancia y acción de muchos jóvenes de no querer ni pretender ningún tipo de relación o acercamiento con el alimentante, con evidente maltrato psicológico en la mayoría de los casos, pero a

4 STS 1 marzo 2001 (RJ 2001, 2562), STS 27 noviembre 2013 (RJ 2013, 7855), STS 21 septiembre 2016 (RJ 2016, 4443).

5 En este sentido De Verda Y Beamonte, J.R.: *Derecho Civil IV. (Derecho de Familia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 19, detalla la transformación y la imposición paulatina de la nueva visión de la familia, donde incluso se destruye la identificación de la familia con el matrimonio, y se establecen efectos jurídicos a las uniones de hecho, con el fin de no sufrir diferencias de trato.

6 Nota de prensa de fecha 15 de julio de 2022 del Instituto Nacional de Estadística, https://www.ine.es/prensa/ensd_2021.pdf, donde se expone que: "Durante el año 2021 se produjeron 90.582 casos de nulidad, separación y divorcio, lo que supuso un aumento del 13,2% respecto al año anterior y una tasa de 1,9 por cada 1.000 habitantes. Por tipo de resolución, 57.461 casos se resolvieron por sentencia, 22.655 por decreto y 10.466 por escritura pública. Por tipo de proceso, se produjeron 86.851 divorcios, 3.674 separaciones y 57 nulidades. Los divorcios representaron el 95,9% del total, las separaciones el 4,1% y las nulidades menos del 0,1%. El número de divorcios aumentó un 12,5% respecto al año anterior, el de separaciones un 32,4% y el de nulidades un 42,5%. En 2021 hubo 1.672 divorcios entre personas del mismo sexo (el 1,9% del total). De ellos, 900 fueron de hombres y 772 de mujeres. Además, hubo 68 separaciones (1,9% del total)". [Fecha de consulta 16/07/2022].

7 En este sentido viene recogido en nuestra Carta Magna, artículo 39.3: Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

8 STS de 12 febrero 2015 (RJ 2015, 447) y STS 28 octubre 2015 (RJ 2015, 4785).

su vez, querer seguir percibiendo la pensión de alimentos que garantiza el mismo, si bien es cierto que se ha producido ese cambio en la unidad familiar, es obvio que "la voluntad del testador puede ser otra que la que su herencia recaiga en sus descendientes[9]".

Abordaremos la legislación autonómica, con la pretensión de extraer lecciones y enseñanzas de la misma, puesto que su renovación y actualización a la realidad social, y a las necesidades de la ciudadanía es mucho más precisa y eficaz que la modificación y actualización de la legislación nacional, donde cualquier cambio viene desarrollado con una mayor lentitud. Expresamente, en este mayor desarrollo legislativo por parte de las autonomías, se llega a establecer[10] como causa de extinción de la obligación de prestar alimentos, la desafección, esto es "la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar", e incluso se llega a establecer una edad[11] de extinción del deber de los padres de costear los gastos de los hijos mayores o emancipados, lecciones que perfectamente se pueden

9 González Hernández, R.: "La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, vol. 95., p. 2605.

10 La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, establece respecto la extinción de alimentos de origen familia, en su artículo 237.13:
1. La obligación de prestar alimentos se extingue por las siguientes causas:
a) El fallecimiento del alimentado o de la persona o personas obligadas a prestarlos.
b) El divorcio y la declaración de nulidad del matrimonio.
c) La reducción de las rentas y del patrimonio de las personas obligadas, de modo que haga imposible el cumplimiento de la obligación sin desatender a las necesidades propias y las de las personas con derecho preferente de alimentos.
d) La mejora de las condiciones de vida del alimentado, de modo que haga innecesaria la prestación.
e) El hecho de que el alimentado, aunque no tenga la condición de legitimario, incurra en alguna de las causas de desheredación establecidas por el artículo 451-17 .
f) La privación de la potestad sobre la persona obligada, si el alimentado es uno de los progenitores.
2. Las causas a que se refiere el apartado 1.e no tienen efecto si consta el perdón de la persona obligada o la reconciliación de las partes.
En su artículo 451-17 letra e) se establece entre las causas de desheredación: "La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario".
Y por remisión expresa en el numeral e) a la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, en su artículo 451-17 relativo a las causas de desheredación: 1. El causante puede privar a los legitimarios de su derecho de legítima si en la sucesión concurre alguna causa de desheredación.
2. Son causas de desheredación:
a) Las causas de indignidad establecidas por el artículo 412-3.
b) La denegación de alimentos al testador o a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador, en los casos en que existe la obligación legal de prestárselos.
c) El maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador.
d) La suspensión o la privación de la potestad que correspondía al progenitor legitimario sobre el hijo causante o de la que correspondía al hijo legitimario sobre un nieto del causante, en ambos casos por causa imputable a la persona suspendida o privada de la potestad.
e) La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario.

11 Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, establece en su artículo 69 relativo a los Gastos de los hijos mayores o emancipados.
1. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete.

aplicar y extrapolar a nuestra legislación nacional, y no desde una interpretación jurisprudencial de la norma, si no desde una reforma legislativa, con el fin de evitar que se aclare y reconstruya constantemente la misma.

II. NUMERUS CLAUSUS DE LAS CAUSAS DE EXTINCION.

Debemos acudir a los artículos 150 y siguientes del Código Civil, para extraer las causas y motivos de extinción de la obligación de alimentos, estimando como recoge algún autor[12], que la única causa sería la muerte del alimentista, dado que el resto de las causas establecidas más allá de entender que pueden ser causas de extinción, suponen "una subrogación en el sujeto pasivo, o una suspensión de la obligación o una sanción". La propia STS 19 febrero 2019, recoge expresamente que "la ausencia de relaciones paternofiliales no se contempla expresamente como motivo tasado en el art. 152 del Código Civil ni en otro precepto para dar por extinguida la obligación alimenticia" añadiendo que las "circunstancias" a las que se refieren los arts. 90 y 91 del Código Civil y el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pueden ser diversas y de distinta naturaleza, sin que de ningún modo constituyan "numerus clausus". Por tanto, y ante el vacío existente, resaltamos la necesidad del legislador de ampliar el abanico de causas de extinción, tal y como hemos adelantado que se ha llevado a cabo por otras legislaciones autonómicas.

1. Causas de extinción.

Establece el artículo 150 CC la cesación de la obligación de suministrar alimentos con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de sentencia firme. Junto esta primera causa, dispone el artículo 152 del Código civil[13], cinco causas de extinción de la obligación de alimentos. Debemos advertir a pesar de no venir recogido expresamente, y ante la necesidad y exigencia del elemento subjetivo, cual es la situación de matrimonio de los cónyuges, es causa de extinción la pérdida de ese elemento subjetivo, del divorcio de los cónyuges, ante la ruptura

2. El deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos.

12 Beltrán De Heredia, P.: *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1958, p. 60.

13 Cesará también la obligación de dar alimentos:
1.° Por muerte del alimentista.
2.° Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.
3.° Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.
4.° Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.
5.° Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

y extinción del vínculo. Resulta interesante la SAP Murcia 12 septiembre 2006[14], donde se establece en la propia sentencia de separación la obligación de abonar una pensión de alimentos a la esposa. En suma, al producirse el divorcio, no se genera la aplicación en cuanto a los cónyuges, de lo previsto en los artículos 143, 150 y 152 CC, tal y como se establece en la STS 23 septiembre 1996[15]. Debemos efectuar una breve reflexión en este aspecto, si fuera posible la compatibilidad de la pensión compensatoria y la pensión de alimentos en casos de separación[16], dado que como se ha comentado, entre personas divorciadas no habría lugar a ello. La STS 10 octubre 2008[17], nos ofrece una respuesta positiva, si bien el presupuesto de la pensión alimenticia, cual es la necesidad se frustra al poder percibir o exigir la pensión compensatoria, por lo que no tendría causa la misma, y en mismo sentido se establece por la mencionada sentencia, reiterando la doctrina que establece la posibilidad de seguir manteniendo en caso de separación el derecho recíproco a la prestación de alimentos, si bien, se desestima la petición de la reclamante, dado

14 SAP Murcia 12 septiembre 2006 (JUR 2006, 287216), establece la obligación de prestar alimentos del esposo hacia la esposa en la sentencia de separación, extinguiendo la obligación a prestarlos por la disolución del matrimonio. La esposa pretendía la conversión de la referida pensión de alimentos en pensión compensatoria, si bien el Tribunal no permite la conversión automática, siendo necesaria en virtud del principio de seguridad jurídica, la reconvención a la demanda presentada por el esposo. La esposa únicamente contesta a la demanda, omitiendo la presentación de demanda reconvencional, lo que limita la defensa y el estudio de las verdades causas y motivos para que se produzca la pensión compensatoria. La base de la pensión de alimentos, entendida como auxilio mutuo entre cónyuges resulta incompatible con la declaración de divorcio al producirse la disolución del mismo, y por ello cesa la obligación recíproca de prestar alimentos. Se recuerda en la sentencia la imposibilidad de adoptar de oficio la pretensión de la esposa, cuando no ha presentado la pertinente reconvención, por lo que no cabe una reconvención implícita mediante una simple contestación de a la demanda de pronunciamientos judiciales distintos a los interesados en la demanda. Por ello vulneraría el principio dispositivo, cualquier otra interpretación, e incluso, tal y como se dispone por nuestro Alto Tribunal en STS 9 febrero 2010 (RJ 2010, 526), ateniendo a la distinta naturaleza de las pensiones de alimentos y compensatoria, no cabe una conversión automática, y declara como doctrina jurisprudencial que: "El desequilibrio que genera el derecho a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura matrimonial, aunque se acuerde el pago de alimentos a uno de los cónyuges, sin que el momento del divorcio permita examinar de nuevo la concurrencia o no del desequilibrio y sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener la pensión compensatoria".

15 STS 23 septiembre 1996 (RJ 1996, 6731). En la SAP Guipúzcoa 3 enero 2000 (AC 2000, 6), se recoge en su Fundamento Decimosexto la distinción entre pensión compensatoria y pensión de alimentos, pues se considera de naturaleza jurídica diferente, y en lo que nos compete este trabajo no se da el cauce ni se genera obligación alimenticia con la situación de divorcio en los cónyuges, pues se fija en su caso pensión compensatoria, STS 29 junio 1988 (RJ 1988, 5138), al desaparecer la necesidad de socorro entre los cónyuges (artículo 68 CC). A continuación la meritada SAP Guipúzcoa 3 enero 2000 recoge en su Fundamento Decimoséptimo una relación de sentencias, entre otras: SAT La Coruña de 3 junio 1988, SAT Bilbao de 30 noviembre 1983, SAP Castellón de 26 junio 1993 (AC 1993, 1886), SAP Barcelona de 30 junio 1993, SAP Segovia 5 mayo 1998 (AC 1998, 5489), la STS 2 diciembre 1987, la STS de 29 junio 1988 (AC 1988, 5138), donde se señala que: "producido el divorcio, dejan de ser cónyuges, desaparece la razón legal de alimentos por esta causa y la Sentencia de alimentos pierde su eficacia, viniendo a regular la nueva situación el derecho matrimonial y la Sentencia de divorcio que a su amparo se dicta. La Sentencia de esta STS 29 junio 1988 (RJ 1988, 5138) había establecido, en efecto, que el divorcio, al suponer el no mantenimiento del matrimonio al haber sido disuelto (...), no genera en cuanto a los cónyuges divorciados causa de aplicación de los artículos 143, 150 y 152 del CC, referidos a los alimentos entre parientes, sino a la fijación de una pensión a establecer en la resolución judicial que acordó el divorcio, conforme se deduce de lo establecido en el artículo 97 CC, que precisamente por su propia naturaleza, características y manera de fijarla no puede de hecho y jurídicamente confundirse con la prestación de alimentos".

16 Las reiteradas STS 23 septiembre 1996 (RJ 1996, 6731), la STS 29 junio 1988 (RJ 1988, 5138) y STS 2 diciembre 1987 (RJ 1978, 9174) mantienen la compatibilidad en defensa de una situación de separación matrimonial y percibir pensión alimenticia por uno de los cónyuges.

17 STS 10 octubre 2008 (RJ 2008, 5688).

que no se acredita ni se prueba uno de los presupuestos necesarios para que dé lugar a la reclamación de alimentos, cual es la necesidad de la reclamante, pues no existía en el momento de suscribir el convenio regulador, llegando incluso a renunciar a la pensión compensatoria.

A) Muerte del alimentante.

En este sentido, tal y como dispone el meritado 150 CC, el fallecimiento del obligado extingue la obligación de alimentos. El fallecimiento del obligado al pago es un hecho objetivo que provoca la extinción de la misma[18] fijándose en tal hecho el momento extintivo. No obstante, si subsiste la causa de necesidad en el alimentista, y al existir a tenor de lo dispuesto en el artículo 143 CC[19] diversos sujetos obligados, originaría la subrogación del obligado ante otros sujetos, contra quienes deberá acudir el alimentista, si continúa existente la situación de necesidad.

La SAP Zaragoza 23 mayo 2006[20], consideró que no había lugar a la reclamación de alimentos no abonados al menor tras el fallecimiento del progenitor. En suma, el fallecimiento del alimentista trae consigo la necesidad que vino a generar el nacimiento de la deuda alimenticia[21]y reiterar el carácter personalísimo de la obligación de alimentos[22].

18 SAP Pontevedra 29 junio 2020 (JUR 2020, 246869). La SAP Huelva 13 septiembre 2019 (JUR 2020, 9108), recuerda que "una vez adoptada judicialmente medida en proceso matrimonial se mantiene (no existiendo en consecuencia supuesto de extinción automática a salvo, en lo que a alimentos respecta, muerte del alimentante o del alimentista) en tanto no sea modificada". SAP Almería 19 enero 2017 (JUR 2017, 87223), remarca el carácter declarativo de la hipotética sentencia que declara extinta la prestación de alimentos. SAP Tarragona 9 septiembre 2015 (JUR 2015, 262127), resuelve recurso de apelación que pretende combatir la retroactividad de la extinción fijando al tiempo de la muerte del obligado y no a la fecha de la sentencia de modificación de medidas que sanciona la extinción de la pensión de alimentos y fija, naturalmente la misma al tiempo de la muerte del alimentante.

19 Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:
1.° Los cónyuges.
2.° Los ascendientes y descendientes.
Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.

20 SAP Zaragoza 23 mayo 2006 (RJ 2006, 177623). Se presenta demanda por la esposa 16 meses después del fallecimiento del marido, manifestando disponer de un crédito frente al mismo por abonar de forma exclusiva los alimentos del hijo durante toda su vida, resaltar que con anterioridad no había formulado ninguna reclamación al respecto. El juzgador de instancia estima la demanda y condena al abono de 11.589€, resolución que es recurrida en apelación, que estima el recurso interpuesto y revoca la sentencia de instancia desestimando la demanda, al plantear la exigencia de alimentos y carecer de efecto retroactivo, pues la naturaleza de los alimentos están concebidos para subvenir necesidades presentes y futuras al alimentista no para épocas pasadas en que había estado sobreviviendo, o vivienda son la ayuda del padre, que nunca se había solicitada, por lo que entiende la Audiencia se renuncia en su momento sin que pueda posteriormente a su fallecimiento sancionar la conducta del alimentante.

21 Madriñan Vazquez, M.: "Principales controversias en torno a la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad desde el punto de vista sustantivo", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 17, julio 2020, p. 183.

22 Cuena Casas, M.: "Comentario al artículo 142 del Código civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1503.

B) Muerte del alimentista.

Resaltamos que esta es la única causa que daría lugar a la extinción, tal y como se entiende, pues el resto serían causas de una "subrogación en el sujeto pasivo, una suspensión de la obligación o una sanción"[23]. Por tanto, se produce la extinción del derecho al fallecimiento, no transmisible a los herederos, incluso inter vivos, tal y como se dispone en el artículo 151[24] CC, por lo que no se podría ceder el crédito ni transmitir la titularidad del mismo[25].

Nos encontramos por tanto ante un hecho objetivo, fallecimiento del alimentista, que produce la cesación de la obligación de prestar alimentos, por lo que no es preciso acudir a ningún procedimiento para la declaración de la referida extinción[26], produciendo sus efectos *ope legis*.

Conforme la SAP Cantabria 30 junio 2008[27], considera el derecho a percibir alimentos extinguido con la muerte del alimentista, y en el mismo día de su fallecimiento, dando lugar a sucesivos pagos tras el fallecimiento que se entienden realizados por error, motivado por una sentencia que así exigía su abono, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 1895 CC, surge la obligación de restitución de lo recibido cuando no había derecho a cobrar, por lo que se estima la acción ejercitada de reembolso.

En este aspecto, coincido con algún autor[28], que podría establecerse a partir de la mayoría de edad, y con el fin de evitar el reembolso posterior de cantidades cobradas indebidamente, y por ello de nuevo la judicialización de las relaciones familiares, que se lleve a cabo el abono de la pensión de alimentos directamente al hijo, tal y como incluso ya se recoge en el artículo 10.4[29] de la Ley 7/2015, de

23 Beltran De Heredia, P.: *La obligación*, cit., p. 60.

24 "No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos. Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas".

25 Berrocal Lanzarot, A.I..: "La extinción de la prestación de alimentos de los hijos mayores de edad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 777, p. 490.

26 En este sentido ASAP Palma Mallorca 17 enero 2022 (Tol 7088269) y SAP Tarragona 9 septiembre 2015 (Tol 5550122). La SAP Córdoba 5 abril 2021 (Tol 8541324) reitera que es innecesaria una declaración judicial por la que se acuerde la extinción de la obligación alimenticia consecuencia del fallecimiento del alimentista y desestima el recurso de apelación presentado por el padre contra el auto que inadmitió la demanda de modificación de medidas dado que la pretensión del padre no era otra más que tener información del tratamiento y de la causa del fallecimiento de su hijo, la cual se produjo mediante Eutanasia en Suiza.

27 SAP Cantabria 30 junio 2008 (JUR 2008, 345762).

28 Berrocal Lanzarot, A.I..: "La extinción", cit., p. 501.

29 10.4.- Si convivieran en el domicilio familiar hijos e hijas mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, a instancia del progenitor con quien convivan, fijará, en la misma resolución, los alimentos que sean debidos conforme a la normativa en vigor.
La pensión por alimentos podrá ser asignada directamente a los hijos e hijas cuando sean mayores de edad, en atención a las circunstancias concurrentes, sin perjuicio de la contribución que estos deban realizar al levantamiento de las cargas familiares.

30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

C) Reducción de la fortuna del obligado hasta el punto de no satisfacer los alimentos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

Resaltar la subjetividad del precepto, necesitado de una interpretación y valoración judicial, e incluso como se remarca por parte de algún autor, sería preferible hablar de "suspensión" en lugar de extinción, dado que, si las circunstancias mejoraran, cabe retomar la obligación. Destacamos asimismo, que la prueba de la carencia de medios, pese a ser un hecho negativo, recae sobre el alimentante.

En la STS 19 enero 2015[30], se consideró declarar extinguida la pensión, al encontrarse el padre en situación de desempleo, y no se le había reconocido el derecho a la ayuda de 426€ por no facilitar los hijos sus datos, lo que le llevaba a vivir gracias a la caridad y ayuda de sus padres, hermanos y los tíos de sus hijos, por lo que se declara la extinción de la obligación de abono de la pensión de alimentos a su hijo mayor de edad.

La STS 2 diciembre 2015[31] consideró dejar sin efecto los alimentos a favor del hijo mayor de edad, con efectos desde la meritada sentencia "ante un escenario de falta de recursos que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a frecerla".

Se propugna el establecimiento de un mínimo que contribuya a cubrir los gastos más imprescindibles, estableciendo no una extinción sino más bien una suspensión del abono de la pensión de alimentos, suspensión temporal[32].

La STS 13 diciembre 2017[33] estima el recurso de casación presentado por el padre, el cual padecía una incapacidad absoluta para toda actividad laboral y percibía una pensión de 703,26€ al mes, pues carecía de medios una vez atendidas

30 STS 19 enero 2015 (RJ 2015, 447).

31 STS 2 diciembre 2015 (RJ 2015, 5327).

32 En este sentido De Verda, J.R. y Bueno Biot, A.: "Los alimentos debidos a los hijos menores de edad: un Estudio Jurisprudencial". *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* agosto 2020, núm. 13, p. 468-469, menciona las SSAP Barcelona 22 mayo 2014 (Tol 4493268), Burgos 23 noviembre 2016 (Tol 5927774) o Asturias 16 diciembre de 2016 (Tol 5946604) lo fijaron en 100 euros; la SAP La Coruña 29 junio 2018 (Tol 6870992) en 125 euros; las SSAP Valencia 7 febrero 2011 (Tol 2104854), Baleares 5 noviembre 2013 (Tol 4032587), Valencia 7 de julio 2014 (Tol 4520507) y Alicante 8 de mayo 2015 (Tol 5183797) en 150 euros; la SAP Valencia 11 de abril 2014 (Tol 4409876) en 170 euros; la SAP Cáceres 2 marzo 2015 (Tol 4788775) en 180 euros; y la SAP Murcia 12 noviembre 2009 (JUR 2010, 8075) (Tol 1756087) en 200 euros.

33 STS 13 diciembre 2017 (RJ 2017, 5406).

sus necesidades más perentorias, lo que llevaba a incumplir la obligación de pagar la pensión de alimentos al hijo mayor de edad y en condiciones de desarrollar una actividad laboral retribuida, pese a su discapacidad, acogiendo la doctrina fijada en la STS 7 julio 2014[34]: "la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos".

En mismo sentido la STS 24 mayo 2018[35], donde el padre únicamente percibe el subsidio de desempleo de 426€ mensuales, y el aprovechamiento de la hija en su formación es muy parco, por lo que reclama la extinción de la pensión de alimentos valorando dos aspectos, por un lado la capacidad económica del demandante y la aptitud del alimentista respecto de su trabajo y formación, dado que cuenta con 30 años de edad y con una capacidad laboral, incluso más favorable que la del padre y todavía no se vislumbra una previsión cierta de finalización de la fase de formación académica, lo cual viene a provocar que el padre deba, con el mantenimiento de la obligación, encontrarse en una situación de absoluta indigencia, finalmente el Alto Tribunal, dicta sentencia, la cual estima el recurso de casación, casa la sentencia recurrida y dicta otra en su lugar por la que declara la extinción de la pensión alimenticia.

D) Cuando el alimentista pueda ejercer oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.

Las necesidades del alimentista conforman el presupuesto necesario para el nacimiento y mantenimiento de la obligación de abono de alimentos, por lo que, si dicho presupuesto no existe, o desaparece es causa de extinción de la obligación. En este sentido, actualmente resulta interesante el avance jurisprudencial, si bien no hay unificación respecto el momento en que se alcanza la independencia económica[36], factor determinante[37] para producir la extinción de la obligación alimenticia, y que haga acreedor al alimentista de una prestación alimentaria.

34 STS 7 julio 2014 (RJ 2014, 3540).

35 STS 24 mayo 2018 (RJ 2018, 2130).

36 Rincon Andreu, G.: "Extinción de la pensión de alimentos a hijos mayores de edad", *Ley digital*, La Ley, 2018.

37 El Código de Derecho Foral de Aragón en su artículo 69 establece dicho límite en los 26 años. Asociación Profesores Derecho Civil, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, 2018, establece "la carga de la prueba de la necesidad de los alimentos tras cumplir los 26 años.", con el fin de evitar sin ninguna justificación y sobre todo necesidad la prolongación de la obligación. Y en su Artículo 240-1. Contenido de la prestación de alimentos:
1. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.
2. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el alimentista no ha completado su formación profesional y no tiene recursos propios para sufragar los gastos de educación e instrucción, se mantiene el

La STS 1 marzo 2001 [38] consideró que las dos hijas, de 26 y 29 años, licenciadas en farmacia y derecho respectivamente, no reunían la condición de "necesitado", pues en la sociedad actual, moderna y de oportunidades, si se seguían manteniendo su condición de alimentistas, lo único que podría provocar, entiende el Tribual Supremo es que se favorezca situación "pasiva" de lucha por la vida que llega a calificar y suponer de "parasitismo social"[39]. Se pretende por tanto que el alimentista emplee la debida diligencia en la búsqueda de trabajo al darse por concluida su formación, y en este sentido son innumerables las sentencias que extinguen la percepción de alimentos por parte de los hijos, que pretenden alargar su formación, incluso con un deficiente expediente académico, o una nula disposición a mejorar y cambiar, más allá de alargar una etapa a costa del alimentante.

En mismo sentido STS 22 junio 2017[40], donde la actitud negligente y el escaso aprovechamiento en la formación de forma continuada, únicamente achacable a la actitud del hijo, con escasa disposición para el estudio ni siquiera inserción laboral, provocan la extinción de la pensión alimenticia.

A diferencia de las anteriores, la STS 21 noviembre 2014[41], remarca la dificultad en el acceso al mercado laboral, debido a las dificultades sociales y existentes en

deber del alimentante de costearlos por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete, siempre y cuando el alimentista mantenga un rendimiento regular.

3. El deber al que se refiere el apartado anterior se extingue al cumplir el alimentista los veintiséis años, a no ser que convencional o judicialmente se haya fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del alimentista a reclamar alimentos.

4. Los gastos funerarios tienen la consideración de alimentos, si no están cubiertos de otra forma.

En mismo sentido Abad Arenas, E.: "Reclamación de alimentos a favor de hijos mayores de edad y emancipados. Revisión de su régimen jurídico, requisitos y extinción de la obligación legal", *Revista de Derecho UNED*, 2013, núm. 13, p. 71.

38 STS 1 marzo 2001 (RJ 2001, 2562).

39 En el mismo sentido STS 17 junio 2015 (RJ 2015, 2532), STS 28 octubre 2015 (RJ 2015, 4785), en cuanto a la jurisprudencia menor, y concretamente SAP Valencia 22 octubre 2002 (JUR 2003, 52886), desestima la petición del hijo de 27 años, que, tras acceder al mundo laboral durante 4 años, decide de nuevo matricularse en la Universidad, alabando el Tribunal su decisión, si bien no se vislumbra una situación de necesidad que le haga acreedor de la pensión. En la SAP Valencia 27 junio 2012 (JUR 2012, 307990), se desestima la necesidad de la alimentista, hija de 22 años, con plena capacidad física y mental, que ha estado llevando a cabo diversos trabajos temporales, lo cual debe de entenderse a tenor de la realidad social existente, como una constante, de la situación actual del mercado laboral de acceso a los jóvenes, pero incluso en el supuesto enjuiciado, el propio padre se encontraba en la misma situación laboral, con similares ingresos que la hija, por lo que se revoca la sentencia y no se señala pensión alimenticia a favor de la hija. En mismo sentido la SAP Valencia 25 enero 2017 (JUR 2017, 41565), la hija había tenido trabajos esporádicos, pero ello es fruto de la situación del mercado laboral, y no cabe establecer o mantener la excepcionalidad que supone una fijación de pensión de alimentos, tengamos en cuenta que era una hija capacitada física y mentalmente mayor de 27 años de edad. Y las recientes SAP Cádiz 17 febrero 2020 (JUR 2020, 117342), nulo esfuerzo académico de la hija tres años consecutivos cursando 2º de bachillerato desde que cumplió la mayoría de edad, no aprobando ninguna asignatura y ni quiera acudiendo a los exámenes. SAP Murcia 16 mayo 2019 (JUR 2019, 227036), donde se valora la situación de un joven de 28 años, que pretende seguir estudiando, recordando el Tribunal la imposibilidad de mantener indefinidamente la obligación de alimento cuando por su edad, ya debiera haberse independizado. La SAP Vizcaya 16 enero 2020 (JUR 2020, 173215), considera establecer un plazo de dos años, con el fin de cubrir sus necesidades imprescindibles, y ser un tiempo suficiente para que el alimentista, de 22 años de edad, se incorpore al mercado laboral.

40 STS 22 junio 2017 (RJ 2017, 3040).

41 STS 21 noviembre 2014 (RJ 2015, 6567).

ese momento temporal, no achacables al alimentado y la diligencia en la formación de la misma.

La STS 14 febrero 2019[42], fija un límite temporal de una anualidad con el fin de que el hijo se adapte a la nueva situación económica, dado que su rendimiento académico era nulo, con una decadente falta de aprovechamiento en los estudios, con mala conducta y falta de aplicación[43].

En sentido contrario la STS 6 noviembre 2019[44], resalta la inexistencia de una edad objetiva para llevar a cabo la extinción automática, afirmando que la casuística en la tardanza de los hijos en marchar y salir del hogar puede ser muy variada y de diversa índole, no siempre imputable a su pasividad, analiza el caso de dos hijas de 24 y 21 años, con aprovechamiento en los estudios, una estudiando odontología y la otra preparando oposiciones a Registro de la Propiedad, y aboga por "establecer plazos fatales" para conseguir la terminación de la formación académica.

E) Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.

Corresponde analizar la nueva corriente sobre la extinción de la obligación de alimentos en aplicación de la doctrina establecida en STS 19 febrero 2019[45], ante la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre alimentante y alimentista, siguiendo como no puede ser de otra manera, la línea marcada por el Código Civil de Cataluña en su artículo 237-13[46], donde se dispone expresamente

42 STS 14 febrero 2019 (RJ 2019, 562).

43 STS 21 de septiembre 2016 (RJ 2016, 4443).

44 STS 6 noviembre 2019 (Tol 7586544).

45 STS 19 febrero 2019 (RJ 2019, 497).

46 Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. En su Artículo 237-13. Extinción.
1. La obligación de prestar alimentos se extingue por las siguientes causas:
a) El fallecimiento del alimentado o de la persona o personas obligadas a prestarlos.
b) El divorcio y la declaración de nulidad del matrimonio.
c) La reducción de las rentas y del patrimonio de las personas obligadas, de modo que haga imposible el cumplimiento de la obligación sin desatender a las necesidades propias y las de las personas con derecho preferente de alimentos.
d) La mejora de las condiciones de vida del alimentado, de modo que haga innecesaria la prestación.
e) El hecho de que el alimentado, aunque no tenga la condición de legitimario, incurra en alguna de las causas de desheredación establecidas por el artículo 451-17.
f) La privación de la potestad sobre la persona obligada, si el alimentado es uno de los progenitores.
2. Las causas a que se refiere el apartado 1.e) no tienen efecto si consta el perdón de la persona obligada o la reconciliación de las partes.
Estableciendo la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones en su Artículo 451-17. Como Causas de desheredación.
1. El causante puede privar a los legitimarios de su derecho de legítima si en la sucesión concurre alguna causa de desheredación.
2. Son causas de desheredación:
a) Las causas de indignidad establecidas por el artículo 412-3.
b) La denegación de alimentos al testador o a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador, en los casos en que existe la obligación legal de prestárselos.

en su artículo 451-17, y como causa de desheredación "La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario". Es por tanto esa desafección paternofilial causa de extinción de la obligación de alimentos, que se entiende como "sanción" legal.

La STS 3 de junio 2014[47], marcó el camino para entender el maltrato psicológico como causa de desheredación. Efectúa una interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, donde el "maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra" y fundamentado ello, en el sistema de valores propio, dignidad de la persona[48] y su proyección en el derecho de Familia, junto a esta la STS 20 julio 2015[49] y en el mismo sentido atiende como causa de ingratitud del donatario el maltrato de obra o psicológico, y acreditado éste, es causa de revocación de la donación otorgada. En apartado próximo, "desafección", se analizará en profundidad y desarrollará la meritada causa de extinción de la obligación alimenticia.

c) El maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador.

d) La suspensión o la privación de la potestad que correspondía al progenitor legitimario sobre el hijo causante o de la que correspondía al hijo legitimario sobre un nieto del causante, en ambos casos por causa imputable a la persona suspendida o privada de la potestad.

e) La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario.

47 Dispone expresamente la STS 3 de junio 2014 (RJ 2014, 3900) que "fuera de un pretendido abandono emocional, como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios". La propia realidad social y desde diversos foros, se demanda una revisión del derecho de sucesiones, suprimiendo la legítima, en este sentido, puede consultarse la noticia de la sesión del 11º Congreso Notarial Español, donde se proclama que "Ha llegado el momento de una reformulación íntegra y global del Código Civil Español en materia de sucesiones. Un cambio legislativo sería conveniente y oportuno ya que el Código Civil tiene aún muchos rasgos arcaizantes mientras que el Derecho aragonés, catalán, gallego o vizcaíno ya han reformado o modificado su normativa sobre sucesiones", https://www.notariado.org/portal/-/juristas-demandan-una-revisi%C3%B3n-del-derecho-de-sucesiones-y-la-supresi%C3%B3n-de-la-leg%C3%ADtima [Fecha de consulta 17 julio 2022].

48 Artículo 10.1 CE: La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

49 STS 20 julio 2015 (RJ 2015, 4460): "En el marco interpretativo expuesto, no cabe duda de que en la actualidad el maltrato de obra o psicológico del donatario, como conducta socialmente reprobable, reviste o proyecta caracteres delictivos que resultan necesariamente ofensivos para el donante. Del mismo modo que su comisión atenta a los más elementales deberes de consideración y gratitud hacia el donante, dotando de fundamento a la revocación de la donación por ingratitud como sanción impuesta a los donatarios que infringen dicho deber básico de consideración hacia el donante" y fija como doctrina jurisprudencial que "el maltrato, de obra o psicológico, por parte del donatario hacia el donante queda calificado como un hecho integrado en la causa de ingratitud contemplada en el artículo 648.1 del Código Civil". En mismo sentido SAP Badajoz (AC 2020, 1022).

F) Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo mientras subsista esta causa.

Igualmente se entiende la precitada causa como una especie de sanción a la actitud del alimentista. Por ello debe establecerse que más que una causa de extinción lo es de suspensión, esto es "extinción temporal" de la obligación de alimentos, pues resulta un concepto indeterminado, dejado al arbitrio del juez que reafirma el tinte equitativo de la institución". Se afirma[50] que la presente causa recogida en el artículo 153.5 CC tiene relación estrecha con la prevista en el artículo 152.3 CC.

La STS 22 junio 2017[51] remarca el escaso aprovechamiento del hijo mayor de edad, con capacidad suficiente para terminar los estudios, pero escasa disposición del mismo a ello. La STS 21 de noviembre 2014[52], y la STS 17 de junio 2015[53], donde se analiza el supuesto de alimentos a hijos mayores de edad, cuando prolongan sus estudios más allá de la mayoría de edad.

Existen ocasiones en las cuales se concede una pensión de alimentos durante un tiempo determinado, donde se permita acceder a encontrar un empleo al alimentista[54], la STS 21 noviembre 2014[55] así lo estableció, con el fin de no favorecer una situación de pasividad en dos hermanos de 26 y 29 años. Son igualmente numerosas las resoluciones de las Audiencias Provinciales[56] que siguen este camino, y proceden a establecer un límite temporal a la pensión alimenticia, pues ello tiene una doble ventaja; motiva al alimentista a buscar un trabajo, un empleo y evita acudir a un procedimiento judicial de modificación de medidas para presentar una demanda instando la extinción de la pensión.

La STS 13 diciembre 2017[57] al analizar que el hijo del alimentante pueda trabajar y trabaja a pesar de la minusvalía física acreditada y que el propio alimentante es

50 Berrocal Lanzarot, A.I..: "La extinción", cit., p. 498.

51 STS 22 junio 2017 (RJ 2017, 3040).

52 STS 21 de noviembre 2014 (RJ 2015, 6567).

53 STS 17 de junio 2015 (RJ 2015, 2762).

54 En este sentido se expone en De Verda, J.R. y Bueno Biot, A.: "El régimen de los alimentos", en AA.VV.: *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar* (dir. J.R. De Verda Y Beamonte, coord. por P. Chaparro Matamoros y G. Muñoz Rodrigo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022., p. 247.

55 STS noviembre 2014 (RJ 2015, 6567).

56 En la SAP Jaén 30 marzo 2017 (AC 2017, 4786), se revoca la sentencia de instancia, limitando el abono de la pensión alimenticia a favor de la hija en 2 años desde el dictado de la resolución. En esta línea se ha pronunciado la SAP Toledo 2 Octubre 2009 (JUR 2009, 469993), SAP Las Palmas 2 de marzo 2006 (JUR 2006, 168269) SAP Madrid 20 mayo 2005 (JUR 2005, 251968), SAP León 29 diciembre 2004 (JUR 2005, 38386) , SAP Madrid 21 septiembre 2004, SAP Ávila 8 enero 2004 (JUR 2004, 79506), SAP Córdoba 26 junio 2003 (JUR 2003, 178841) , SAP Valencia 24 junio 2003 (JUR 2003, 191136) y SAP Alicante ¡26 octubre 2015 (JUR 2015, 304984), SAP Jaén 30 de Junio de 2016 (JUR 2016, 223180).

57 STS 13 diciembre 2017 (RJ 2017, 5406).

una persona afectada de una incapacidad absoluta para toda actividad laboral y que percibe por ello una pensión del INSS, de 703,26 euros mensuales, considera la procedencia y extinción de la pensión de alimentos.

2. Alcance temporal de la extinción.

En primer lugar, debemos resaltar el criterio establecido en el artículo 148CC con relación a la reclamación de alimentos[58]. Se establece la ausencia de un deber a reintegrar los alimentos percibidos anticipadamente. Se recuerda lo establecido en la STS 26 marzo 2014[59] la cual fija la siguiente doctrina: "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente", por lo que deberá estarse a la resolución de instancia con el fin de acatar y aceptar la misma en su caso.

En cuanto a la extinción, últimamente se han dictado sentencias fijando el momento retroactivo de la extinción a la fecha de presentación de la demanda de modificación de medidas, entre otras la STS 10 abril 2019[60], e incluso se establece

58 A modo ilustrativo y para los hijos menores de edad como se expone, resaltar la STS 14 junio 2011 (RJ 2011, 4527), la cual sienta la siguiente doctrina; "Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el Art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda".

59 STS 26 marzo 2014 (RJ 2014, 2035), donde en este aspecto, nos recuerda la reciente STS 4 noviembre 2020 (RJ 2020, 5280), que "dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del Código Civil establece que los "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta", razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente", llega la sentencia a abordar la duda que pudiera existir cuando la pensión se determina como medida definitiva, consecuencia del divorcio, pero precedido por un auto de medidas previas o provisionales que concretaba la obligación, por lo que trae a colación lo dispuesto en la STS 6 febrero 2020 (RJ 2020, 321) la cual establece que. "No puede entenderse que la sentencia de primera instancia haya recaído en un proceso diferente al de medidas provisionales previas, pues estas son unas medidas cautelares previas y conexas con el procedimiento principal (arts. 771.5 y 772.1 LEC). Por ello, tratándose del mismo proceso ha de aplicarse la doctrina jurisprudencial, en el sentido que los alimentos fijados en la sentencia de primera instancia, se devengan desde la interposición de la demanda, sin perjuicio que se compute lo ya abonado en virtud del auto de medidas, para evitar un doble pago, ya que dichas medidas solo constituyen un estatuto jurídico provisional. La medida cautelar tiene condición accesoria del proceso principal cuyo resultado satisfactorio pretende asegurar con su adopción. Por ello, debe responder a un criterio de proporcionalidad con la finalidad que persigue. Carece de autonomía e independencia y está condicionada por el objeto del litigio a que se refiere (art. 726.1. 1.º LEC)".

60 STS 10 abril 2019 (RJ 2018, 1378).

desde que se acreditó que el hijo gozaba de independencia económica STS 12 marzo 2019[61].

Es de resaltar la reciente STS 3 enero 2022[62] que recoge en su Fundamento Tercero y reitera la doctrina "desde la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, citadas en la STS 24 de abril de 2015[63] y STS 29 septiembre 2016[64], que los alimentos no tienen efectos retroactivos, de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida. (STS 20 julio 2017[65] y STS 13 noviembre 2018[66]. Su fundamento en el carácter consumible de los mismos (STS 26 de marzo de 2014[67]; STS 23 junio 2015[68]; STS 6 octubre 2016[69] y STS 12 marzo 2019[70]".

En otro orden, y respecto a las pensiones abonadas, resaltar que la pensión es como indicamos por su naturaleza, consumible, y, por ende, no retornable, criterio establecido en 148CC. Conforme la STS 24 abril 2015[71] desestima la recuperación del dinero aportado, pese a declararse que no era hija suya biológica, en mismo sentido la STS 13 noviembre 2018 y STS 20 julio 2017 mencionadas reiteran esta idea.

Por el contrario, la STS 12 marzo 2019 mencionada, retrotrae la extinción de alimentos al momento de abandono del hogar del hijo, condenando a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por alimentos del hijo. En mismo sentido jurisprudencia menor la SAP Madrid 23 octubre 2020[72], SAP Ourense 27 diciembre 2019[73].

III. DESAFECCIÓN.

61 STS 12 marzo 2019 (RJ 2019, 939).

62 STS 3 enero 2022 (RJ 2022, 41).

63 STS 24 abril 2015 (RJ 2015, 1915).

64 STS 29 septiembre 2016 (RJ 2016, 4457).

65 STS 20 julio 2017 (RJ 2017, 4146).

66 STS 13 noviembre 2018 (RJ 2018, 4930).

67 STS 26 marzo 2014 (RJ 2014, 2035).

68 STS 23 junio 2015 (RJ 2015, 2655).

69 STS 6 octubre 2016 (RJ 2016, 4737).

70 STS 12 marzo 2019 (RJ 2019, 939).

71 STS 24 abril 2015 (RJ 2015, 1915).

72 SAP Madrid 23 octubre 2020 (JUR 2020, 334308), establece la retroacción de los efectos de la extinción de la pensión de alimentos a la fecha que solicitaba el demandante, fecha donde ya no concurrían los presupuestos exigibles en el artículo 93.2 CC, devengándose la pensión hasta incluso los 41 años de la hija.

73 E igualmente en SAP Ourense 27 diciembre 2019 (JUR 2020, 93329), se reconoce y estima la extinción de la pensión de alimentos del hijo, desde el momento que alcanza el mismo la mayoría de edad, y pasa a convivir con la abuela, por lo que la madre deja de tener legitimación para percibir las pensiones, y en el domicilio de la abuela, establece la sentencia, no llega a consumir alimentos.

Tal y como hemos avanzado durante el presente trabajo ante el notable cambio social, transformación de los modelos de familia, incluso proliferación de rupturas matrimoniales, resulta muy habitual que se entremezclen nuevos miembros en la nueva relación familiar, con la consecuencia de la aparición de conflictos en dichas nuevas unidades o incluso, ante la ruptura matrimonial, que pudiera provocar un rechazo al alimentante por alguno, o algunos de los miembros de la anterior relación, simplemente por la causa de la ruptura, lo que llevará a cabo y evidenciará una desafección y rechazo contra el obligado al pago. Este desapego continuo de ruptura de vinculación y solidaridad familiar en que se fundamenta la obligación de alimentos no debe favorecer al alimentista que renuncia a la relación familiar.

La STS 19 febrero 2019[74] que es objeto de desarrollo y trae causa del presente trabajo, tiene su origen en la presentación de una demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio por parte del padre contra la madre, donde solicitaba en el suplico de la demanda se dictara sentencia por la que se acordara la extinción de la pensión de alimentos que abonaba a su esposa, fundamentada y razonada en la disminución de la capacidad económica del alimentante, la falta de aprovechamientos en los estudios de los hijos, y la nula relación personal de los alimentistas con el alimentante. Admitida la demanda, la madre formuló contestación a la misma interesando la desestimación de la demanda interpuesta junto con la imposición de costas.

La resolución de la instancia, estima la demanda interpuesta por el padre, D. Demetrio, y modifica la Sentencia del procedimiento de divorcio contencioso, extinguiendo la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad, con efectos desde la fecha de dicha resolución, si bien descarta la variación en la solvencia del alimentante y la falta de aprovechamiento en los estudios de los descendientes, considerando el total desapego de los hijos con el padre con el que no hablan y no ven desde hace 10 y 8 años y sin interés alguno en hacerlo, y razona los siguiente: "si bien es cierto que la ausencia de relaciones paternofiliales no se contempla expresamente como motivo tasado en el art. 152 del Código Civil ni en otro precepto para dar por extinguida la obligación alimenticia, no lo es menos que las "circunstancias" a las que se refieren los arts. 90 y 91 del Código Civil y el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pueden ser diversas y de distinta naturaleza, sin que de ningún modo constituyan "númerus clausus". Se tiene por tanto acreditado el total desapego y la nula intención e interés de los hijos en ver a su padre, relegando achacar el motivo de la carencia de relación afectiva y comunicación a ningún interviniente, por lo que se resuelve y establece como alteración de las circunstancias de verdadera trascendencia, medio propio para estimar la demanda de modificación de medidas.

74 STS 19 febrero 2019 (RJ 2019, 497).

La progenitora, Doña Esmeralda, interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia, el cual es desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid, confirmando la resolución de instancia íntegramente con expresa condena en costas causadas en dicha instancia a la apelante.

Contra la sentencia de apelación se interpuso recurso de casación por parte de la demandada. Doña Esmeralda, al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC, estructurado en varios apartados, según se dispone en el Antecedente de Hecho Segundo: "el primero para identificar el pronunciamiento que se impugna, que es la extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad; en el segundo se alega infracción de los artículos 142 y 152 CC, éste último en relación a los artículos 90 y 91 CC ; el tercero por interés casacional por infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la cesación de la obligación de prestación de alimentos a hijos mayores de edad".

En la argumentación llevada a cabo por parte del Alto Tribunal, el cual procede a estimar el recurso de casación interpuesto, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda interpuesta por el padre, el propio Tribunal Supremo expresa la ausencia de encaje normativo en la decisión adoptada por el Tribunal de instancia para acordar la extinción de la pensión alimenticia del padre a favor de los hijos mayores de edad.

En este enfoque, se trae a colación la realidad social actual, con la existencia de sucesivos matrimonios, los cuales conllevan sucesivos núcleos familiares, con intereses dispares entre ellos, y "no siempre uniformes", con la pérdida de contacto y relaciones entre progenitores e hijos, propugnando en este sentido la revisión de la legítima, modernizando los casos de desheredación, como de forma comparativa se ha llevado a cabo en Cataluña, ampliando las causas de desheredación, artículo 451-17 e): "consistente en la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre causante y el legitimario, si es por causa exclusivamente imputable al legitimario". Igualmente, se añade a la causa de desafección y desapego, el maltrato que están recibiendo muchos progenitores, por medio de "actos de desatención, de abandono, de no querer saber nada de ellos, o que, además, en otros muchos casos llegan a conductas, no pasivas como las expuestas, sino de maltrato psicológico, de vejaciones o humillaciones que causan un profundo dolor a los padres y madres que reciben ese maltrato[75]". A ello, hay que añadir la adaptación llevada a cabo en nuestro sistema, por la que se

75 Magro Servet, V.: "El Código Civil ante la extinción de la obligación de alimentos y desheredación de padres a hijos por maltrato", *Diario La Ley*, La Ley, 2019, detalla con gran realidad, el momento actual que nos encontramos viviendo, el grave problema social, y la necesidad de una adecuación normativa tanto a la realidad social como "a su interpretación jurisprudencial", ante la "nula atención de hijos a sus padres".

califica el maltrato psicológico como justa causa de desheredación[76], y se lleva a cabo en la resolución una diferenciación y matización de la interpretación de forma restrictiva de las causas de desheredación y la extensión de las mismas, conforme esa realidad social, signo cultural y valores del momento en que se producen.

Admite por tanto el Tribunal Supremo por vía de interpretación flexible de las causas de desheredación, a los efectos de extinguir la pensión de alimentos, la aplicación normativa del Código Civil de Cataluña, extrapolable al derecho común, si bien se le otorga una especial relevancia a la "acreditación y prueba de la falta de relación manifiesta entre padres e hijos, de modo principal, relevante e imputable a éstos", como dispone en su Fundamento de Derecho Cuarto, por lo que procede a estimar el recurso de casación. Resaltar la dificultad en la acreditación de este hecho, la falta de prueba de la desafección, esto es, de la falta de relación de los hijos con los progenitores habitualmente del padre, lo cual llevará abocada la acción al fracaso[77].

A este respecto, son innumerables las sentencias de la jurisdicción menor, que establecen la supresión de la pensión de alimentos, citando entre otras la SAP Navarra 27 octubre 2020[78].

En suma, puede cesar la obligación de dar alimentos si se lleva a cabo y se constata, tras una "interpretación rigurosa y restrictiva" la falta de relación manifiesta relevante e imputable al alimentista, incidiendo en la cuestión de ser "imputable a los hijos, con la caracterización de principal, relevante e intensa".

76 Resulta necesario transcribir la STS 3 de junio 2014 (RJ 2014, 3900) mencionada y que califica el "maltrato psicológico como justa causa de desheredación". En este sentido Estévez Abeleira, T.: "Interpretación del maltrato de obra del art. 853.2 CC", en AA.VV.: *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo* (coord. por J. García Sánchez), Asociación Iberoamericana de Derecho Romano y Boletín Oficial del Estado, 2018, p. 824 interpretación extensiva de la causa de desheredación contenida en el núm. 2 del art. 853 del CC para incluir en ella el maltrato psicológico, que la propia sentencia define como «acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima» y considera como modalidad del maltrato de obra.

77 En este mismo sentido Cabezuelo Arenas, A.L..: "La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del progenitor no conviviente y la relevación de pago de alimentos", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2019, núm. 49, 2019, mantiene tras un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que son parcas las opciones de prosperabilidad de la acción de cesación y extinción de la pensión de alimentos, sobre todo y en primer lugar ante "la exigencia que medie prueba sobre la exclusiva imputabilidad del alimentista en ese corte afectivo. Extremo dificultado, de un lado, por el triunfo de la negativa a implicar a menores de edad, sea cual fuere su grado de madurez. Y, por otro, por la dinámica de estos conflictos familiares, en los que se intercambian reproches por reacciones poco edificantes de ambas partes".

78 SAP Navarra 27 octubre 2020 (AC 2020, 1782), SAP Barcelona (15 marzo 2012 (JUR 2012, 195522), SAP Badajoz 20 abril 2020 (AC 2020, 1022), SAP Córdoba 15 diciembre 2020, (JUR 2021, 12601), SAP Madrid 1 diciembre 2021 (JUR 2022, 63099).

IV. CONCLUSIONES.

El cambio social que hemos advertido en nuestra sociedad debe de ir acompañado de una reforma legislativa adecuada a la realidad social, en ese sentido cabe llevar a cabo verdaderas reflexiones y modificaciones, en beneficio de esa adecuación normativa a la realidad y actualidad social. Se propone una modificación del Código Civil, artículo 152.4 añadiendo a la causa de extinción de la obligación de prestar alimentos, además de "las que dan lugar a la desheredación", la extinción de la obligación cuando haya maltrato psicológico, así como "La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el alimentante y el alimentista, si es por una causa exclusivamente imputable a éste". Asimismo, debemos abandonar la perspectiva de obligar a los Juzgados y Tribunales a establecer caso por caso los límites y las condiciones de la obligación alimenticia, tal y como incluso reconoce nuestro Alto Tribunal[79], lo cual evitaría la continua litigiosidad a que se ven abocados los procedimientos de familia y en este sentido, debiera imponerse un plazo de duración de la obligación alimenticia para los hijos mayores de edad, cuya edad se propone en los 26 años. Tengamos en cuenta que dicha edad viene ya recogida en la legislación autonómica, concretamente en el artículo 69 Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, donde tal y como se establece en su Preámbulo el deber de los padres de sufragar los gastos de enseñanza y educación de los hijos, se "mantiene cuando alcanza el hijo la mayoría de edad, aunque valorado de distinto modo que en situación de minoría de edad y con término de extinción, salvo que judicial o convencionalmente se hubiera establecido otra cosa, al cumplir el hijo los veintiséis años, más allá del cual subsistirá, naturalmente, el derecho de alimentos en caso de necesidad".

Igualmente, resulta necesario que en las resoluciones que establezcan la obligación de alimentos conste la obligación de acreditar la insuficiencia de recursos, así como la suficiencia de los mismos, evitando igualmente un continuo devenir a la jurisdicción civil, o incluso penal, con el fin de huir del colapso y daño estructural que padece la justicia.

Por último, y no por ello menos importante, seguir en la línea de gran parte de la doctrina[80], la cual interesa llevar a cabo una reforma e incluso supresión de la

79 STS de 21 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4443), en su Fundamento de Derecho Tercero, dispone que "la ley no establece ningún límite de edad y, de ahí, que el casuismo a la hora de ofrecer respuestas sea amplio en nuestros tribunales, en atención a las circunstancias del caso y a las socioeconómicas del momento temporal en que se postulan los alimentos".

80 González Hernández, R.: "La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, p. 2613-2614, compartimos con el autor que "La ley no puede favorecer conductas que son reprochables éticamente ni el vínculo familiar sustentar derechos sucesorios de personas que han manifestado un comportamiento de despreocupación y desinterés hacia sus padres o ascendientes". Méndez Martos, J.R.: "La desheredación en el ordenamiento jurídico español

legítima, con el fin de adecuar a la realidad social, la voluntad del testador, y hacer una realidad la libertad de testar, pues no alcanza una sociedad la madurez si no se preserva la libertad de los integrantes, con absoluto respeto a la voluntad de los mismos, y con absoluto respeto de la ley, la moral y el orden público.

y la flexibilización de sus causas", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, Universidad de Cádiz, 2021, p.61. De Barón Arniches, P.: "Libertad de testar y desheredación en los derechos civiles españoles", *Revista Indret*, Barcelona, 2016, núm. 4, p. 38, donde establece que "olvidar a los mayores puede ser causa legal para desheredar" y tal olvido "atenta contra la propia razón de ser de la legítima".

BIBLIOGRAFÍA

Abad Arenas, E.: "Reclamación de alimentos a favor de hijos mayores de edad y emancipados. Revisión de su régimen jurídico, requisitos y extinción de la obligación legal", *Revista de Derecho UNED*, 2013, núm. 13.

Asociación Profesores Derecho Civil, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, 2018.

Beltrán De Heredia, P.: *La obligación legal de alimentos entre parientes*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1958.

Berrocal Lanzarot, A.I..: "La extinción de la prestación de alimentos de los hijos mayores de edad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 777.

Cabezuelo Arenas, A.L..: "La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del progenitor no conviviente y la relevación de pago de alimentos", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2019, núm. 49.

Cuena Casas, M.: "Comentario al artículo 142 del Código civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

De Barón Arniches, P.: "Libertad de testar y desheredación en los derechos civiles españoles", *Revista Indret*, Barcelona, 2016, núm. 4.

De Verda, J.R. y Bueno Biot, A.: "Los alimentos debidos a los hijos menores de edad: un Estudio Jurisprudencial", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto 2020.

De Verda, J.R. y Bueno Biot, A.: "El régimen de los alimentos", en AA.VV.: *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar* (dir. por J.R. De Verda y Beamonte, coord. por P. CHaparro Matamoros y G. Muñoz Rodrigo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Estévez Abeleira, T.: "Interpretación del maltrato de obra del art. 853.2 CC", en AA.VV.: *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo* (coord. por J. García Sánchez), Asociación Iberoamericana de Derecho Romano y Boletín Oficial del Estado, 2018.

González Hernández, R.: "La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, vol. 95.

Madriñan Vazquez, M.: "Principales controversias en torno a la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad desde el punto de vista sustantivo", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 17, julio 2020.

Magro Servet, V.: "El Código Civil ante la extinción de la obligación de alimentos y desheredación de padres a hijos por maltrato", *Diario La Ley*, La Ley, 2019.

Méndez Martos, J.R.: "La desheredación en el ordenamiento jurídico español y la flexibilización de sus causas", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, Universidad de Cádiz, 2021.

Ribera Blanes, B.: "La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos", *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13.

Rincón Andreu, G.: "Extinción de la pensión de alimentos a hijos mayores de edad", *Revista La Ley digital*, 2018.

PER UNA RILETTURA DELLA FUNZIONE ASSISTENZIALE DELL'ASSEGNO DIVORZILE

A NEW PERSPECTIVE ON ASSISTANCE IN ALIMONY AFTER DIVORCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 330-355

Giulia TRAVAN

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de octubre de 20222
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Da ormai cinque anni la tematica dell'assegno divorzile è al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale italiano. Tra i profili densi di criticità, si manifesta la necessità di fornire una nuova perimetrazione alla funzione assistenziale, che non si può più ritenere a fondamento di ogni assegno divorzile. L'assistenza familiare, invero, si differenzia a seconda del suo manifestarsi nella fisiologia o nella patologia del rapporto e vede importanti interferenze tra erogazioni da parte di soggetti pubblici e da parte di soggetti privati. Il giurista deve quindi interrogarsi su tali profili alla luce dei cambiamenti della società e dell'eterogeneità delle realtà familiari.

PALABRAS CLAVE: Assegno divorzile; funzione assistenziale; assistenza familiare; assistenza pubblica e privata.

ABSTRACT: *The subject of alimony after divorce has been at the core of the Italian legal debate for the last five years. One of the most critical aspects concerns the area of assistance, which cannot always be considered the basis for alimony. Family assistance, indeed, differs according to whether it manifests either in the physiology or in the pathology of the relationship. Moreover, there are significant overlaps between public and private assistance. Therefore, these critical aspects require further clarification, especially in the light of modern society and of diverse family dynamics.*

KEY WORDS: *Alimony after divorce; family assistance; public and private assistance.*

SUMARIO.- I. L'ASSISTENZA NEL DIRITTO CIVILE.- II. IL TRAVAGLIATO PERCORSO DELLA FUNZIONE ASSISTENZIALE DELL'ASSEGNO DIVORZILE.- 1. Le origini del divorzio e la Sent. Sez. Un. n. 1194/1974.- 2. La modifica, nel 1987, dell'art. 5 l. n. 898/1970: uno sguardo ai lavori preparatori.- 3. Adeguatezza dei mezzi e tenore di vita: l'approdo alla sent. Sez. Un. n. 11490/1990.- 4. Il ritorno alla natura composita e la rivincita della funzione compensativa in Sez. Un. n. 18287/2018.- III. LA FUNZIONE ASSISTENZIALE OGGI.- IV. NUOVE RELAZIONI E ASSISTENZA FAMILIARE: UN RITORNO DALLA PATOLOGIA ALLA FISIOLOGIA.- V. ASSEGNO CON FUNZIONE ASSISTENZIALE E ALIMENTI; INTERFERENZE CON L'ASSISTENZA DI STAMPO PUBBLICISTICO.- VI. LA SOPRAVVENIENZA DELLO STATO DI BISOGNO DOPO IL DIVORZIO.

I. L'ASSISTENZA NEL DIRITTO CIVILE.

Il termine "assistenza" evoca tutta la dimensione dell'aiuto, che configura l'essenza del significato transitivo del verbo "assistere". Quest'ultimo, nelle sue diverse accezioni, esprime una forte dicotomia, che emerge già da un punto di vista etimologico. Il "fermarsi vicino, appresso", con cui la voce latina "*ad-sisto*" letteralmente si può tradurre, può infatti manifestarsi in due diverse modalità, tra loro potenzialmente antitetiche: si può "assistere", in senso intransitivo, "a qualcosa" – a una lezione, a un atto, a un incidente, a una rappresentazione – anche in modo del tutto indifferente distaccato, senza prendervi parte nemmeno da un punto di vista emotivo; viceversa, si può assistere "qualcuno" – una persona, un malato, un anziano, un cliente – standogli accanto, soccorrendolo, offrendogli il proprio sostegno o la propria collaborazione. È proprio in questa seconda prospettiva che si presenta l'assistenza, quale espressione del principio di solidarietà e di tutela dell'individuo.

Nella dimensione del diritto, i profili assistenziali si riscontrano in diversi settori, riconducibili sia all'ambito pubblicistico sia a quello privatistico. A titolo esemplificativo, si pensi all'assistenza sociale (art. 38 Cost.; l. n. 328/2000); all'assistenza agli anziani e alle persone diversamente abili (l. n. 104/1992); ai cittadini e ai lavoratori (ancora art. 38 Cost.); all'assistenza sanitaria (l. n. 1978, n. 833) e, nella materia del diritto di famiglia in senso stretto, agli obblighi di assistenza morale e materiale tra coniugi (art. 143 c.c. e art. 570 c.p.) e da parte dei genitori nei confronti dei figli (art. 315 bis c.c. e art. 570 c.p.); all'obbligazione alimentare (art. 438 c.c.); agli assegni della crisi matrimoniale (art. 156 c.c. e art. 5 l. div., con le precisazioni che si diranno).

In seguito alla crisi pandemica, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ha posto un ulteriore accento all'assistenza e alla tutela della persona, soprattutto di

• Giulia Travan
Assegnista di ricerca e dottoranda presso Università Ca' Foscari di Venezia. E-mail: Giulia.travan@unive.it

quella che si trovi in condizione di vulnerabilità e di fragilità sociale o economica[1]. Interessante per il tema che ci occupa è la peculiare attenzione dedicata alla disparità della condizione lavorativa femminile rispetto a quella maschile, con un "tasso di inattività delle donne *attribuibile a responsabilità di assistenza* (…) in continua crescita dal 2010 (35,7 per cento contro il 31,8 per cento della media UE), *complice anche la mancanza di servizi di assistenza adeguati e paritari*"[2]. Nello specifico, la Missione 6[3] del Piano si propone così di rafforzare i servizi di prossimità e di supporto all'assistenza domiciliare, in modo da contribuire a ridurre l'onere delle attività di cura, fornite in famiglia prevalentemente dalla donna[4].

Già nell'individuazione di tali ipotesi, è possibile enucleare gli elementi che caratterizzano l'assistenza in senso giuridico e le problematiche ad essa sottese. Un soggetto pubblico o privato eroga una prestazione assistenziale – e rientriamo quindi nel significato transitivo del verbo "assistere" – nei confronti di una persona che si trovi in condizioni di debolezza e/o fragilità. Il contesto, pertanto, è di tipo relazionale e vede una condizione di debolezza dell'assistito, al quale si vuole garantire una tutela effettiva dei diritti inviolabili, con una evidente connessione con il dettato dell'art. 2 Cost.[5]. La prestazione può esprimersi o in una misura economica o nella cura diretta del beneficiario, con delle importanti interferenze tra l'assistenza fornita dai singoli e quella proveniente dallo Stato. Ci si dovrà, pertanto, interrogare altresì sulla sussidiarietà tra le diverse forme assistenziali, con un'attenzione ai vantaggi e ai rischi che ne possano derivare.

Proprio la famiglia, nella sua essenza, è il luogo privilegiato in cui si esprimono la cura e il migliore sviluppo della persona[6]. All'interno di essa, infatti, si manifesta una delle più importanti forme di assistenza, ossia l'assistenza familiare, che può essere considerata sotto diversi punti di vista.

I. Il primo guarda ai soggetti che erogano e che ricevono la prestazione.

Quanto al lato "attivo", si realizza una rilevante commistione tra le forme di assistenza pubblica e di assistenza privata, che vanno ad incidere su una stessa situazione di bisogno. Ciò nonostante, il fondamento e le finalità dell'aiuto sono differenti[7]: l'assistenza pubblica trova la sua ragione nella solidarietà sociale dello

1 Si vedano, in particolare, i molteplici richiami nel PNRR all'assistenza sanitaria, all'infanzia, agli anziani, ai familiari, all'assistenza sociale e domiciliare.

2 PNRR, p. 38; come sottolineato anche nella Relazione per Paese del 2020 relativa all'Italia, redatta dalla Commissione europea.

3 Dedicata alla salute.

4 PNRR, p. 40.

5 Caferra, V. M.: *Famiglia e assistenza*, *Il diritto della famiglia nel sistema della sicurezza sociale*, Zanichelli, Bologna, 1996, p. 13.

6 Caferra, V. M.: *Famiglia e assistenza*, cit., p. 20.

7 Caferra, V. M.: *Famiglia e assistenza*, cit., p. 12.

Stato[8], che ha come destinataria la generalità dei cittadini e tende a realizzare l'uguaglianza sostanziale e l'effettivo esercizio delle libertà fondamentali; l'assistenza familiare in senso stretto, di converso, si fonda sulla solidarietà interna alla famiglia, è diretta verso i suoi stessi componenti e ha come obiettivo il migliore sviluppo della comunità domestica[9]. Proprio per tali ragioni, tradizionalmente, l'intervento pubblicistico non è in grado di sostituirsi a quello "speciale" "della famiglia per la famiglia", ma si pone solo quale strumento sussidiario e di ausilio[10].

Tuttavia, come spesso accade nella materia del diritto di famiglia, i cambiamenti della società e delle formazioni familiari[11] incidono sugli istituti e, per quanto di interesse in questa sede, anche sulle interferenze tra assistenza pubblica e privata. Mentre a fronte del paradigma della famiglia "allargata" l'assistenza "dall'interno" e a favore dei componenti era di gran lunga più frequente, oggi si registra un'inversione di tendenza, anche in ragione dell' "affrancamento" della famiglia nucleare. Quest'ultima, costituita da un minor numero di persone, non solo vede una duplice[12] riduzione dei soggetti capaci di rispondere a uno stato di bisogno, ma, altresì, spesso è precaria e si scioglie. L'allentamento dei vincoli familiari da un lato e l'affermarsi della sicurezza sociale dall'altro[13], come si avrà modo di evidenziare, determinano così un'incidenza dell'assistenza statale più rilevante, soprattutto nelle situazioni di patologia del rapporto tra i coniugi.

Quanto al lato "passivo", anche nell'assistenza familiare la principale caratteristica si ravvisa nella situazione di difficoltà sociale o economica del beneficiario, spesso riconducibile a uno stato di bisogno a cui non si riesce a far fronte autonomamente. L'aiuto si indirizza, nella maggior parte dei casi, nei confronti delle persone più deboli, tradizionalmente i figli, la donna o l'anziano.

II. Il secondo punto di vista, invece, riguarda nello specifico il legame di coppia e si concentra sulla fase in cui esso si trova. Invero, la relazione affettiva – coniugale o di convivenza stabile – vede un'assistenza che si realizza in modo differente a seconda che la prestazione intervenga nella fisiologia o nella patologia del rapporto[14].

8 Sul diritto all'assistenza, si veda anche Albanese, A. S.: *Diritto all'assistenza e servizi sociali: intervento pubblico e attività dei privati*, Giuffré, Milano, 2007; Mazziotti Di Celso, M.: voce "Assistenza (profili costituzionali)", in *Enc. dir.*, vol. III, Giuffré, Milano, 1958.

9 Caferra, V. M.: *Famiglia e assistenza*, cit., pp. 12 ss.

10 Caferra, V. M.: *Famiglia e assistenza*, cit., p. 12.

11 Sul mutamento dei paradigmi familiari, *ex multis* Sesta, M.: "Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi", *Fam. e dir.*, 2019, n. 11, pp. 1049 ss.

12 Si passa, infatti, dalla centralità della famiglia allargata a quella della famiglia nucleare, che risulta altresì composta da un numero inferiore di componenti.

13 Bianca C. M.: *Diritto civile. 2.1: La famiglia*, Giuffré, Milano, p. 527.

14 Al cessare della relazione coniugale, i profili di assistenza familiare si possono manifestare negli istituti dell'assegno di separazione, dell'assegno di divorzio e dell'assegno attribuito a favore dei figli minori o maggiorenni non economicamente autosufficienti. Per un'analisi più approfondita, si consenta di rinviare a

Proprio sul momento della cessazione del vincolo matrimoniale intendiamo soffermarci, sulla funzione assistenziale dell'assegno divorzile e sulla misura della solidarietà e dell'assistenza che oggi residuano al termine della relazione.

II. IL TRAVAGLIATO PERCORSO DELLA FUNZIONE ASSISTENZIALE DELL'ASSEGNO DIVORZILE.

Sin dall'entrata in vigore della l. n. 898/1970, la natura dell'assegno di divorzio è controversa[15]. L'evoluzione del dibattito si snoda attraverso molteplici interventi della Corte di cassazione a Sezioni Unite, con delle pronunce che vanno a scandire, quasi come i rintocchi di un campanile, i mutamenti della famiglia nel tempo. In una materia in cui la disciplina di diritto sostanziale è rimasta pressoché immutata da più di trent'anni[16], è proprio la giurisprudenza ad essere chiamata a fornire una tutela effettiva alle differenti e peculiari situazioni concrete che si presentano in sede di merito, con un'interpretazione delle norme che riesca ad essere aderente alle evoluzioni della realtà sociale.

Il percorso, strutturato in tre principali passaggi giurisprudenziali, a cui si aggiunge uno legislativo, è noto, ma risulta utile ricapitolarlo brevemente, così da concentrare l'attenzione sulla funzione assistenziale dell'assegno divorzile e sulla sua perimetrazione.

1. Le origini del divorzio e la sent. Sez. Un. n. 1194/1974.

La prima fase, il cui inizio si fa coincidere con la promulgazione della l. n. 898/1970, era caratterizzata da una società patriarcale, in cui i rapporti familiari si basavano sull'autorità ed erano riconosciuti solo se formalizzati nel vincolo matrimoniale[17]. Il marito era il capo della famiglia e aveva il dovere di proteggere

Travan, G.: "Irripetibilità, impignorabilità e non compensabilità degli assegni della crisi: parola alle sezioni unite", *Giurisprudenza italiana*, 2022, n. 4, pp. 818 ss.

15 Per le tesi sulla natura giuridica dell'assegno divorzile nei primi anni dopo l'emanazione della l. 1 dicembre 1970, n. 898, si rinvia a Vincenzi Amato, D.: "I rapporti patrimoniali", in A.a.V.v.: *Commentario sul divorzio* (a cura di Rescigno P.), Giuffré, Milano, 1980, spec. pp. 313 ss.

16 Si fa riferimento soprattutto all'art. 5, comma sesto, l. div., modificato con l. 6 marzo 1987, n. 74.

17 Quanto alla relazione di coppia, ad esempio, non era riconosciuta alcuna tutela giuridica alla convivenza. Dopo la dichiarazione dell'illegittimità costituzionale del concubinato (art. 560 c.p., da parte di C. cost., 3 dicembre 1969, n. 147), soltanto a partire dalla fine degli anni Ottanta si passò a una mera tolleranza della convivenza *more uxorio*, che cominciò ad essere considerata una formazione sociale in cui si esprime la personalità dell'individuo, valorizzandone stabilità e condivisione di un modello di vita (*ex multis* C. cost., 18 novembre 1986, n. 237; C. cost., 18 gennaio 1996, n. 8; C. cost., 27 marzo 2009, n. 86; C. cost., 8 maggio 2009, n. 140; C. cost., 14 gennaio 2010, n. 7), preferendo al termine "convivenza" quello di "famiglia", seppur di fatto. Una regolamentazione legislativa è stata introdotta solo con la l. 20 maggio 2016, n. 76. Quanto ai figli, prima della riforma introdotta con la l. 19 maggio 1975, n. 151, netta era la distinzione dei figli matrimoniali rispetto a quelli illegittimi, divenuti poi "naturali", per i quali si ammise, con effetti limitati, il riconoscimento. Una completa equiparazione, come è noto, si raggiunse solo con la riforma introdotta con la l. 10 dicembre 2012, n. 219. Inoltre, significativo il passaggio dalla "patria potestà", alla "potestà genitoriale" (con la riforma del 1975), alla "responsabilità genitoriale" (con il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154).

la moglie, che era soggetta alla sua "potestà"[18]. Al pari del minore, la donna aveva lo stesso domicilio del marito[19] ed era obbligata ad accompagnarlo dovunque egli ritenesse opportuno fissare la sua residenza[20]. La figura femminile si occupava prevalentemente della cura della casa e dei figli e non esercitava un'attività lavorativa nel senso proprio del termine[21]. Secondo le statistiche dell'Istat del 1970, su un campione di 27.067 donne, ben 21.835 venivano indicate come "non forze di lavoro", con una percentuale superiore all'80%[22].

In quegli anni, all'assegno divorzile si attribuiva natura composita: assistenziale, compensativa e risarcitoria, a seconda dell'operatività dei criteri di cui all'art. 5, comma quarto, l. div.[23]. In particolare, si sarebbe configurata quale "assistenziale in senso lato, con riferimento al criterio che fa leva sulle condizioni economiche dei coniugi; risarcitoria in senso ampio, con riguardo al criterio che concerne le ragioni della decisione; compensativa, per quanto attiene al criterio del contributo personale ed economico dato da ciascun coniuge alla condizione della famiglia ed alla formazione del patrimonio di entrambi"[24].

La funzione assistenziale era dunque strettamente connessa alle condizioni economiche dei coniugi ed era volta a garantire a quello meno abbiente la possibilità di ricostruirsi una nuova vita di relazione (in primo luogo) e, solo "eventualmente"[25], di dedicarsi a un'attività lavorativa per raggiungere l'autosufficienza economica. Già

18 Secondo la versione originaria dell'art. 144 c.c., modificato solo con la l. 19 maggio 1975, n. 151. Sulle evoluzioni del diritto di famiglia, si segnala il fascicolo n. 11 dell'anno 2015 della Rivista *Famiglia e diritto* (*1975-2015. Famiglia e Diritto: quarant'anni di trasformazioni*).

19 Secondo la versione originaria dell'art. 144 c.c., modificato solo con la l. 19 maggio 1975, n. 151.

20 Ancora secondo la versione originaria dell'art. 144 c.c.

21 Sul tema del lavoro domestico della donna, Marella, M. R.: "Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia", *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, n. 2, pp. 233 ss.

22 Istat: "Lavoro e retribuzioni, Forze di lavoro (risultati della rilevazione campionaria); Popolazione presente in Italia per condizione, posizione nella professione, settore di attività economica e sesso (media annua in migliaia)", in *Statistiche storiche dell'Italia*, *1861-1975*, Roma, 1976, Tavola n. 107. Per gli uomini, invece, nello stesso anno, la medesima classificazione si ha per il 45% circa. La popolazione non attiva era costituita dai bambini e i ragazzi con meno di 14 anni; dai censiti con età superiore a 14 anni non appartenenti alla popolazione attiva, pertanto coloro che si trovavano in condizione non professionale in quanto scolari e studenti; *casalinghe*; persone ritirate dal lavoro per raggiunti limiti di età, invalidità o altra causa; invalidi, infermi e ricoverati; detenuti condannati a cinque anni di pena o più; mendicanti e persone che vivevano a carico della pubblica beneficienza; militari; ricoverati da meno di due anni in luoghi di cura o assistenza; detenuti in attesa di giudizio o condannati a una pena inferiore a cinque anni che, prima del richiamo alle armi, del ricovero o della detenzione, non esercitavano alcuna attività lavorativa (p. XII).

23 Cass. civ., sez. un., 9 luglio 1974, n. 1194. In particolare, la prima versione dell'art. 5, comma quarto, l. div. prevedeva che: "Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale dispone, tenuto conto delle condizioni economiche dei coniugi e delle ragioni della decisione, l'obbligo per uno dei coniugi di somministrare a favore dell'altro periodicamente un assegno in proporzione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto del contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi. Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in una unica soluzione». Il dettato della norma aveva posto la questione della sussistenza del diritto anche solo al ricorrere di uno solo dei criteri indicati.

24 Cass. civ., sez. un., 9 luglio 1974, n. 1194.

25 Cass. civ., sez. un., 9 luglio 1974, n. 1194.

nell'utilizzo dell'avverbio da parte della Corte, che esprime una situazione del tutto remota e ipotetica, si manifesta tutta la realtà della condizione femminile in quell'epoca, in cui la donna si dedicava ordinariamente alla gestione del focolare domestico e, solo in casi remoti, allo svolgimento di una professione.

Secondo le Sezioni Unite, l'assegno con funzione assistenziale avrebbe potuto *anche* sopperire ad un vero e proprio stato di bisogno, fondandosi non tanto e non solo sul principio di solidarietà, ma, piuttosto, sugli obblighi di assistenza materiale e di mantenimento operanti in costanza di matrimonio – e, dunque, nella fase fisiologica del rapporto –, che non sarebbero potuti venire del tutto meno in occasione del suo scioglimento. La relazione avrebbe dovuto godere dunque di una qualche residuale tutela; ragione per cui il versamento dell'assegno avrebbe acquisito altresì dei riflessi di natura pubblicistica, caratterizzandosi in un'assistenza "in senso lato" a favore di un soggetto in una situazione di difficoltà[26].

2. La modifica, nel 1987, dell'art. 5 l. n. 898/1970: uno sguardo ai lavori preparatori.

Una seconda tappa, solitamente integrata nella terza quale preludio alla sentenza delle Sezioni Unite del 1990[27], si ravvisa nella modifica dell'art. 5 l. n. 898/1970 nel 1987[28]. Nei lavori preparatori della riforma, ricorre più volte il richiamo alle funzioni dell'assegno divorzile e, in particolare, a quella assistenziale. Secondo la Relazione della Seconda Commissione Giustizia, lo spirito della nuova legge consisteva nel farsi "carico degli inconvenienti emersi (…) in merito alla tutela del coniuge destinatario dell'assegno di divorzio"[29]. Proprio a tal fine, Lipari (Relatore) dava atto della necessità di superare la natura composita dell'assegno, affermatasi sulla scorta del testo originario della norma, dovendo, piuttosto, dedicare una particolare attenzione alla "funzione assistenziale dell'assegno per il coniuge effettivamente bisognoso rispetto alle funzioni risarcitoria e compensativa". Queste ultime, invero, erano ritenute "foriere molte volte di situazioni di pura rendita e riflettenti una concezione patrimonialistica della condizione coniugale"[30]. Solo la funzione assistenziale sarebbe stata in grado di garantire una "prospettiva più consona sia alla valorizzazione e promozione dell'autonomia economica dei coniugi, con specifica attenzione alla moglie, tradizionalmente sacrificata nelle sue aspirazioni professionali dalla dedizione alla famiglia e ai figli, sia alla efficace tutela del coniuge che in concreto abbia destinato le proprie energie lavorative

26 Cass. civ., sez. un., 9 luglio 1974, n. 1194.

27 Cass. civ., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490.

28 L. 6 marzo 1987, n. 74. In un contesto, dunque, in cui la riforma del diritto di famiglia del 1975 era già intervenuta.

29 Lipari, N.: *Relazione della Seconda Commissione Permanente (Giustizia) sul disegno di legge di modifica alla l. 1° dicembre 1970, n. 898 (n. 150)*, IX legislatura, comunicato alla Presidenza del Senato il 15 settembre 1983, p. 11.

30 Lipari, N.: *Relazione*, cit., p. 11.

alla famiglia"[31]. Il requisito principale dell'assegno veniva individuato nello squilibrio patrimoniale tra le parti, ma sempre "fermo restando che l'assegno è diretto ad assicurare al coniuge economicamente più debole *non già lo stesso tenore di vita conseguito in costanza di convivenza* quanto un mantenimento dignitoso"[32].

Nella discussione del testo legislativo, il "mantenimento dignitoso" che accompagnava i "mezzi adeguati" venne poi eliso, conseguendone una formula connotata da maggior relatività, sulla quale si incardinò poi il *revirement* giurisprudenziale del 1990.

Al fine di comprendere in modo più puntuale la perimetrazione delle funzioni dell'assegno e la consistenza della sua natura secondo le intenzioni del legislatore del 1987, risulta però di particolare interesse altresì il dibattito svolto in Senato. Nella seduta pomeridiana del 17 febbraio 1987, la Senatrice Marinucci Mariani, firmataria della proposta di riforma, affermava che, in realtà, "la qualificazione plurima dell'assegno previsto dalla legge attuale secondo la consolidata giurisprudenza, risarcitorio, compensativo e assistenziale non è stata mai messa in discussione durante i dibattiti in Commissione"[33]. Piuttosto, ci si era concentrati sull'esigenza di individuare una formula capace di garantire il diritto all'assegno nei confronti del coniuge debole, sostenendo che "se è vero che la società muta e mutano la cultura, la formazione e le aspettative delle giovani donne, sicché *con il tempo si potrà realizzare quella parità delle opportunità per la quale oggi ancora lavoriamo, la realtà di oggi è ancora ben lontana da questo traguardo*"[34].

Si descrive, così, una quotidianità in cui "ben 10 milioni e forse più di donne in età lavorativa sono, per scelta o non, casalinghe a tempo pieno; spesso hanno lasciato il lavoro per il matrimonio"[35], con un reinserimento nel mondo del lavoro che risulta "pressoché impossibile"[36], soprattutto da parte di coloro "che avevano investito tutto *sulla speranza di un matrimonio di tutta una vita, senza alternative, né uscite di sicurezza*"[37]. Di conseguenza, sarebbe risultato "iniquo" prevedere un assegno con "mera natura assistenziale, come dice la relazione Lipari, il che equivarrebbe a

31 Lipari, N.: *Relazione*, cit., pp. 11-12.

32 Lipari, N.: *Relazione*, cit., p. 12. Ragione per cui, accanto ai mezzi adeguati, si decise di mantenere dei criteri che ricalcassero quelli presenti nella versione originaria della norma.

33 Queste le parole della Sen. Marinucci Mariani, E., nella seduta pubblica pomeridiana n. 561 (martedì 17 febbraio 1987) della IX legislatura presso il Senato della Repubblica; di cui si trova testimonianza nel relativo Resoconto stenografico (*Relazione della seduta n. 561 (pomeridiana)*, Senato della Repubblica, IX legislatura, Tipografia del Senato, Roma, 1987, p. 18).

34 Marinucci Mariani, E.: *Relazione della seduta n. 561*, cit., p. 18.

35 Marinucci Mariani, E.: *Relazione della seduta n. 561*, cit., p. 19.

36 Marinucci Mariani, E.: *Relazione della seduta n. 561*, cit., p. 19.

37 Marinucci Mariani, E.: *Relazione della seduta n. 561*, cit., p. 19.

costringerle [le donne in tale situazione, ossia la maggior parte] in una condizione di immeritata povertà"[38]. "*Precorrere i tempi significa fare ingiustizia*"[39].

Lipari, in risposta, tornava a specificare che l'obiettivo della riforma era proprio quello di cercare un "difficile punto di equilibrio" tra "l'esigenza di garantire il soggetto economicamente debole" e il rischio di "realizzare una forma di rendita di posizione"[40]. Il richiamo alla funzione assistenziale "*non voleva servire ad escludere la polivalenza* (…) all'assegno"[41], ma "voleva invece essere rivolto *ad escludere l'effetto di segno opposto*, cioè un meccanismo che finisse per essere di eccessivo vantaggio rispetto a un coniuge che si adagia sulle conseguenze del divorzio".

Nel quadro della società della fine degli anni Ottanta, pertanto, il timore era che proprio le funzioni compensativa e risarcitoria determinassero il rischio di una rendita di posizione del coniuge debole, ma tale preoccupazione non ne eliminava certo la presenza, restando la natura composita immutata.

3. Adeguatezza dei mezzi e tenore di vita: l'approdo alla sent. Sez. Un. n. 11490/1990.

La celebrazione della funzione "esclusivamente" assistenziale dell'assegno divorzile si affermò con la sentenza delle Sezioni Unite del 1990[42]. L'introduzione dei mezzi adeguati o dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive quale unico fondamento del diritto del coniuge debole avrebbe infatti "letteralmente" espresso "la palese intenzione del legislatore della riforma di eliminare dal novero delle ragioni giustificatrici dell'assegno aspetti diversi da quelli esclusivamente assistenziali"[43].

L'adeguatezza dei mezzi si sarebbe dovuta intendere quale "soddisfazione di tutte le esigenze di vita, indipendentemente dallo stato di bisogno correlato ad una mera obbligazione "alimentare" ", anche in ragione dell'eliminazione del parametro del mantenimento "dignitoso". Proprio la modifica del testo rispetto alla versione presentata dalla Commissione Giustizia avrebbe dimostrato che, con la nuova legge, non si ricercavano né la mera "autosufficienza" né un "tenore di vita "normale" "[44].

38 Marinucci Mariani, E.: *Relazione della seduta n. 561*, cit., p. 19.

39 Marinucci Mariani, E.: *Relazione della seduta n. 561*, cit., p. 19.

40 Lipari, N.: *Relazione della seduta n. 561 (pomeridiana)*, Senato della Repubblica, IX legislatura, Tipografia del Senato, Roma, 1987, pp. 22-23.

41 Lipari, N.: *Relazione della seduta n. 561*, cit., p. 23.

42 Cass. civ., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490.

43 Cass. civ., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490.

44 Cass. civ., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490.

La funzione esclusivamente assistenziale avrebbe trovato le sue ragioni anche nell'abbandono della concezione "patrimonialistica" del matrimonio, inteso come "sistemazione definitiva", nonché nell'incremento delle separazioni anche dopo pochi anni di unione. Lo scopo di evitare rendite parassitarie si sarebbe raggiunto in sede di quantificazione dell'assegno, in base a un'applicazione ponderata e globale di tutti i criteri indicati dall'art. 5 l. div.[45].

Ne deriva una concezione molto ampia più di assistenza, del tutto slegata da uno stato di bisogno in senso stretto, in una situazione sociale in cui, seppur con numeri inferiori, la dedizione della donna sposata alla casa e ai figli rappresentava ancora la normalità, soprattutto nei casi in cui il matrimonio si fosse celebrato nei decenni precedenti.

Dalla Serie dell'Istat "Matrimoni, separazioni e divorzi", elaborata a partire dal 1988, emerge in modo evidente la condizione professionale della figura femminile al momento dello scioglimento dell'unione coniugale. Nel 1990, su 27.682 donne divorziate, 8.775 risultavano casalinghe, in una misura, pertanto, del 31,69%[46]. Dato che, tuttavia, è drasticamente diminuito negli ultimi anni.

4. Il ritorno alla natura composita e la rivincita della funzione compensativa in Sez. Un. n. 18287/2018.

I cambiamenti della società, l'eterogeneità delle realtà familiari, l'aumento dei divorzi e, soprattutto, il nuovo ruolo assunto dalla figura della donna nel mondo del lavoro portarono la giurisprudenza a ripensare alla parametrazione dei mezzi adeguati di cui all'art. 5 l. div.

Prendiamo nuovamente in considerazione il dato indicato a chiusura del paragrafo precedente. Se nel 1990 le donne divorziate casalinghe erano circa il 32%, nel 2017 la percentuale diminuisce al 16,25%. Su un totale di 62.241 donne divorziate, si annoveravano, infatti, solo 10.115 casalinghe[47]. Interessante come, anche da un punto linguistico, la "professione" di casalinga non sia più riferita alla sola figura femminile. Nella sua ultima versione[48], il Dizionario Devoto-Oli inserisce tra le sue voci anche il sostantivo "casalingo", riferito all'uomo che svolge

45 Cass. civ., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490.

46 Istat: "Scioglimento e cessazioni degli effetti civili del matrimonio per settore di attività economica e posizione nella professione della moglie, settore di attività economica e posizione nella professione del marito - Anno 1990", in *Matrimoni, separazioni e divorzi*, annuario n.3, Roma, 1993, Tavola n. 3.12.

47 I dati raccolti dall'Istat sono stati consultati nella Sezione "Divorzi - Caratteristiche socio-professionali; Condizione professionale dei coniugi", disponibile al sito www.dati.istat.it.

48 Dizionario della lingua italiana Devoto-Oli 2022.

le faccende di casa, ma aggiungendo altresì "o che ama stare in casa (anche scherz.)"[49]. I tempi cambiano, ma i retaggi del passato sono ancora evidenti[50].

A partire dal 2017, la Cassazione[51] iniziò ad ancorare il diritto all'assegno divorzile al solo parametro dell'indipendenza economica del coniuge richiedente, giungendo poi, nel 2018[52], a riaffermare la natura composita – compensativa, perequativa e assistenziale –, con una particolare rilevanza delle prime due componenti[53], strettamente connesse tra loro e volte a fornire un riconoscimento, in termini economici, alle rinunce ad aspettative professionali e reddituali compiute dal richiedente per prendersi cura della famiglia e per soddisfare interessi e bisogni comuni della coppia.

Superando la prospettiva eminentemente – forse troppo – individualistica proposta dalla Prima Sezione nel 2017[54], le Sezioni Unite non dimenticano così il passato della relazione affettiva, considerando gli *ex* coniugi comunque come persone singole, ma leggendo l'autodeterminazione in chiave di autoresponsabilità nelle scelte di vita comune, in ragione della solidarietà[55].

Nonostante l'interpretazione della Cassazione abbia fornito maggiore chiarezza sulle questioni relative all'assegno, dopo la pronuncia molti erano i dubbi che continuavano a permanere, soprattutto in relazione alla natura composita e all'attuale perimetrazione della funzione assistenziale, venendo esplicitamente eliso ogni riferimento al tenore di vita.

49 Alla voce scherzosa fa riferimento anche lo Zingarelli, in cui la voce "casalingo" era già presente, invero, dal 2005.

50 Sulla divisione dei sessi nel lavoro e sulle trasformazioni delle professioni si rinvia a Aa.V.v.: *Trasformazioni del lavoro nella contemporaneità. Gli uomini nei lavori "non maschili"* (a cura di M.S. Perra, E. Ruspini), Franco Angeli, Bologna, 2014.

51 Cass. civ., 22 giugno 2017, n. 15481; Cass. civ., 10 maggio 2017, n. 11504.

52 Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, a commento della quale si segnalano Patti, S.: "Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite", *Corr. giur.*, 2018, n. 10, pp. 1200 ss.; Rimini, C.: "Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa", *Giur. it.*, 2018, n. 8-9, pp. 1843 ss.; Bianca, M.:, "Le Sezioni Unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?", *Foro it.*, 2018, n. 9, pp. 2671 ss.

53 Nonostante la Corte affermi, in via di principio, che all'assegno deve attribuirsi una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa, da una lettura della pronuncia pare vi sia una prevalenza di queste ultime. Sul tema, Rimini, C.: "La funzione compensativa dell'assegno divorzile e la natura disponibile del diritto: una proposta", in Aa.Vv.: *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale* e *intelligenza artificiale* (a cura di Al Mureden E., Rovatti R.), Giappichelli, Torino, 2020, pp. 194 ss.

54 Cass. civ., 22 giugno 2017, n. 15481; Cass. civ., 10 maggio 2017, n. 11504.

55 Bianca, M.: "La perdurante incertezza sulla natura dell'assegno divorzile", in Aa.Vv.: *Divorzio 1970-2020. Una riflessione collettiva* (a cura di Cuffaro V.), Giuffré, Milano, 2021, p. 327, secondo la quale il riferimento alla solidarietà nelle sentenze della Prima sezione del 2017 risultava una mera clausola di stile. A differenza di quanto affermato dalla Cassazione in quell'occasione, pertanto, il diritto all'assegno può oggi essere riconosciuto anche a una persona economicamente autosufficiente, ma solo qualora abbia effettuato dei sacrifici durante la vita matrimoniale che siano causalmente connessi allo squilibrio di non modesta entità presente tra i patrimoni delle parti al momento del divorzio.

III. LA FUNZIONE ASSISTENZIALE OGGI.

Ma cosa si intende, oggi, per funzione assistenziale?

Ancora una volta, l'interpretazione deve tener conto della società attuale, caratterizzata da una molteplicità di modelli familiari, da famiglie che si sovrappongono, da una donna impegnata nel mondo del lavoro al pari della figura maschile.

Tra le questioni ancora dibattute, si presenta in primo piano quella della necessaria compresenza di tutte le componenti dell'assegno – assistenziale, perequativa e compensativa –, che dalla qualificazione in termini di natura composita discenderebbe. In un passaggio motivazionale della sentenza delle Sezioni Unite del 2018 si legge infatti che "la funzione assistenziale dell'assegno di divorzio si compone di un contenuto perequativo-compensativo che discende direttamente dalla declinazione costituzionale del principio di solidarietà"[56].

In dottrina, alcuni Autori sostengono che la funzione assistenziale sia sempre il presupposto dell'assegno divorzile, dovendo sussistere una differenza economico-patrimoniale tra i coniugi al fine del riconoscimento del diritto[57]. Solo in questo modo si potrebbe evitare il rischio di una compensazione "pura" a favore di chi si sia sacrificato durante la vita matrimoniale, ma non si trovi in una situazione svantaggiata rispetto alla controparte al momento del divorzio[58]. Altra tesi, invece, distingue tra una funzione assistenziale minima, che parametra l'adeguatezza dei mezzi in ragione dell'autosufficienza economica, e una funzione assistenziale-compensativa, volta a raggiungere una perequazione tra i coniugi modulata in proporzione alla durata, all'intensità e alla rilevanza del contributo fornito dal beneficiario[59].

Oggi, parlare di assistenza al pari di un tempo, attribuendo sempre a ogni assegno divorzile anche una componente assistenziale, risulta antistorico e rischia di svilire le conquiste raggiunte dalla donna negli ultimi anni. Quando l'assegno assume una funzione compensativa, infatti, non si cerca certo assistenza, quanto il giusto riconoscimento dei sacrifici effettuati durante il matrimonio che abbiano inciso, da un punto di vista causale, sulla differenza patrimoniale presente al

56 Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287.

57 Bianca, M.: "La perdurante incertezza", cit., p. 337; Buzzelli, D.: "Una "rilettura" del recente orientamento delle Sezioni Unite sulla funzione dell'assegno di divorzio", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, n. 6, pp. 1366 ss.; Rimini, C.; Razzari, M.: "Art. 5", in A.a.V.v.: *Commentario del Codice civile* (diretto da E. Gabrielli), *Della Famiglia. Leggi complementari* (a cura di G. Di Rosa), vol. III, 2018, p. 134; Trabucchi A., *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2012, p. 380.

58 Bianca, M.: "La perdurante incertezza", cit., p. 337.

59 Al Mureden, E.: "Le nuove funzioni dell'assegno divorzile nello specchio dei *big money cases*", *Fam. e dir.*, 2019, n. 12, pp. 1077 ss.; Id.: "La solidarietà post-coniugale a cinquant'anni della legge sul divorzio", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 16 bis, pp. 800 ss.

momento del suo scioglimento. La disparità, inoltre, si presenta pur sempre in termini relativi, potendosi anche rapportare a una situazione del coniuge "debole" non coincidente con uno stato di bisogno in senso stretto.

Ebbene, se ci si vuole riuscire davvero ad affrancare dal parametro del tenore di vita, evitando ogni rischio di rendita indebita, va riconosciuta autonoma dignità alle diverse funzioni dell'assegno divorzile e, in particolare, a quella compensativa. Ciò non elide la natura composita, ma, anzi, ne consente una piena realizzazione.

A ben vedere, la soluzione è confermata anche dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite n. 32198/2021[60], che ha differenziato la sorte dell'assegno divorzile in seguito all'instaurazione di una nuova convivenza stabile da parte del beneficiario della somma, a seconda della funzione assunta dall'assegno stesso nel caso concreto. Solo se finalizzato a rispondere alla situazione di bisogno del ricevente, la cessazione dell'erogazione ha ragion d'essere, stanti i vincoli di assistenza che sorgono in capo al nuovo *partner*[61]; viceversa, qualora la funzione sia compensativa, il diritto all'assegno divorzile non può venir meno in base a un automatismo. Principio di diritto che deve essere esteso, a parere di chi scrive, anche all'ipotesi di celebrazione di nuove nozze, con un'interpretazione del dato normativo dell'art. art. 5, comma decimo, l. div. che sia coerente con la realtà sociale attuale e con le diverse funzioni che l'assegno può assumere[62].

Pertanto, in presenza di sacrifici compiuti da uno dei coniugi, anche in base a scelte condivise, che abbiano contribuito in modo decisivo alla formazione del patrimonio comune o di quello dell'altro e abbiano causato lo squilibrio economico-patrimoniale presente al momento del divorzio, l'assegno assumerà una funzione esclusivamente perequativo-compensativa[63]. Viceversa, qualora non si siano effettuate delle significative rinunce durante la comunione di vita oppure queste non abbiano causato il consistente divario tra i patrimoni delle parti oppure ancora siano già state retribuite in precedenza[64], non ci sarà nulla da compensare. Tuttavia, il richiedente potrebbe comunque non disporre dei mezzi adeguati per vivere e non essere in grado di procurarseli per ragioni di età, salute, situazioni

60 Cass. civ., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198.

61 In entrambe le ipotesi, infatti, come si specificherà in seguito, sussiste un dovere di assistenza morale e materiale all'interno della coppia, che giustifica l'estinzione dell'obbligo di versamento.

62 Ritenere che l'assegno divorzile cessi sempre nel caso di nuove nozze, a prescindere dalla funzione assunta nel caso concreto, rischia di svilire l'importanza riconosciuta alla componente compensativa. Va infatti scongiurato ogni tipo di automatismo, in ragione della natura composita dell'assegno e al fine di fornire effettività a tutte le funzioni che esso può assumere. Ne consegue che, anche nel caso di celebrazione di un nuovo matrimonio, la cessazione ha ragion d'essere solo qualora il diritto sia stato riconosciuto con finalità assistenziale, per rispondere a uno stato di bisogno del richiedente. Il problema dovrebbe attenuarsi raggiungendo la compensazione per mezzo di un assegno versato in un'unica soluzione o per un tempo limitato, secondo gli auspici della stessa Corte di cassazione.

63 Come si avrà modo di evidenziare, infatti, sussiste uno stretto legame tra compensazione e perequazione.

64 Si pensi al caso in cui le rinunce siano già state compensate con delle erogazioni durante il matrimonio o con dei trasferimenti patrimoniali in sede di separazione.

personali o sociali al momento dello scioglimento del matrimonio. Ebbene, è in questo caso che trova spazio la funzione assistenziale, che torna così a colorare la sua *ratio* della vera essenza dell'assistenza, avendo il suo fondamento in una reale situazione di bisogno del richiedente.

Proprio per questo motivo, l'assegno si dovrà oggi parametrare non più al tenore di vita, ma a quell'importo che consenta al beneficiario di vivere nell'esercizio dei suoi diritti fondamentali, nel rispetto del vero nucleo della dignità della persona; fino a che egli non sia in grado di reinserirsi nel mondo del lavoro, laddove possibile, e in ossequio al principio di autoresponsabilità. L'importo sarà dunque simile a quello in cui si determina un assegno alimentare, in modo tale non solo di evitare una rendita di posizione[65], ma altresì connotando l'assistenza post-coniugale di una solidarietà "bilaterale": da un lato volta a garantire un'esistenza dignitosa[66] al richiedente, dall'altro a consentire anche al debitore di ricostruirsi una nuova vita[67]. La solidarietà, infatti, risiede sempre in una situazione relazionale e di reciprocità; non segue una sola direzione che si sviluppa dal soggetto che versa l'assegno al beneficiario. Solo in questo modo può realizzarsi in modo effettivo un equo bilanciamento tra assistenza, solidarietà e autoresponsabilità, raggiungendo così pari dignità e uguaglianza.

Nella medesima prospettiva, nel caso di assegno con funzione compensativa, l'assenza di una componente assistenziale non rischia di realizzare una compensazione "pura", ossia di obbligare l'onerato a versare una somma anche in assenza di un divario economico-patrimoniale al momento del divorzio. Tale requisito, infatti, è già un presupposto della perequazione, che alla compensazione è strettamente connessa, sempre in applicazione di quelle istanze solidaristiche e di pari dignità e uguaglianza tra i coniugi riconducibili agli artt. 29 Cost. e 2 Cost. Perequare, invero, ha in sé la radice dell'equità e nella sua etimologia riporta ai concetti del pareggiare, del rendere uguale, del ripartire eliminando le disparità. A fronte di situazioni che si presentano uguali, non c'è alcuna disparità da eliminare e una ridistribuzione non trova quindi ragion d'essere[68].

65 Negli stessi termini anche Trib. Treviso, 1 marzo 2019.

66 La nozione di dignità non va qui intesa in senso relativo, ossia relazionandola alla situazione sociale ed economica del richiedente, ma nella sua essenza di dignità della persona in sé e per sé considerata.

67 Al Mureden, E.: "Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi", *Fam. e dir.*, 2021, n. 1, p. 32.

68 Da un lato, anche a fronte di sacrifici di una parte che abbiano causato il divario economico-patrimoniale, perequare non può essere inteso in senso assoluto, ossia come il raggiungimento, dopo il divorzio, di un perfetto equilibrio tra i redditi e i patrimoni delle parti. Viceversa, si tornerebbe nuovamente al criterio del tenore di vita (Cass. civ., 9 agosto 2019, n. 21234). Dall'altro, proprio la radice dell'equità richiede di ricercare uguaglianza e pari dignità tra i coniugi, ripartendo ciò che è disponibile al momento del divorzio (Al Mureden, E.: "L'assegno divorzile tra diritto vivente, metodi di calcolo e intelligenza artificiale", in A.a.V.v.: *Divorzio 1970-2020. Una riflessione collettiva* (a cura di V. Cuffaro), Giuffré, Milano, 2021, p. 284), anche in considerazione della situazione dell'onerato (Sesta, M.: "Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare", *Fam. e dir.*, 2018, 11, p. 988). Viceversa, gli sarebbe richiesto di versare un importo al di fuori della sua portata, con la conseguenza

IV. NUOVE RELAZIONI E ASSISTENZA FAMILIARE: UN RITORNO DALLA PATOLOGIA ALLA FISIOLOGIA.

Continuiamo a concentrare la nostra attenzione sul solo assegno con funzione assistenziale. Si è rilevato che l'assistenza familiare continua a manifestarsi anche dopo lo scioglimento del matrimonio, in ragione della solidarietà post-coniugale. L'instaurarsi della prestazione nella fase di patologia del rapporto determina un "assottigliamento" dell'assistenza, che non sarà più quantificata ai sensi dell'art. 143 c.c. – base giuridica del diritto all'assistenza materiale nella fisiologia della relazione –, ma, come si è visto, si parametrerà alla risposta allo stato di bisogno del richiedente.

In un momento storico in cui si è ben consapevoli che il matrimonio non è più (e non vuole nemmeno più essere) una "*sistemazione* per tutta la vita", il vincolo ormai sciolto non può connotarsi di un carattere di ultrattività[69], che disattenderebbe quella "solidarietà bilaterale" di cui si è dato conto. Ne consegue che la celebrazione di una nuova unione o l'instaurazione di una nuova convivenza stabile da parte del beneficiario dell'assegno divorzile con funzione assistenziale va ad elidere, come si è anticipato, il filo dell'assistenza familiare che era rimasto intatto dopo il divorzio.

La conferma si riscontra nel dato normativo. Quanto all'ipotesi di celebrazione di nuove nozze, l'art. 5, comma decimo, l. div. dispone la cessazione dell'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile – aggiungiamo noi, con funzione assistenziale –[70]. Sarà infatti il nuovo coniuge a dover rispondere all'eventuale stato di bisogno di chi riceveva la somma, in ragione di nuovi obblighi di assistenza morale e materiale di cui all'art. 143 c.c. Lo stesso deve dirsi nel caso di nuova convivenza stabile[71], stante la reciproca assistenza morale e materiale tra i componenti della coppia ai sensi dell'art. 1, comma trentaseiesimo, l. n. 76/16[72], nonché in ragione del

paradossale di invertire la situazione, portandolo a trovarsi in una condizione di debolezza economica rispetto al beneficiario, in modo del tutto contrario a quella solidarietà che abbiamo definito "bilaterale".

69 Ragione per cui sia la dottrina sia la giurisprudenza sostengono che sia preferibile un versamento *una tantum* rispetto a quello periodico (profilo sul quale si veda *infra*).

70 Si veda nt. n. 62.

71 Sui rapporti tra instaurazione di una nuova convivenza e assegno divorzile Rimini, C.: "Gli effetti della relazione affettiva stabile sulla titolarità dell'assegno divorzile: nuove prospettive sulla base della funzione compensativa dell'assegno", *Fam. e dir.*, 2021, n. 3., pp. 270 ss.; Danovi, F.: "Assegno di mantenimento e di divorzio e nuova convivenza, tra onere della prova, discrezionalità giudiziale e adeguato supporto motivazionale", *Corr. giur.*, n. 1, 2021, pp. 21 ss.; Quadri, E.: "Diritto all'assegno di divorzio e convivenza: alla ricerca di una soluzione coerente", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, n. 4, pp. 883 ss.; Al Mureden, E.: "Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno divorzile", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, n. 7/8, pp. 683 ss.; Bonilini, G., Natale, A.: "La convivenza *more uxorio* del beneficiario", in Aa.V.v.:*Trattato diritto famiglia* (a cura di G. Bonilini, G. Cattaneo), vol. II, Utet, Torino, 2015, III, pp. 2984 ss.; Achille, D.: "Revisione dell'assegno di divorzio: giustificati motivi sopravvenuti e convivenza *more uxorio*", *Fam. pers. succ.*, 2010, n. 11, pp. 754 ss.

72 In ragione della nuova disposizione, l'adempimento delle prestazioni tra conviventi non potrà dunque più essere ricondotto al mero adempimento di obbligazioni naturali.

principio di autoresponsabilità, della dignità e della serietà riconosciuta alla nuova formazione sociale[73]. A una prestazione fondata su una situazione patologica, frutto di una solidarietà oramai "assottigliata" e che trova la sua ragione nel passato, si sostituisce così, nuovamente, un'assistenza "dalla (nuova) famiglia e per la famiglia", nella fisiologia dell'instaurato rapporto familiare.

In modo parallelo, un'ulteriore evoluzione dell'assistenza si può manifestare anche nell'eventuale passaggio dalla fisiologia della nuova relazione affettiva alla sua patologia. In tal caso, si ripresenta infatti la possibilità di chiedere al nuovo coniuge il versamento di un assegno divorzile, in presenza dei requisiti di cui all'art. 5 l. div., e al nuovo convivente l'erogazione di una somma sostanzialmente alimentare qualora si versi in uno stato di bisogno al termine della relazione, ai sensi dell'art. 1, comma sessantacinquesimo, l. n. 76/16.

Proprio quest'ultima disposizione, che si riferisce, in realtà, al diritto di ricevere gli "alimenti", concorre a confermare la odierna perimetrazione della funzione assistenziale anche nel matrimonio. La maggior forza del vincolo coniugale, infatti, non delinea un'assistenza "maggiormente qualificata", ossia idonea a determinare il versamento di una somma che consenta al beneficiario di mantenere il medesimo tenore di vita. Piuttosto, solo il matrimonio consentirà di chiedere anche una compensazione dei sacrifici che si siano svolti durante la relazione affettiva. Nel caso di nuova convivenza, viceversa, la più marcata precarietà giustifica la sola funzione assistenziale, che non può venir meno, in quanto espressione della tutela dei diritti fondamentali della persona e della solidarietà insite nell'art. 2 Cost. Ancora una volta, quindi, la funzione assistenziale trova la sua determinazione nella risposta "essenziale" alla situazione di disagio del beneficiario, come nel caso di scioglimento della convivenza così anche in quello del matrimonio.

V. ASSEGNO CON FUNZIONE ASSISTENZIALE E ALIMENTI; INTERFERENZE CON L'ASSISTENZA DI STAMPO PUBBLICISTICO.

A tale ordine di considerazioni si potrebbe ribattere che una funzione assistenziale dell'assegno divorzile, così delineata, ne determinerebbe una ingiustificata riconduzione nell'alveo degli alimenti, in assenza di una espressa previsione dell'*ex* coniuge nel novero dei soggetti obbligati a prestarli in base all'art. 433 c.c. e con una proiezione ingiustificata del rapporto nel futuro.

A ben vedere, sia nel caso dell'assegno divorzile con funzione assistenziale sia in quello degli alimenti, la prestazione trova il suo fondamento nella solidarietà ed

73 Cass. civ., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198.

è erogata da parte di una persona che ha un legame (di regola[74]) familiare con il richiedente. Quest'ultimo, in entrambe le ipotesi, versa in uno stato di bisogno e non è in grado di provvedere autonomamente al proprio sostentamento. Nell'un caso, però, l'obbligo si instaura nella fisiologia del rapporto familiare, nell'altro, invece, nella sua patologia, trovando la sua ragione in una relazione affettiva ormai cessata. Tuttavia, a differenza di un tempo[75], non si può negare un'analogia funzionale dei due istituti[76], che richiede di ripensarne i tratti comuni in modo unitario[77]. Ne derivano molteplici conseguenze:

1. Quanto ai requisiti, sia nel caso degli alimenti sia in quello dell'assegno con funzione assistenziale, va accertato lo stato di bisogno del richiedente, che deve essere incolpevole, in ossequio a un principio di autoresponsabilità. Ne consegue che si deve tener conto delle sue capacità e concrete opportunità di lavoro, del suo patrimonio, nonché della eventuale possibilità di riscuotere dei crediti scaduti[78]. Secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, inoltre, nella valutazione dello stato di bisogno rientra altresì la concreta possibilità o l'ingiustificato rifiuto del soggetto debole di usufruire dei servizi socio-assistenziali erogati dallo Stato[79]. Torna così in rilievo la commistione tra i profili di assistenza pubblica e di assistenza privata poste a tutela della famiglia, con un'inversione di tendenza e un *favor* per l'intervento statale, che si giustifica soprattutto nella fase di patologia del rapporto di coniugio. Ciò non significa, però, far venir meno ogni istanza di solidarietà post-coniugale: non si deve, infatti, scivolare nel rischio di introdurre una condizione di procedibilità non prevista dalla legge, limitando così il diritto all'assegno con funzione assistenziale (o agli alimenti) per via giurisprudenziale. Il magistrato, piuttosto, sarà vincolato dalla dialettica processuale e dalle domande ed eccezioni delle parti sul punto.

La tesi è avvalorata anche da una recente pronuncia della Cassazione[80] resa, invero, in tema di assegno a favore del figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente. Secondo la Corte, la soddisfazione di una vita dignitosa del figlio, "alla cui realizzazione ogni giovane adulto deve aspirare" non può "andare avanti per sempre" mediante la mera attuazione dell'obbligo di mantenimento da parte del genitore: "egli deve far fronte al suo stato attraverso i diversi strumenti di ausilio, ormai di dimensione sociale, che sono finalizzati ad assicurare sostegno

74 L'art. 433 c.c. indica infatti tra gli obbligati anche il donatario, in ragione della riconoscenza che nasce dalla donazione.

75 Cass. civ., sez. un., 9 luglio 1974, n. 1194, ma anche Vincenzi Amato, D.: "I rapporti patrimoniali", cit., 318.

76 Sempre con riferimento all'assegno con funzione assistenziale.

77 Così anche Ferrando, G., voce "Alimenti", in *Digesto civ.*, agg., vol. I, Utet, Torino, 2000, §2.

78 Caferra, V. M.: *Famiglia e assistenza*, cit., p. 30; Provera, G.: "Degli alimenti. Art. 433-448", in Aa.Vv.: *Commentario del Codice civile* (a cura di Scialoja A., Branca G.), Zanichelli, Bologna-Roma, 1972, p. 82.

79 Caferra, V. M.: *Famiglia e assistenza*, cit., p. 30, Cass. civ., 24 febbraio 2021, n. 5055.

80 Cass. civ., 7 ottobre 2022, n. 29264.

al reddito", restando ferma la sola obbligazione alimentare, volta a supplire alle eventuali esigenze di vita essenziali dell'individuo bisognoso. Ebbene, al di là della diversa quantificazione e funzione dell'assegno rispetto a quello divorzile, se tale principio vige in un rapporto familiare – quello tra genitore e figlio – che si trova in una fase fisiologica, ancor più se ne dovrà affermare la rilevanza in una relazione di coppia ormai cessata, seppur con le ulteriori precisazioni che si effettueranno nel paragrafo a seguire.

2. Come si è già avuto modo di specificare, la funzione assistenziale non andrà più parametrata al tenore di vita, ma alla risposta allo stato di bisogno del richiedente. Sia per l'assegno con funzione assistenziale sia per gli alimenti, le erogazioni non dovranno quindi superare quanto sia necessario al beneficiario per vivere nell'esercizio dei suoi diritti fondamentali; al di là del richiamo dell'art. 438 c.c. alla posizione sociale dell'alimentando[81]. Nella società odierna, infatti, la distinzione tra alimenti naturali e alimenti civili non trova più ragion d'essere[82], ponendosi in contrasto con la pari dignità di ogni persona in quanto tale. Una quantificazione nella somma sufficiente per vivere in modo libero e dignitoso, nel senso proprio del termine[83], evita così che si instaurino delle rendite parassitarie a favore del beneficiario, che sarà altresì più incentivato ad attivarsi per ridurre il proprio stato di bisogno.

3. In ragione della sua funzione "para-alimentare", anche all'assegno divorzile con funzione assistenziale dovranno riconoscersi quei caratteri di irripetibilità, impignorabilità e non compensabilità propri degli alimenti[84].

In tali argomentazioni, si è presa in considerazione un'assistenza qualificabile come "diretta", ossia fornita dal soggetto pubblico o privato nei confronti della persona che si trovi in stato di bisogno. Tuttavia, con riguardo alle questioni che ci occupano, l'assistenza di stampo pubblicistico può avere un'incidenza anche "indiretta", soprattutto quando sia fornita nei confronti di quei soggetti deboli tradizionalmente affidati alla cura della figura femminile (si pensi ai malati, ai minori, agli anziani). Ritroviamo, dunque, quanto specificato anche tra gli obiettivi della Missione 6 del PNRR: la possibilità per queste categorie di accedere alle prestazioni garantite dallo Stato può contribuire a una maggiore realizzazione della parità di genere nella partecipazione della donna al mondo del lavoro, garantendole più

81 Il riferimento alla posizione sociale dell'alimentando è ritenuto incostituzionale da Bianca, C. M.: *Diritto civile. 2.1*, cit., p. 485.

82 Gli alimenti naturali rispondono ai bisogni elementari della persona – quali vitto, alloggio, medicinali, vestiario – e sono necessari ad assicurare al beneficiario una vita dignitosa. Gli alimenti civili, invece, sono volti a soddisfare le esigenze dell'alimentando, essendo commisurati alla sua condizione sociale (Provera, G.: "Degli alimenti", cit., pp. 80-81).

83 Ossia, come si è spiegato, che guarda alla persona in quanto tale e non alla sua posizione sociale.

84 Sul punto, anche con riferimento agli assegni a favore del coniuge separato e dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti, si consenta nuovamente di rinviare a Travan, G.: "Irripetibilità, impignorabilità", cit., pp. 818 ss.

ampi spazi di libertà nella gestione del proprio tempo. Alla figura femminile sarà così consentito di sviluppare più facilmente la propria professionalità e di aumentare la propria autonomia economica. Intesa in questa direzione, l'assistenza sociale di stampo pubblicistico può incidere ulteriormente e a monte anche con riferimento ai requisiti dell'assegno divorzile, riducendo i casi in cui, tradizionalmente, la donna si trova priva di mezzi adeguati o nell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive al momento dello scioglimento del matrimonio[85].

VI. LA SOPRAVVENIENZA DELLO STATO DI BISOGNO DOPO IL DIVORZIO.

Spesso accade che la mancanza di mezzi adeguati o l'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive sopravvenga rispetto al momento dello scioglimento del matrimonio. In tale ipotesi, come specificato anche a più riprese dalla giurisprudenza[86], è possibile instaurare un giudizio di modifica delle condizioni di divorzio *ex* art. 9 l. div., chiedendo, anche per la prima volta, il versamento di un assegno divorzile. In presenza di giustificati motivi, il mutamento delle circostanze di fatto successivo al passaggio in giudicato della sentenza[87] consente così di procedere alla revisione di quelle statuizioni che si erano adottate *rebus sic stantibus*.

Va anzitutto rilevato che tale giudizio, celebrato in forma collegiale e in un'unica udienza, risente di maggiori restrizioni dal punto di vista probatorio, che rendono più complicato l'accertamento dei requisiti di cui all'art. 5, comma sesto, l. div.[88]. Qualora si fossero effettuati dei sacrifici rilevanti durante il matrimonio – non però precedentemente esclusi in sede di divorzio, in ragione del principio del *ne bis in idem*[89] –, al raggiungimento della loro prova e accertati anche gli altri presupposti, si potrà ottenere il versamento di una somma con funzione compensativa. Allo stesso modo, qualora non si sia instaurato alcun nuovo legame stabile da cui sorgano obblighi di reciproca assistenza, in presenza dei requisiti e a fronte di uno stato di bisogno sopravvenuto del richiedente, sussisterà il diritto a un assegno con funzione assistenziale. In questo caso, però, si presenta in modo ancora più forte la possibilità, per il potenziale debitore, di eccepire l'ingiustificato rifiuto o l'occasione concreta della controparte di usufruire dei servizi socio-assistenziali

85 Così anche Ferrando, G., "Alimenti", cit., §5.

86 Si vedano, ad esempio, Cass. civ., 24 febbraio 2021, n. 5055; Cass. civ., 25 ottobre 2017, n. 25327; Cass. civ., 7 gennaio 2014, n. 108.

87 Cass. civ., 15 ottobre 2014, n. 21874; Cass. civ., 2 novembre 2004, n. 21049; Cass. civ., sez. un., 20 luglio 1993.

88 Anche se, sul punto, si segnala Cass. civ., 2 febbraio 2006, n. 2239, secondo cui non sarebbe necessaria una valutazione *ex novo* dei requisiti, essendo sufficiente un peggioramento del reddito del richiedente o un miglioramento di quello dell'obbligato.

89 Cass. civ., 24 febbraio 2021, n. 5055.

pubblici oppure di ricevere assistenza anche da altri soggetti, quali gli obbligati ai sensi dell'art. 433 c.c.; norma che, abbiamo visto, si inserisce invece nella fisiologia del rapporto familiare. Ciò vale soprattutto qualora la domanda di modifica sia presentata dopo molto tempo rispetto al divorzio.

Vero è che continua a permanere quella assottigliata solidarietà post-coniugale, ma un vincolo *ad infinitum*, che veda il solo *ex* coniuge come primo e unico obbligato in una situazione di patologia del legame, si pone in modo del tutto disarmonico rispetto alla nuova concezione di famiglia e alla solidarietà reciproca. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il matrimonio abbia avuto breve durata e la domanda di modifica venga proposta trascorsi molti anni dal suo scioglimento, nei confronti di chi abbia già costituito una nuova famiglia.

Il problema dell'assistenza "residuale" si ripropone altresì, in modo più accentuato, nel caso del versamento di un assegno divorzile in un'unica soluzione. La (ri)consacrazione della natura composita ha infatti rimarcato i limiti di un'attribuzione periodica[90] ai sensi dell'art. 5, comma sesto, l. div., idonea a creare "rendite vitalizie" e una vera e propria "sovra-compensazione" rispetto ai sacrifici concretamente effettuati durante il matrimonio (nell'ipotesi in cui l'assegno abbia funzione compensativa). Facendosi portatrici delle numerose istanze della dottrina, anche le Sezioni Unite, con la sent. n. 32198/2021, hanno sostenuto che un assegno *una tantum* o corrisposto per un numero limitato di anni è più funzionale a riequilibrare il divario economico-patrimoniale presente al momento del divorzio e a ricompensare le eventuali rinunce che abbiano causato lo squilibrio.

La corresponsione in un'unica soluzione è prevista dall'art. 5, comma ottavo, l. div., ma solo su accordo delle parti; ragione per cui la disposizione ha, sino ad ora, trovato difficile applicazione. Per fornire effettività alla funzione compensativa, sia in sede contenziosa sia di negoziazione assistita, giudici, avvocati e mediatori devono dunque cercare di promuovere una soluzione condivisa tra i coniugi, volta al versamento temporaneo o in un'unica soluzione dell'assegno[91].

90 Si vedano, ad esempio, Sesta, M.: "Profili attuali della solidarietà post coniugale", in A.a.V.v.: *Divorzio 1970-2020. Una riflessione collettiva* (a cura di Cuffaro V.), Giuffré, Milano, 2021, p. 133; Al Mureden, E.: "Art. 1, comma 65, L. 2016/76", in A.a.V.v.: *Codice dell'unione civile* e *delle convivenze* (a cura di M. Sesta), Giuffré, Milano, 2017, pp. 1424 ss.

91 Già Irti, C.: "L'accordo di corresponsione *una tantum* nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio: spunti di riflessione sulla gestione patrimoniale della crisi coniugale tra autonomia delle parti e controllo del giudice", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, n. 4, pp. 812 ss. sosteneva la tesi del versamento dell'assegno in un'unica soluzione anche in sede di negoziazione assistita. Per un approfondimento sul tema all'indomani della pronuncia delle Sezioni Unite del 2018, anche con uno sguardo al diritto comparato, Irti, C.: "Il futuro del pagamento *una tantum* all'indomani della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione", *Familia*, 2019, n. 1, pp. 63 ss.

Va altresì segnalato che il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della l. 26 novembre 2021, n. 206[92], recante la riforma del processo civile, ha introdotto all'art. 6 d.l. n. 132/2014 un comma 3-bis, secondo cui quando la negoziazione assistita ha ad oggetto lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio o lo scioglimento dell'unione civile, le parti possono stabilire, nell'accordo, la corresponsione di un assegno in unica soluzione, con una valutazione di equità effettuata dagli avvocati.

Sia che l'accordo si raggiunga in sede giudiziale o di negoziazione assistita, si pone in problema della possibilità di una sua modifica, a fronte di sopravvenuti giustificati motivi e, in particolare, di uno stato di bisogno del beneficiario. Quanto alla prima ipotesi, un orientamento sostiene che non sia ammissibile l'instaurazione di un giudizio *ex* art. 9 l. div., poiché l'art. 5, comma ottavo, l. div. stabilisce che, raggiunto l'accordo per la corresponsione in un'unica soluzione, ritenuta equa dal Tribunale, non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico[93]. Viceversa, si disincentiverebbe la definizione dei rapporti patrimoniali nella forma del cosiddetto *clean break*[94], volto a evitare l'instaurarsi di ulteriore contenzioso (che, pur nel contrasto, riapre un rapporto che si vorrebbe aver chiuso). Inoltre, si sarebbe tenuti a rispondere alla situazione di chi abbia speso, in modo eventualmente non oculato, quanto ricevuto in precedenza[95]. Altri Autori, invece, sostengono che il soggetto che versi in uno stretto stato di bisogno non possa essere abbandonato a se stesso, continuando a residuare dei margini di solidarietà post-coniugale[96]. La questione, a ben vedere, si manifesta in tutta la sua problematicità e, probabilmente, si presenterà con maggiore frequenza in futuro, soprattutto una volta accolto l'insistente invito di dottrina e giurisprudenza al raggiungimento di un accordo per il versamento *una tantum*.

Fino a che limite si può spingere, oggi, l'assistenza nei confronti di una famiglia che ormai non c'è più?

92 Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata.

93 Rimini, C.; Razzari, M.: "Art. 9", in Aa.V.v.: *Commentario del Codice civile* (diretto da Gabrielli, E.), *Della Famiglia. Leggi complementari* (a cura di G. Di Rosa), vol. III, 2018, p. 178; Bonilini, G., Natale, A.: "L'assegno post-patrimoniale", in Aa.V.v.: *Trattato diritto famiglia*, vol. II, Utet, Torino, 2022, pp. 976 ss. La valutazione di equità sarebbe volta a sottrarre l'accordo alla regola del *rebus sic stantibus* a parere di La Spina, A.: "Accordi in sede di separazione e assolvimento dell'obbligo di mantenimento del coniuge mediante corresponsione *una tantum*", *Riv. dir. civ.*, 2010, n. 5, p. 482. Sul tema, approfonditamente e altresì per i rilievi sulla modificabilità dell'accordo di negoziazione assistita, Irti, C.: "L'accordo di corresponsione *una tantum*", cit., pp. 821 ss.

94 Rimini, C.; Razzari, M.: "Art. 9", cit., p. 179.

95 Bonilini, G., Natale, A.: "L'assegno post-patrimoniale", cit., p. 976.

96 Bianca, C. M.: *Diritto civile. 2.1*, cit., p. 360.

BIBLIOGRAFIA.

AA.V.V., "Famiglia e diritto (1975-2015. Famiglia e Diritto: quarant'anni di trasformazioni)", *Fam. e dir.*, 2015, 11.

AA.V.V.: *Trasformazioni del lavoro nella contemporaneità. Gli uomini nei lavori "non maschili"* (a cura di M.S. Perra, E. Ruspini), Franco Angeli, Bologna, 2014.

ACHILLE, D.: "Revisione dell'assegno di divorzio: giustificati motivi sopravvenuti e convivenza *more uxorio*", *Fam. pers. succ.*, 2010, n. 11, pp. 754 ss.

AL MUREDEN, E.: "Art. 1, comma 65, L. 2016/76", in A.A.V.V.: *Codice dell'unione civile e delle convivenze* (a cura di M. SESTA), Giuffré, Milano, 2017.

AL MUREDEN, E.: "Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno divorzile", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, n. 7/8, pp. 683 ss.

AL MUREDEN, E.: "L'assegno divorzile tra diritto vivente, metodi di calcolo e intelligenza artificiale", in A.A.V.V.: *Divorzio 1970-2020. Una riflessione collettiva* (a cura di V. CUFFARO), Giuffré, Milano, 2021.

AL MUREDEN, E.: "La solidarietà post-coniugale a cinquant'anni della legge sul divorzio", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 16 bis, pp. 800 ss.

AL MUREDEN, E.: "Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi", *Fam. e dir.*, 2021, n. 1, pp. 23 ss.

AL MUREDEN, E.: "Le nuove funzioni dell'assegno divorzile nello specchio dei *big money cases*", *Fam. e dir.*, 2019, n. 12, pp. 1077 ss.

ALBANESE, A. S.: *Diritto all'assistenza e servizi sociali: intervento pubblico e attività dei privati*, Giuffré, Milano, 2007.

BIANCA C. M.: *Diritto civile. 2.1: La famiglia*, Giuffré, Milano.

BIANCA, M.: "La perdurante incertezza sulla natura dell'assegno divorzile", in AA.VV.: *Divorzio 1970-2020. Una riflessione collettiva* (a cura di CUFFARO V.), Giuffré, Milano, 2021.

BIANCA, M.:, "Le Sezioni Unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?", *Foro it.*, 2018, n. 9, pp. 2671 ss.

Bonilini, G., Natale, A.: "L'assegno post-patrimoniale", in Aa.V.v.: *Trattato diritto famiglia*, vol. II, Utet, Torino, 2022.

Bonilini, G., Natale, A.: "La convivenza *more uxorio* del beneficiario", in Aa.V.v.: *Trattato diritto famiglia* (a cura di G. Bonilini, G. Cattaneo), vol. II, Utet, Torino, 2015, III.

Buzzelli, D.: "Una "rilettura" del recente orientamento delle Sezioni Unite sulla funzione dell'assegno di divorzio", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, n. 6, pp. 1366 ss.

Caferra, V. M.: *Famiglia e assistenza*, *Il diritto della famiglia nel sistema della sicurezza sociale*, Zanichelli, Bologna, 1996.

Danovi, F.: "Assegno di mantenimento e di divorzio e nuova convivenza, tra onere della prova, discrezionalità giudiziale e adeguato supporto motivazionale", *Corr. giur.*, n. 1, 2021, pp. 21 ss.

Ferrando, G., voce "Alimenti", in *Digesto civ.*, agg., vol. I, Utet, Torino, 2000.

Irti, C.: "Il futuro del pagamento *una tantum* all'indomani della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione", *Familia*, 2019, n. 1, pp. 63 ss.

Irti, C.: "L'accordo di corresponsione *una tantum* nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio: spunti di riflessione sulla gestione patrimoniale della crisi coniugale tra autonomia delle parti e controllo del giudice", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, n. 4, pp. 812 ss.

Istat: "Divorzi - Caratteristiche socio-professionali; Condizione professionale dei coniugi", disponibile al sito www.dati.istat.it.

Istat: "Lavoro e retribuzioni, Forze di lavoro (risultati della rilevazione campionaria); Popolazione presente in Italia per condizione, posizione nella professione, settore di attività economica e sesso (media annua in migliaia)", in *Statistiche storiche dell'Italia*, *1861-1975*, Roma, 1976.

Istat: "Scioglimento e cessazioni degli effetti civili del matrimonio per settore di attività economica e posizione nella professione della moglie, settore di attività economica e posizione nella professione del marito - Anno 1990", in *Matrimoni, separazioni e divorzi*, annuario n.3, Roma, 1993.

La Spina, A.: "Accordi in sede di separazione e assolvimento dell'obbligo di mantenimento del coniuge mediante corresponsione *una tantum*", *Riv. dir. civ.*, 2010, n. 5, 453 ss.

Lipari, N.: *Relazione della Seconda Commissione Permanente (Giustizia) sul disegno di legge di modifica alla l. 1° dicembre 1970, n. 898 (n. 150)*, IX legislatura, Roma, comunicato alla Presidenza del Senato il 15 settembre 1983.

Lipari, N.: *Relazione della seduta n. 561 (pomeridiana)*, Senato della Repubblica, IX legislatura, Tipografia del Senato, Roma, 1987.

Marella, M. R.: "Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia", *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, n. 2, pp. 233 ss.

Marinucci Mariani, E.: *Relazione della seduta n. 561 (pomeridiana)*, Senato della Repubblica, IX legislatura, Tipografia del Senato, Roma, 1987.

Mazziotti Di Celso, M.: voce "Assistenza (profili costituzionali)", in *Enc. dir.*, vol. III, Giuffré, Milano, 1958.

Patti, S.: "Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite", *Corr. giur.*, 2018, n. 10, pp. 1200 ss..

Provera, G.: "Degli alimenti. Art. 433-448", in Aa.Vv.: *Commentario del Codice civile* (a cura di Scialoja A., Branca G.), Zanichelli, Bologna-Roma, 1972.

Quadri, E.: "Diritto all'assegno di divorzio e convivenza: alla ricerca di una soluzione coerente", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, n. 4, pp. 883 ss.

Rimini, C.: "Gli effetti della relazione affettiva stabile sulla titolarità dell'assegno divorzile: nuove prospettive sulla base della funzione compensativa dell'assegno", *Fam. e dir.*, 2021, n. 3., pp. 270 ss.

Rimini, C.: "Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa", *Giur. it.*, 2018, n. 8-9, pp. 1843 ss..

Rimini, C.: "La funzione compensativa dell'assegno divorzile e la natura disponibile del diritto: una proposta", in Aa.Vv.: *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di Al Mureden E., Rovatti R.), Giappichelli, Torino, 2020.

Rimini, C.; Razzari, M.: "Art. 5", in A.a.V.v.: *Commentario del Codice civile* (diretto da E. Gabrielli), *Della Famiglia. Leggi complementari* (a cura di G. Di Rosa), vol. III, 2018, p. 134.

Rimini, C.; Razzari, M.: "Art. 9", in Aa.Vv.: *Commentario del Codice civile* (diretto da Gabrielli, E.), *Della Famiglia. Leggi complementari* (a cura di G. Di Rosa), vol. III, 2018.

Sesta, M.: "Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare", *Fam. e dir.*, 2018, 11, 983 ss.

Sesta, M.: "Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi", *Fam. e dir.*, 2019, n. 11, pp. 1049 ss.

Sesta, M.: "Profili attuali della solidarietà post coniugale", in A.a.V.v.: *Divorzio 1970-2020. Una riflessione collettiva* (a cura di Cuffaro V.), Giuffré, Milano, 2021.

Trabucchi A., *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2012, p. 380.

Travan, G.: "Irripetibilità, impignorabilità e non compensabilità degli assegni della crisi: parola alle sezioni unite", *Giurisprudenza italiana*, 2022, n. 4, pp. 818 ss.

Vincenzi Amato, D.: "I rapporti patrimoniali", in A.a.V.v.: *Commentario sul divorzio* (a cura di Rescigno P.), Giuffré, Milano, 1980.

EL DERECHO Y EL DEBER DE ALIMENTOS EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

THE RIGHT AND DUTY OF MAINTENANCE IN BANKRUPTCY PROCEEDINGS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 356-383

Sonia UCEDA MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Se tratan en el presente trabajo las principales novedades introducidas por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, tras la reforma de la Ley 16/2022 de 5 de septiembre (transposición de la Directiva europea 2019/1023 de reestructuración e insolvencia) en el régimen jurídico del derecho de alimentos del concursado y en el deber de alimentos de éste. Se analiza la clasificación del crédito por alimentos, así como de las pensiones compensatorias.

PALABRAS CLAVE: Alimentos; concurso de acreedores; clasificación de créditos; pensión compensatoria.

ABSTRACT: *The main novelties introduced by Royal Legislative Decree 1/2020, of May 5, which approves the Consolidated Text of the Bankruptcy Law, after the reform of Law 16/2022 0f 5 May, are discussed in this paper of September (transposition of European Directive 2019/1023 on restructuring and insolvency) in the legal regime of the right to food of the bankrupt and in the duty of food of the latter. The classification of food credit is analyzed, as well as compensatory pensions.*

KEY WORDS: *Food; bankruptcy; credit classification; compensatory pension.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DERECHO DE ALIMENTOS.- 1. Concepto.- 2. Presupuestos objetivos.- A) El estado de necesidad del concursado persona natural.- B) La existencia de bienes suficientes en la masa activa.- 3. Procedimiento para fijar los alimentos.- 4. Beneficiarios del derecho de alimentos que debe prestarse con cargo a la masa.- A) Cónyuge.- B) Pareja de hecho.- C) Descendientes bajo su potestad.- III. EL DEBER DE ALIMENTOS.- 1. Beneficiarios del deber de alimentos del concursado.- 2. Requisitos.- 3. Procedimiento para fijar los alimentos.- IV. LA CLASIFICACIÓN DEL CRÉDITO DE ALIMENTOS.- 1. Planteamiento.- 2. Tratamiento.- 3. Especial referencia a la pensión compensatoria.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Tras la publicación en el BOE el día 6 de septiembre de 2022, y su entrada en vigor el día 26 de septiembre, con la salvedad indicada en la disposición final 19[1], de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (en adelante, TRLC 2022), se ha dado un paso más para el progreso del Derecho Concursal, que desde sus inicios ha estado sometido a incesantes reformas convirtiéndose en un derecho fragmentario.

El primer avance para conseguir esa anhelada uniformidad se ha conseguido mediante el uso de la delegación legislativa incluida en la disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, con la publicación del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC 2020), y en el que lejos de limitarse el Gobierno a realizar una labor de mera refundición con cierto contenido innovador, introdujo normas adicionales/complementarias, resolvió parte de las divergencias surgidas entre los órganos judiciales a la hora

1 Disposición final decimonovena. Entrada en vigor. La presente ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", con excepción del libro tercero del texto refundido de la Ley Concursal, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023, salvo el apartado 2 del artículo 689, que entrará en vigor cuando se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y la disposición adicional undécima referida a los aplazamientos y fraccionamientos de deudas tributarias por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023.

• Sonia Uceda Martínez
Magistrada Suplente Audiencia Provincial de Valencia. Doctoranda Universidad de Jaén. E-mail: smaruce@gmail.com

de interpretar la norma, y redactó los artículos de tal modo que, sin alterar el contenido, hizo más fácil su comprensión y aplicación, así como eliminó contradicciones y duplicidades. El segundo de los pasos ha consistido en convertir el Texto Refundido en la base idónea para la transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, y a su vez, hacerlo compatible y complementario con el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia, que regula las cuestiones de competencia judicial, reconocimiento y ejecución, derecho aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia, así como la interconexión de los registros de insolvencia; y el tercero, adaptarlo al marco de la Unión Europea persiguiendo los mismos objetivos: aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, reducir los costes temporales y limitar los económicos, amén de simplificar el derecho concursal, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas.

En resumen, lo más novedoso de esta reforma que transpone la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (en adelante, Directiva (UE) 1023/2019) es que trae una completa transformación del derecho preconcursal porque se anticipa a las fases más tempranas de las actuaciones, porque introduce medidas dirigidas a agilizar y mejorar la eficiencia del procedimiento concursal – como el nuevo procedimiento especial para microempresas, digitalizado y mucho más ágil–, y porque modifica el régimen de segunda oportunidad haciéndolo más flexible y asequible a la persona natural, empresaria o no.

En este trabajo mostraremos en qué y cómo ha afectado la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del TRLC 2022, a los efectos de la declaración de concurso sobre la persona natural; efectos que se regulan con carácter específico en los arts. 123 a 125 de la sección 3ª, del capítulo I, título III (Libro Primero), y que ya adelantamos que, – pese a que estos tres artículos se han mantenido intactos respecto al régimen de alimentos y el derecho a solicitar por parte del cónyuge del concurso la disolución de la sociedad conyugal previsto en el TRLC 2020–, sí que se han modificado otros a lo largo del TRLC 2022 que afectan de forma directa al derecho de alimentos, concretamente: el art. 242.3º TRLC 2022 que regula cuáles son los créditos contra la masa, entre los que enumera en el ordinal 3º "los créditos por alimentos a los que tuviera derecho el deudor y los que este último tuviera deber legal de prestar conforme a lo dispuesto en esta ley devengados antes o después de la declaración de concurso", este ordinal simplifica la anterior redacción del crédito de alimentos (antes, ordinal 7º), y además modifica la calificación de créditos ordinarios de los alimentos devengados

antes de la declaración del concurso por la de créditos contra la masa, se trata en definitiva de proteger el crédito por alimentos a cargo del concursado (persona física) sea cual sea el momento en el que nazca e independientemente de que haya o no resolución judicial[2]; por ende, se modifica también el art. 281.2.1.º TRLC 2022, excluyendo de la posible calificación como subordinado al crédito por alimentos, pese a que antes de la reforma cabía la posibilidad de que pudiera calificarse como tal, cuando el crédito de alimentos tuviera como titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 282 TRLC 2022), actualmente, se excepciona de tal regla, y se califican como ordinarios los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración del concurso; el art. 250 TRLC 2022, respecto al pago de los créditos contra la masa en caso de insuficiencia de la masa activa establecía un orden para el pago en el que figuraban en tercer orden "los créditos por alimentos devengados tras la apertura de la fase de liquidación en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional» actualmente se mantiene el mismo orden, pero se ha modificado la redacción del artículo; el art. 413 TRLC 2022 que versa sobre los efectos especiales que tienen ocasión sobre el concursado tras la apertura de la fase de liquidación y que produce, entre otros, "la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa, salvo cuando fuere imprescindible para atender a las necesidades mínimas del concursado, su cónyuge o pareja de hecho inscrita, descendientes bajo su potestad y ascendientes a su cargo", esta reforma incluye a los ascendientes a su cargo de manera expresa; el art. 489 TRLC 2022, tras la reforma, concreta en la exoneración del pasivo insatisfecho cuáles son las deudas insatisfechas que van a resultar exoneradas, y entre otras, excepciona de esa exoneración a las deudas por alimentos; el art. 496 TRLC 2022 que hace referencia, dentro de las modalidades de exoneración, a la que se realiza con plan de pagos, establece como regla general, que el plan puede afectar a todos los créditos, incluidos los contingentes y los sometidos a condición, si bien excepciona de dicha exoneración a los créditos por alimentos derivados de relación familiar, al igual que a determinados créditos laborales, y a los créditos derivados de daño extracontractual; Se introduce el Libro III, que contempla por primera vez un "Procedimiento especial para microempresas", que en la fase de liquidación acuerda –en el art. 694 ter TRLC 2022– en cuanto a los efectos de la apertura del procedimiento de liquidación sin transmisión de la empresa en funcionamiento, que cuando el deudor sea persona natural, producirá los efectos específicos en relación con los alimentos y la disolución de la sociedad conyugal previstos en el Libro primero; en último lugar, en el art. 698 TRLC 2022, se regula la aprobación del Plan de Continuación, y como novedad, la posible afectación del Plan a cualquier crédito, incluidos los créditos contingentes y los sometidos a

2 Thomás Puig, P.: "Los créditos contra la masa", en AA.VV.: *Derecho Concursal y Preconcursal. Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022* (coord. por E. Gallego Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.1340-1353.

condición, si bien se excluyen como posibles afectados, entre otros, los créditos de alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco o de matrimonio.

Veamos en los siguientes epígrafes, cómo la transposición de la Directiva (UE) 1023/2019 ha afectado al derecho de alimentos.

II. EL DERECHO DE ALIMENTOS.

Como indicábamos –dentro de los efectos de la declaración de concurso– se regulan instituciones propias del concurso de persona natural en los arts. 123 a 125 de la sección 3ª, del capítulo I, título III (Libro Primero) del TRLC 2022, concretamente el derecho/deber de alimentos y la disolución de la sociedad conyugal. El legislador mantiene la mejora en la ubicación de estas figuras, al aunar en la misma sección y capítulo estos derechos, manteniéndose la que la Ley 38/2011, de 10 de octubre modificó en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), que la regulaba en la sección 1ª, del capítulo II "De la determinación de la masa Activa", título IV (Libro Primero).

1. Concepto.

Al igual que ocurría en la LC, no se define en el TRLC 2022 el concepto de derecho de alimentos, y por esta razón debemos acudir a la normativa civil –común o foral– para determinarlo. Remitiéndonos al derecho común, concretamente al Código Civil (en adelante, CC), el derecho de alimentos se regula en el Libro I ("De las personas") título VI ("De los alimentos entre parientes") en los arts. 142 a 153, por lo que extrapolaremos dicho concepto al Derecho Concursal.

Así, el art. 142 CC dispone que se entiende por alimentos "todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo".

Por tanto, cuando hablamos del derecho de alimentos en la normativa civil, (o de derecho foral) se hace referencia a los gastos imprescindibles para cubrir las necesidades vitales del alimentista, tales como la vivienda, alimentación, gastos de suministros (como la luz, agua, gas…) esto es, todos aquellos gastos que pueden considerarse como "mínimos" para desarrollar una vida digna, y entre los que podríamos incluso incluir –adaptándonos a la realidad actual– el transporte, teléfono, e internet, necesidades que se van incrementando con el transcurso del tiempo, lo que nos permitiría afirmar que es un concepto cambiante y en continua

evolución; por tanto, para una correcta interpretación del art. 142 CC debemos relacionarlo con el art. 148 CC[3] que afirma que la obligación de dar alimentos –al que tiene derecho a percibirlos– solamente se puede exigir "para que subsista el alimentista", razón por la que el resto de gastos que excedan de ese "mínimo de subsistencia" quedarían excluidos de este derecho. Se trata de un concepto acotado, que se requiere sea para poder "subsistir". Por lo tanto, en el ámbito del concurso, los alimentos a los que se refiere el artículo 123 TRLC deberían circunscribirse única y exclusivamente a la manutención diaria y el resto de los gastos indicados sujetarse a otros gastos previstos por la normativa concursal[4].

En todo caso, si extrapolamos este concepto de alimentos al procedimiento concursal, nos encontramos con la peculiaridad de que parte de esos gastos "mínimos" que hemos definido (como la vivienda y los gastos de suministros), se encuentran regulados en otro marco diferente al del derecho de alimentos del art. 123 TRLC 2022 (y con la calificación de créditos contra la masa); así, por ejemplo, el derecho de habitación (vivienda) se suele vincular a la existencia de un contrato de arrendamiento o de un préstamo hipotecario de un bien inmueble y, los gastos de suministros de agua, gas, luz o teléfono, se vinculan al de los contratos, que se regulan en el título III "De los efectos de la declaración de concurso", capítulo IV "De los efectos sobre los contratos", sección 1ª (arts. 156 y ss.) lo que conllevará que se aplique a estos la normativa de los contratos, y que se limite la aplicación del art. 123 TRLC 2022 a la manutención ordinaria. De hecho, resulta más beneficioso para el deudor concursado que se excluyan del derecho de alimentos los gastos de suministros y se les someta a la disciplina de los contratos, para poder así beneficiarse de las ventajas que le ofrece la normativa concursal: posibilidad de que los contratos no se resuelvan unilateralmente por parte del acreedor "in bonis"[5] y se mantengan vigentes –o se rehabiliten– aunque los haya incumplido, siempre y cuando resulte más conveniente para el interés del concurso. Será el Juez del Concurso el que –previo análisis– lo decida (art. 164 TRLC 2022), y a «contrario sensu», que se resuelvan los contratos que puedan resultar perjudiciales para los intereses del concurso, pese a que no exista causa de resolución (art.165 TRLC 2022). De igual manera ocurriría con la vivienda, que también le resultaría más ventajoso quedar sujeta a la regulación de los contratos del TRLC, –y no a la del derecho de alimentos– para poder rehabilitar los contratos de arrendamientos urbanos (art. 168 TRLC 2022) gozando de un

3 El art.148 CC dispone que: "La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, "para subsistir", la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda".

4 Fernández Pérez, N.: "Efectos específicos sobre la persona natural en el concurso de acreedores" en AA.VV.: *Derecho Concursal y Preconcursal. Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022* (coord. por E. Gallego Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.734-735.

5 Blanco García- Lomas, L.: "La resolución de los contratos", en AA.VV.: *Derecho Concursal y Preconcursal. Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022* (coord. por E. Gallego Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 960.

régimen de enervación del desahucio mucho más flexible; o que la vivienda, esté sujeta a un préstamo hipotecario y de esta manera poder subsumir dicho crédito en los créditos con privilegio especial sin realización de bienes o derechos efectos, previstos en el apartado 10º del art. 242 TRLC 2022[6].

A diferencia del art. 47 LC en el que se regulaba tanto el derecho de alimentos que nacía a favor de la persona física deudora para garantizar su subsistencia como el deber de alimentos del concursado para con las personas que dependían de él (descendientes, ascendientes o pareja de hecho asimilable), en el TRLC 2022 el régimen de alimentos se regula en el art. 123, y establece: "En el caso de que en la masa activa existan bienes bastantes para prestar alimentos, el concursado persona natural que se encuentre en estado de necesidad tendrá derecho a percibirlos durante la tramitación del concurso, con cargo a la masa activa, para atender sus necesidades y las de su cónyuge y descendientes bajo su potestad. El derecho a percibir alimentos para atender a las necesidades de la pareja de hecho solo existirá cuando la unión estuviera inscrita y el juez aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común".

2. Presupuestos objetivos.

El presupuesto objetivo de la declaración del concurso es la insolvencia, actual o inminente del concursado. Ese estado de insolvencia, en el caso de tratarse de una persona física, al margen de su condición o no como empresario, plantea la importante cuestión de la necesidad de prever la subsistencia del deudor, y en su caso, de determinadas personas vinculadas al mismo[7].

Los presupuestos objetivos para que se constituya el derecho de alimentos del concursado con cargo a la propia masa activa del concurso son, a según lo previsto en el art. 123 TRLC 2022, los siguientes:

A) El estado de necesidad del concursado persona natural.

Una de las principales reformas que sufrió la LC, fue la de la Ley 38/2011 de 10 de octubre, que tuvo como objetivo eliminar los desatinos que se pusieron de manifiesto a la hora de aplicar la norma –ya que no vinculaba el derecho de alimentos a la situación económica del deudor concursado, ni a su estado de necesidad– y supeditar la concesión de alimentos al estado de necesidad del concursado (art. 47 LC). La misma regulación del TRLC 2020 se ha mantenido en el art. 123 TRLC 2022.

6 Fernández Seijo, J: "Derecho de alimentos", en AA.VV.: *Práctico Segunda Oportunidad* (coord. por F. Adán Domenech, VLex, 2020.

7 Fernández Pérez, N.: "Efectos específicos", cit., p.733.

Para fijar lo que se puede conceptuar como "estado de necesidad" del concursado, acudimos a la normativa civil (arts. 142 a 152 CC). El estado de necesidad del alimentista[8] es un criterio fundamental que servirá para determinar la cuantía de los alimentos, que –según estipula el art. 146 CC– deberá ser proporcional a dichas necesidades. Además, este criterio deberá adecuarse a la situación que en cada momento se vaya generando, tal y como alega el art. 147 CC "se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista...". Razón por la que, al igual que es un criterio necesario para el nacimiento de la obligación, también lo será para su extinción según las conductas del propio alimentista.

En el procedimiento concursal, para examinar si el deudor se encuentra en estado de necesidad, la administración concursal (en adelante, AC) y, en última instancia el Juez del Concurso, deberán evaluar esta situación; para ello examinarán si el deudor dispone de algún tipo de ingreso o ayuda que no esté incluida en la masa activa del concurso, al igual que las necesidades efectivas mínimas que tenga el deudor, necesidades que se ponderarán acordes a un nivel de vida en condiciones de dignidad.

Es fundamental conocer el valor que tiene la masa activa del concurso para comprobar si el deudor se encuentra realmente en ese estado de necesidad, y una vez que conozcamos los bienes y derechos que integran su patrimonio, y sus necesidades vitales, se podrá obtener dicho parámetro.

En el marco del TRLC 2022, es en el art. 192 donde se regula la composición de la masa activa (Principio de universalidad) que dispone: "1. La masa activa del concurso está constituida por la totalidad de los bienes y derechos integrados en el patrimonio del concursado a la fecha de la declaración de concurso y por los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento. 2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables".

Por tanto, para el cálculo del valor de la masa activa se excluirán los bienes o derechos inembargables, de entre los que figuran, por ejemplo, las rentas, salarios o pensiones que no superen el mínimo embargable, y quedarán, a disposición del concursado lo inembargable para hacer frente a sus necesidades alimenticias.

8 Concretamente entre la jurisprudencia que la desarrolla, destacamos, la SAP 19 enero de 2015 (Roj: SAP GC 7/2015 - ECLI: ES: APGC: 2015:7) refiere: "…Todo ello alude a uno de los presupuestos de la deuda alimenticia: el estado de necesidad del alimentista. Como señala la doctrina, no existe necesidad en una persona que le derecho a reclamar alimentos si el alimentista tiene ingresos o rentas; tampoco existe dicha situación de necesidad si el alimentista tiene capacidad laboral para cubrir sus necesidades, lo que resulta, sobre todo, del artículo 152 del Código Civil, que prevé la extinción de la deuda alimenticia cuando el alimentista tiene fortuna, trabajo o posibilidad de trabajo…"

A la vista de que no se define lo inembargable, se acuerda una remisión normativa a los arts. 605 a 609 LEC. En el art. 607 LEC[9] se regula la escala de embargabilidad de sueldos[10] [11] y pensiones.

B) La existencia de bienes suficientes en la masa activa.

En el concurso deben existir bienes o derechos de carácter patrimonial suficientes como para cubrir los alimentos del deudor, esto es, que haya suficiencia de masa activa, y además que esa masa activa siga generando efectivo, ya que es una de las causas que puede justificar la realización de activos durante la fase común.

Al ostentar estos alimentos la calificación de créditos contra la masa, solo podrán hacerse efectivos cuando la masa disponga de bienes suficientes para su pago conforme al régimen ordinario de pagos de los créditos contra la masa –que es, a su vencimiento–, puesto que de otra manera se llegaría al absurdo de convertir al deudor en el principal acreedor del concurso[12].

3. Procedimiento para fijar los alimentos.

El TRLC 2022, en su art. 123, en atención a que el deudor concursado tenga sus facultades administración y disposición intervenidas o suspendidas, prevé un trámite para fijar los alimentos.

Así, en el caso en el que al deudor se le hayan intervenido sus facultades patrimoniales, le corresponderá a la AC fijar los alimentos, y para el caso de que las tenga suspendidas, será el Juez del Concurso el que lo hará. Ambos trámites se regirán por el principio de contradicción, si bien, no se tramitará por los cauces de

9 El art. 607 LEC. Embargo de sueldos y pensiones, dispone que: "1. Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional. 2. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a esta escala: 1. ° Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100. 2. ° Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 por 100. 3. ° Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60 por 100. 4. ° Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 por 100.5. ° Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90 por 100".

10 En cumplimiento del mandato al Gobierno para fijar anualmente el salario mínimo interprofesional (conforme al art.27.1 Estatuto de Trabajadores (en adelante, ET), se establecen las cuantías que se aplican a partir del 1 de enero de 2022: Salario mínimo diario: 33,33 euros/día. Salario mínimo mensual: 1000 euros/mes. En el salario mínimo se computa únicamente la retribución en dinero, sin que el salario en especie pueda, en ningún caso, dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero de aquel. Este salario se entiende referido a la jornada legal de trabajo en cada actividad, sin incluir, en el caso del salario diario, la parte proporcional de los domingos y festivos. Si se realizase jornada inferior se percibirá a prorrata. Estas nuevas cuantías representan un incremento del 3,63% respecto de las previstas en el RD 817/2021 por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2021, cuyos efectos fueron prorrogados hasta la aprobación del SMI para 2022 en el marco del diálogo social (RDL 32/2021 disp.adic.7ª) RD 152/2022, BOE 23 de febrero de 2022.

11 Lefebvre, F. *Memento Práctico Concursal,* Francis Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2021, cap. 6, marginal 3011.

12 Fernández Pérez, N.: "Efectos específicos sobre la persona natural", cit. p.736

un incidente concursal sino que se hará mediante un trámite de audiencia y/o de traslado, a la AC y al concursado tal y como se contempla en el art. 123.2 y 3 TRLC 2022[13]. No se prevé un traslado preceptivo a los acreedores personados, pero ello no es óbice para que estos puedan realizar las alegaciones que consideren pertinentes. Tampoco se ha previsto en el TRLC 2022 si este trámite de audiencia debe realizarse por escrito o mediante comparecencia, si bien la praxis jurídica apuesta por la agilidad procesal (puesto que la materia en sí requiere prioridad en la resolución) por lo que será el Juez del Concurso –en atención a las circunstancias del juzgado y del caso concreto– quien lo decida, compaginando la flexibilidad procesal con las garantías del procedimiento.

El juez, una vez oído al concursado y a la AC, y tras valorar las circunstancias del caso, dictará resolución judicial, que revestirá la forma de auto, en la que motivará, si acuerda –o no– la fijación de alimentos, su cuantía y su periodicidad.

Este auto quedará sometido al régimen general de recursos, por lo que contra el mismo cabrá recurso de reposición, también podrá ser objeto de recurso de apelación, por cuanto se prevé en la ley la posibilidad de plantear incidentes concursales que afecten al pago de los créditos contra la masa, como pueden ser los alimentos (art. 242 TRLC 2022).

Los alimentos a favor del concursado comienzan a devengarse desde que se dicta el auto reconociéndole el derecho a percibirlo, si bien, excepcionalmente se puede acordar este derecho con carácter retroactivo cuando la resolución se ha retrasado más allá de lo razonable. Este auto que acuerda el derecho de alimentos, también podrá ser modificado si cambian las circunstancias en las que se basó el Juez para acordarlo –en el supuesto de suspensión de las facultades patrimoniales del deudor concursado– y para ello, se procederá a instancia del deudor o de la AC, y con audiencia de quien no lo hubiera solicitado (art. 123.3 TRLC 2022). En el supuesto de intervención de las facultades patrimoniales del deudor concursado, será la AC la que modifique tal decisión.

Por último, debemos tener en cuenta que el derecho de alimentos con cargo a la masa activa se extingue cuando se acuerde la apertura de la liquidación, salvo cuando fuere imprescindible para atender a las necesidades mínimas del concursado, su cónyuge o pareja de hecho inscrita, descendientes bajo su potestad y ascendientes a su cargo (art. 413.2 TRLC 2022), destacamos que –tras la nueva redacción del articulado– se incluyen las necesidades de los ascendientes a su

13 "2. En caso de intervención, la cuantía y periodicidad de los alimentos serán las que determine la administración concursal; y, en caso de suspensión, las que determine el juez, oídos el concursado y la administración concursal. 3. En caso de suspensión, el juez, a solicitud del concursado con audiencia de la administración concursal o a solicitud de esta con audiencia del concursado, podrá modificar la cuantía y la periodicidad de los alimentos".

cargo, beneficiarios que no se contemplan en el art. 123 TRLC 2022, pero que se encuentran entre los que han reclamado estos alimentos, según el art. 124 TRLC 2022. En estos casos, lo que suele acordarse es la reducción de la cuantía a lo imprescindible para atender las necesidades mínimas vitales.

4. Beneficiarios del derecho de alimentos que debe prestarse con cargo a la masa.

El derecho de alimentos al que alude el art. 123 TRLC 2022, no solo se le reconoce al concursado persona natural para atender a sus necesidades, sino también a las de su cónyuge, a las de su pareja de hecho inscrita ("siempre que el juez aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común"), y a las de sus descendientes bajo su potestad.

A la vista de que no se concreta en el texto legal cuáles son estos beneficiarios y no precisando el TRLC 2022 ninguna circunstancia especial, –a salvo en la pareja de hecho– debemos remitirnos a legislación civil común, o en su caso, al derecho civil propio de las comunidades autónomas.

A) Cónyuge.

Respecto de los cónyuges, tanto para los requisitos para contraer matrimonio, forma de celebración del mismo, inscripción en el Registro Civil, derechos y deberes de los cónyuges nos remitimos a la legislación civil común (título IV "Del matrimonio" Libro I, CC), y en su caso, a las normas de derecho foral o especial, con la limitación que impone el art. 149. 8º de la Constitución Española (en adelante, CE), en cuanto al desarrollo legislativo "de las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio a las comunidades autónomas", al ser una materia exclusiva del Estado.

Los cónyuges, constante el matrimonio, tienen protegida esa necesidad por el deber conyugal de mutuo socorro –según establece el art. 68 CC–, que además tiene mayor cobertura que el del derecho de alimentos. Por tanto, la posibilidad de la reclamación judicial de alimentos entre cónyuges solo podrá tener lugar si una vez declarado el concurso de acreedores, se inicia un procedimiento de nulidad, separación o de divorcio; ahora bien, el juzgado competente para conocer del mismo no será el Juzgado de lo Mercantil, sino el Juzgado de Primera Instancia o Familia (incluso aunque el litigio verse exclusivamente sobre contenido patrimonial); la legitimación para instar dicha nulidad, separación o divorcio, corresponde exclusivamente al concursado y a su cónyuge; cuestión diferente será que se exija al concursado obtener la autorización de la AC para presentar demandas, interponer recursos, allanarse, transigir o desistir al concursado –en

caso de intervención o suspensión– cuando por razón de la materia litigiosa la sentencia que se dicte pueda afectar a la masa activa (art. 120.3 TRLC 2022)[14].

B) Pareja de hecho.

La definición de unión de hecho, pareja estable o convivencia more uxorio, se ha ido perfilando por la doctrina y la jurisprudencia –a falta de hacerlo la legislación estatal– y se define como "aquella que ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma extensa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunidad de vida amplia, de intereses y fines, en el núcleo del mismo hogar" (STS 18 de mayo 1992[15]). En cambio, la mayoría de las leyes autonómicas definen la pareja de hecho como "la unión de dos personas que conviven en análoga relación de afectividad al matrimonio, con independencia de su sexo, aunque no siempre se emplee la misma expresión para referirse a esa affectio maritalis o more uxorio".

Nuestra legislación estatal no contempla una regulación con carácter general para las uniones de hecho, aunque sí lo hace parcialmente sobre determinadas materias, atribuyendo una serie de derechos a estas uniones. En cambio, la mayor parte de las comunidades autónomas, en el marco de sus competencias, han aprobado leyes reguladoras de las parejas de hecho[16]. Si bien, y debido a que el art. 149. 8º CE, atribuye "competencia exclusiva sobre legislación civil al Estado, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades

14 Peña Díaz, B.: "Aspectos procesales del derecho de alimentos" en AA.VV.: *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia Tomo II parte registral y otros temas del procedimiento* (coord. por F. Lledó Yagüe, A. Sánchez Sánchez, O. Monje Balsameda), Dykinson, Madrid, 2011, pp. 451-466.

15 STS 18 mayo 1992 (Roj: STS 3952/1992 - ECLI:ES:TS:1992:3952).

16 Ley Andalucía 5/2002 de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho; Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, que refunde: a) El Título preliminar de la Compilación del Derecho Civil de Aragón b) La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte c) La Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas d) La Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad e) La Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona f) La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres g) Ley de Derecho civil patrimonial; Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Decreto 124/2000, de 11 de julio, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; Orden FAM/1597/2008, de 22 de agosto, por la que se regula el funcionamiento del Registro de Uniones de Hecho de Castilla y León; Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; Decreto 30/2010, de 14 de mayo, por el que se crea el Registro de Parejas de Hecho de La Rioja; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; Ley 7/2018, de 3 de julio, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra; Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho y Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana.

autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan", aquellas comunidades autónomas en las que –a fecha de promulgación de la CE– no tenían un Derecho foral propio, no han podido regular una normativa para las parejas de hecho –como sí lo han hecho Cataluña, Aragón, Navarra, Baleares o el País Vasco– y se han tenido que limitar (en su mayoría), a establecer los requisitos para la constitución y acreditación de las parejas, circunstancias de disolución, el derecho a establecer en escritura pública los pactos que regulen las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes, y a establecer normas de carácter administrativo (como la concesión de beneficios, prestaciones y servicios en sus relaciones con las Administraciones públicas autonómicas y en relación con el personal o funcionarios dependientes de dicha comunidad).

Esta falta de regulación estatal ha conllevado la aparición de numerosos problemas procesales y sustantivos, al igual que ha ocurrido con la falta de normas de conflicto, si bien, lo que sí es indiscutible es que no se podrán resolver estas cuestiones, equiparando las parejas de hecho con los matrimonios, tal y como en reiteradas ocasiones se ha pronunciado el Tribunal Constitucional[17] (en adelante, TC) y el Tribunal Supremo[18] (en adelante, TS).

Por tanto, al no ser los convivientes, ni parientes ni cónyuges, no se incluyen ni en el deber de socorro mutuo entre cónyuges (art. 68 CC), ni en la obligación de prestarse alimentos (arts. 142 a 153 CC). Si bien, ello no es óbice para que los convivientes puedan pactar una obligación de hacerlo tras la ruptura de la convivencia, pactos que se pueden formalizar tanto de forma verbal como por escrito; además, algunas legislaciones autonómicas como las de Aragón, Cataluña y Baleares regulan este tipo de pactos, en ellas se contempla la obligación de prestar alimentos entre los miembros de la pareja, constante la convivencia, y además prevén una pensión periódica tras el cese de la misma (aunque esta última tiene más connotaciones de pensión compensatoria que de pensión alimenticia).

17 STC 184/1990, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TC:1990:184). El Tribunal Constitucional estudia la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 160 de la Ley General de Seguridad Social, que exige la condición de viudo/a del cónyuge causante para poder tener derecho a la pensión de viudedad, y de la Disposición Adicional décima, 2, de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que condiciona el derecho a la pensión de viudedad de quienes no hubieran podido contraer matrimonio a que el fallecimiento de uno de ellos acaeciera con anterioridad a la vigencia de la Ley. El TC declara que dichos preceptos no se oponen al art.10, 14 y 39 de la CE. De la opinión de la mayoría disienten dos Magistrados los cuales se pronuncian mediante voto particular. El primero de ellos opina que debería realizarse una nueva regulación del derecho a la pensión de viudedad para el supuesto de convivencia no matrimonial. El segundo considera que debería haberse declarado la inconstitucionalidad del art. 160 porque excluye de la pensión prevista al superviviente de uniones estables no matrimoniales.

18 "La unión de hecho no es una situación equivalente al matrimonio y al no serlo, no le puede ser aplicada, en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales entre los convivientes, la normativa reguladora de esta, pues los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron precisamente -en la generalidad de los casos- para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma" (STS octubre 2011, EDJ 226637).

El art. 123 TRLC 2022 protege las necesidades de la pareja de hecho del concursado, y permite que puedan cubrirse con cargo a la masa activa, si bien condiciona ese derecho a la concurrencia de dos requisitos: el primero, que la pareja de hecho figure inscrita y el segundo, que el juez aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o hechos concluyentes entre los convivientes, de los cuales se derive la inequívoca voluntad de la pareja de formar un patrimonio común[19].

El primero de los requisitos no deja duda alguna sobre la necesariedad de esa inscripción en el Registro de Parejas/Uniones de hecho de la respectiva comunidad autónoma (y a su vez, elimina la equiparación de "pareja de hecho" a las de "parejas que guarden análoga relación de afectividad" como ocurre en otras ramas del derecho); y el segundo de ellos, que se aprecien por el juzgador "esos pactos expresos o tácitos o hechos concluyentes de los se derive la inequívoca voluntad de la pareja de formar un patrimonio común", lo que viene a reproducir la doctrina jurisprudencial[20] que permite, a la vista de que no se puede aplicar por "analogía legis" las normas propias del matrimonio a una pareja de hecho –como las relativas al régimen económico matrimonial–, que éstas se pueden aplicar, bien por pacto expreso, bien por la vía de la "analogía iuris", cuando por facta concludentia se evidencie que los convivientes tienen la voluntad de formar un patrimonio común; lo que implica que los convivientes deben haber pactado expresamente acuerdos tendentes a regular las consecuencias patrimoniales de su unión –que rijan en sus bienes–, voluntad que desde luego ha de ser procedente de los dos miembros de la pareja, concorde, y cuya falta derivará en la inexistencia de aquellos hechos concluyentes capaces de evidenciar su presencia.

19 Tal y como se recoge, en la Resolución de 7 de febrero de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Dos Hermanas n.º 2, por la que se deniega la inscripción de una escritura de aportación de bienes a la sociedad de gananciales, con subrogación de hipoteca.(BOE 4 de marzo de 2013). La DGRN declara en primer lugar que la pareja de hecho puede otorgar los pactos que estime por conveniente para regular su relación, incluso los relativos a la sociedad de gananciales. Sin embargo, considera que el régimen o estatuto jurídico de la sociedad de gananciales no es aplicable en bloque a los no cónyuges, a la pareja de hecho, incluso aunque así lo pacten expresamente, porque es un régimen previsto sólo para matrimonios, porque sólo los matrimonios pueden pactar capítulos matrimoniales, y porque a dicho pacto no se le puede dar publicidad frente a terceros en un Registro con efectos jurídicos. En el caso concreto de la Ley Andaluza 5/2002 de 16 de Diciembre, el Registro de Parejas de Hecho regulado en la misma es un registro administrativo, no un registro jurídico, -a diferencia del Registro Civil o el de la Propiedad-, y por tanto su contenido no perjudica a tercero. En definitiva, desestima el recurso.

20 Por ello, la STS 19 octubre 2006, (Roj: STS 6421/2006 - ECLI:ES:TS:2006:6421) dice que "Es, pues, consustancial a esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio y a la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra ínsita en la convivencia «more uxorio» el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por «analogía legis" de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial; lo que no empece a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes , ser aplicadas, bien por pacto expreso, bien por la vía de la «analogía iuris» -como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado, cuando por «facta concludentia" se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común- sentencia de 22 de febrero de 2006".

Otra cuestión que se plantea es el cauce legal que se debe seguir ante la ausencia de regulación en la LEC de procedimiento[21] para la tramitación de los litigios que puedan surgir durante la convivencia de la pareja de hecho, y sobre todo tras el cese de ésta, momento en el que se hará necesario acudir al juzgado para concretar las cuestiones personales y patrimoniales que tras la ruptura hayan de ser reguladas. La práctica procesal ha optado –para el caso de que no se haya declarado el concurso– que se rija por las normas generales de la cuantía del procedimiento, a la vista de que ni en los procedimientos especiales del art. 748 LEC, ni en los del juicio ordinario (art. 249.1 LEC), ni en los del juicio verbal (art. 250.1 LEC) se prevé la resolución de estos conflictos.

También se plantea la cuestión de a qué juzgado se le atribuye la competencia de estas materias (Juzgado de lo Mercantil o de Primera Instancia o Familia), y en este caso la praxis jurídica opta –en el caso de que se reclame una vez sea declarado en concurso–por el Juez del Concurso. Para ello, la persona que considere que tiene derecho a percibir alimentos presentará una solicitud formal al juzgado, de la cual se le dará traslado al concursado y a la AC, y el juez resolverá por medio de auto; si bien, y para el caso de que surja contienda entre las partes, resultará conveniente encauzarlo por la vía del incidente concursal.

C) Descendientes bajo su potestad.

La obligación de prestar alimentos es una de las de mayor contenido ético del Ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el art. 39 CE, y es además uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, según el art.154.1 CC, y de aquellos otros casos en que, conforme al art. 142 del mismo texto legal, se prestan entre familiares en situación de ineludible necesidad alimenticia (STS 14 de octubre 2014)[22].

En el caso de hijos menores de edad, el derecho a alimentos forma parte de un conjunto más amplio de deberes del progenitor, vinculados a la patria potestad (art. 154 CC); en cambio, con la mayoría de edad, no se pierde el derecho a alimentos sino que subsiste, pero a partir de ese instante se configura como un derecho alimenticio en sentido estricto, se extiende a lo indispensable al extinguirse la patria potestad (art. 143 CC)

Respecto del concepto de alimentos que el deudor ha de prestar a los descendientes que se encuentren bajo su potestad, éste debe extraerse de las normas y la jurisprudencia civil general; puede ser útil la referencia a la STS 12

21 A excepción del previsto para adoptar medidas exclusivamente sobre guarda y custodia de los hijos menores sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores previsto en el art.748 LEC.

22 STS 14 octubre 2014 (Roj: STS 3877/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3877).

de febrero 2015[23] que aborda el deber de alimentos del progenitor hacia sus hijos, según sean menores o no, y la muy excepcional –con criterio restrictivo y ocasional– posibilidad de suspender tal obligación, así en la referida sentencia se señala en relación con los alimentos a descendientes bajo patria potestad que: "…se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar que tiene un fundamento constitucional en el art. 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 octubre 1993[24]). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención…[…] ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del art. 146 del CC (STS 16 de diciembre de 2014[25])…lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante"; en relación a los hijos mayores de edad bajo potestad de sus progenitores, en STS 8 noviembre 2012[26] y 17 de junio de 2015[27], se ha declarado conforme al art. 142 del C. Civil, que han de abonarse alimentos a los hijos mayores de edad mientras dure su formación y su prolongación no pueda serles imputable por desidia o falta de aprovechamiento. Es necesario hacer mención –por su relevancia– al derecho de alimentos cuando el beneficiario es un hijo mayor con discapacidad[28] en este caso, la jurisprudencia lo equipara a la de los menores de edad en relación a la pensión alimenticia a establecer, modificar o extinguir en un proceso matrimonial, mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y carezca de recursos (STS 7 Julio 2014[29]), si bien, esta equiparación es relativa porque deberá atenderse a las circunstancias particulares, tanto de la persona afectada por la discapacidad como del alimentante (STS 13 diciembre 2017[30]).

23 STS 12 febrero 2015 (Roj: STS 439/2015 - ECLI:ES:TS:2015:439).

24 STS 5 octubre 1993 (Roj: STS 6585/1993 - ECLI:ES:TS:1993:6585).

25 STS 16 diciembre 2014 (Roj: STS 5096/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5096).

26 STS 8 noviembre 2012 (Roj: STS 7072/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7072).

27 STS 17 junio 2015 (Roj: STS 2963/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2963).

28 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

29 STS 17 junio 2015 (Roj: STS 2622/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2622)

30 STS 13 diciembre 2017 (Roj: STS 4371/2017- ECLI:ES:TS:2017:4371)

Por tanto, las necesidades de los hijos del concursado se encuentran cubiertas con cargo a la masa activa; ahora bien, la legislación concursal trata un concepto de alimentos más estricto que el previsto en el CC, lo que supondrá que lejos de modificar la resolución del Juzgado de Primera Instancia o de Familia, en concordancia con el art. 141 TRLC 2022[31], el Juez del Concurso pueda darles el tratamiento concursal que corresponda.

III. EL DEBER DE ALIMENTOS.

En general, la deuda alimenticia, es la que afecta a una persona, alimentante, que resulta obligada a prestar a otra, llamada alimentista, lo indispensable para cubrir las necesidades mínimas para subsistir.

"La deuda de alimentos entre parientes se deriva del deber impuesto jurídicamente a una o varias personas de asegurar la subsistencia de una u otras, definida doctrinalmente como la deuda surgida entre parientes, basada en lazos de solidaridad familiar, y que tiene su fundamento en el derecho a la vida configurado como un derecho de la personalidad" (STS 13 abril 1991[32]).

1. Beneficiarios del deber de alimentos del concursado.

Como ya indicamos en el epígrafe anterior, el art. 47 LC regulaba tanto el derecho como el deber de alimentos de forma conjunta; en cambio, el TRLC 2022 mantiene la individualización de los mismos y regula el deber de alimentos en el art. 124[33]. En éste, tras excluir a las personas enumerada en el art. 123 TRLC 2022, impone al concursado el deber legal de prestar alimentos a las mencionadas en el art. 144 CC, cuales son los ascendientes, descendientes no sujetos a potestad y hermanos.

31 El art. 141 TRLC 2022, dispone: "Sentencias y laudos firmes. Las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de este, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda".

32 STS 13 abril 1991 (Roj: STS 2055/1991 - ECLI:ES:TS:1991:2055).

33 El art. 124 TRLC 2022 dispone: "1. En el caso de que en la masa activa existan bienes bastantes para prestar alimentos, las personas distintas de las enumeradas en el artículo anterior respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de prestarlos solo podrán obtenerlos con cargo a la masa si no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos. 2. El interesado deberá ejercitar la acción de reclamación de los alimentos ante el juez del concurso en el plazo de un año a contar desde el momento en que hubiera debido percibirlos. El juez del concurso resolverá sobre su procedencia y cuantía. 3. La obligación de prestar alimentos impuesta al concursado por resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso se satisfará con cargo a la masa activa en la cuantía fijada por el juez del concurso. El exceso tendrá la consideración de crédito concursal ordinario".

2. Requisitos.

Los requisitos que impone el art. 124 TRLC 2022 para que los beneficiarios o alimentistas puedan obtener alimentos del concursado con cargo a la masa activa son los siguientes:

1) Que en la masa activa existan bienes bastantes para prestar alimentos.

2) Que no puedan percibir los alimentos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos[34].

3) Que se ejerza la acción de reclamación en el plazo de un año a contar desde el momento en que debieron percibirlos.

3. Procedimiento para fijar los alimentos.

El art. 124 TRLC 2022 acuerda, no solo el plazo con el que cuenta el interesado para ejercitar la acción de reclamación de alimentos, sino quién es el juez competente para conocer y resolver si ha lugar a la concesión de este derecho de alimentos, y en su caso, su cuantía. Establece que el juez competente será el Juez del Concurso, en concordancia con lo dispuesto en el art. 52.1º TRLC 2022, ya que la reclamación de alimentos no es un proceso especial sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, previstos en el título I del Libro IV de la LEC, cuya competencia sería del Juzgado de Familia o Primera Instancia; en cambio, no prevé en su tramitación –a diferencia del art. 123 TRLC 2022– audiencia del concursado, ni de la AC, por lo que la praxis jurídica considera que no será preceptivo solicitar los alimentos a través de un incidente concursal, sino que bastará con pedirlos por medio de un escrito, reservándose el cauce del incidente concursal solo para el caso de que exista controversia. El Juez del Concurso se limitará a aprobar su pago, teniendo en cuenta, en todo caso, que haya suficiencia de masa activa.

En la legislación concursal el concepto de alimentos es más estricto que el previsto en el CC, y por tanto no se incluyen como tales las cantidades que los Juzgados de Familia o de Primera Instancia puedan reconocer al cónyuge, pareja o descendiente del concursado en concepto de contribución al levantamiento de cargas familiares, pensión compensatoria o indemnización de otro tipo. Estos créditos, normalmente incluidos en un concepto amplio de alimentos, no quedan amparados por el art. 124 TRLC 2022.

34 El art. 144 CC establece que: "La reclamación de alimentos cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos se hará por el orden siguiente: 1.° Al cónyuge. 2.° A los descendientes de grado más próximo.3.° A los ascendientes, también de grado más próximo.4.° A los hermanos, pero estando obligados en último lugar los que sólo sean uterinos o consanguíneos. Entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos".

IV. LA CLASIFICACIÓN DEL CRÉDITO DE ALIMENTOS.

1. Planteamiento.

No resulta posible realizar un estudio de la clasificación del crédito de alimentos sin tener en cuenta la tipología de los beneficiarios o alimentistas, el órgano judicial que dicta la resolución judicial que acuerda el derecho de alimentos, y el momento –antes o después de haber sido declarado el concurso– en el que se acuerde la misma.

Los supuestos y la calificación de los créditos[35] son los siguientes:

A) Si los alimentos son acordados en resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso por juez distinto al Juez del Concurso. Se plantean dos supuestos:

1º. Que sean acordados en resolución previa al concurso pero que aún sean debidos a fecha del concurso, en este caso, el Juez del Concurso determinará en qué cuantía se satisfará con cargo a la masa, y en lo que exceda de esa cantidad, se le concederá la condición de crédito concursal ordinario (y no como subordinado, porque así lo prevé el art. 281.2.1º TRLC 2022, eliminando cualquier posibilidad de que puedan subordinarse incluso en el caso de que la resolución judicial se hubiera dictado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso)[36].

2º. Que los alimentos acordados en resolución previa al concurso se devenguen con posterioridad a este momento, o que hayan sido fijados como tales por resolución judicial posterior a la declaración del concurso, tendrán la consideración de crédito contra la masa en toda su extensión.

B) Los alimentos a los que tiene derecho el deudor para atender sus necesidades y las de su cónyuge y descendientes bajo su potestad, serán siempre créditos con cargo a la masa.

35 Fuentes Devesa, R.: "Derecho y deber de alimentos», en AA.VV.: *Práctico concursal* (coord. por M. Hernández Rodríguez), VLex, 2020.

36 El art 281 TRLC 2022, regula los créditos subordinados, y dispone que: "1. Son créditos subordinados: 5.º Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado en los términos establecidos en esta ley. 2. Por excepción a lo establecido en el número 5.º del apartado anterior, los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado no serán objeto de subordinación en los siguientes casos: 1.º Los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso, que tendrán la consideración de créditos contra la masa, de acuerdo con lo que dispone el artículo 242.1.3.º". Y el art. 242 TRLC 2022, regula los créditos contra la masa, que establece: "1. Son créditos contra la masa: 3.º Los créditos por alimentos a los que tuviera derecho el deudor y los que este último tuviera deber legal de prestar conforme a lo dispuesto en esta ley devengados antes o después de la declaración de concurso".

C) Los alimentos fijados por el Juez del Concurso a cargo del concursado y a favor de ascendientes, descendientes no sujetos a potestad y hermanos, serán créditos con cargo a la masa.

Debemos tener en cuenta que el Juez del Concurso no puede modificar una resolución anterior que haya sido dictada por otro juez –tanto antes como después del concurso– (art. 141 TRLC 2022) pero lo que sí podrá es dar a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda, y en este caso, puede concretar qué parte de esos alimentos se satisfarán con cargo a la masa activa, y cual (el exceso) tendrá la consideración de crédito concursal ordinario. No es que el Juez del Concurso modifique la resolución que fija la cuantía de la pensión (art. 52.1 1ª y 5ª y 52.2 TRLC 2022), de lo que se trata es de una mera cuestión de clasificación concursal del crédito[37].

2. Tratamiento.

La calificación de estos créditos debe ultimarse con lo previsto en el art. 242.3º TRLC 2022, según el cual, son créditos contra la masa "los créditos por alimentos a los que tuviera derecho el deudor y los que este último tuviera deber legal de prestar conforme a lo dispuesto en esta ley devengados antes o después de la declaración de concurso".

Catalogado el crédito de alimentos como crédito contra la masa, éste debe ser satisfecho según el criterio del vencimiento (art. 245.2 TRLC 2022); si bien, si la masa activa fuera suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa, se le concede a la AC la posibilidad de alterar –por interés del concurso– la regla del pago al vencimiento, pero no se le permite postergar en el pago de los créditos contra la masa, los créditos por alimentos (ni tampoco los créditos laborales, tributarios ni los de la seguridad social).

Cuestión distinta es la que se plantea cuando la masa activa es insuficiente para atender a todos los créditos contra la masa; en este caso, la AC lo comunicará al Juez del Concurso, y desde ese momento se impone un orden de prelación en el pago diferente al del art. 242 TRLC 2022. Por tanto, se realizarán conforme al orden legalmente establecido y, en su caso, a prorrata dentro de cada número. En tal caso, el art. 250 TRLC 2022, establece que los alimentos al deudor persona física pueden satisfacerse, una vez lo hayan sido los créditos salariales e indemnizaciones a los trabajadores, por lo que no se aprecia novedad alguna en el orden de prelación de pagos que afecte a los alimentos, aunque sí se introduce en el apartado 2, una enumeración de créditos que se consideran imprescindibles para la liquidación, como son, los créditos por salarios de los trabajadores devengados

37 Thomás Puig, P.: "Los créditos contra la masa", cit., p.1349

después de la apertura de la fase de liquidación mientras continúen prestando sus servicios, la retribución de la AC durante la fase de liquidación y las cantidades adeudadas a partir de la apertura de la fase de liquidación en concepto de rentas de los inmuebles arrendados para la conservación de bienes y derechos de la masa activa.

En los supuestos en los que el crédito de alimentos es calificado como un crédito concursal ordinario, debe comunicarse, reconocerse y clasificarse en el concurso, según las normas generales sobre masa pasiva.

La Ley 16/2022, dispone que el Plan de Continuación (art. 698 TRLC 2022) podrá afectar a cualquier crédito, incluidos los créditos contingentes y sometidos a condición, a excepción de los créditos de alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco o de matrimonio, los créditos derivados de daños extracontractuales, los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección ni en el supuesto de los créditos públicos, la parte que deba calificarse como privilegiada.

En último lugar, y en cuanto a los efectos de la apertura del procedimiento de liquidación sin transmisión de la empresa en funcionamiento (art. 694.4 ter TRLC 2022) si el deudor es persona natural, se producirán los mismos efectos específicos para los alimentos y la disolución de la sociedad conyugal que dispone el Libro primero.

3. Especial referencia a la pensión compensatoria.

La pensión compensatoria carece de naturaleza alimenticia, lo que implica que no se le aplicará el régimen del derecho de alimentos. Su naturaleza es de carácter compensatoria, tal y como ha sido declarado por la sentencia de Pleno STS 19 enero 2010.[38]

38 Dispone la STS 19 enero 2010 (Roj: STS 327/2010 - ECLI:ES:TS:2010:327) lo siguiente: "Los criterios que esta Sala ha ido consolidando en la interpretación del artículo 97 CC son los siguientes: a) la pensión no es un mecanismo indemnizatorio (10-3 y 17-7-09), y b) la pensión compensatoria no constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges (SSTS de 10 febrero 2005, 5 noviembre 2008 y 10 marzo 2009). Se puede resumir la doctrina de esta Sala en argumentos de la sentencia de 10 febrero 2005 : "La pensión compensatoria es pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, -que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma-, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge perceptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria (Sentencia de 2 de diciembre de 1987: "... todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos si se cumplen los requisitos legales como derecho concurrente(arts. 142 y ss. CC)"). [...] SEXTO. Es cierto, sin embargo, que el artículo 97 CC ha dado lugar a dos criterios en su interpretación y aplicación. La que se denomina tesis objetivista, en cuya

El tratamiento concursal del derecho compensatorio será el que se aplicará a esta pensión. La pensión por desequilibrio económico se regula en el CC, dentro del capítulo IX del título IV del Libro I bajo la rúbrica "De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio" (arts. 97 a 101 CC). Con esa compensación se trata de paliar perjuicios en forma indemnizatoria como consecuencia de la pérdida de status que supone la crisis matrimonial. Nace así, la pensión con el propósito de restablecer el equilibrio de las condiciones materiales de los esposos, roto por la separación o el divorcio, sin tenerse en cuenta conceptos como la posible culpabilidad o grado de participación de los cónyuges en tales conflictos.

Se declara como doctrina jurisprudencial que para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio.

El TRLC 2022 no hace referencia alguna a la pensión compensatoria. De hecho, la omite en la enumeración que se realiza en el art. 242 TRLC 2022 de los créditos contra la masa, por lo que difícilmente puede encuadrarse en el concepto de alimentos del art. 123 o 124 TRLC 2022

Si nos remitimos al art. 269 TRLC 2022, éste dispone que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley; razón por la que para las pensiones o prestaciones que se establezcan con posterioridad a la declaración del concurso, al único precepto al que podríamos acudir para calificar tales créditos es al supuesto del art. 242.1.13º TRLC 2022 que considera créditos contra la masa a "las obligaciones nacidas de la Ley con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la conclusión del mismo"; si bien, para las acordadas antes de la declaración del concurso, deberá dársele otra la solución.

virtud, el desequilibrio afecta a un cónyuge respecto al otro, determinando un deterioro con relación a la posición mantenida durante el matrimonio por el cónyuge que va a resultar acreedor de la pensión; según esta concepción del artículo 97 CC, las circunstancias enumeradas en el párrafo segundo de dicho artículo serían simplemente parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada. La tesis subjetivista integra ambos párrafos y considera que las circunstancias del artículo 97 CC determinan si existe o no desequilibrio económico compensable por medio de la pensión del artículo 97 CC. El recurso de casación formulado por interés casacional obliga a esta Sala a pronunciarse sobre la cuestión. La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal".

Por lo cual, el art. 242.1.13º TRLC 2022 (obligación legal) debe entenderse referido a las que se reconozcan ex novo con posterioridad a la declaración de concurso, en cuyo caso serán crédito contra la masa, no a las meramente devengadas como consecuencia de resolución anterior.

En síntesis, pueden distinguirse los siguientes supuestos:

a) las pensiones compensatorias anteriores a la declaración de concurso no abonadas, serán un crédito ordinario si el matrimonio se disolvió más allá de los dos años anteriores a la declaración del concurso, y subordinado si el divorcio se produjo dentro de los dos años anteriores (arts. 281.1. 5º y 282.1º TRLC[39]).

b) las pensiones compensatorias fijadas antes de la declaración de concurso, pero devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, mantienen la calificación originaria de crédito ordinario o subordinado.

c) las compensatorias fijadas por resolución judicial posterior a la declaración de concurso, son créditos contra la masa.

VI. CONCLUSIONES.

PRIMERA. La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del TRLC 2020, que transpone la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, ha mantenido intactos los arts. 123 a 125 de la sección 3ª, del capítulo I, título III (Libro Primero) que regulan en el concurso de acreedores el régimen de alimentos y el derecho a solicitar por parte del cónyuge del concurso la disolución de la sociedad conyugal, si bien, ha modificado otros artículos a lo largo del TRLC 2022 que afectan de forma directa al derecho de alimentos.

SEGUNDA. El derecho de alimentos no es un derecho que se reconozca en abstracto y que genere siempre un derecho de cobro del deudor sobre la masa, sino que se trata de un derecho concreto que requiere un reconocimiento expreso, siendo un requisito imprescindible que existan bienes bastantes en la masa para atender las necesidades del deudor, de su cónyuge o pareja de hecho

39 **Se incluye entre las personas especialmente vinculadas al concursado a las unidas a él en análoga relación de afectividad que hayan convivido al menos durante los 2 años anteriores a la declaración del concurso (art. 282.1 TRLC 2022).**

inscrita y los descendientes menores bajo su potestad, y/o de aquellos familiares que no puedan percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos.

TERCERA. El presupuesto objetivo de la declaración del concurso es la insolvencia, actual o inminente del concursado. En el caso de una persona física, empresaria o no, ese estado de insolvencia plantea la necesidad de prever la subsistencia del deudor, y en su caso, de determinadas personas vinculadas al mismo.

CUARTA. El art.123 TRLC 2022 regula el derecho y el art 124 el deber de alimentos en el concurso de acreedores. Al igual que ocurría en la LC, el TRLC 2022 no define el concepto de alimentos –cuestión imprescindible para delimitar y concretar tal derecho/deber–; por esta razón se hace necesario acudir a la normativa civil –común o foral– para definirlo. Las diferentes normativas, la imprecisión de un concepto que está en continua evolución, y la diferente acepción que se puede tener de éste –estricta o ampliada– ha dado lugar a que al extrapolarlo al derecho concursal, no se pueda aplicar un concepto genérico, sino que será el Juez del Concurso el que en atención a los beneficiarios del mismo, y a las necesidades de estos, delimite los elementos que abarca, la acepción que rige (si amplia o estricta) y la calificación concursal del crédito de alimentos.

A tenor del art. 123 TRLC 2022, se requiere el cumplimiento de dos presupuestos objetivos para que se constituya el derecho de alimentos del concursado con cargo a la propia masa activa del concurso que son, en primer lugar, el estado de necesidad del concursado persona natural, las de su cónyuge o, las de la pareja de hecho inscrita cuando aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos de los que derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común, así como para atender las de los descendientes bajo su potestad; y en segundo lugar, la existencia de bienes suficientes en la masa activa. El art. 124 TRLC 2022, impone al concursado el deber legal de prestar alimentos a las personas mencionadas en el art. 144 CC, cuales son los ascendientes, descendientes no sujetos a potestad y hermanos, y lo condiciona a que en la masa activa existan bienes bastantes para prestar alimentos, que no puedan percibir los alimentos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos y que se ejerza la acción de reclamación en el plazo de un año a contar desde el momento en que debieron percibirlos.

QUINTA. La calificación de los créditos por alimentos se modifica con la Ley 16/2022. El art. 242 TRLC 2022 enumera los créditos contra la masa, y en lo que respecta a los alimentos, transforma la calificación de los alimentos devengados antes de la declaración del concurso de créditos ordinarios por la de créditos contra la masa; su fin es proteger el crédito por alimentos a cargo del concursado (persona física) sea cual sea el momento en el que nazca e independientemente

de que haya o no resolución judicial; por ende. se modifica también el art. 281.2.1.º TRLC 2022, excluyendo de la posible calificación como subordinado al crédito por alimentos, pese a que antes de la reforma cabía la posibilidad de que pudiera calificarse como tal, cuando el crédito de alimentos tuviera como titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 282 TRLC 2022), actualmente, se excepciona de tal regla, y se califican como ordinarios los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración del concurso.

En último lugar, y en cuanto al tratamiento de la pensión compensatoria en el concurso de acreedores, el TRLC 2022 no hace referencia alguna a ésta, y no se equipara al derecho de alimentos, la pensión compensatoria tiene el tratamiento de un crédito que nace de una obligación legal.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCO GARCÍA- LOMAS, L.: "La resolución de los contratos", en AA.VV.: *Derecho Concursal y Preconcursal. Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022* (coord. por E. GALLEGO SÁNCHEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 960.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: "Efectos específicos sobre la persona natural en el concurso de acreedores" en AA.VV.: *Derecho Concursal y Preconcursal. Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022* (coord. por E. GALLEGO SÁNCHEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.733-735.

FERNÁNDEZ SEIJO, J.: "Derecho de alimentos", en AA.VV.: *Práctico Segunda Oportunidad* (coord. por F. ADÁN DOMENECH, VLex, 2020.

FUENTES DEVESA, R.: "Derecho y deber de alimentos", en AA.VV.: *Práctico concursal* (coord. por M. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ), VLEX, 2020.

LEFEBVRE, F.: *Memento Práctico Concursal* Francis Lefebvre-El Derecho, 2021, cap. 6, marginal 3011.

PEÑA DÍAZ, B.: "Aspectos procesales del derecho de alimentos" en AA.VV.: *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia Tomo II parte registral y otros temas del procedimiento* (coord. por F. LLEDÓ YAGÜE, A. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, O. MONJE BALSAMEDA), Dykinson, Madrid, 2011, pp. 451-466.

THOMÁS PUIG, P.: "Los créditos contra la masa", en AA.VV.: *Derecho Concursal y Preconcursal. Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022* (coord. por E. GALLEGO SÁNCHEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.1340-1353.



IL PRINCIPIO DI BIGENITORIALITÀ TRA SANZIONI E RIMEDI NELLA RIFORMA DEL PROCESSO DELLA FAMIGLIA

THE PRINCIPLE OF BIGENITORIALITY BETWEEN SANCTIONS AND REMEDIES IN THE REFORM OF THE FAMILY PROCESS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 384-409

Antonina
ASTONE

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: A partire dalla legge sull'affido condiviso, l.54/2006, sono state introdotti una serie di strumenti per garantire effettività al diritto alla bigenitorialità. In tale ambito si inseriscono il risarcimento di cui all'art.709-*ter* c.p.c nonché l'*astreinte*, recata dall'art. 614-*bis* c.p.c. Ma sull'efficacia di tali rimedi, sin dalla loro emanazione, hanno pesato consistenti dubbi in quanto, quando la lesione del diritto del minore alla bigenitorialità, è già intervenuta, i danni sul suo armonico sviluppo sono, spesso, irreversibili. La necessità di una riforma del sistema ha trovato concretizzazione con la l.206/2021 che, al suo interno, prevede diverse soluzioni tra cui il rimedio, che appare più efficace, è il rafforzamento della figura del curatore speciale.

PALABRAS CLAVE: Minore; affido condiviso; risarcimento; curatore speciale.

ABSTRACT: *Starting with the shared custody law, Law 54/2006, various tools have been introduced to ensure the effectiveness of the right to two-parenting. This includes the compensation referred to in Article 709-ter of the Italian Criminal Code as well as the astreinte, referred to in art. 614-bis c.p.c. But consistent doubts have weighed on the effectiveness of these remedies, since their issue, since, when the infringement of the child's right to dual parenthood has already occurred, the damage to its harmonious development is often irreversible. The need for a reform of the system has been concretized with the law 206/2021 which, internally, provides for various solutions including the remedy, which appears more effective, is the strengthening of the figure of the special curator.*

KEY WORDS: *Minor; shared custody; compensation; special curator.*

SUMARIO.- I. L'ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DI BIGENITORIALITÀ A PARTIRE DALLA LEGGE SULL'AFFIDO CONDIVISO.- II. I RIMEDI PER GARANTIRE L'EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO DEL MINORE A CRESCERE CON ENTRAMBI I GENITORI.- III. IL RISARCIMENTO EX ART. 709 TER C.P.C. SULLO SFONDO DELLA POLIFUNZIONALITÀ DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE.- IV. LE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA LEGGE DI DELEGA 206/2021.

I. L'ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DI BIGENITORIALITÀ A PARTIRE DALLA LEGGE SULL'AFFIDO CONDIVISO.

L'interesse del minore reclama una tutela più intensa quando l'atmosfera familiare diventa meno protettiva e più fragile a causa della dissoluzione del rapporto tra i genitori. In questo contesto emerge il bisogno ma, soprattutto il diritto, espressamente riconosciuto, dei figli di mantenere rapporti significativi e regolari con entrambi i genitori, nonché con gli ascendenti ed i parenti di ciascuno dei genitori[1].

Il c.d. principio di bigenitorialità[2] si è consolidato nel tempo al fine di dare risposta a questo bisogno, a partire dal quadro disegnato dalla legge sull'affido condiviso,[3] il cui ambito applicativo si estende, come è noto, oltre che alle ipotesi di separazione, di divorzio e di nullità del matrimonio, anche a quelle di cessazione della convivenza sembrando allargare, ora, il suo perimetro anche alle coppie *same-sex* attraverso il riconoscimento, sempre più robusto, della c.d. genitorialità sociale[4].

1 Sul punto, a seguito della riforma della filiazione di cui al D. Lgs, 28 dicembre 2013 n. 154 recante *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, ai sensi dell'art. 2, l. 10 dicembre 2012, N. 219* ed., in particolare, sull'art. 337 *ter* c.c., Sirena, P.: "Il diritto dei figlio minorenne di crescere in famiglia", in Aa.Vv.: *La riforma della filiazione* (a cura di C.M. Bianca), Cedam, Padova, 2015, p. 125 ss.; Morace Pinelli, A.: "I provvedimenti riguardo ai figli (art. 337-ter. c.c.): le principali modifiche apportate dalla riforma" ibidem, p. 177 ss..

2 Il principio di bigenitorialità è sancito, a partire dalla *Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo* all'art. 9, par. 3 ed anche nel progetto, poi naufragato, di Costituzione europea, nell'art. II-84, comma 3, si riconosceva il "diritto soggettivo del minore ad intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse". In giurisprudenza, su tale principio, da ultimo, Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2022 ord. 4796.

3 Sulla l. 8 febbraio 2006 n. 54: Patti, S.: "L'affidamento condiviso dei figli", *Famiglia, Persone e Successioni*, 2006, p. 300 ss.; Bianca, C.M.: "La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni", *Dir. fam. pers*., 2006, p. 676 ss.; Giacobbe, G.: "Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio", ibidem, 2006, p. 707; in chiave comparata cfr. Zambrano, V.: "Interesse del minore ed affidamento congiunto. Esperienze europee a confronto", *Dir. fam. pers*., 2000, p. 1385 ss..

4 In proposito cfr. Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, www.personaedanno.it, 22 ottobre 2016: a richiedere l'intervento dei Giudici della Consulta il Tribunale di Palermo che, con decreto del 13 aprile 2015, ha emesso un'ordinanza di rimessione, per ottenere una sentenza additiva, che estendesse la possibilità del minore di mantenere rapporti significativi anche con l'ex partner same sex del genitore biologico, ai sensi dell'art. 337 *ter* c.c.. La Corte costituzionale ha mantenuto fermo l'impianto normativo, non perché l'interesse reclamato non trovasse tutela costituzionale, ma in quanto ha ritenuto insussistente il "vuoto normativo" posto a base della questione: l'esigenza, alla cui luce la stessa era stata sollevata, trovava, infatti,

• Antonina Astone
Professore associato di Diritto privato nell'Università di Messina. E-mail: antonina.astone@unime.it

Come è noto, nel ribaltare la previgente disciplina, l'affido esclusivo, è configurato come istituto eccezionale[5] che il giudice, può disporre, con provvedimento motivato, qualora ritenga che il rapporto con l'altro sia contrario all'interesse del minore. Il legislatore ha, in tal modo, recepito un sentimento radicato e diffuso nella società che considerava l'affidamento esclusivo estremamente penalizzante: infatti, anche se non interrompeva del tutto il rapporto con il genitore non affidatario comportava, comunque, il rischio di una larga esclusione di quest'ultimo dalla vita del figlio.

In particolare, diverse, in questo ambito, le pronunzie in merito alla controversa nozione della c.d. sindrome da alienazione parentale[6], espressione di un uso distorto dell'ufficio di genitore, ancorata all'idea del figlio inteso come "proprietà" esclusiva. Appare superfluo considerare, come è stata invece costretta a fare la Suprema corte, che il genitore che instaura con il figlio "un legame simbiotico e patologico", tale da escludere l'altro genitore o gli ascendenti, pone in essere un comportamento che può incidere negativamente sull'equilibrato sviluppo psico-fisico del minore[7]. In proposito, sempre la giurisprudenza di legittimità[8], ha chiarito che "la valutazione dell'idoneità genitoriale, deve avere ad oggetto anche la capacità di preservare una continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, in quanto

secondo la Corte, adeguata risposta nella previsione contenuta nell'art. 333 c.c., norma che tutelerebbe anche l'arbitraria ed ingiustificata interruzione dei rapporti tra genitore sociale e minore, consentendo al giudice di adottare i provvedimenti più convenienti, qualora il genitore biologico assuma comportamenti pregiudizievoli per lo sviluppo del bambino. In merito v. Camardi, C.: "Diritti fondamentali e status della persona", *Riv. crit. dir. priv.,* 2015, p. 37.

5 Da ultimo Trib. Torre Annunziata, 27 maggio 2022 n. 1247 sottolinea come l'affido esclusivo rappresenta una deroga eccezionale al principio di bigenitorialità: perché venga deciso l'affidamento esclusivo non basta la mera conflittualità fra i genitori ma occorre la prova, in positivo, dell'idoneità di un solo genitore e la prova in negativo dell'inidoneità dell'altro, vale a dire la manifesta carenza o inidoneità educativa dello stesso o, comunque, la presenza di una sua condizione tale da rendere l'affido condiviso, in concreto, pregiudizievole per il minore; in senso conforme App. Torino, 13 gennaio 2021, n. 37; Cass. civ., sez. VI, 19 luglio 2016, n. 14728 secondo cui l'art. 337-*quater* c.c., riguardo l'affido ad un solo genitore, richiede all'interprete un giudizio prognostico in ordine alla capacità del singolo genitore di crescere ed educare il figlio, da esprimersi sulla base di elementi concreti, attinenti alle modalità con cui ciascuno ha svolto il proprio ruolo, con particolare riguardo alla capacità di relazione. Cfr., altresì, Cass. civ., Sez. VI, ord., 4 ottobre 2022, n. 2867, in un caso di affido parzialmente extrafamiliare dei figli, in conseguenza della sospensione dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori, per la persistente condotta conflittuale, ha affermato che non costituisce lesione del diritto alla bigenitorialità la previsione di un regime semiresidenziale presso una struttura di accoglienza e presso i genitori per la notte e nel fine settimana, con collocazione della figlia presso la madre e del figlio presso il padre, secondo le volontà manifestata dai minori.

6 L'espressione Sindrome di alienazione parentale si deve agli studi dello pschiatra Gardner, R.: "Recent trends, in divorce and custody litigation", *Academy Forum*, n. 29,1985, p. 3 ss.; sull' inquadramento di questo disturbo, tra le patologie riconosciute dalla scienza medica tuttavia, esistono una serie di dubbi e, per una sintesi delle diverse opinioni cfr., in dottrina, Casonato, M.: "Una situazione patologica controversa: l'alienazione parentale neo conflitti familiari", *Fam. dir.,* 2015, p. 735 ss.; in giurisprudenza, in senso critico, si rinvia a Cass. civ., sez. I, 24 marzo 2022, ord. n. 286*:* "Il richiamo alla sindrome d'alienazione parentale non può dirsi legittimo, costituendo il fondamento pseudoscientifico di provvedimenti gravemente incisivi sulla vita dei minori".

7 Cass. civ., sez. I, 16 maggio 2019 n. 13274, www.italgiure.giustizia.it: la Suprema Corte ha sottolineato, altresì, come l'affido esclusivo di un minore a un genitore non può essere basato soltanto su una diagnosi di sindrome di alienazione parentale, in quanto ogni fattispecie esaminata richiede un' attenta analisi da parte degli interpreti.

8 Cass. Civ., sez. I, 8 aprile 2019, n. 9764, www.italgiure. giustizia.it.

è solo tramite queste relazioni che si può garantire il diritto del figlio ad una crescita serena e armoniosa". Ne consegue che il giudice ha l'obbligo, attraverso i comuni mezzi di prova, ivi compreso "l'ascolto del minore, ed anche mediante il ricorso alle presunzioni, di accertare se vi sono comportamenti di un genitore che, in quanto ostile all'altro, impediscano un sano ed equilibrato rapporto".

Invero, il diritto alla bigenitorialità non è destinato a rimanere una mera petizione di principio ma costituisce un valore cui deve essere garantita effettività[9]. Su tali aspetti, un rilievo significativo assumono alcune decisioni della Corte di Strasburgo con le quali è stata riscontrata la violazione dell'art. 8 CEDU, in tutti quei casi in cui le autorità giudiziarie hanno emanato misure del tutto "automatiche e stereotipate", inidonee a garantire il diritto al minore a mantenere rapporti significativi con entrambe le figure genitoriali[10]. Secondo la Corte di Strasburgo i provvedimenti giudiziari devono assicurare interventi che tengano conto della specificità della singola fattispecie. La tutela dei rapporti familiari ed affettivi, per essere concreta, va effettuata attivando "strumenti di intervento che tutelino sia il genitore non collocatario che la prole, in modo da assicurare loro il mantenimento di relazioni costanti nel tempo, anche in quei casi in cui uno dei due genitori, in genere quello con cui convivono, ostacoli tali rapporti. La risposta del sistema giudiziario deve essere efficiente, soprattutto nell'interesse della prole che, per un armonico sviluppo psico-fisico, ha bisogno di relazionarsi, in maniera equilibrata, con entrambe le figure genitoriali". Il passare del tempo, senza che il rapporto affettivo da tutelare possa esprimersi liberamente determina, sottolineano i giudici di Strasburgo, il consolidarsi di "situazioni familiari disfunzionali", che possono provocare ricadute negative sui figli[11].

Sebbene con gli inevitabili limiti, l'affido condiviso ha tentato di dare una risposta concreta ai diversi interessi in gioco fra cui quelli dei genitori separati, che subivano, di fatto, l'atteggiamento spesso ostruzionistico tenuto dall'altro diretto ad impedire loro di coltivare un rapporto significativo con i figli ma, evidentemente, non è stato

9 In generale, Vettori, G.: "Principio di effettività delle tutele (dir. civ)" (voce), Enc. dir., ann., X, Giuffrè, Milano, 2017.

10 Corte EDU, 9 febbraio 2017, ric. n. 76171/13, Solarino c. Italia; Corte EDU, 23 marzo 2017, ric. n. 71660/14, *Endrizzi c. Italia*; Corte EDU, 15 settembre 2016, ric. n. 43299/12, *Giorgioni c. Italia*.

11 Corte EDU, 7 ottobre 2021, ric. n. 29786/19 T. M. c. Italia: il ricorso riguardava l'impossibilità per il ricorrente di esercitare il suo diritto di visita secondo le statuizioni giudiziarie. La Corte ricorda che gli obblighi positivi non implicano solo che le Autorità competenti vigilino affinché il minore possa ricongiungersi al genitore o avere un contatto con lui, ma comprendono anche tutte le misure propedeutiche che consentono di giungere a tale risultato. Precisa, inoltre, come nell'adozione di una decisione riguardante i diritti sanciti dall'art. 8 della Convenzione sono necessarie "una diligenza e una rapidità supplementari" in quanto il passare del tempo può avere conseguenze irrimediabili. La Corte sottolinea, infatti, che l'interruzione del contatto con un figlio molto giovane può comportare un peggioramento della sua relazione con il genitore. A tale riguardo si pone in chiave critica rispetto alla decisione adottata dalla Corte di cassazione nella fattispecie esaminata in quanto si sarebbe limitata a "confermare le decisioni volte a sospendere il diritto di visita del ricorrente senza considerare che il percorso di supporto psicologico al quale essa faceva riferimento non era stato ordinato dalle autorità giudiziarie".

sufficiente a garantire il diritto alla bigenitorialità se, nonostante l'introduzione anche una serie di sanzioni, si sono resi necessari ulteriori interventi in materia.

II. I RIMEDI PER GARANTIRE L'EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO DEL MINORE A CRESCERE CON ENTRAMBI I GENITORI.

Assodato che l'interesse del minore si ritiene soddisfatto al meglio attraverso l'affidamento ad entrambi i genitori, che non può essere precluso dalla conflittualità fra loro esistente, sia pure aspra e molto forte, al fine di rafforzare il diritto del minore a preservare rapporti significativi con entrambi i rami genitoriali sono state introdotte, in sede civilistica, strumenti di natura coercitiva.

In tale ambito si inserisce l'art.709[12]-*ter* c.p.c. che, come è noto, consente al giudice del procedimento in corso o al giudice investito, ex art. 710 c.p.c., delle controversie tra i genitori, relative all'esercizio e alle modalità dell'affidamento, qualora constati l'esistenza di gravi inadempienze " quanto all'esercizio della responsabilità" o di atti che "ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento o, più in generale, di atti che arrechino pregiudizio al minore[13]", di modificare i provvedimenti in vigore e disporre oltre che una serie di sanzioni, anche il risarcimento degli eventuali danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore o condannare al risarcimento dei danni uno dei genitori nei confronti dell'altro, ai sensi del comma 2, n. 2 e 3.

12 In particolare, sul risarcimento del danno, previsto ai punti 2 e 3, ci sia consentito il richiamo a Astone, A. "L'art. 709-ter c. p. c. un riconoscimento normativo della funzione punitiva della responsabilità?", in *I danni ingiusti alla persona* (a cura di Fortino, M.), Cedam, Padova, 2009, p. 317 ss.; Frezza, G.: "Appunti e spunti sull'art. 709 ter c. p. c.", *Giust. civ.,* 2009, p. 35 ss.; Sesta, M.: "La violazione della modalità di affidamento e i rimedi di cui all'art. 709-ter c. p. c.", in *Liber amicorum per D. Henrich, Famiglia e successioni,* Giappichelli, Torino, 2012, p. 84 ss.; Scia, F.: "Responsabilità civile e doveri genitoriali: le persistenti problematicità dell'art. 709-*ter c.* p. c.", *Pers. e merc*., 2020, p. 415 ss.; Carapezza Figlia, G.: "Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli artt. 614-*bis* e 709-ter c. p. c. nella riforma del processo della famiglia", *Dir. fam. pers.,* 2022, p. 640; Camilleri, E.: "I provvedimenti ex art. 709 *ter* c. p. c., e le novità della legge 26 novembre 2021, n. 206," in Aa.Vv.: *L'udienza presidenziale nel procedimento di separazione e divorzio* (a cura di M.A. Astone, G. Basilico), Giuffrè, Milano, 2022, p. 328 ss..

13 Sul punto v. Corte Cost. 10 luglio 2020 n. 145, chiamata a pronunziarsi sulla presunta indeterminatezza della locuzione «atti che comunque arrechino pregiudizio al minore» ha stabilito che è possibile individuare i comportamenti sanzionabili in quelle condotte che, pur non apparentemente "gravi", abbiano arrecato alla prole un danno, non patrimoniale, accertabile e valutabile secondo gli ordinari criteri. La Consulta richiama, in particolare, la pronunzia della Suprema corte (Cass. civ., sez. I, 27 giugno 2018, n. 16980) che, sul tenore letterale dell'art. 709-*ter* c. p. c., nella parte in cui attribuisce al giudice la facoltà di applicare una o più tra le misure previste dalla stessa norma nei confronti del genitore responsabile di gravi inadempienze o di atti "che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento", ha precisato che l'uso della congiunzione disgiuntiva evidenzia che avere ostacolato il corretto svolgimento delle prescrizioni giudiziali relative alle modalità di affidamento dei figli è un fatto che giustifica di per sé l'applicazione di una o più tra le misure previste, anche in mancanza di un pregiudizio in concreto accertato a carico del minore. Sulla decisione Scia, F.: "Responsabilità civile e doveri genitoriali", cit., p. 415 ss..

La *ratio* della disposizione appare analoga a quella dei provvedimenti recati dalla legge sugli ordini di protezione contro gli abusi familiari[14]: entrambi muovono dalla consapevolezza delle difficoltà, del sistema previgente, in ordine alle ipotesi di affido esclusivo e del fallimento del ricorso ad un'eventuale tutela in sede penale, per le più gravi ipotesi di abusi, rispetto alle condotte pregiudizievoli di cui all'art.333 c.c., perpetrati in ambito familiare rivelatisi, sostanzialmente, inadeguati ad assicurare il migliore interesse del minore. Non è certo un caso se, parallelamente, la giurisprudenza, supportata dalla dottrina, è pervenuta a riconoscere il c.d. danno endofamiliare di cui quello all'art. 709 *ter* c.p.c. costituisce un primo riconoscimento normativo, in quanto diritti, definiti inviolabili, non possono ricevere diversa tutela a seconda che i loro titolari ed il responsabile del danno si trovino collocati o meno all'interno di un contesto familiare[15].

Vi è da sottolineare, in effetti, che anche sotto il vigore della precedente disciplina sull'affido erano previsti dei rimedi per sopperire ad eventuali "mancanze" dei genitori nei confronti dei figli, che potevano considerarsi strumenti sanzionatori, in senso lato: il giudice infatti poteva, su richiesta, disporre il mutamento delle condizioni di affido, per sanzionare il comportamento del genitore affidatario che si era reso inadempiente. Ma questa misura si era rivelata, però, più teorica che pratica e, in considerazione della lungaggine processuale, molto spesso il provvedimento interveniva a distanza di anni dalla richiesta, con la conseguenza che, paradossalmente, il mutamento di affido si rivelava contrario all'interesse del figlio. Si rischiava, in sostanza, di infrangere il nuovo e diverso equilibrio cui il minore si era faticosamente adattato.

Successivamente all'emanazione degli strumenti riparatori e sanzionatori, previsti dalla legge sull'affido condiviso, ad *adiuvandum,* è stata innestata, in presenza di violazioni delle statuizioni del giudice in materia, quella che appare un'*astreinte*,

14 In generale Cianci, A. G.: *Gli ordini di protezione familiare*, Giuffrè, Milano, 2003; segnatamente Cesari, F.: "Le misure contro la violenza nelle relazioni familiari", in *La responsabilità nelle relazioni familiari (*a cura di M. Sesta), Utet, Torino, 2008, p. 697 ss..

15 Tra i primi saggi sul tema si segnala Patti, S.: *Famiglia e responsabilità civile,* Giuffrè, Milano, 1984; G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Giuffrè, Milano, 2004; Id.: "Doveri familiari e responsabilità civile", in Aa.Vv., *Il nuovo diritto di famiglia, Rapporti personali e patrimoniali* (diretto da G. Ferrando), Zanichelli, Bologna, II, 2008, p. 84 ss.; Id.: "La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile", in *Trattato della Responsabilità Contrattuale,* (diretto da G. Visintini), I, Cedam, Padova, 2009, p. 407 ss.; Id.: "Dei fatti illeciti", in *Codice della famiglia,* (a cura di M. Sesta), Sub. *Art. 2043* c.c., Giuffrè, Milano, 2009, p. 2161 ss.; Cassano, G.: *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale - Il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia,* Cedam, Padova, 2006; Id., *La giurisprudenza degli illeciti nel diritto di famiglia,* Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2007; Id., "In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709-ter, comma 2, c. p. c. ed i danni prettamente "patrimoniali" tra congiunti", *Dir. fam. pers*., 2008, p. 501 ss.; Parini, A.G.: "Violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile. Il danno da break down coniugale", *Ras. dir. civ.,* 2, 2011, p. 487 ss.; Camilleri, E.: "I danni endofamiliari", in Aa.Vv.: *Persona e diritto* (a cura di R. Alessi, S. Mazzamuto, S. Mazzarese), Giuffrè, Milano, 2013, p. 223; Basini, G.F.: "Violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile", in *Trattato diritto di famiglia* (diretto da G. Bonilini) I, II, UTET, Torino, 2016, p. 921 ss..

recata dall'art. 614-*bis* c.p.c.[16], una misura di coercizione indiretta costituita dalla condanna al pagamento di una somma di denaro predeterminata "per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento di condanna all'adempimento" di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro che si è aggiunta alla misura risarcitoria prevista dall'art. 709-*ter* c.p.c.

Si tratta di rimedi che, pur intervenendo entrambi, quando la lesione del diritto del minore a mantenere un equilibrato sviluppo psicofisico, accompagnato dalla presenza dei due genitori si è già verificata, operano su piani non perfettamente coincidenti in quanto l'*astreinte* si pone in un'ottica di prevalente deterrenza rispetto alla previsione risarcitoria, in cui tale finalità sembra i inserirsi all'interno di un quadro più composito[17].

III. IL RISARCIMENTO EX ART. 709 *TER* C.P.C. SULLO SFONDO DELLA POLIFUNZIONALITÀ DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE.

Se sulla natura giuridica della misura *ex* art. 614-*bis* c.p.c., non pare che esistano dubbi, quale strumento di coazione indiretta posta in forza della domanda avanzata dal genitore o dal curatore speciale dei minori[18] o, secondo qualche approdo giurisprudenziale dal Tribunale *ex officio*[19] superando, così, il tenore letterale dell'attuale testo che allude solo ad un'istanza di parte, uno dei punti più controversi attiene, da sempre, alla funzione sottesa al previsto risarcimento dei danni. Il problema è se si tratti di un rimedio finalizzato al ristoro della perdita, conseguente alla lesione di un bene intangibile, costituito dalla relazione tra genitore e figlio e, come tale, riconducibile al paradigma della responsabilità, oppure sia

16 Disposizione introdotta nell'ambito della riforma del processo civile, attuata dall'art. 48 della l. 18 giugno 2009, n. 69, e le successive modifiche di cui alla l. 27 giugno 2015, n. 83 e l. 6 agosto 2015, n. 132.: in dottrina, Mazzamuto, S.: "L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c. p. c. nella giurisprudenza di merito", *Giur. it.,* 2010, p. 647; Spoto, G.: "Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari", *Dir. fam. e pers.,* 2010, 910 ss.; Amram, D.: "Cumulo dei provvedimenti ex artt. 709 *ter* e 614 *bis* c. p. c., e adempimento dei doveri genitoriali", *Danno e resp.*, 2012, p. 781. Sul rapporto tra l'art 709 *ter* c. p. c. e l'art. 614 *bis*. c. p. c., Vullo, E.: "*Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni ex art. 709 ter c.p.c. e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis c. p. c"., Fam. e dir.,* 2010, 931 si era espresso in senso contrario al cumulo in quanto la *ratio* dell'introduzione "appare proprio quella di fornire strumenti di tutela esecutiva indiretta laddove questi non esistevano". In giurisprudenza in senso favorevole al cumulo si rinvia a Trib. Milano, sez. IX, 2 maggio 2019, n. 4202.

17 Sul punto v. par. successivo.

18 Trib. Milano, sez. IX, 2 maggio 2019, n. 4202, cit.; Cass. civ., sez. I, ord., 7 settembre 2022, n. 26352.

19 La disposizione è stata applicata nei confronti dei genitori anche nella diversa ipotesi di violazione dell'immagine e della riservatezza dei figli effettuata via *social*: è stata inibita "la diffusione in *social network*, comunque denominati, e nei *mass media* delle immagini, delle informazioni e di ogni dato relativo al figlio e la rimozione di immagini, informazioni, dati relativi al figlio dalla stessa inseriti su *social network*". Lo stesso Tribunale ha determinato, *ex* art. 614-*bis* c. p. c., una multa per il genitore, anche sulla scorta dell'art. 96 della legge sul diritto d'autore, l. 633/1941. Sebbene l'art. 614 *bis* c. p. c. prevede l'istanza di parte, il giudice sulla base dei principi generali, desumibili anche dall'art. 709 *ter* c. p. c., ha applicato la disposizione anche *ex officio*: Trib. Roma, 11 gennaio 2016 n. 18799; Trib. Roma, ord. 23 dicembre 2017, *Fam. dir.*, 4, 2018, p. 380 ss. Sul punto si rinvia alle novità introdotte dal d. lgs 149/2022 su cui v. ult. par..

assimilabile ad una forma di danno punitivo e, pertanto, presenti la medesima natura sanzionatoria delle altre misure contemplate nella stessa disposizione[20] .

Minoritario l'orientamento favorevole a ritenere che la previsione contenuta nell'art. 709-*ter* c.p.c., non abbia inteso derogare ai principi posti a fondamento del sistema di responsabilità aquiliana.[21] Si è osservato[22], in questa prospettiva che, se il legislatore avesse inteso privilegiare la connotazione sanzionatoria, rimarrebbe oscura la ragione della differenziazione tra il risarcimento "nei confronti del minore" e quello "nei confronti dell'altro genitore" : la sanzione, infatti, avrebbe trovato collocazione, più plausibilmente, nei rapporti interni ai genitori. La logica risarcitoria, in cui assume rilievo la diversa incidenza della condotta sulla sfera morale ed esistenziale, rispettivamente del minore e dell'altro genitore, dà invece ragione, secondo questa interpretazione, della differenza posta dalla norma tra risarcimento del danno a favore del figlio e quello a favore dell'altro genitore. Quello che è certo è che non mancano le differenze con l'azione ex art. 2043 c.c.[23]: quest'ultima, infatti, riguarda tutti i danni che possono essere connessi al fatto illecito del genitore, mentre, quella ex art.709-*ter* c.p.c., copre un ambito più circoscritto; più precisamente: sotto il profilo soggettivo, non sono ricompresi e sanzionati gli illeciti tra genitori e figli maggiorenni, sotto il profilo oggettivo, la norma ha riguardo al pregiudizio che il minore abbia a risentire dall'inadempimento delle condizioni previste dal giudice in ordine all'esercizio della responsabilità. Peraltro, si è sottolineato[24], non potrebbero essere risarciti i danni patrimoniali, essendo la sede di cui all'art. 709-*ter* c.p.c. "preposta ad altro genere di tutela"; in quest'ottica, all'interno del procedimento ex art.709-*ter* c.p.c., il danno risentito dal minore, per la privazione della frequentazione di uno dei genitori, sarebbe privo del carattere della patrimonialità[25]. L'obiezione che a tale ragionamento, può essere mossa, sulla base della lettura della norma, è che essa non distingue fra danno patrimoniale e danno non patrimoniale.

20 Tra i primi saggi ad affrontare la problematica: D'Angelo, A.: "Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709- ter c. p. c.", *Familia*, 2006, p. 1048.

21 Greco, A.: "Affido condiviso, (l. 54/2006) e ipotesi di responsabilità civile", *Resp. civ. prev.*, 2006, 1199; Ferrando, G.: "Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. 54/2006", *Fam pers. succ.*, 2007, p. 595 secondo cui l'art. 709-*ter* c. p. c. lungi dal prevedere alcune ipotesi di responsabilità civile in famiglia caratterizzate da una "speciale" funzione sanzionatoria, si limita a prevedere una speciale sede processuale in cui fare valere tali pretese. Per la funzione riparatoria, v., tra gli altri, Trib. Pavia, 23 ottobre 2009, *Fam. dir.*, 2010, p. 149 ss.; Trib. Roma, 3 settembre 2011, in *Resp. civ. prev.,* 2012, p. 1327 ss..

22 Paladini, M.:" Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?", *Resp. civ. e prev.,* 2007, p. 2005 ss..

23 Per le differenze di ordine processuale v. Graziosi, A: "Profili processuali della l. n. 54 del 2006, sul c. d. affidamento condiviso dei figli", *Dir. fam. pers.,* 2006, p. 1883.

24 Lupoi, M.A.: "Aspetti processuali della normativa sull'affido condiviso", *Riv. trim. proc. civ*, 2006, p. 1093.

25 Sul punto v. Trib. Padova, 3, ottobre, 2008, in *Fam. e dir.*, 6, 2009, con nota di Ferolfi, F. 609 ss. che ha ravvisato nella decurtazione dell'assegno di mantenimento nei confronti del coniuge e del figlio operata, in maniera sistematica, dal coniuge quel requisito della gravità per la condanna al risarcimento del danno, di cui all'art. 709-*ter* c. p. c., subito dal figlio minore. L'inadempimento degli obblighi disposti in sede di separazione aveva contribuito, in maniera determinante, ad incrementare la conflittualità coniugale con evidenti ricadute negative sulla condizione psicologica del minore. La violazione delle statuizioni giudiziali di ordine patrimoniale viene sanzionata, pertanto, per i riflessi negativi cagionati alla sfera esistenziale del figlio minore.

In tal senso più robusto l'orientamento diretto a riconoscere al rimedio risarcitorio natura essenzialmente sanzionatoria. Si è detto[26] che la *ratio* dei provvedimenti di cui all'art.709-*ter* c.p.c. sarebbe "sanzionatoria-compulsoria", anche se strutturata in concreto secondo parametri risarcitori. Le misure in esame avrebbero, di fatto, una valenza segnatamente pubblicistica[27], costituendo una sorta di sanzione connessa alla mancata ottemperanza dei provvedimenti dell'autorità. Lo scopo del legislatore sarebbe quello di fornire una specifica tutela contro i pregiudizi che il genitore ed il minore subiscono a causa degli impedimenti che vengono frapposti allo svolgimento dell'affidamento, secondo le modalità fissate dall'autorità giudiziaria ma, al contempo, quello di sanzionare il genitore per indurlo a desistere dal tenere dei comportamenti ritenuti illegittimi. Secondo questo orientamento, la disposizione detterebbe una norma ad *hoc* in tal senso; diversamente, non si spiegherebbe perché il legislatore ha espressamente previsto anche il risarcimento del danno fra le varie sanzioni: se avesse voluto fare riferimento al più generale istituto della responsabilità aquiliana avrebbe potuto limitarsi anche a dettare una mera formula di chiusura.[28]

Questa tesi troverebbe conferma nei lavori preparatori ove si legge che "sono state individuate per la prima volta nel panorama normativo delle sanzioni di tipo economico nei confronti del genitore inadempiente e a favore del figlio, oltre che del coniuge eventualmente beneficiario dell'assegno consentendo, così, una protezione maggiore e più consolidata ai casi di inadempienza"[29]. A sostegno della natura essenzialmente sanzionatoria del risarcimento introdotto dalla legge sull'affido condiviso, si è addotta, altresì, una motivazione di ordine processuale: l'incompatibilità strutturale del procedimento, ex art. 709-*ter* c.p.c., con la trattazione di una domanda risarcitoria ordinaria. La natura di giurisdizione volontaria, quale è quella esercitata dall'art. 709-*ter* c.p.c., mal si concilierebbe con la giurisdizione contenziosa imposta dalla natura della condanna al risarcimento dei danni causati dal genitore.[30]

26 De Filippis, B.: *Affido condiviso nella separazione e nel divorzio*, Cedam, Padova, 2007, p. 231.

27 In tal senso anche Trib. Milano, sez. IX, 2 maggio 2019, n. 4202, ha riconosciuto che "le misure previste dall'art. 709-*ter* c. p. c. sono rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria e punitiva a garanzia dell'interesse pubblicistico, cui è pur sempre finalizzata la tutela del superiore interesse del minore e vanno applicate *ex officio* da parte del Giudice del conflitto familiare".

28 Sottolinea la non riconducibilità della previsione risarcitoria, di cui all'art. 709-*ter* c. p. c., all'art. 2043 c.c. altresì Trib. Vallo Lucania, 7, marzo, 2007, in *La resp. civ.,* 2007, p. 472, secondo cui l'art. 709 *ter* c. p. c. introdurrebbe una sanzione per la "lesione di un'aspettativa legittima inerente alla relazione parentale". In tal senso v. anche Trib. Palermo,2 novembre, 2007, *La resp. civ.*, 2008, p. 89 e Trib. Napoli, 30 aprile, 2008, *Fam. e. dir.*, 11, 2008, con nota di G. Facci, Trib. Milano, 2 maggio 2019, *www.ilFamiliarista.it*, 15 novembre 2019.

29 Atti parlamentari, Camera dei deputati, Resoconto sommario e stenografico, sed. 10, marzo, 2005, n. 600, p. 35.

30 Cass. civ., sez. I, 5 marzo 2008, n. 5953, *Fam. e. dir.*, 2008, 983: sulla ricorribilità per cassazione: Cass. civ., sez. I, 19 gennaio 2022, ord. n. 1568 che ha affermato come le statuizioni relative alle modalità di affidamento della prole, non sono né definitive, né decisorie e, quindi, non sono ricorribili per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost..

Non è mancato, altresì, chi ha affermato[31] che il danno risarcibile, di cui all'art.709-*ter* c.p.c., sarebbe sintomatico di un " ritorno di fiamma " rispetto al vecchio "danno morale soggettivo" al quale, non sarebbe estranea una funzione anche sanzionatoria, in senso lato, della condotta lesiva e ciò in ossequio alla sua accezione originaria di *pecunia doloris*; in quest'ottica l'art. 709-*ter* c.p.c., almeno relativamente al risarcimento dei danni non patrimoniali, costituirebbe una delle ipotesi normativamente previste, cui fa riferimento l'art.2059 c.c. Alcune pronunzie della giurisprudenza di merito hanno definito, espressamente, le ipotesi di risarcimento ex art. 709-*ter,* comma 2, n.3 c.p.c., una forma di *punitive damages*[32]: la condanna al risarcimento del danno non sarebbe " diretta a compensare ma a punire al fine di dissuadere".

Le incertezze sulla effettiva natura del provvedimento risarcitorio, di cui all'art.709-*ter* c.p.c., sembrano riecheggiare quegli stessi dubbi che aveva suscitato l'ambigua nozione di indennità, prevista per i casi di nullità del matrimonio imputabile ad uno degli sposi, ex art.129-*bis* c.c..[33] Non è mancato, peraltro, anche in questo caso, l'accostamento alla pena privata[34] ma, per lo più, si tende a classificare tale sanzione come un'ipotesi di "responsabilità civile speciale",[35] che non può escludere l'applicazione della norma generale di cui all'art. 2043 c.c., qualora ne ricorrano tutti i presupposti, ivi compresa la prova del danno.[36]

Analoga soluzione di sintesi sembra prospettarsi anche per il peculiare risarcimento del danno previsto dalla legge sull'affido condiviso in cui alle funzioni compensativo-riparatoria e sanzionatoria-punitiva si affianca anche quella

31 Busnelli, F.D.: "…E venne l'Estate di San Martino", in *Il danno non patrimoniale*, in Aa.Vv., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S. U.,11 novembre 2008*, nn. 26972/3/4/5, Giuffré, Milano, 2009, 104. L'A. rimanda che al Suo *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Haftung und Versicherung-Responsabilité et assurance*, 2007, p. 144.

32 Trib. Messina, 5 aprile, 2007, *Fam. e dir.*, 2008, con nota di E. La Rosa, p. 60 ss.; Trib. Roma, 11 gennaio 2016, n. 18799, ha previsto l'applicazione della sanzione d'ufficio *ex* art. 709-*ter* c. p. c. a carico del genitore "che non ha posto in essere alcun comportamento propositivo per tentare di riavvicinare il figlio al padre" Secondo il giudice di merito la condanna al risarcimento del danno ex art. 709-*ter* c. p. c. "in ragione della funzione punitiva o comunque improntata, sotto forma di dissuasione indiretta, alla cessazione del protrarsi dell'inadempimento degli obblighi familiari che, attesa la loro natura personale, non sono di per sé coercibili né suscettibili di esecuzione diretta (…)".

33 Anche in tale caso gli studiosi si sono interrogati sul significato da attribuire a questa disposizione chiedendosi se essa abbia un contenuto genericamente risarcitorio o più specificatamente sanzionatorio: sul punto AL Mureden, E.: "La responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo conseguente all'invalidità del matrimonio", in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, cit., p. 48 ss. Diverse le differenze rispetto alle ipotesi di illecito civile "ordinarie": per la specifica applicazione dell'art. 129-*bis,* non è necessaria la prova dei danni sofferti e questo accentua l'aspetto più spiccatamente sanzionatorio sotteso alla normativa. Perché si realizzi la fattispecie è sufficiente, pertanto, che il coniuge in buona fede provi il nesso causale fra la situazione in cui si sostanzia la causa di invalidità e il comportamento dell'altro coniuge, nonché l'elemento soggettivo della colpevolezza. Ne discende, un'ammenda a carico del coniuge che abbia fatto ignorare la causa di nullità da lui conosciuta.

34 Busnelli, F.D., Patti, S.: *Danno e responsabilità civile*, Giappichelli, Torino,1997, p. 207 ss..

35 Ferrando, G: *Il matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 716.

36 Secondo la Cassazione il mancato ricorso alla tutela di cui all'art. 129-*bis* c.c., non impedirebbe, comunque, la richiesta di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c.: v. Cass. civ., sez. I, 10 maggio 2005, 9801, *Giust. civ.*, 2006.

preventiva di tipo deterrente o dissuasiva[37] . L'interpretazione individuata appare mediare fra le opposte chiavi di lettura della norma sopra segnalate: il risarcimento non sarebbe, dunque, solo mezzo di reintegrazione di un grave pregiudizio ma anche strumento di coazione rispetto ad un comportamento illecito, a cui si aggiungerebbe un'importante funzione deterrente; d'altra parte, però, se mancasse, in concreto, il pregiudizio da ristorare, in questo caso accertabile anche in via presuntiva, il comportamento lesivo potrebbe essere sanzionato solo con le altre due misure coercitive previste dalla stessa norma. E questa sembra, con specifico riguardo ai danni subiti dal figlio minore, la lettura più confacente dell'art. 709-*ter* c.p.c., volto a tutelare l'interesse soprattutto psicologico ed affettivo del minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori.

Tale normativa esprime, in maniera tangibile, la tendenza a rafforzare l'utilizzo dello strumento risarcitorio attraverso l'introduzione di norme che sembrano porsi il duplice obiettivo: di riparare la lesione subita, sanzionando l'autore dell'illecito e di dissuadere dal perpetrare tale condotta illegittima[38] . A dare sostegno a questa prospettazione soprattutto la pronunzia delle Sezioni unite[39] in materia di danni punitivi che contempla sia l'art.709 *ter* c.p.c. che l'art.614 *bis* c.p.c., tra le norme che testimoniano il carattere polifunzionale assunto della responsabilità civile, affermando che "l'istituto aquiliano pur non avendo mutato la sua essenza presenta una curvatura deterrente/sanzionatoria" che consente ai giudici di modulare la liquidazione per ristorare il danno patito.

IV. LE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA LEGGE DI DELEGA 206/2021.

Quale che sia la funzione del risarcimento, previsto nell'art. 709 *ter* c.p.c., sull'efficacia dei rimedi, di cui alla l. 54/2006, sin dalla loro emanazione hanno pesato consistenti dubbi[40]. E', infatti, palese che un affido condiviso è difficilmente praticabile nei casi di forte conflittualità dei genitori e, per quanto gli strumenti a cui si è fatto riferimento, siano stati rafforzati dalla misura coercitiva indiretta, ex

37 V. in tale prospettiva, tra le prime pronunce, Trib Reggio Emilia, 5, novembre, 2007, n. 1435, *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 74, con nota di A. Costanzo ed *La resp. civ.*, 2008, p. 87 con nota di G. Facci. Trib. Padova, 3 ottobre 2008, *Fam. dir.*, 2009, p. 609 ss..

38 Navarretta, E.: "Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali", *Resp. civ. e prev.,* 3, 2008, p. 500 ss.; Sirena, P: "Il risarcimento dei c. d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa", *Riv. dir. civ.,*2006, p 531 ss..

39 Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, *Danno e resp.,* 4, 2017, con note di M.E. La Torre, G. Corsi, G. Ponzanelli, P.G. Monateri, p. 419 ss., sui danni punitivi e la compatibilità di una sentenza straniera di condanna al pagamento degli stessi con l'ordine pubblico nazionale *ex* art. 64 l. 218/1995.; in senso critico Franzoni, M.: "Danno punitivo e ordine pubblico", *Riv. dir. civ,* 1, 2018, p.292 che sottolinea come, sebbene la Corte abbia fatto la scelta di includere nella responsabilità civile la funzione deterrente propria del danno punitivo, rimane pur sempre la differenza sostanziale rappresentata dal fatto che il risarcimento del danno da fatto illecito serve a riparare la vittima e non richiede pertanto alcuna tipicità, come il danno punitivo.

40 In senso critico, si rinvia alle considerazioni effettuate già al tempo dell'emanazione della normativa :cfr., per tutti, Schlesinger, P.: "L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo", *Corr. giur.*, 2006, p. 301.

art.614 *bis* c.p.c. connotata da una ancora più forte valenza deterrente e dissuasiva, è evidente che l'*optimum* avrebbe dovuto consistere nell'adozione di rimedi, soprattutto nella fase procedurale, che precede la pronunzia di separazione o divorzio, diretti ad attenuare i contrasti esistenti, nell'interesse del minore. Ciò nella consapevolezza che qualunque misura adottata, dopo l'intervenuta lesione del diritto del figlio alla bigenitorialità, interviene spesso, tardivamente, quando i danni sul suo armonico sviluppo sono irreversibili. In tal caso appare pure superfluo affermare che nessuna somma di denaro e/o sanzione, a carico del genitore, potranno sostituire quelle carenze affettive ed educative riconducibili a gravi comportamenti dei genitori.

In sostanza, appare complesso rinvenire soluzioni valide per garantire quella prevalenza assiologica, intrinsecamente riconosciuta all'interesse del minore[41] anche se, in proposito, vi è da sottolineare che la difficoltà, nell'individuazione di rimedi sotto il profilo giuridico ottimali, nasce dal fatto che intervenire *ex ante*, attraverso prescrizioni normative o giudiziarie è quasi impossibile in quanto gli obblighi sottesi alla responsabilità genitoriale, implicano un *facere* in sé e per sé non coercibile ed insuscettibile di esecuzione forzosa diretta[42].

A tentare di preservare i vari interessi in gioco e, principalmente, quelli del minore, da tempo la giurisprudenza ha consolidato un orientamento diretto a rafforzare strumenti di mediazione[43], fino al ricorso alla figura del coordinatore genitoriale [44]con gli evidenti limiti dovuti alla loro non vincolatività.

41 Cfr., per tutti, Corte EDU, Gr. cam., 6 luglio 2010, ric. n. 41615/07, Neulinger e Shuruk c. Svizzera che sottolinea come, nelle cause aventi ad oggetto questioni di affidamento di minori e di restrizioni del diritto di visita, l'interesse del minore deve prevalere su qualsiasi altra considerazione. In senso conforme Corte EDU, Gr. cam. 10 settembre 2019, ric. n. 37283/13, Strand Lobben e altri c. Norvegia.

42 Sul punto. Senigaglia, R.: "Famiglia e rapporto giuridico non patrimoniale", *Giust. civ.*, 2019, p. 104, sottolinea la particolarità dei rapporti familiari come "modello relazionale alternativo al rapporto obbligatorio" riprendendo un tema in precedenza trattato da Roppo, V.: "*Coniugi.* I) Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi" (voce), *Enc. giur. Treccani*, Roma, VIII, 1988, il quale evidenzia che nel testo del progetto unificato di riforma si parlava non di "obblighi" ma di "impegni" dei coniugi; prima ancora Jemolo, A. C.: "Sul diritto di famiglia (pensieri di un malpensante)", in *Studi in onore di Scaduto*, I, Cedam, Padova, 1970, p. 561 rilevava che per "la violazione dei doveri di natura personale deve intervenire l'opinione pubblica oppure la religione per i credenti". Più in generale Poletti, D.: "Sull'infungibilità degli obblighi di cui all'art. 614 bis c. p. c.", *Giur. it.*, 2014, p. 750 ss..

43 Come è noto il d. lgs. n. 28 /2010, tra le materie per cui è obbligatoria la mediazione civile e commerciale, non ha previsto quella familiare anche se, ovviamente, i coniugi hanno la facoltà di rivolgersi a un mediatore familiare, anche su invito del giudice. In chiave comparata, in proposito, Giaimo, G., "La mediazione familiare nei procedimenti di separazione personale e di divorzio. Profili comparatistici", *Dir. fam. e pers.*, 2001, p. 1606 ss..

44 Sul tale figura v. Trib. Milano, decr. 29 luglio 2016, *Fam. e dir.*, 2017, p. 793 ss., con nota di Danovi, F.: "Il coordinatore genitoriale: una nuova risorsa nella crisi della famiglia". Cfr., altresì, Trib. Mantova, 5 maggio 2017; Trib. Pavia, 21 luglio 2016; v. Mangano, C.: "La figura del coordinatore genitoriale nella crisi della famiglia, tra inadeguatezza del processo civile e ostacoli alla diffusione di tale rimedi", 2018, www.magistraturaindipendente.it che riassume le criticità che hanno impedito di dare slancio a questa figura: in primo luogo, "le difficoltà economiche in cui si dibattono proprio le coppie genitoriali maggiormente conflittuali, a fronte della necessità di retribuire la figura professionale investita di tale pregnante ruolo che dovrà essere impegnata per un significativo lasso temporale e con un rilevante dispendio di energie e di competenze. Ancora, "un atteggiamento culturale delle coppie in crisi tendente a disconoscere o svalutare il ruolo di "estranei" che incidano sulle scelte educative riguardanti la prole, pur nella consapevolezza della sua sofferenza e del suo disagio- nella fallace convinzione della propria autosufficienza familiare e

Ma, al contempo, è anche vero l'attività giurisprudenziale non può sopperire a lacune che trovano, principalmente, origine sia in politiche poco inclini a favorire servizi sociali che supportino le famiglie sia in una normativa, ormai non rispondente più ai nuovi bisogni emersi nella crisi della coppia, che esigono interventi rapidi, soprattutto sotto il profilo procedurale. La necessità di un mutamento del sistema legislativo è via via emersa ed ha trovato concretizzazione con la legge di delega 206/2021 nell'ambito di una più ampia riforma sul processo civile[45] . Oltre a dettare significativi principi per la creazione di un unico rito, per i procedimenti in materia di persone, minorenni e famiglie,[46] ed ad introdurre, ai sensi dell'art. 473-*bis*.38, rubricato *Attuazione dei provvedimenti sull'affidamento*[47], importanti misure in materia di competenza, nell'ottica di una semplificazione e di unitarietà della

dell'assenza di bisogni nei confronti degli altri. Infine, un sistema orientato verso la proliferazione e non già il contenimento della domanda di giustizia.

45 L. 26 novembre 2021, n. 206 recante "Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata", ha stabilito, all'art. 1, comma 37 che "le disposizioni dei commi dal 27 al 36 di cui al medesimo articolo si applicano ai procedimenti instaurati a decorrere dal centottantesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge in discorso" e, dunque, dal 22 giugno 2022. Aa.Vv.: *Famiglie, minorenni e persone nella riforma del processo civile*, *La legge delega e le novità immediatamente precettive dal 22 giugno 2022: negoziazione assistita, consulenze tecniche, allontanamento del minore, riparto di competenze, curatore speciale del minore,* (a cura di M.G. Ruo), Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2022. Successivamente è stato emanato il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, entrato in vigore il 18 ottobre 2022 recante l'Attuazione della legge n. 206/2021.

46 Uno dei punti nodali è l'unificazione dei riti in materia familiare: prima tappa la riforma dell'art. 38 disp. att. c.c., al fine di superare il riparto di competenze tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario nei procedimenti a tutela dei minori, con l'attrazione dei procedimenti c.d. *de potestate* alla competenza del giudice ordinario davanti al quale pendono quelli relativi alla crisi di coppia: sulla bipartizione delle competenze Danovi, F.: *Il soggetto debole nelle relazioni familiari,* Roma, 17 maggio 2018, www.cassazione.it, p. 32.

47 "Per l'attuazione dei provvedimenti sull'affidamento del minore e per la soluzione delle controversie in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale è competente il giudice del procedimento in corso, che provvede in composizione monocratica. Se non pende un procedimento è competente, in composizione monocratica, il giudice che ha emesso il provvedimento da attuare o, in caso di trasferimento del minore, quello individuato ai sensi dell'articolo 473- *bis*.11, primo comma.
Quando è instaurato successivamente tra le stesse parti un giudizio che ha ad oggetto la titolarità o l'esercizio della responsabilità genitoriale, il giudice dell'attuazione, anche d'ufficio, senza indugio e comunque entro quindici giorni adotta i provvedimenti urgenti che ritiene necessari nell'interesse del minore e trasmette gli atti al giudice di merito. I provvedimenti adottati conservano la loro efficacia fino a quando sono confermati, modificati o revocati con provvedimento emesso dal giudice del merito.
A seguito del ricorso il giudice, sentiti i genitori, coloro che esercitano la responsabilità genitoriale, il curatore e il curatore speciale, se nominati, e il pubblico ministero, tenta la conciliazione delle parti e in difetto pronuncia ordinanza con cui determina le modalità dell'attuazione e adotta i provvedimenti opportuni, avendo riguardo all'interesse superiore del minore". Il superamento, in questa materia, della dicotomia tra cognizione ed esecuzione è stato già auspicato da Carapezza Figlia, G.: "Effettività della tutela del minore", cit.p.639.

disciplina, all'art. 473-*bis*.39[48], come si legge nella relazione di accompagnamento[49], opera un "restyling delle regole processuali" contemplate nell'art. 709 *ter* c.p.c. In primo luogo, si interviene sul potenziamento del potere d'intervento *ex officio* del giudice che, nel nuovo testo, riguarderà eventuali casi di gravi inadempienze o di atti che arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento e dell'esercizio della responsabilità genitoriale, nella loro completezza, ivi compresi ora anche gli aspetti di natura economica[50], in considerazione proprio anche delle novità procedurali introdotte nella disposizione precedente: nella relazione, ad esempio, si fa riferimento "alle spese straordinarie in cui gli ulteriori strumenti messi a disposizione (ordine di pagamento diretto al terzo) non possono venire in soccorso". Si afferma, espressamente, il potere del giudice di adottare d'ufficio l'*astreinte* recata dall'614-*bis*[51], ed, a prima lettura, sembra che il limite, osservato da attenta dottrina [52]costituito dal fatto che tale misura non era stata formalmente estesa anche ai casi di condanna del genitore

48 Art. 473-*bis*.39 *(Provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni)* "In caso di gravi inadempienze, anche di natura economica, o di atti che arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento e dell'esercizio della responsabilità genitoriale, il giudice può d'ufficio modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente: *a)* ammonire il genitore inadempiente; *b)* individuare ai sensi dell'articolo 614-*bis* la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento; *c)* condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende. Nei casi di cui al primo comma, il giudice può inoltre condannare il genitore inadempiente al risarcimento dei danni a favore dell'altro genitore o, anche d'ufficio, del minore. I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari".

49 *Relazione illustrativa* ai d.lgs.10 ottobre 2022, n.149, in *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, I, 19 ottobre 2022, p. 70.

50 Sul punto si era espressa in senso diverso Corte Cost. 10 luglio 2020 n. 145, cit., che sugli "aspetti patrimoniali del rapporto tra i genitori e la prole, relativi all'assegno di mantenimento" aveva sottolineato come essendo "le relative pronunce eseguibili nelle forme del processo esecutivo per espropriazione (anche mediante un pignoramento dei crediti del debitore) e presidiate in sede penale dal reato di cui all'art. 570-bis cod. pen. (sentenza n. 189 del 2019), introdotto dall'art. 3 della legge n. 54 del 2006, che aveva esteso alla separazione la tutela penale, già contemplata dall'art. 12-sexies della legge n. 898 del 1970 per il mancato pagamento dell'assegno di mantenimento dei figli disposto dalla sentenza di divorzio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio", comporta che "l'art. 709-ter, secondo comma, cod. proc. civ., deve quindi essere interpretato nel senso che il mancato pagamento dell'assegno di mantenimento della prole, nella misura in cui è già sanzionato penalmente, non è compreso nel novero delle condotte inadempienti per le quali può essere irrogata dall'autorità giudiziaria adita la sanzione pecuniaria "amministrativa" in esame. Le condotte suscettibili di tale sanzione sono infatti "altre", ossia le tante condotte, prevalentemente di fare infungibile, che possono costituire oggetto degli obblighi relativi alla responsabilità genitoriale e all'affidamento di minori". Il Tribunale rimettente, invece, aveva ritenuto applicabili "le sanzioni contemplate dall'art. 709-ter, secondo comma, cod. proc. civ., anche in relazione all'inadempimento agli obblighi di mantenimento dei figli, in quanto: a) sul piano letterale la formula «atti che comunque arrechino pregiudizio al minore» è di ampiezza tale da ricomprendere una vasta categoria di fattispecie tra le quali deve essere annoverato anche il pregiudizio derivante dalla mancata contribuzione economica in favore della prole; b) sul piano teleologico-sistematico, tale conclusione sarebbe corroborata dalla circostanza che il mantenimento dei figli minori rientra nel dovere di assistenza materiale disposto dagli artt. 30 Cost. e 147 del codice civile ed è indispensabile per l'esplicazione e lo sviluppo della personalità del minore nonché per l'indipendenza del genitore collocatario nell'esercizio delle proprie facoltà genitoriali".

51 Sul punto v. nt. 19.

52 In tal senso Camilleri, E.: "I provvedimenti ex art. 709 *ter* c. p. c.", cit., p. 330, in chiave critica sul fatto che la coazione pecuniaria indiretta introdotta sia stata limitata, dall'art. 1 comma 33, della l.206/2021 solo alla modifica normativa riguardante il n. 3 del comma 2 dell'art 709 *ter* c. p. c. in ordine alla condanna nei confronti dell'altro genitore e non anche nel caso di condanna del genitore al risarcimento del danno patito dal figlio, ex art. 709 *ter* c. p. c., comma 2, n. 2; in senso analogo Carapezza Figlia, G.: "Effettività della tutela del minore", cit., p. 643, secondo cui l'aporia comunque avrebbe potuto essere superata in via ermeneutica.

inadempiente al risarcimento dei danni in favore del minore, come sarebbe stato anche opportuno, ora sia stato superato dalla nuova formulazione della disposizione. Nella relazione di accompagnamento è, inoltre, possibile cogliere qualche indicazione anche sulla natura di tali provvedimenti : sembra infatti che si operi un *distinguo* tra "le sanzioni riconducibili ai *punitive damages* con una natura assimilabile "a quella penale" cumulabili con il risarcimento del danno, previsto dal successivo comma 2 che, qualora riguardi il minore, può essere disposto d'ufficio dal giudice; tale potere giudiziale confermerebbe la natura particolare di questo rimedio che presenta, in tali ipotesi, una curvatura deterrente-sanzionatoria[53] senza, però, prescindere dall' esistenza di un pregiudizio da ristorare derivante da comportamenti, come quelli che la norma mira a sanzionare e scoraggiare, in funzione del quale il potere officioso del giudice si spiega solo alla luce della preminente esigenza della salvaguardia del superiore interesse del minore, di cui all'art.24 comma 2 della Carta di Nizza.

Ma, continuando con l'analisi della riforma e limitandola alle disposizioni che mostrano un'interferenza con il tema trattato, il legislatore ha previsto il ricorso ad un mediatore familiare, da attingere da un apposito elenco, presso ciascun tribunale[54]. Non sembra che si tratti di una mediazione obbligatoria, così come, invece sarebbe auspicabile, in quanto è demandata ad un invito del giudice dopo che si accerti che non ricorrono quelle circostanze in ordine al divieto di mediazione, relative ad una violenza domestica e di genere o ad abusi[55]. L'evidente *ratio* di fondo di agire *ex ante,* ove sia possibile, tentando di risolvere o, comunque, mitigare, la conflittualità tra i genitori con strumenti negoziati e di mediazione, in un'ottica di favore e di impulso allo sviluppo dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie[56], si coniuga con la previsione di un piano genitoriale, 473-*bis*.12, in presenza di figli

53 Carapezza Figlia, G.: *op. ult. cit.*, p. 639.

54 Ai sensi dell'art. 4. d. lgs 149/2022 deve essere previsto, presso ciascun tribunale, un elenco dei mediatori familiari iscritti presso le associazioni del settore, secondo quanto disciplinato dalla legge 14 gennaio 2013, n. 4, con possibilità per le parti di scegliere il mediatore tra quelli iscritti in tale elenco; i mediatori familiari dovranno essere dotati di adeguata formazione e specifiche competenze nella disciplina giuridica della famiglia, nonché in materia di tutela dei minori e di violenza contro le donne e di violenza domestica, e che i mediatori abbiano l'obbligo di interrompere la loro opera nel caso in cui emerga qualsiasi forma di violenza.

55 Art. 473-*bis*.43. Sul punto si rinvia, inoltre, alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, siglata a Istanbul l'11 maggio 2011, ratificata e resa esecutiva con l. 27 giugno 2013, n. 77.

56 Il comma 35, dell'art. 1, della l. 206/2021 apporta modifiche all'art. 6 l. n. 162/2014 in materia di *Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio,* prevedendone l'estensione anche alle controversie tra genitori relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli minori nati fuori dal matrimonio e dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti. Come si legge nella relazione illustrativa: "E' stata colmata una lacuna esistente nel previgente sistema" che non aveva considerato i procedimenti che disciplinano le modalità di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio". La "grave lacuna", "oltre a generare una non giustificata discriminazione in danno dei genitori non coniugati, esclusi dall'accesso alla negoziazione assistita, impedisce di ricorrere a tale modalità alternativa di soluzione delle controversie per un rilevante numero di casi": sul tema Calogero, M.: "I procedimenti di negoziazione assistita e la crisi della coppia senza figli o con figli non autosufficienti", in Aa.Vv.: *Trattato di diritto di famiglia (*diretto da P. Zatti*) - Le riforme - I - legami di coppia* e *modelli familiari,* (a cura di Ferrando, G. Fortino, M., Ruscello, F.), Giuffrè, Milano, 2019 p. 326 ss..
Art. 1, comma 33, l. 26 novembre 2021, n. 206.

minorenni, che "illustri gli impegni e le attività quotidiane dei minori, relativamente alla scuola, al percorso educativo, alle eventuali attività extrascolastiche, sportive, culturali e ricreative, alle frequentazioni parentali e amicali, ai luoghi abitualmente frequentati, alle vacanze normalmente godute". L'obiettivo della disposizione è evitare, come si legge nella relazione di accompagnamento, "i prevedibili dissidi che oggi comportano una serie di sub-procedimenti che, spesso, minano l'efficacia e la tempestività dell'intervento giudiziario, fornire un quadro il più possibile chiaro del progetto educativo che si intende perseguire, individuarne le modalità di realizzazione da sottoporre al sindacato giudiziale che dovrà valutarlo alla luce del superiore interesse del minore". Il giudice, infatti, potrà evidenziare modifiche necessarie da apportare potendo formulare egli stesso una "proposta", nell'adottare i provvedimenti temporanei e urgenti.

Sebbene gli evidenti sforzi del legislatore, l'individuazione di un piano genitoriale appare, tuttavia, uno strumento idoneo a dare una risposta più in astratto che in concreto alle varie problematiche segnalate, tenuto conto che gli obblighi e le responsabilità, in esso previsti potranno dispiegare effetti di tipo promozionale e, in alcuni casi, punitivo, ma difficilmente impositivo. Basti pensare al fatto che, con la riforma della filiazione tra i punti significativi, oltre che il riconoscimento, *ex* artt. 317-*bis* c.c. e 337-*ter* c.c. del diritto a intrattenere rapporti significativi con gli ascendenti vi è, ai sensi degli artt. 147 e 315-*bis* c.c.[57], il diritto del figlio ad essere assistito moralmente[58], tradotto da autorevole dottrina in "diritto all'amore"[59],che si aggiunge ai tradizionali obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione: è evidente, ad esempio, che nessun piano potrà assicurare l'espletamento di tale diritto- dovere. Il rischio è che la delineazione ex ante di un prospetto, anche se proposto dal giudice, possa rimanere inadempiuto stante la difficile previsione, nel medio o lungo periodo, a seconda dei casi, delle vicende umane dei protagonisti, in quanto affidate essenzialmente a modelli morali, culturali e sentimenti, che è complicato incasellare in un progetto di vita che, sebbene ideale, è destinato a fare poi i conti con la vita reale esposta, peraltro, a sopravvenienze a volte di tipo imprevedibile. E ciò nonostante l'inadempimento degli obblighi individuati nel piano costituisca un "*comportamento sanzionabile ai sensi dell'art. 709-ter del codice*

57 Sul ruolo dell'art. 147 c.c., a seguito delle modifiche introdotte dalla riforma della filiazione, sono stati posti una serie di dubbi: v. Bellelli, A.: "Una rilettura dei doveri del figlio nei confronti dei genitori", in Aa.Vv.: *Filiazione - Commento al decreto attuativo,* (a cura di M. Bianca), Giuffrè, Milano, 2014, p. 170; Giacobbe, G. *Il nuovo art. 147*, ibidem, p. 109 ss. più in generale Al Mureden, E.: "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale", *Giur. it*., 2014, p. 1266 ss.; Salanitro, U: "La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega", in Aa.Vv., *Studi in onore di Giovanni Iudica,* Milano, 2014, p. 1253 ss.; Sesta, M., Arceri, A: "Genitorialità e famiglia nella recente evoluzione legislativa, in Id., La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli", in *Trattato* di diritto civile e commerciale (diretto da A. *Cicu, A., Messineo*, F. continuato da L. Mengoni, L., P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2016, p. 1 ss..

58 Così Bianca, C.M.: *Diritto civile, 2. 1. La famiglia,* Giuffrè, Milano,2014, p. 344; Spaziani, P.: "Il diritto all'assistenza morale (art. 315-bis come inserito dall'art. 1, co. 8, l. n. 219/2012)", in *La riforma della filiazione*, cit., p. 67 ss..

59 Bianca, C.M., *Diritto civile*, cit., p. 335.

di procedura civile" (c. 23, lett. r). La stessa Corte di Strasburgo[60] ha sottolineato, d'altra parte che l'obbligo per le autorità nazionali di adottare delle misure per riunire il figlio e il genitore, con cui non convive, non può mai essere assoluto in quanto a costituire un fattore determinante è pur sempre la comprensione e la cooperazione di tutte le persone interessate. "Per quanto le autorità nazionali devono sforzarsi di agevolare una simile collaborazione, un obbligo per le stesse di ricorrere alla coercizione in materia non può che essere limitato".

In definitiva, i limiti delle soluzioni adottate nell'ambito della legge sull'affido condiviso non pare siano del tutto superati, almeno sotto questo profilo. Più efficace appare, invece, l'intervento diretto a potenziare la figura del curatore speciale[61]: attraverso le modifiche, apportate alle disposizioni di cui agli artt. 78 e 80 c.p.c., applicabili ai procedimenti introdotti a partire dal 22 giugno 2022[62], il legislatore, è intervenuto allargandone l'ambito di nomina oltre il campo degli interessi patrimoniali di cui al comma 6 dell'art. 320 c.c. e dei provvedimenti riguardo lo stato di adottabilità e la responsabilità genitoriale[63]. All'art. 78 c.p.c. è stato aggiunto un terzo comma, in base al quale con provvedimento" succintamente motivato" il giudice procede, anche d'ufficio, alla nomina qualora "per gravi ragioni", i genitori "appaiono temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore". Se la necessità di nominare un curatore speciale subentra nell'ambito di un procedimento, anche cautelare, già instaurato, in base al nuovo primo comma dell'art. 80, "alla nomina provvede, d'ufficio, il giudice."

Due sono i punti di forza della novella: la legittimazione ad agire, riconosciuta al minore ultraquattordicenne, e l'attribuzione al curatore di poteri di rappresentanza

60 Corte EDU, 7 ottobre 2021, cit., rammenta anche che il fatto che gli sforzi delle autorità siano stati vani non porta automaticamente a concludere che lo Stato si è sottratto agli obblighi positivi ad esso imposti dall'articolo 8 della Convenzione. In particolare sugli interessi superiori del minore e dei diritti conferiti a quest'ultimo dall'articolo 8 della Convenzione Corte edu 29 giugno 2004, ric. n. 63267/00, Voleský c. Repubblica ceca; Corte Edu, 10 dicembre 2020, ric. n. 36936/18, c. A. V c. Italia.

61 L'art. 9 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, stabilisce che, nei procedimenti riguardanti un minore, l'autorità giudiziaria ha il potere di designare un rappresentante speciale che lo rappresenti in tali procedimenti.

62 Tra i primi provvedimenti di nomina a seguito della riforma del 2022 si segnala Trib. Treviso 28 giugno 2022.

63 Ai sensi dell'art. 1, commi 30 e 31, lett. a), della l. 206/2021 si supera l'assetto normativo che prevedeva la nomina solo in alcuni procedimenti, come quello sulla dichiarazione dello stato di adottabilità o sulla responsabilità genitoriale procedimenti in cui è *in re ipsa* il conflitto tra figli e genitori. Fermo restando la natura di parte, rivestita dal minore in ogni giudizio che lo interessa, quando sono in gioco provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale, la previsione contenuta all'art. 336 quarto comma c.c. assicura al minore il diritto alla difesa tecnica, al pari di quanto previsto per i genitori. In giurisprudenza, prima dell'emanazione della normativa soprarichiamata: Cass. civ., sez. I, ord. 25 gennaio 2021 n. 1471 "Nei giudizi che riguardano i minori e che abbiano ad oggetto provvedimenti limitativi o eliminativi della responsabilità genitoriale, ai sensi degli artt. 330 c.c. e segg., in forza del combinato disposto dell'art. 336 c.c., commi 4 e 1, è necessario che il giudice di merito provveda alla nomina di un curatore speciale al minore ai sensi dell'art. 78 c. p. c., che provvederà, a sua volta, a munire il minore medesimo di un difensore, ai sensi dell'art. 336 c.c., comma 4". La mancata nomina "determina la nullità del procedimento di secondo grado, ex art. 354 c. p. c., comma 1, con rimessione della causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 383 c. p. c., comma 3, perché provveda all'integrazione del contraddittorio".

sostanziale[64] . L'attribuzione della legittimazione ad agire[65] al minore per la nomina, ai sensi dell'art.78 c.p.c. comma 3, n.4, indipendentemente dal fatto che i genitori siano o meno adeguati a rappresentarlo nel procedimento, dimostra il tentativo di attribuirgli quella centralità che è necessaria per renderlo sempre più protagonista delle scelte che lo riguardano, tenuto conto della maggiore capacità dei minori stimolata anche dalla digitalizzazione. Si va oltre quindi al diritto all'ascolto, la cui estensione è stata generalizzata, ai sensi degli artt. 315-*bis*, comma 3 e 336-*bis* c.c.[66]. Come è ben delineato nella relazione di accompagnamento[67], la posizione del figlio risulta, molto spesso, contrapposta a quella di entrambi i genitori, anche quando il provvedimento sia richiesto nei confronti di uno solo di essi, "dal momento che non può - in siffatta ipotesi - stabilirsi *ex ante* la coincidenza e l'omogeneità dell'interesse del minore con quello dell'altro genitore, posto che quest'ultimo ben potrebbe presentare il ricorso o aderire a quello presentato da uno degli altri soggetti legittimati per scopi meramente personali o, per contro, chiederne la reiezione, se contrario ai propri interessi, non necessariamente coincidenti con quelli del minore". Ne consegue che anche in virtù dei poteri di rappresentanza sostanziale, di cui il curatore sarà dotato, secondo un orientamento già manifestato[68] dai giudici di merito, possono essere sottratte ai genitori quelle scelte sulla vita anche quotidiana del figlio che una conflittualità, a volte aspra, è in grado di minare. Il curatore, con i suoi requisiti di terzietà e tramite un attento ascolto del minore, avrà la possibilità di contribuire ad adottare decisioni che contribuiscono a forgiare, giorno per giorno, la personalità del bambino, con quell'equilibrio che in molti

64 Art. 473-*bis*.8 d.lgs 149/2022.In tal senso è già stato effettuato un innesto nell'art. 80 c. p. c. al comma 3 che prevede che al curatore speciale possano essere conferiti nel provvedimento di nomina ovvero con decreto non impugnabile adottato nel corso del giudizio specifici poteri di rappresentanza sostanziale.

65 Legittimati attivi a chiedere la nomina di un curatore speciale, oltre il minore ed ovviamente il giudice, che può provvedere *ex officio*, sono: il pubblico ministero; uno o entrambi i genitori; chiunque ne abbia interesse.

66 Sull'ascolto del minore: Cass. civ., sez. I, ord. 25 gennaio 2021, n. 1471 cit.; prima ancora Sez. Un., 21 ottobre 2009 n. 22238 già aveva affermato la necessaria audizione del "minore dodicenne od ultradodicenne, o dotato di capacità di consapevole discernimento, se infrasedicenne, nei processi che riguardano il suo affidamento, salvo che tale ascolto sia contrario al suo superiore interesse, dovendosi motivare l'assenza di consapevole discernimento del minore che possa giustificare l'omesso ascolto. La mancanza di motivata giustificazione produce la nullità del procedimento per violazione dei principi del contraddittorio e del giusto processo ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 Cost., essendo il minore parte sostanziale del procedimento in quanto portatore di interessi contrapposti o, comunque, diversi da quelli dei genitori". Sull'art. 336-*bis* c.c., che riconosce il diritto del minore, che ha compiuto i dodici anni e anche di età inferiore, in relazione alla sua capacità di discernimento, ad essere ascoltato Ballarani, G.:" L'ascolto nella riforma della filiazione*"*, in, *Filiazione-Commento al decreto attuativo*, cit., 127 ss.. La disciplina di cui alla l. 219/2017, recante le *Disposizioni anticipate di trattamento e in materia di consenso informato*, prevede, all'art. 3, che l'eventuale consenso ai trattamenti sanitari, praticati su un minore, sia espresso dai genitori esercenti la responsabilità o dal tutore o dall'amministratore di sostegno "tenuto conto della volontà della persona minore": in dottrina v. Fortino, M.: "Interventi estemporanei in materia di DAT: errori tecnici e violazione di principi costituzionali", *La Nuova giur civ. comm.,* 1, 2019, 138.

67 Relazione redatta dalla Commissione per *l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile* e *di strumento alternativi*, p. 110, www.giustizia.it.

68 Se il curatore è avvocato può stare in giudizio personalmente, senza dover richiedere il patrocinio di un difensore, anche se i due ruoli, pur se cumulati nella stessa persona devono rimanere distinti: in tal senso, da ultimo Trib. Treviso 26 aprile 2022.

casi può sfuggire al controllo dei genitori evitando che diventi arma di ricatto o di vendetta, così come nella prassi si è, purtroppo, verificato.

L'autonomia, in questo campo assegnata al minore, si coniuga con la legislazione speciale che, a partire dalla l. 149/2001 di riforma dell'adozione [69], passando per l'art. 2-*quinquies* del d.lgs 101/2018,[70] sul c.d. consenso digitale e per quanto previsto dalla legge in materia di *cyber bullismo*[71], attribuiscono al minore, ed in particolare a quello che ha già compiuto quattordici anni, il ruolo di protagonista di tutte le vicende che lo coinvolgono. La sensazione è che si vada quasi oltre quanto statuito dall'art. 24 comma 1 della Carta di Nizza che, fra i diritti del bambino, sancisce quello a ricevere cure e protezione, funzionali al suo benessere e ad esprimere la propria opinione, che deve essere tenuta in considerazione, in funzione dell'età e della relativa capacità di discernimento[72]. Se a ciò si aggiunge la sempre più precoce facilità dei minori a stipulare contratti di vario tipo, che attengono alla "vita quotidiana", soprattutto anche *on line,* pare condivisibile quella dottrina che pone il problema di un ripensamento della rigida considerazione dell'incapacità dei minori d'età[73]. La riconosciuta idoneità a staccarsi dai genitori, in caso di conflitto, affidando le sorti ad un curatore sembra andare proprio in questa direzione.

69 Dogliotti, M.: "*Adozione ed affidamento*," in Aa.Vv., *Famiglia e servizi- Il minore, la famiglia e le dinamiche giudiziari* (a cura di M.R. Spallarossa), Milano, 2001, p. 429 ss. evidenziava, all'epoca, che "è una delle rare volte (forse la prima) che in un testo legislativo ci si riferisce esplicitamente ad un diritto del minore".

70 Con l'art. 13 della Legge di delegazione europea 2016-2017, l. 25 ottobre 2017, n. 163 è stata conferita una delega al Governo per armonizzare le disposizioni nazionali sulla *privacy* vigenti e quelle del GDPR, Reg. 679/2016, abrogare, espressamente, le disposizioni del codice in materia di trattamento dei dati personali, incompatibili con quelle contenute nel regolamento; modificare il codice limitatamente a quanto necessario, per dare attuazione alle disposizioni non direttamente applicabili contenute nel regolamento e coordinare le disposizioni vigenti in materia. Ne è derivato il Dlgs. 10 agosto 2018, n. 101: in generale sul tema ci sia consentito il riferimento ad Astone, A.: "L'accesso dei minori d'età ai servizi della c. d. Società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul Codice per la protezione dei dati personali", *Contr. e impr.,* 2, 2019, p. 614 ss..

71 Il riferimento è all'art. 2, comma 1, L. n. 71/2017, su cui Bolognini, M.: *Il cyberbullismo come volto demoniaco del potere digitale e le (possibili) politiche del diritto antidoto*, Milano, 2017, *passim* e, più specificatamente, Colangelo, R.M.: "La legge sul cyberbullismo. Considerazioni informatico-giuridiche e comparatistiche", in *Inf. e dir.*, 1-2, 2017, p. 397 ss.; Pittaro, P.: "La legge sul cyberbullismo", *Fam. e dir.,* 2017, p. 819; Bocchini, R., Montanari, M.: "Le nuove disposizioni a tutela dei minori ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo", *Nuove leggi civ. comm.,* 2018, p. 340.

72 Lamont, R.: "*Article 24*", *in The EU Charter of foundamental Rights: a commentary*, Oxford, p. 209 ss..

73 Alpa, G.: "I contratti del minore. Appunti di diritto comparato", *Contr.,* 2004, p. 517 ss., tenuto conto della realtà concreta, auspica, per certe categorie di contratti, la riduzione del limite d'età, al netto di "improbabili esercizi di giusformalismo".

BIBLIOGRAFIA.

AA.VV.: *Famiglie, minorenni e persone nella riforma del processo civile*, *La legge delega e le novità immediatamente precettive dal 22 giugno 2022: negoziazione assistita, consulenze tecniche, allontanamento del minore, riparto di competenze, curatore speciale del minore,* (a cura di M.G. Ruo), Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2022.

AA.VV.: *Filiazione - Commento al decreto attuativo,* (a cura di M. Bianca), Giuffrè, Milano, 2014.

Al Mureden, E.: "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale", *Giur. it*., 2014, p. 1266 ss.

Al Mureden, E.: "La responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo conseguente all'invalidità del matrimonio", in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, (a cura di M.Sesta), Utet, Torino, 2008, p.48 ss.

Alpa, G.: "I contratti del minore. Appunti di diritto comparato", *Contr.,* 2004, p. 517 ss.

Amram, D.: "Cumulo dei provvedimenti ex artt. 709 *ter* e 614 *bis* c.p. c., e adempimento dei doveri genitoriali", *Danno e resp*., 2012, p. 781 ss.

Astone, A.: "L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. Società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul Codice per la protezione dei dati personali", *Contr. e impr.,* 2, 2019, p. 614 ss.

Astone, A.: "L'art. 709-ter c.p. c. un riconoscimento normativo della funzione punitiva della responsabilità?", in *I danni ingiusti alla persona* (a cura di M.Fortino), Cedam, Padova, 2009, p. 317 ss.

Ballarani, G.: "L'ascolto nella riforma della filiazione", in *Filiazione-Commento al decreto attuativo*, cit., 127 ss.

Basini, G.F.: "Violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile", in *Trattato diritto di famiglia* (diretto da G.Bonilini,) 1, II, UTET, Torino, 2016, p. 921 ss.

Bellelli, A.: "Una rilettura dei doveri del figlio nei confronti dei genitori", in Aa.Vv.: *Filiazione - Commento al decreto attuativo,* (a cura di M. Bianca), Giuffrè, Milano, 2014, p. 170 ss.

Bianca, C.M.: "La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni", *Dir. fam. pers*., 2006, p. 676 ss..

Bianca, C.M.: *Diritto civile, 2.1. La famiglia,* Giuffrè, Milano, 2014.

Bocchini, R., Montanari, M.: "Le nuove disposizioni a tutela dei minori ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo", *Nuove leggi civ. comm.,* 2018, p. 340 ss..

Bolognini, M.: *Il cyberbullismo come volto demoniaco del potere digitale e le (possibili) politiche del diritto antidoto*, Milano, 2017.

Busnelli, F.D., Patti, S.: *Danno e responsabilità civile*, Giappichelli, Torino,1997.

Busnelli, F.D.: "…E venne l'Estate di San Martino", in *Il danno non patrimoniale*, in Aa.Vv., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.,11 novembre 2008*, nn. 26972/3/4/5, Giuffré, Milano, 2009, p. 104 ss.

Busnelli, F.D.: "…*L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Haftung und Versicherung-Responsabilité et assurance*, 2007, p. 144 ss.

Calogero, m.: "I procedimenti di negoziazione assistita e la crisi della coppia senza figli o con figli non autosufficienti", in Aa.Vv.: *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti) - *Le riforme - I - Legami di coppia e modelli familiari,* (a cura di G. Ferrando, M. Fortino, M., F. Ruscello), Giuffrè, Milano, 2019, p. 326 ss.

Camardi, C.: "Diritti fondamentali e status della persona", *Riv. crit. dir. priv.,* 2015, p. 7 ss.

Camilleri, E.: "I danni endofamiliari", in Aa.Vv.: *Persona e diritto* (a cura di R. Alessi, Mazzamuto, S. Mazzarese), Giuffrè, Milano, 2013, p. 223 ss.

Camilleri, E.: "I provvedimenti ex art.709 ter c.p.c., e le novità della legge 26 novembre 2021, n.206," in Aa.Vv.: *L'udienza presidenziale nel procedimento di separazione e divorzio* (a cura di M.A. Astone, G. Basilico), Giuffrè, Milano, 2022, p. 328 ss.

Carapezza Figlia, G.: "Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli artt. 614-bis e 709-ter c.p.c. nella riforma del processo della famiglia", *Dir. fam. pers.,* 2022, p. 632 ss.

Casonato, M.: "Una situazione patologica controversa: l'alienazione parentale neo conflitti familiari", *Fam. dir.,* 2015, p. 735 ss.

Cassano, G.: "In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709-ter, comma 2, c.p.c. ed i danni prettamente "patrimoniali" tra congiunti", *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 498 ss.

Cassano, G.: *La giurisprudenza degli illeciti nel diritto di famiglia,* Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2007.

Cassano, G.: *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale - Il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia,* Cedam, Padova, 2006

Cesari, F.: "Le misure contro la violenza nelle relazioni familiari", in *La responsabilità nelle relazioni familiari* (a cura di M. Sesta), Utet, Torino, 2008, p. 697 ss.

Cianci, A.G.: *Gli ordini di protezione familiare*, Giuffrè, Milano, 2003.

Colangelo, R.M.: "La legge sul cyberbullismo. Considerazioni informatico-giuridiche e comparatistiche", in *Inf. e dir.*, 1-2, 2017, p. 397 ss.

D'angelo, A.: "Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art.709- ter c.p.c.", *Familia*, 2006, p. 1031 ss.

Danovi, F.: *Il soggetto debole nelle relazioni familiari,* Roma, 17 maggio 2018, www.cassazione.it, p. 1 ss.

De Filippis, B.: *Affido condiviso nella separazione e nel divorzio*, Cedam, Padova, 2007.

Dogliotti, M.: "*Adozione ed affidamento*," in Aa.Vv., *Famiglia e servizi- Il minore, la famiglia e le dinamiche giudiziari* (a cura di M.R. Spallarossa), Milano, 2001, p. 429 ss.

Facci, G..: "Dei fatti illeciti", in *Codice della famiglia,* (a cura di M. Sesta), Sub. *Art. 2043* c.c., Giuffrè, Milano, 2009, p. 2161 ss.

Facci, G.: "Doveri familiari e responsabilità civile", in Aa.Vv., *Il nuovo diritto di famiglia, Rapporti personali e patrimoniali* (diretto da G. Ferrando), Zanichelli, Bologna, II, 2008, p. 84 ss.

Facci, G.: "La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile", in *Trattato della Responsabilità Contrattuale,* (diretto da G. Visintini), I, Cedam, Padova, 2009, p. 407 ss.

Facci, G.: *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Giuffrè, Milano, 2004.

Ferrando, G.: "Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l.54/2006", *Fam pers. succ.*, 2007, p. 590 ss.

Fortino, M.: "Interventi estemporanei in materia di DAT: errori tecnici e violazione di principi costituzionali", *La Nuova giur. civ. comm.,* 1, 2019, p. 138.

Franzoni, M.: "Danno punitivo e ordine pubblico", *Riv. dir. civ,* 1, 2018, p. 283 ss.

Frezza, G.: "Appunti e spunti sull'art.709 ter c.p.c.", *Giust. civ.,* 2009, p. 29 ss.

Gardner, R.: "Recent trends, in divorce and custody litigation", *Academy Forum*, n.29*,* 1985, p. 3 ss.

Giacobbe, G.: "Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio", *fam. pers*., 2006, p. 707 ss.

Giacobbe, G. *Il nuovo art. 147*, in *Filiazione - Commento al decreto attuativo,* (a cura di M. Bianca), Giuffrè, Milano, 2014, p. 109 ss

Giaimo, G., "La mediazione familiare nei procedimenti di separazione personale e di divorzio. Profili comparatistici", *Dir. fam. e pers.,* 2001, p.1606 ss.

Jemolo, A.C.: "Sul diritto di famiglia (pensieri di un malpensante)", in Studi in onore di Scaduto, I., Cedam, Padova, 1970, p. 56.

Lamont, R.: "*Article 24*", in *The EU Charter of foundamental Rights: a commentary*, Oxford, p. 209 ss.

Lupoi, M.A.: "Aspetti processuali della normativa sull'affido condiviso", *Riv. trim. proc. civ*, 2006, p. 106 ss.

Mangano, C.: "La figura del coordinatore genitoriale nella crisi della famiglia, tra inadeguatezza del processo civile e ostacoli alla diffusione di tale rimedi*",* 2018, www.magistraturaindipendente.it

Mazzamuto, S.: "L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito", *Giur. it.,* 2010, p. 638 ss.

Morace Pinelli, A.: "I provvedimenti riguardo ai figli (art. 337-ter.c.c.): le principali modifiche apportate dalla riforma", in Aa.Vv: *La riforma della filiazione* (a cura di C.M. Bianca), Cedam, Padova, 2015, p. 177 ss.

Navarretta, E.: "Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali", *Resp. civ. e prev.,* 3, 2008, p. 500 ss.

Paladini, M.: "Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?", *Resp. civ. e prev.,* 2007, p. 2005 ss.

PARINI, A.G.: "Violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile. Il danno da break down coniugale", *Ras. dir. civ.,* 2, 2011, p. 487 ss.

PATTI, S.: "L'affidamento condiviso dei figli", *Famiglia, Persone* e *Successioni*, 2006, p. 300 ss.

PATTI, S.: *Famiglia* e *responsabilità civile,* Giuffrè, Milano, 1984.

PITTARO, P.: "La legge sul cyberbullismo", *Fam.* e *dir.*, 2017, p. 819 ss.

POLETTI, D.: "Sull'infungibilità degli obblighi di cui all'art.614 bis c.p.c.", *Giur.it.,* 2014, p.750 ss.

ROPPO, V.: "*Coniugi.* I) Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi" (voce), *Enc. giur. Treccani*, Roma, VIII, 1988.

SALANITRO, U.: "La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega", in AA.VV., *Studi in onore di Giovanni Iudica,* Milano, 2014, p. 1253 ss.

SCHLESINGER, P.: "L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo", *Corr. giur.*, 2006, p. 301ss.

SCIA, F.: "Responsabilità civile e doveri genitoriali: le persistenti problematicità dell'art. 709-ter c.p.c.", *Pers.* e *merc.*, 2020, p. 415 ss.

SENIGAGLIA, R.: "Famiglia e rapporto giuridico non patrimoniale", *Giust. civ.*, 2019, p. 97 ss.

SESTA, M., ARCERI, A.: "Genitorialità e famiglia nella recente evoluzione legislativa, in ID., La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli", in *Trattato* di diritto civile e commerciale (diretto da A. CICU, A., MESSINEO, F. continuato da L. MENGONI, P. SCHLESINGER), Giuffrè, Milano, 2016, p. 1 ss.

SESTA, M.: "La violazione della modalità di affidamento e i rimedi di cui all'art. 709-ter c.p. c.", in *Liber amicorum per D. Henrich, Famiglia* e *successioni,* Giappichelli, Torino, 2012, p. 84 ss.

SIRENA, P.: "Il diritto dei figlio minorenne di crescere in famiglia", in *La riforma della filiazione* (a cura di C.M. BIANCA), cit., p. 125 ss.

SIRENA, P.: "Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa", *Riv. dir. civ.,* 2006, p. 531 ss.

Spaziani, P.: "Il diritto all'assistenza morale (art. 315-bis come inserito dall'art. 1, co. 8, l. n. 219/2012)", in *La riforma della filiazione*, (a cura di C.M. Bianca,), cit., p. 67 ss.

Spoto, G.: "Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari", *Dir. fam. e pers.*, 2010, p. 910 ss.

Vettori, G.: "Principio di effettività delle tutele (dir. civ.)" (voce), Enc. Dir., Ann., X, Giuffrè, Milano, 2017.

Zambrano, V.: "Interesse del minore ed affidamento congiunto. Esperienze europee a confronto", *Dir. fam. pers.*, 2000, p. 1385 ss.

LA FECONDAZIONE ETEROLOGA E LE COPPIE OMOAFFETTIVE NEL SISTEMA ITALIANO: PROSPETTIVE DI TUTELA DEL NATO

HETEROLOGOUS FERTILIZATION AND HOMOAFFECTIVE COUPLES IN THE ITALIAN SYSTEM: PERSPECTIVES FOR THE PROTECTION OF THE CHILD

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 410-435

Carlo
ATTANASIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Come è noto, l'art. 5 della l. n. 40/2004 prevede, quale requisito soggettivo per l'accesso alle tecniche di P.M.A., la diversità di sesso della coppia richiedente, escludendo così formalmente le coppie omoaffettive dalle procedure di fecondazione eterologa. Tuttavia, ciò ha alimentato il c.d. turismo procreativo, incentivando tali coppie a recarsi in paesi stranieri, le cui legislazioni non prevedano un siffatto limite soggettivo. Nell'ottica del migliore interesse del minore si pone allora, nell'àmbito dell'ordinamento italiano, il problema di tutelare il nato in virtù di una P.M.A., compiuta all'estero, da una coppia dello stesso sesso. In particolare, l'esigenza di tutela emerge qualora si volesse, in séguito alla nascita, riconoscere o costituire in Italia lo status filiationis del minore nei confronti della coppia, ovvero là dove quanto meno si intendesse attribuire rilevanza giuridica al rapporto genitoriale di fatto tra il genitore intenzionale ed il minore. All'approfondimento di tali profili problematici è dedicato il presente lavoro.

PALABRAS CLAVE: Procreazione medicalmente assistita; coppie omoaffettive; best interest of the child.

ABSTRACT: *As is well known, art. 5 of l. n. 40/2004 provides, as a subjective requirement for access to assisted reproduction techniques, the sex difference of the applicant couple, thus formally excluding homoaffective couples from heterologous fertilization procedures. However, this has fuelled the so-called procreative tourism, encouraging such couples to travel to foreign countries, whose laws don't provide for such a subjective limit. From the point of view of the best interests of the child, in the context of the Italian legal system, the problem arises of protecting the child born through M.A.P., performed abroad, by a same-sex couple. In particular, the need for protection emerge if, after birth, there was the will to recognise or constitute in Italy the status of the minor as a child of the couple, or at least the will to attach giuridical relevance to the de facto parental relationship between the intentional parent and the child. This work is dedicated to the in-depth exploration of these problematic profiles.*

KEY WORDS: *Medical assisted procreation; same-sex couple; best interest of the child.*

SUMARIO.- I. PREMESSA.- II. SEGUE. L'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI DEL FIGLIO DEL PARTNER DELLO STESSO SESSO.- III. SEGUE. IL RICONOSCIMENTO DI PROVVEDIMENTI DI ADOZIONE STRANIERI E LA TRASCRIZIONE DI UN ATTO DI NASCITA REDATTO ALL'ESTERO.- IV. IL PROBLEMA DELLA TUTELA DEL NATO IN ITALIA DA FECONDAZIONE ETEROLOGA OMOAFFETTIVA ESEGUITA ALL'ESTERO.- V. LA SUPPOSTA INADEGUATEZZA DELL'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI QUALE STRUMENTO DI TUTELA DEL MINORE.- VI. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

I. PREMESSA.

L'assenza nell'ordinamento italiano di indici normativi che rimandino, in via generale, ad un diritto alla genitorialità per le coppie omosessuali non esclude che si possano in concreto verificare casi di genitorialità omoaffettiva. Si pone pertanto il rilevante problema di come tali situazioni debbano essere regolamentate nella prospettiva della tutela del minore coinvolto. In particolar modo, rileva ai fini del presente discorso la tutela del nato da P.M.A., sulla base di un progetto procreativo portato avanti da una coppia *same sex*. Se è vero, infatti, che l'art. 5 della l. n. 40/2004, nella parte in cui prevede il requisito della diversità di sesso della coppia, nega in radice alle coppie omosessuali l'accesso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita eseguite in Italia, tali coppie possono certamente recarsi all'estero, dove non sussiste una siffatta preclusione, agevolando così il diffondersi del fenomeno che prende il nome di "turismo procreativo"[1]. Alla luce dell'innegabile preminenza del *best interest of the child*[2], l'esigenza di protezione del nato nelle suddette condizioni non poteva (e non può) certo essere trascurata. Per tale motivo, pur nell'inerzia del legislatore, la

1 Per una panoramica generale del fenomeno, denominato anche come "turismo riproduttivo", si vedano, ad esempio, Di Masi, M., Virgilio M.: "La gestazione per altri e il turismo riproduttivo. Tra proibizionismo e desiderio di responsabilità genitoriale", *Min. giust.*, 2017, n. 1°, pp. 41 ss.; Long, J., Naldini, M.: "Turismo matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche", *GenIUS*, 2015, n. 2°, pp. 163 ss.

2 Espressione che letteralmente è traducibile come "miglior interesse del bambino (minore)". Tuttavia, nella letteratura è invalso altresì l'uso della traduzione "superiore interesse del minore", ovvero di "preminente interesse del minore". Ciò è dovuto in particolare al testo in lingua francese della Convenzione dei diritti sul fanciullo adottata a New York il 20 novembre 1989, dove si discorre (v. a tal proposito l'art. 3) di "*intérêt supérieur de l'enfant*" al quale deve essere riconosciuta una "*considération primordiale*". La differenza terminologica sopra evidenziata non deve essere sottostimata. Difatti, se il ricorso a termini quali "superiore" o "preminente" suggerisce l'idea di un interesse del minore da intendersi quale interesse supremo che prevale sempre e comunque sugli altri, l'impiego di una terminologia che rimanda al "migliore interesse" può declinarsi in un duplice senso: da un lato, attribuendo all'interesse del minore una sorta di preferenza in un giudizio di bilanciamento con altri interessi parimenti importanti, dall'altro lato, ponendo un parametro astratto, espresso per mezzo di una clausola generale, volto ad individuare caso per caso la soluzione maggiormente aderente all'esigenza di tutela del minore. Sulla questione terminologica, in ordine al *best interest of the child*, si veda ad esempio Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 86 ss., nonché da ultimo Di Masi, M.: *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Jovene, Napoli, 2020, pp. 65

• Carlo Attanasio
Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Sassari. E-mail: carloattanasio87@yahoo.it

giurisprudenza ha elaborato o comunque riconosciuto diversi strumenti di tutela, aprendo così alla *stepchild adoption* in favore delle coppie omosessuali, ovvero ammettendo la trascrizione, nel nostro ordinamento, del certificato di nascita formato all'estero di bambini nati da P.M.A., indicanti, quali genitori, persone dello stesso sesso, o ancora riconoscendo provvedimenti stranieri di adozione piena di soggetti minori compiuta sempre da coppie *same sex*.

II. SEGUE. L'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI DEL FIGLIO DEL PARTNER DELLO STESSO SESSO.

Per ciò che concerne l'adozione del figlio del partner (la c.d. *stepchild adoption*), in favore di coppie omosessuali, la sua progressiva affermazione nel nostro ordinamento ha preso le mosse da una interpretazione evolutiva, conforme all'art. 8 CEDU[3], dell'istituto dell'adozione in casi particolari[4] e, in particolare, dell'art. 44, primo comma, lett. *d)*[5], l. n. 184/1983, dove si prevede che si possa dar luogo all'adozione in casi particolari "quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo". Tale orientamento, inaugurato da un'ormai famosa sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma del 2014[6], per poi consolidarsi nel panorama giurisprudenziale, nonostante alcune pronunce di merito in senso contrario, fino a consacrarsi definitivamente con la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione n. 12962/2016[7], si fonda essenzialmente sull'interpretazione del riferimento all'"impossibilità di affidamento preadottivo", da intendersi non soltanto come impossibilità di fatto, ma anche come impossibilità di diritto. Tra le impossibilità di diritto, che precluderebbero l'affidamento preadottivo,

3 Cfr. sul punto Ferrando, G.: "Adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza", *Dir. succ. e fam.*, 2017, n. 1°, pp. 79 ss., spec. p. 90.

4 Per un approfondimento in tema di adozione in casi particolari si veda, *ex multis*, Rossi Carleo, L.: "Il diritto del minore a una famiglia: affidamento e adozione", in Aa.Vv.: *Diritto Civile, I, Fonti, Soggetti, Famiglia* (diretto da N. Lipari, P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini), II, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 461 ss.

5 Secondo un'impostazione minoritaria il fondamento normativo della *stepchild adoption* in favore delle coppie omosessuali potrebbe addirittura rinvenirsi direttamente nella lett. *b)* dell'art. 44, co. 1, l. n. 184/1983, dove si prevede che l'adozione speciale possa essere effettuata "dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge". In questo senso si veda, ad esempio, Cipriani, N.: "La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali", *Dir. fam.*, 2015, n. 1°, pp. 183 s., secondo cui in alternativa sarebbe possibile sollevare questione di illegittimità costituzionale della medesima norma, proprio in quanto non consente al partner omosessuale del genitore, di adottare il figlio di quest'ultimo, nonché Morozzo della Rocca, P.: "Le adozioni in casi particolari ed il caso della *stepchild adoption*", *Corr. giur.*, 2016, n. 10°, pp. 1217 ss.

6 Trib. minorenni Roma, 30 luglio 2014, n. 299, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, n. 1°, pp. 109 ss.

7 Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, *Giur. it.*, 2016, n. 12°, pp. 2573 ss., con nota di Spadafora, A.: "Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa". Cfr. in proposito anche i rilievi di Ferrando, G.: "Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 9°, pp. 1213 ss.
Ad oggi, l'orientamento indicato nel testo è nettamente quello maggioritario, anche se non sono mancate decisioni di avviso contrario, soprattutto nella giurisprudenza di merito. Si vedano in proposito, ad esempio, Trib. Torino, 11 settembre 2015, nn. 258-259, *Fam. dir.*, 2017, n. 11°, pp. 983 ss., con nota di Bilotti, E.: "L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il dibattito tra i giudici di merito", ribaltata successivamente in appello, con adesione all'orientamento ormai maggioritario (cfr. App. Milano, 9 febbraio 2017, *Corr. giur.*, n. 6°, 2017, pp. 798 ss.)

potrebbe annoverarsi anche l'adozione, ad opera del *partner* omosessuale, del figlio del convivente, posto che in tale caso il minore – avendo già un genitore (biologico) che possa prendersi cura di lui – non può certo essere dichiarato adottabile e pertanto non può conseguentemente ritenersi destinatario di un affidamento preadottivo, giacché manca in sostanza una situazione di abbandono. Tale circostanza, in effetti, pur se costituisce un requisito essenziale per l'adozione piena, non è invero presupposto indefettibile per l'adozione in casi particolari[8]. Tuttavia, è chiaro come a una siffatta ricostruzione possa difficilmente ricorrersi in riferimento a talune ipotesi di maternità surrogata, là dove venisse a mancare il contributo biologico minimo[9] proveniente da almeno una parte della coppia. In tali casi, la giurisprudenza tende a dichiarare lo stato di abbandono del nato e conseguentemente lo stato di adottabilità dello stesso, essendo tale soluzione (ritenuta) quella maggiormente conforme al suo *best interest*[10]. Ad ogni modo, riletta in chiave evolutiva, l'adozione in casi particolari *ex* art. 44, co. 1, lett. *d)* della l. n. 184/1983, si configura oggi quale strumento idoneo a dare veste giuridica alle relazioni familiari di fatto[11] (intercorrenti anche tra persone dello stesso sesso),

8 È chiara sul punto Ferrando, G., "Adozione in casi particolari", cit., p. 89, secondo cui "il fatto che l'assenza di stato di abbandono costituisca il presupposto comune a tutte le ipotesi contemplate dall'art. 44, si desume intanto dall'*incipit* della norma", individuando la reale funzione dell'adozione semplice nel "[…] garantire la continuità delle relazioni affettive del minore e renderne possibile la formalizzazione".

9 Per un approfondimento sul "contributo biologico minimo" quale figura sintomatica del superiore interesse del minore si veda Di Masi, M.: *L'interesse del minore*, cit., pp. 196 ss.

10 Cfr. Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, *Foro it.*, 2014, n. 12°, cc. 3414 ss.

11 Si veda sul punto Ferrando, G.: "Adozione in casi particolari", cit., p. 89.
Ad ogni modo, occorre evidenziare come la giurisprudenza, sempre nell'ottica della valorizzazione del *best interest* del minore, si sia recentemente interrogata sulla necessità di tutelare, a prescindere da una loro formalizzazione, i rapporti genitoriali di fatto eventualmente consolidatisi tra genitori sociali e i figli del partner, quando i primi si siano sempre comportati di fatto come genitori, rivestendo un ruolo fondamentale nello sviluppo dei secondi. Il problema si pone, in particolare, nelle ipotesi di cessazione della relazione di coppia tra il genitore biologico e il genitore di fatto, posto che nel nostro ordinamento non vi è alcuna disciplina che valorizzi il diritto del genitore di fatto a continuare la relazione genitoriale fattuale con il minore, ma soprattutto – avendo riguardo all'interesse di quest'ultimo – non vi è una norma specifica che consenta di tutelare il diritto del minore a conservare tale rapporto di fatto consolidatosi negli anni (sulla problematica si veda, in particolare, Gorgoni, A.: "La rilevanza della filiazione non genetica", *Pers. merc.*, 2017, n. 3°, pp. 164 s.). In questa prospettiva, si veda Trib. Palermo, 6 aprile 2015 (decr.), *Fam. dir.*, 2016, n. 1°, pp. 40 ss., con nota di Ardizzone, A.: "La convivenza omosessuale e il ruolo del genitore sociale in caso di PMA", ha proposto un'interpretazione estensiva, costituzionalmente e convenzionalmente orientata, tenendo in particolare considerazione l'art. 8 CEDU, dell'art. 337-*ter* c.c., affermando dunque il diritto del figlio minore a mantenere rapporti continuativi anche con i genitori di fatto, in quanto tale norma non conterrebbe un elenco tassativo di individui, ma avrebbe lo scopo di salvaguardare i rapporti significativi instaurati dal minore anche con persone diverse dai genitori, ascendenti o parenti (in questo senso si veda anche Ferrando, G.: "Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo", *Fam. dir.*, 2009, n. 11°, pp. 1052 ss.). L'interpretazione evolutiva prospettata dal Tribunale, tuttavia, non è stata successivamente accolta dalla Corte d'Appello [App. Palermo, 30 agosto 2015 (ord.), *Fam. dir.*, 2016, n. 1°, p. 44 ss.], la quale ha richiamato il carattere "rigido" della disposizione *de quo*, il cui univoco dato testuale escluderebbe l'ex partner del genitore biologico dai soggetti con i quali il minore ha diritto a mantenere un rapporto stabile e significativo. Tuttavia, la Corte d'Appello di Palermo ravvisava come il citato art. 337-*ter* c.c., non offrendo tutela al rapporto tra il minore e l'ex partner del genitore biologico, contrasterebbe con gli artt. 2, 3, 30, 31, 117, primo comma Cost., sollevando così questione di legittimità costituzionale (sul punto cfr. anche Carota, L.: "La tutela del rapporto con il genitore sociale nella coppia dello stesso sesso e l'orientamento della Corte Costituzionale sulle modalità di conservazione del rapporto una volta cessata la convivenza", *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, n. 1°, pp. 270 ss., spec. p. 287). In proposito si è espressa dunque la Corte costituzionale (C. Cost., 20 ottobre 2016, n. 225, *Corr. giur.*, 2017, n. 2°, pp. 175 ss.), la quale ha dichiarato l'infondatezza della questione di costituzionalità, negando che ci fosse quel "vuoto di tutela" evidenziato dalla Corte d'Appello rimettente, in quanto "[…] l'interruzione ingiustificata, da parte di uno

potendosi qualificare come una vera e propria clausola generale[12] e ponendosi quale norma di chiusura del sistema, al fine di consentire l'adozione ogniqualvolta si renda necessario salvaguardare la continuità affettiva del minore nei confronti dell'adottante[13]. La validità di tale impostazione non è stata in alcun modo scalfita dall'introduzione della l. n. 76/2016, disciplinante le unioni civili e le convivenze di fatto. Se è vero, infatti, che l'art. 1 della citata legge, al comma 20, esclude espressamente dalla c.d. clausola di equivalenza le disposizioni della l. n. 184/1983, l'inciso finale della norma, dove si prevede che "resta fermo quanto previsto e consentito dalle norme vigenti", permetterebbe (invero, con talune forzature) di salvaguardare la suddetta interpretazione giurisprudenziale in materia di adozione in casi particolari[14].

III. SEGUE. IL RICONOSCIMENTO DI PROVVEDIMENTI DI ADOZIONE STRANIERI E LA TRASCRIZIONE DI UN ATTO DI NASCITA REDATTO ALL'ESTERO.

Per quanto riguarda la riconoscibilità e la trascrivibilità, in Italia, di certificati di nascita formati in paesi esteri che, a séguito di P.M.A. eseguita negli stessi su iniziativa di coppie *same sex*, indicavano quali genitori del nato due donne, ovvero due uomini, la questione ruota interamente sulla compatibilità o meno di tali atti con l'ordine pubblico. L'evoluzione giurisprudenziale sul punto ha preso le mosse da una pronuncia della Corte d'Appello di Torino del 2014[15], che – per prima – ha affermato la riconoscibilità nel nostro ordinamento di un atto di nascita estero, in cui il bambino risultava nato da due donne in virtù di un intervento di procreazione medicalmente assistita eseguito in Spagna, ordinando

o entrambi i genitori, in contrasto con l'interesse del minore, di un rapporto significativo da quest'ultimo instaurato e intrattenuto con soggetti che non siano parenti, è in ogni caso riconducibile alle ipotesi di condotta del genitore "comunque pregiudizievole al figlio", in relazione al quale l'art. 333 dello stesso codice (n.d.r. del codice civile) già consente al giudice di adottare "i provvedimenti convenienti" nel caso concreto". Per una critica a tale impostazione della Corte costituzionale, in quanto eluderebbe in sostanza di offrire un'adeguata risposta alla problematica avanzata dal giudice rimettente, nonché e soprattutto in quanto contrasterebbe con la "migliore realizzazione dell'interesse del minore della conservazione di relazioni personali opportunamente articolate", si veda Quadri, E.: "La tutela del minore nelle unioni civile e nelle convivenze", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, n. 4°, p. 570.

12 In questo senso si veda Aceto di Capriglia, S.: "La *stepchild adoption* e il fenomeno delle coppie *same sex* nel diritto europeo contemporaneo", *Federalismi.it*, 2020, n. 6°, pp. 1 ss., spec. p. 35.

13 In questi termini si è espressa, da ultimo, Cass., 26 giugno 2019, n. 17100, *DeJure*. In effetti, già C. Cost., 7 ottobre 1999, n. 383, *DeJure*, successivamente ripresa dalla citata Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, si esprimeva in termini simili, affermando che "l'art. 44 della legge n. 184 del 1983 si sostanzia in una sorta di clausola residuale per i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell'adozione "legittimante", consentendo l'adozione dei minori "anche quando non ricorrono le condizioni di cui al primo comma dell'art. 7". In questa logica di apertura, la lettera c) fornisce un'ulteriore "valvola" per i casi che non rientrano in quelli più specifici previsti dalle lettere a) e b)".

14 Aceto di Capriglia, S.: "La *stepchild adoption*", cit., p. 40, sostiene in proposito che il legislatore, pur non assumendosi la responsabilità politica di legiferare in via diretta, abbia comunque voluto evitare che, attraverso una radicale esclusione dell'applicabilità delle norme sull'adozione alle unioni civili, potesse impedirsi il consolidamento dell'interpretazione evolutiva dell'art. 44, co. 1, lett. *d)*, l. n. 184/1983, così come delineata nel testo.

15 C. App. Torino, decreto 29 ottobre 2014, *Articolo29.it*.

contestualmente la trascrizione dello stesso per mancata contrarietà all'ordine pubblico. In particolare, la Corte d'Appello ha chiarito come, in tali casi, debba avere prevalenza il concetto di ordine pubblico internazionale, da intendersi – secondo quanto affermato più volte in passato dalla Suprema Corte[16] – quale "complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico e fondati su esigenze di garanzia comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, sulla base di valori sia interni che esterni all'ordinamento purché accettati come patrimonio condiviso in una determinata comunità giuridica sovranazionale". Considerando la tutela del superiore interesse del minore non solo quale diritto fondamentale dell'uomo, ma anche quale parametro stesso di valutazione della contrarietà o meno, di un atto o provvedimento straniero, rispetto all'ordine pubblico internazionale[17], la Corte d'Appello ha ritenuto il riconoscimento dell'atto di nascita formato all'estero conforme al *best interest* del minore, in quanto idoneo a garantire sia la continuità affettiva, attribuendo veste giuridica ad un rapporto di fatto esistente tra il bambino e le due donne e consolidatosi nel corso degli anni[18], sia l'interesse del minore alla conservazione dello *status* di figlio acquisito all'estero[19], quale elemento caratterizzante la propria identità personale[20]. Tale impostazione è stata successivamente accolta dalla giurisprudenza di legittimità[21].

16 Si vedano *ex multis* Cass., 22 agosto 2013, n. 19405, *Foro it*., 2014, n. 10°, cc. 2899 ss.; Cass., 6 dicembre 2002, n. 17349, *Mass. giur. it*., 2002.

17 In proposito cfr. Di Masi, M.: *L'interesse del minore*, cit., p. 196, il quale evidenzia come l'impiego del *best interest of the child* quale parametro per verificare l'aderenza all'ordine pubblico internazionale emerga chiaramente dall'art. 23 del Reg. CE n. 2201/2003, là dove si prevede che – in relazione al riconoscimento di sentenze straniere in materia di rapporti tra genitore e figli – la valutazione circa la non contrarietà all'ordine pubblico delle stesse debba essere effettuata "tenendo conto dell'interesse superiore del figlio".

18 Cfr. sul punto Tesi, G.: "Il fondamento del rapporto di filiazione. Nuove tendenze", *Familia*, 2016, n. 5-6°, p. 536.

19 È chiaro in proposito Gorgoni, A.: "La rilevanza", cit., p. 170, secondo cui "l'interesse concreto del minore può consistere non già nella dichiarazione dello stato di adottabilità, ma nella conservazione - non confliggente con l'art. 30, co.1, Cost. - dello stato di figlio".

20 Cfr. Labriola, M.: "La filiazione omogenitoriale", *Familia*, 2017, n. 3°, pp. 357 ss., spec. p. 380, la quale evidenzia come una decisione contraria, diretta ad affermare cioè l'impossibilità di trascrivere l'atto di nascita estero, "limiterebbe, infatti, il diritto all'identità personale del bambino".

21 In proposito si rimanda a Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, *Giur. it*., 2017, n. 10°, pp. 2075 ss., dove si rinviene una sostanziale adesione all'impianto decisionale della Corte d'Appello di Torino (C. App. Torino, decreto 29 ottobre 2014, cit.) chiarendo come "Il riconoscimento e la trascrizione, nei registri dello stato civile italiani, di un atto straniero validamente formato in Spagna, nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne […] non contrastano con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello *status filiationis*". Sul punto si veda anche la più recente Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, *Fam. dir*., 2018, n. 1°, pp. 5 ss., dove la Suprema Corte, oltre ad affermare che "L'atto di nascita formato all'estero, recante l'indicazione di due donne quali genitori, può essere trascritto nell'archivio di stato civile italiano in quanto non contrario all'ordine pubblico […] nella sua accezione di "ordine pubblico internazionale", quale insieme di principi fondamentali, caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico, volti alla tutela dei diritti fondamentali, spesso sanciti da dichiarazioni o convenzioni internazionali", esplicita il principio di decisiva importanza della continuità nelle relazioni affettive con riguardo al minore.

Più controversa si presenta, invece, la situazione relativa alla possibile riconoscibilità, in Italia, dell'atto di nascita estero, relativo ad un bambino nato tramite tecnica di procreazione medicalmente assistita su impulso di una coppia *same sex* maschile. In tale ipotesi, infatti, rileva necessariamente una fattispecie di maternità surrogata, pratica che nel nostro ordinamento non è ammessa, essendo prevista, oltre all'espresso divieto di cui all'art. 5 della l. n. 40/2004, anche una specifica sanzione penale, ai sensi dell'art. 12, co. 6, della medesima legge. Un recente arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, aderendo ad una concezione di ordine pubblico differente e per certi versi più ristretta rispetto a quella sopra delineata, secondo cui la compatibilità con l'ordine pubblico dovrebbe valutarsi avendo riguardo non solo ai principi fondamentali ricompresi nella Costituzione o ricavabili da fonti internazionali o sovranazionali, ma anche a come questi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti[22], segna la differenza tra fecondazione eterologa tra persone dello stesso sesso e maternità surrogata; entrambe tali pratiche risultano essere vietate ai sensi del citato art. 5, in virtù della carenza del requisito rappresentato dalla diversità di sesso della coppia, ma mentre il divieto di fecondazione eterologa è assistito da una semplice sanzione amministrativa, la violazione del divieto di maternità surrogata – come detto – comporta l'applicazione di una sanzione penale, in quanto si ritiene che tale divieto sia posto a tutela di valori fondamentali quali la dignità della donna, qualificando pertanto tale divieto come contrario all'ordine pubblico. La pronuncia in esame è stata oggetto di critiche, in particolar modo perché sembrerebbe subordinare il *best interest* del minore al divieto di maternità surrogata, mettendo così in crisi il paradigma della sua "preminenza" e affermando, come possibile, una sua recessività in favore di altri valori[23]. In realtà, le Sezioni Unite non operano alcuna graduazione degli interessi in gioco, bensì si limitano a prendere atto del bilanciamento compiuto dal legislatore, affermando come la scelta di ritenere preminenti, rispetto all'interesse del minore, valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante, non debba ritenersi di per sé irragionevole, posto che come affermato di recente anche dalla Corte costituzionale, la preminenza riconosciuta all'interesse del minore non deve intendersi nel senso che questo debba necessariamente ed automaticamente prevalere nei confronti di qualsiasi altro

22 Precisamente si veda Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, *DeJure*, dove si afferma che "In tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dalla L. n. 218 del 1995, artt. 64 e ss., dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornitane dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindersi nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico".

23 Cfr. in proposito Valongo, A.: "La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione", *Giur. it.*, 2020, n. 3°, p. 550, secondo cui la pronuncia in esame avrebbe determinato "un cambiamento di prospettiva che ha riguardato l'interesse del minore, che da situazione soggettiva "superiore" o "prioritaria" diventa "inferiore" o "subordinata" [...] rispetto all'interesse generale dei consociati al rispetto del divieto di maternità surrogata".

controinteresse, ma semplicemente che può assumere una particolare importanza nel processo di bilanciamento tra i valori in gioco[24]. La conclusione delle Sezioni Unite si fonda, inoltre, su una decisiva considerazione: una adeguata tutela, che permetta comunque di soddisfare gli interessi del minore, può raggiungersi grazie alla "presenza di strumenti legali idonei a consentire la costituzione di un legame giuridico con il genitore intenzionale"[25], in riferimento ai quali viene richiamata proprio l'adozione in casi particolari[26], di cui all'art. 44, co. 1, lett. *d)*, come evolutivamente interpretato dalla giurisprudenza. In questo modo, sarebbe comunque possibile instaurare lo *status* di figlio anche nei confronti del genitore d'intenzione oltre che con quello biologico.

In netta controtendenza rispetto alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2019, una recente ordinanza della Cassazione[27] ha rimesso nuovamente la questione alle Sezioni Unite, affermando la possibilità di delibare e trascrivere un provvedimento straniero che riconosca lo *status* di figlio anche in favore del genitore d'intenzione che sia parte della coppia che si è avvalsa della maternità surrogata. Tale possibilità sarebbe ammessa, tuttavia, solamente in presenza di determinate circostanze di fatto che consentano di escludere una lesione della dignità della donna che si presta a portare avanti la maternità per conto d'altri, ovvero il pericolo di sfruttamento del minore, in modo da consentire – in questo senso – un più agevole bilanciamento tra interessi contrapposti. Così, secondo la recente pronuncia, in caso di maternità surrogata eseguita all'estero, potrebbe riconoscersi anche nei confronti del genitore d'intenzione lo *status filiationis* quando: 1) non vi sia una violazione da parte della coppia committente della legge del paese estero che disciplina la surroga biologica di maternità; 2) non sia stato stipulato un accordo di surrogazione, che preveda anche contropartite economiche in favore della gestante, da cui possa arguirsi la mancanza di libertà e consapevolezza da parte della madre surrogata; 3) almeno un componente della coppia sia legato "biologicamente" al bambino; 4) la disciplina estera preveda, in favore della madre surrogata, la possibilità di revocare il consenso alla rinuncia allo *status* di genitore fino al momento della nascita del bambino. Rispetto alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2019, la recente ordinanza della Cassazione ritiene invece del tutto inadeguato lo strumento dell'adozione in

24 Si veda C. Cost., 9 marzo 2021, n. 33, *Cortecostituzionale.it*, par. 5.5, dove la Consulta afferma chiaramente che l'interesse del minore non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto ad ogni altro controinteresse in gioco, dovendosi riferire, al suo carattere di "preminenza", il significato di particolare importanza e di speciale peso che tale interesse assume nel processo di bilanciamento con altri valori considerati parimenti importanti alla luce dei principî sanciti nella Carta Costituzionale.

25 Cfr., Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit. Sotto questo aspetto pare chiara l'adesione delle Sezioni Unite a quanto precedentemente espresso dalla Corte costituzionale (si veda in particolare C. Cost., 18 dicembre 2017, n. 272, *Familia*, 2018, n. 1°, pp. 59 ss.).

26 Ferrando, G.: "Il problema", cit., pp. 1213 ss., spec. p. 1214, pone in evidenza come sarebbero proprio i margini di elasticità che caratterizzano la figura dell'adozione in casi particolari a consentire di andare "incontro all'interesse del minore ad ottenere certezza e garanzia del suo *status*".

27 Cass., (ord.) 21 gennaio 2022, n. 1842, *Dejure*.

casi particolari, in quanto non garantirebbe un'adozione piena e perché sarebbe subordinata al consenso del genitore biologico[28].

Infine, per quanto riguarda la riconoscibilità di provvedimenti stranieri di adozione di minore, da parte di coppie omosessuali, è stata affermata tendenzialmente la non contrarietà all'ordine pubblico internazionale di tali provvedimenti, secondo la nozione più estensiva dello stesso accolta dalla giurisprudenza come sopra descritta, che lo ricollega al superiore interesse del minore, non potendosi considerare – anche alla luce delle più recenti pronunce della giurisprudenza costituzionale e di legittimità – le condizioni di accesso alla genitorialità adottiva indicate all'art. 6 della l. n. 184/1983 principio di ordine pubblico internazionale, tale da costituire un limite al riconoscimento del provvedimento straniero di adozione[29].

28 Per l'esame di tali rilievi critici si veda più ampiamente *infra* nel par. 5. Per il momento basti considerare come la recente pronuncia della Corte costituzionale (C. Cost., 28 marzo 2022, n. 79, *Cortecostituzionale.it*) abbia ulteriormente assottigliato le differenze tra adozione piena e adozione speciale, riconoscendo anche per quest'ultima forma adottiva l'instaurazione di rapporti parentali tra l'adottato e la famiglia dell'adottante.

29 Si veda, in particolare, Cass., 31 maggio 2018, n. 14007, *Dejure*, dove si osserva che "Non è contraria all'ordine pubblico ed è quindi trascrivibile nei registri dello stato civile italiano la sentenza straniera che abbia pronunciato l'adozione piena dei rispettivi figli biologici, da parte di due donne di cittadinanza francese coniugate in Francia e residenti in Italia, poiché, ai sensi dell'art. 24 della Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale del 1993, il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato da uno Stato contraente solo se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, essa sia manifestamente contraria all'ordine pubblico. Tale interesse, nella specie già vagliato dal giudice straniero, coincide con il diritto del minore al mantenimento della stabilità della vita familiare consolidatasi con entrambe le figure genitoriali, senza che abbia rilievo la circostanza che le stesse siano rappresentate da una coppia dello stesso sesso, non incidendo l'orientamento sessuale sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale".
Tuttavia, in senso contrario cfr. Cass., (ord.) 11 novembre 2019, n. 29071, *Foro it*., 2020, n. 1°, cc. 36 ss., con nota critica di Casaburi, G., ivi, cc. 54 ss., il quale evidenzia come l'ordinanza in oggetto, pur facendo propria la definizione di ordine pubblico proposta dalla citata Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, "[…] si guarda però bene anche solo dal delineare per quali ragioni il riconoscimento di un provvedimento straniero di adozione piena, pur da parte di coppia non coniugata (e che non può accedere al matrimonio), perché omosessuale, possa essere – già in astratto – manifestamente contrario all'interesse del minore".
Il contrasto è stato composto di recente da Cass., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006, *Articolo29.it*, dove si aderisce in sostanza alla concezione di ordine pubblico elaborata dalla precedente Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit., evidenziando come, pur volendo accedere alla concezione aperta ed universalistica dell'ordine pubblico internazionale, la cui funzione si estende anche alla "promozione […] e garanzia di tutela dei diritti fondamentali della persona […], attraverso i principi provenienti dal diritto dell'Unione Europea, delle Convenzioni sui diritti della persona cui l'Italia ha prestato adesione e con il contributo essenziale della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei diritti umani" (par. 16.1), per la composizione del complesso dei diritti fondamentali devono essere necessariamente presi in considerazione anche i principî e i valori desumibili dalla legge ordinaria, la quale può essere intesa come strumento di attuazione dei valori delineati nella Costituzione. Le Sezioni Unite si chiedono allora se le condizioni di accesso alla genitorialità adottiva indicate all'art. 6 della l. n. 184/1983 possano considerarsi principio di ordine pubblico internazionale, tale da costituire un limite al riconoscimento del provvedimento straniero di adozione, ma la risposta offerta dalla Suprema Corte è negativa, avuto riguardo anche ai più recenti interventi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità (par. 19). Per tali motivi, il riconoscimento e la trascrizione in Italia di un provvedimento straniero di adozione piena in favore di una coppia omosessuale, là dove possa escludersi una fattispecie di maternità surrogata, è considerato dalle Sezioni Unite non contrastante con l'ordine pubblico.

IV. IL PROBLEMA DELLA TUTELA DEL NATO IN ITALIA DA FECONDAZIONE ETEROLOGA OMOAFFETTIVA ESEGUITA ALL'ESTERO.

Un rilevante problema di tutela potrebbe porsi in relazione ai minori nati in Italia, a séguito di interventi di procreazione medicalmente assistita eseguiti all'estero, ad opera di coppie dello stesso sesso. Nei confronti di tali soggetti, infatti, non può richiamarsi né il riconoscimento e la trascrizione di certificati di nascita formati all'estero, né tantomeno il riconoscimento di provvedimenti stranieri di adozione. L'unica strada percorribile, tra le tre sopra delineate, sarebbe allora quella dell'adozione in casi particolari, misura che però – da più parti – è considerata insufficiente a tutelare adeguatamente gli interessi del minore[30]. Per tale motivo è stato proposto di estendere l'accesso alle tecniche P.M.A. anche alle coppie omosessuali, o quantomeno di consentire l'applicazione delle norme a tutela del nato, previste dalla l. n. 40/2004, anche al minore che fosse nato in Italia a séguito di P.M.A. compiuta all'estero da coppie *same sex*. Quanto al primo profilo, l'ostacolo normativo determinante risiede nel citato art. 5 della l. n. 40/2004, che richiede, quale profilo soggettivo necessario per poter accedere alle tecniche in discorso, la diversità di sesso dei componenti della coppia. In relazione a tale norma, auspicandone una rilettura in chiave più estensiva, è stata sollevata questione di incostituzionalità, per la presunta violazione degli artt. 2, 3, 31 Cost., nonché 117, primo comma, Cost. in relazione alla presunta violazione degli artt. 8 e 14 CEDU[31]. La suddetta questione è stata tuttavia ritenuta infondata dalla Corte costituzionale[32], con delle argomentazioni particolarmente pregnanti. In primo luogo, il giudice delle leggi ha affermato come debba escludersi la configurabilità di un diritto assoluto e inviolabile alla genitorialità[33], sostenendo che l'aspirazione alla genitorialità non possa esplicarsi senza limiti, ma debba essere

30 Sulla presunta inadeguatezza e sui limiti dell'adozione in casi particolari si rimanda a quanto si dirà *infra* nel par. 5.

31 Cfr., nella giurisprudenza di merito, Trib. Pordenone, (ord.) 2 luglio 2018, *Biodiritto.org*, nonché Trib. Bolzano, (ord.) 3 gennaio 2019, *Gazzetta Ufficiale*. In dottrina vi è chi, oltre ad auspicare un intervento di ortopedia legislativa del citato art. 5, ha proposto anche un'interpretazione evolutiva dello stesso alla luce della teoria tedesca della *Teleologische reduktion*, diretta ad eliminare dal testo dell'art 5 "[…] il riferimento all'eterosessualità della coppia e alla condizione di infertilità/sterilità in senso naturalistico" (così Venuti, M.C.: "Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente", *GenIUS*, 2018, n. 1°, p. 91). Un'interpretazione adeguatrice dell'art. 5, l. n. 40/2004 è stata tuttavia da ultimo esclusa da C. Cost. 4 novembre 2020, n. 230, *Cortecostituzionale.it*, par. 5.2.

32 C. Cost., 23 settembre 2019, n. 221, *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, n. 3°, pp. 548 ss.

33 Per una prospettiva favorevole alla valorizzazione del diritto alla genitorialità, o meglio del diritto all'autodeterminazione procreativa, si veda di recente Di Masi, M.: *L'interesse del minore*, cit., pp. 214 s., il quale rinviene in C. Cost. 9 aprile 2014, n. 162, *Cortecostituzionale.it* un'apertura chiara e decisa rispetto alla tutela di un siffatto diritto. Tuttavia, come precisato da C. Cost., 23 settembre 2019, n. 221, cit., par. 11, la pronuncia C. Cost. n. 162/2014, cit. aveva invero chiarito come soltanto le coppie in possesso dei requisiti soggettivi di cui all'art. 5 della l. n. 40/2004 potessero accedere alle tecniche di fecondazione eterologa, limitando così la portata di tale diritto alla genitorialità al caso specifico alla stessa sottoposto.
Sul punto si veda anche Venuti, M.C.: "Procreazione medicalmente assistita", cit., pp. 87 s., la quale riconduce la libertà di autodeterminazione procreativa agli art. 2, 3, 31 Cost., nonché agli art. 8 CEDU e 7 della Carta di Nizza, anche se si evidenzia come l'ambito di rilevanza di tale libertà debba essere determinato tramite il "contemperamento con eventuali diritti interessi valori confliggenti".

bilanciata con altri interessi costituzionalmente garantiti, compito che spetta senza alcun dubbio al legislatore, nel suo ruolo di interprete della volontà collettiva[34]. Nello svolgimento di tale compito, il legislatore – come più volte riconosciuto dalla stessa Corte EDU[35], in riferimento alla materia della P.M.A., ritenuta tradizionalmente sensibile sotto il profilo etico – godrebbe di un ampio margine di apprezzamento[36], potendo la sua scelta essere soggetto di sindacato solo qualora risultasse irragionevole, ciò che però nel caso di specie la Corte costituzionale esclude[37]. In secondo luogo, la Consulta ha precisato come lo scopo della l. n. 40/2004 debba individuarsi non già nella volontà del legislatore di introdurre una nuova modalità di realizzazione del "desiderio di genitorialità", alternativa alla procreazione naturale, bensì essenzialmente nella finalità terapeutica di prevedere un rimedio alla patologia della infertilità[38]. Ciò consente alla Corte di distinguere le fattispecie di infertilità c.d. "patologica", presupposto oggettivo degli interventi di P.M.A., che potrebbe rilevare esclusivamente in coppie di sesso diverso, in età potenzialmente fertile[39] e fattispecie di infertilità c.d. "fisiologica" o "sociale",

Busnelli, F.D.: "Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti", *Riv. dir. civ.*, 2016, n. 6°, pp. 1467 ss., esprime la sua perplessità in ordine al riconoscimento di un diritto assoluto alla genitorialità.
In senso critico circa la configurabilità di un diritto alla genitorialità, da intendersi quale diritto di un adulto ad instaurare un legame genitoriale, si veda Lorenzetti, A.: "La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa", *Costituzionalismo.it*, 2018, n. 2°, pp. 15 s., secondo la quale il riconoscimento di un siffatto diritto "significherebbe ammettere l'esistenza di un diritto, ossia di una pretesa, che ha ad oggetto una persona, il bambino che dal progetto genitoriale nascerà".

34 C. Cost., 23 settembre 2019, n. 221, cit., par. 9.

35 Si vedano, *ex multis*, C. EDU, 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, ric. n. 54270/2010, *Camera.it*, par. 67; C. EDU, Grande Camera, 3 novembre 2011, *S. H. e altri c. Austria*, ric. n. 57813/2000, *Giustizia.it*.

36 Sul punto cfr., ad esempio, C. Cost., 9 aprile 2014, n. 162, cit., par. 5, dove si afferma espressamente che nelle questioni che toccano temi eticamente sensibili "l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore". In senso contrario però si veda Venuti, M.C.: "Procreazione medicalmente assistita", cit., p. 90, la quale evidenzia come "il margine di apprezzamento concesso agli Stati nel rinvenire il punto di equilibrio tra interessi pubblici e interessi privati in conflitto varia ed è condizionato da diversi fattori (quali la natura delle attività vietate e lo scopo del loro interdetto), ma che, tuttavia, quando viene in rilievo un importante aspetto dell'esistenza o dell'identità dell'individuo, come la scelta di diventare genitore genetico, tale margine di apprezzamento dovrebbe in via generale essere limitato".

37 C. Cost., 23 settembre 2019, n. 221, cit., par. 13.1 dove la Corte considera non irrazionale e ingiustificata la preoccupazione del legislatore di garantire al minore quelle che lo stesso ritiene le "condizioni […] migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato" che per il legislatore della l. n. 40/2004 risiedono nella c.d. famiglia *ad instar naturae*, composta da due genitori, di sesso diverso entrambi viventi e in età potenzialmente fertile, la quale rappresenterebbe "il luogo più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato". Nello stesso senso si veda, da ultimo, C. Cost., 4 novembre 2020, n. 230, cit., par. 6.

38 C. Cost., 23 settembre 2019, n. 221, cit., par. 10., dove la Corte precisa come la disciplina di cui alla l. n. 40/2004 sia diretta ad offrire un rimedio "all'infertilità e alla sterilità umana, avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile".

39 Non si vuole escludere, tuttavia, che una patologia riproduttiva, in senso stretto, possa riguardare anche uno o entrambi i componenti della coppia omosessuale (o eterosessuale, ma in età non più fertile), oppure la persona *single*. In tali ultime ipotesi, però, occorre tenere bene a mente come l'impossibilità della procreazione naturale derivi, *in primis*, non già dalla patologia procreativa, quanto piuttosto dall'infertilità fisiologica che ricorre in queste ipotesi. Difatti, nei casi delineati, anche se non si considerasse la causa patologica, la procreazione naturale sarebbe in ogni caso naturalmente preclusa. Ne discende allora che l'infertilità o la sterilità patologica può rilevare, quale causa che impedisce la procreazione naturale, a cui si può rimediare tramite la procreazione medicalmente assistita, esclusivamente nelle ipotesi in cui intervenga nell'àmbito di una coppia di sesso diverso, in età potenzialmente fertile.

dove non vi è alcuna patologia che osta alla procreazione, ma l'impossibilità di quest'ultima deriva dalla natura stessa dei soggetti (coppie omosessuali, persone singole, coppie anche eterosessuali in età avanzata). Ne consegue, secondo la Corte costituzionale, che i due fenomeni sopra descritti (infertilità "patologica" e infertilità "fisiologica") devono ritenersi chiaramente e ontologicamente distinti, non potendo pertanto qualificarsi l'esclusione delle coppie omosessuali dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita come una discriminazione basata sull'orientamento sessuale[40]. Si giustificherebbe, in questo modo, l'esclusione delle coppie omoaffettive dall'àmbito operativo della l. n. 40/2004[41]. Infine, la Consulta chiarisce come mentre nell'adozione in casi particolari (ma anche in caso di riconoscimento di atto di nascita, ovvero di provvedimento di adozione, estero) si presuppone l'esistenza in vita del minore, emergendo così l'interesse dello stesso, da accertare in concreto, a mantenere relazioni affettive già di fatto instauratesi, nel caso di P.M.A., non essendo il minore ancora nato, lo scopo di prevedere un accesso generalizzato a tali tecniche sarebbe non tanto quello di tutelare il nato (la cui protezione si pone allora su un piano meramente consequenziale), quanto piuttosto di realizzare le aspirazioni genitoriali dei soggetti coinvolti[42].

Discorso diverso è invece quello relativo alla possibile applicabilità, nei confronti dei minori nati in Italia tramite P.M.A. eseguita all'estero, da coppie dello stesso sesso, delle disposizioni dettate dalla l. n. 40/2004 a tutela del nascituro, con particolare riferimento agli artt. 8 e 9, in modo da riconoscere al nato lo *status* di figlio della coppia. Sul punto si è sviluppato, negli ultimi anni, un orientamento

40 Si veda appunto C. Cost., 23 settembre 2019, n. 221, cit., par. 12, la quale precisa con nettezza che la distinzione tra infertilità "patologica" e infertilità "fisiologica" non può costituire "fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale". A sostegno dell'argomentazione sopracitata, la Corte costituzionale richiama una sentenza della Corte EDU, del 15 marzo 2012, resa nel caso *Gas e Dubois c. Francia* (cfr. C. EDU, 15 marzo 2012, *case of Gas and Dubois v. France*, reperibile su *hudoc.echr.coe.int*) dove la Corte EDU afferma sostanzialmente che la riserva, da parte di una legge nazionale, della P.M.A. esclusivamente a coppie di sesso diverso sterili, in funzione del tutto terapeutica, non può determinare una violazione degli artt. 8 e 14 CEDU, poiché non realizza un'ingiustificata e rilevante disparità di trattamento nei confronti delle coppie omosessuali, tenuto conto che le due situazioni non sono tra loro assolutamente paragonabili.

41 Tuttavia, non mancano in proposito voci contrarie; si veda – ad esempio – Azzarri, F.: "I quindici anni della legge 40: nemesi e questioni aperte nella disciplina della fecondazione assistita", *Familia*, 2019, n. 5°, pp. 561 ss., spec. p. 574, secondo cui l'accesso alle tecniche P.M.A. dovrebbe essere garantito a tutti coloro che, essendo in età potenzialmente fertile, si trovino nell'impossibilità di procreare, non soltanto in virtù di una patologia (in senso stretto) che possa pregiudicare la fertilità, ma anche perché "si trovano in una condizione personale che rende impossibile la naturale attuazione di un progetto genitoriale, come, appunto, accade alla coppia omosessuale o alla donna sola in età fertile".

42 Cfr. C. Cost., 23 settembre 2019, n. 221, cit., par. 13.2, dove si precisa come, nell'ipotesi di P.M.A., non può ritenersi irragionevole che il legislatore voglia riservare al minore, pur non ancora nato, quelle che sulla base delle sue valutazioni e "alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale", possano ritenersi le "migliori condizioni di partenza".

giurisprudenziale[43], sostenuto anche da parte della dottrina[44], secondo cui i citati artt. 8 e 9, l. n. 40/2004, sarebbero espressione di un principio generale che pone, al centro della filiazione tramite procreazione medicalmente assistita, il consenso espresso dalla coppia e la loro conseguente assunzione di responsabilità nei confronti del nato[45]. In altri termini, sulla base del citato orientamento, si ritiene che il consenso manifestato dagli aspiranti genitori, nell'àmbito di una P.M.A., assuma il carattere di elemento costitutivo dello *status filiationis*, ciò a prescindere dal rispetto dei requisiti di accesso a tali tecniche previsti dalla legge, in quanto prevarrebbe l'esigenza di tutela del nato, il che sarebbe conforme al *best interest* dello stesso. Per tali motivi, allora, i citati artt. 8 e 9, proprio perché espressione di un principio generale volto ad affermare una sorta di instaurazione dello *status filiationis* derivante dalla mera manifestazione del consenso, sarebbero suscettibili – in virtù di una loro interpretazione evolutiva – di applicazione analogica[46] anche nelle ipotesi di P.M.A. non previste dalla legge italiana, come la fecondazione eterologa che coinvolge coppie *same sex*[47]. Tuttavia, le diverse argomentazioni impiegate a sostegno di tale impostazione non risultano del tutto persuasive.

43 Si vedano, *ex multis*, nella giurisprudenza di merito: C. App. Trento, 16 gennaio 2020, *Articolo29.it*; C. App. Perugia, 18 novembre 2019, *Foro it.*, 2020, n. 1°, cc. 41 ss.; C. App. Napoli, 4 luglio 2018, *Rivistafamilia.it*; Trib. Cagliari, decreto 28 aprile 2020, *Familia*, 2020, n. 5°, pp. 607 ss.; Trib. Pistoia, decreto 5 luglio 2018, *Articolo29.it*. Tale impostazione ha trovato conferme anche in sede di legittimità, seppur in relazione ad una fattispecie di fecondazione assistita *post mortem*; cfr. in proposito Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, *Biodiritto.org*. Tuttavia, si vedano in senso contrario le recenti Cass., 3 aprile 2020, n 7668 e Cass., 22 aprile 2020, n. 8028, *Familia*, 2020, n. 4°, pp. 487 ss., con nota critica di Flore, S.: "L'atto di nascita del figlio concepito mediante fecondazione eterologa effettuata all'estero da una coppia di donne", le quali sulla scorta di quanto affermato da C. Cost., 23 settembre 2019, n. 221, aderiscono all'interpretazione restrittiva degli artt. 8 e 9, l. n. 40/2004.

44 In questo senso si vedano, ad esempio, Gorgoni, G.: "La rilevanza", cit., p. 158, per il quale il "fondamento della filiazione nata da fecondazione eterologa" andrebbe rinvenuto nell'assunzione di responsabilità da parte della coppia che abbia condiviso il progetto di genitorialità; Palmeri, G.: "Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale", in Aa.Vv.: *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere* (a cura di M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci), CIRSDe, Torino, 2019, pp. 44 ss.; Casaburi, G.: "Le nuove forme di genitorialità: alla ricerca di fondamenta normative differenziate", *Foro it.*, n. 5°, 2018, c. 1813, secondo cui gli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004 delineerebbero una regola di portata generale applicabile a tutte le forme di P.M.A., con conseguente attribuzione all'elemento volontaristico/consensuale di un ruolo prevalente per la determinazione della filiazione derivante da fecondazione assistita omologa o eterologa; Tesi, G.: "Il fondamento", cit., p. 346, la quale sottolinea l'importanza, per quelle forme di genitorialità che si dissociano dal dato biologico, dell'assunzione di volontà e della responsabilità del comportamento, sostenendo conseguentemente che "il fondamento del rapporto di filiazione dovrebbe discendere non dal dato genetico-biologico, bensì dalla volontà dell'adulto di prendersi cura del minore"; Salanitro, U.: "Art. 4 – accesso alle tecniche", in Aa.Vv.: *Della famiglia. Leggi collegate* (a cura di L. Balestra), in *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli), Utet, Torino, 2010, p. 550.

45 In proposito si veda, ad esempio, Di Masi, M.: *L'interesse del minore*, cit., p. 61, alla nota n. 115, per il quale i canoni inderogabili e indispensabili ai fini della determinazione della genitorialità legalmente riconosciuta andrebbero individuati nell'autodeterminazione, nell'autoresponsabilità e nel *best interest* del minore.

46 Applicazione che, come affermato in giurisprudenza (su tutte cfr. C. App. Napoli, 4 luglio 2018, cit.), non potrebbe dirsi esclusa, in relazione alle coppie unite civilmente, dalla clausola di equivalenza *ex* art. 1, co. 20, l. n. 76/2016. In proposito si veda quanto detto *supra* nel par. 2.

47 Sul punto cfr. Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, cit., par. 7.8.4.2, dove si precisa come "il legislatore non ha limitato espressamente l'applicabilità della norma in esame alle sole ipotesi di procreazione medicalmente assistita "lecita" ed ha, anzi, espressamente contemplato la sua applicabilità alla ipotesi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in relazione alla quale l'impossibilità di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità presuppongono che, anche in simili casi, il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sia sufficiente per l'attribuzione dello status di figlio".

Innanzitutto, se pur è vero che, in talune ipotesi specifiche, il consenso gioca un ruolo primario nell'instaurazione del rapporto genitoriale (si pensi all'adozione, ovvero alla stessa procreazione medicalmente assistita), occorre tenere ben presente come sia il legislatore il soggetto deputato in via esclusiva a stabilire le modalità di acquisizione dello *status* di figlio e a delinearne i requisiti. Pertanto, tale consenso, se con esso non concorrono le ulteriori condizioni ed eventuali altri requisiti richiesti dalla legge, non può ritenersi di per sé idoneo a determinare la costituzione del suddetto. In altri termini, nelle particolari ipotesi di genitorialità sociale finora disciplinate dalla legge, dove si realizza lo scollamento tra dato biologico e acquisizione dello *status*, il consenso manifestato non può considerarsi quale elemento di per sé bastevole per l'affermazione della genitorialità, dovendosi piuttosto inquadrare come elemento costitutivo necessario, ma non sufficiente, nel più articolato contesto delineato dal legislatore[48]. Quanto appena detto, inoltre, non può essere smentito da alcune interpretazioni estensive, fondate esclusivamente sul tenore letterale dell'art. 8, l. n. 40/2004. In virtù di una prima interpretazione, la disposizione da ultimo citata, in quanto si riferirebbe genericamente "ai nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita", sarebbe applicabile anche in relazione alla fecondazione eterologa portata avanti da coppie dello stesso sesso, in quanto *species* del più ampio *genus* della fecondazione assistita[49]; secondo un'altra impostazione, invece, l'assenza di uno specifico richiamo, nel sopra indicato art. 8, ai precedenti artt. 4 e 5 della medesima legge (che dettano i confini soggettivi e i limiti all'accesso alle tecniche P.M.A.), testimonierebbe la sicura preminenza della tutela del nascituro, sotto il profilo del conseguimento dello *status* di figlio, dovendosi da ciò dedurre che il legislatore, in realtà, non abbia limitato l'ambito operativo dell'art. 8 in esame alle sole ipotesi di fecondazione assistita conformi alla legge[50]. Entrambe queste ricostruzioni, tuttavia, si caratterizzano per un'astrazione della singola norma dal proprio contesto normativo, ossia la l. n. 40/2004 e le norme che la compongono (tra le quali rileva in particolar modo l'art. 5), discostandosi dal principio di "contestualità", ricavabile dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale (c.d. "preleggi")[51].

48 In questo senso allora, il consenso manifestato ai fini dell'adozione piena non è potrebbe rilevare ai fini della costituzione dello *status filiationis* se non provenisse da una coppia in possesso dei requisiti di cui all'art. 6 della l. n. 184/1983 e avesse ad oggetto la volontà di adottare un minore in stato di abbandono, per cui sia stato dichiarato lo stato di adottabilità. Allo stesso modo, il consenso manifestato per l'accesso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, nelle forme previste dall'art. 6 della l. n. 40/2004 o anche espresso tramite comportamenti concludenti (es. art. 9, l. n. 40/2004), potrebbe rilevare esclusivamente qualora fosse imputabile ad una coppia in possesso dei requisiti di cui all'art. 5 della medesima legge.

49 C. App. Trento, 16 gennaio 2020, cit., par. 2.2.

50 Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, cit., parr. 7.8.4.2 e 7.8.5.1.

51 Principio che trova esplicazione nel brocardo latino "*Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, iudicare vel respondere*". Per una interpretazione restrittiva dell'art. 8, l. n. 40/2004, che pare tenere in considerazione il principio citato si veda, ad esempio, Grasso, A.G.: "È possibile formare in Italia un atto di nascita con due genitori dello stesso sesso?", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, n. 11°, pp. 1574 ss., il quale evidenzia come il fatto che l'art. 8 in discorso faccia espresso riferimento all'art. 6 della medesima legge e questo a sua volta si riferisca all'art. 5, il quale tiene fermo quanto disposto dall'art. 4, co. 1,

Altresì criticabile appare l'approccio adottato dalle corti espressione dell'orientamento in esame, le quali – al fine di giustificare la propria posizione – si soffermano in via esclusiva sulla valutazione astratta del superiore interesse del minore, obliterando del tutto l'accertamento e la valutazione in concreto di tale interesse. Ad un'attenta analisi, non sfugge come, nelle ipotesi delineate, l'unico interesse del minore che realmente rileva è quello alla continuità dei suoi affetti, il quale però – in quanto presuppone l'esistenza di rapporti affettivi intimi, stabili e di durata significativa[52] – non può che essere accertato in concreto, attraverso una valutazione da operare caso per caso. Proprio per tale motivo, l'adozione in casi particolari – da intendersi nella sua interpretazione evolutiva – si dimostra uno strumento maggiormente conforme alla tutela dell'interesse in discorso, in quanto – a differenza della soluzione proposta dall'orientamento criticato – consente un apprezzamento in concreto da parte del giudice, il quale non solo potrà accertare la presenza dei requisiti, indicati dalla giurisprudenza sovranazionale, necessarî per poter ritenere sussistente una relazione genitoriale di fatto meritevole di tutela, ossia – come detto – l'esistenza di rapporti affettivi intimi, stabili e di durata significativa, ma potrà valutare – nella prospettiva esclusiva del concreto interesse del minore – l'effettiva idoneità genitoriale del soggetto che richiede l'adozione[53].

V. LA SUPPOSTA INADEGUATEZZA DELL'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI QUALE STRUMENTO DI TUTELA DEL MINORE.

Da più parti l'istituto della *stepchild adoption*, così come configurabile nell'ordinamento italiano, è stato criticato in quanto non sarebbe idoneo a garantire un'adeguata tutela del minore e del suo migliore interesse. In particolare, i profili critici relativi al regime dell'adozione in casi particolari sono stati individuati

testimonierebbe come gli effetti dell'art. 8 cit. si possano produrre esclusivamente in relazione a fattispecie di procreazione medicalmente assistita conformi, sia dal punto di vista soggettivo, sia dal punto di vista oggettivo, alle norme della l. n. 40/2004.

52 In proposito si veda, ad esempio, C. EDU, 24 gennaio 2017, Grande camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia* ric. 25358/12, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pp. 495 ss., dove si indicano, quali requisiti necessari per poter riconoscere dignità di tutela alle relazioni familiari verticali, la ricorrenza di un'intensa intimità affettiva e una durata nel tempo significativa sul piano esistenziale. In dottrina cfr., *ex multis*, Gorgoni, A.: "La rilevanza", cit., pp. 184 ss.; Carota, L.: "La tutela", cit., pp. 282 s., secondo cui in nessun caso si potrà "omettere di valutare se la convivenza si sia protratta per un lasso di tempo sufficiente per l'instaurarsi di un legame affettivo significativo sul piano esistenziale". Si veda in proposito anche Labriola, M.: "La filiazione", cit., p. 386 che rinviene nei concetti di "stabilità" e "solidità" i parametri generalmente impiegati dalla giurisprudenza per attribuire rilevanza alla genitorialità sociale.

53 Si veda sul punto Bellelli, A.: "La filiazione nella coppia omosessuale", *Giur. it.*, 2016, n. 7°, p. 1820, per la quale la decisione giudiziale relativa all'adozione ad opera del *partner* del genitore biologico dovrebbe essere guidata in via esclusiva dal perseguimento dell'interesse del minore, dovendo pertanto essere preceduta da indagini sociali e psicologiche volte a verificare l'idoneità affettiva e la capacità educativa di chi ha svolto e svolgerà la funzione genitoriale. Nel medesimo senso cfr. anche Stefanelli, S.: "Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale", *Fam. dir.*, 2017, n. 1°, p. 88, secondo la quale "la pronuncia (di adozione n.d.r.) sarebbe impedita ogni volta […] che l'indagine non consenta di apprezzare, in ragione dell'affettività consolidata, la corrispondenza del provvedimento al ricordato interesse superiore del minore. Indagine da condurre in concreto, […], diretta ad accertare tra l'altro l'idoneità affettiva del genitore adottante, attraverso una valutazione che "non può che essere effettuata sulla base di una relazione preesistente adottante - minore".

in dottrina, da un punto di vista sostanziale, nella circostanza secondo cui tale speciale forma adottiva, a differenza di quella c.d. piena, stante il rinvio all'art. 300 c.c. operato, in merito all'adozione in casi particolari, dall'art. 55 della l. n. 184/1983, non consentirebbe di recidere definitivamente i legami con la famiglia di origine, oltre a non prevedere l'instaurazione di legami parentali tra l'adottato e i familiari dell'adottante, il che darebbe vita ad un'adozione *sui generis* caratterizzata da un *àmbito più* ristretto di tutela del minore[54]. Per quanto riguarda la prima critica, ossia il mantenimento dei diritti e dei doveri nei confronti della famiglia di origine, anche se si volesse ritenere che tale circostanza sia sempre e comunque (e non solo potenzialmente) lesiva dell'interesse dell'adottando, cosa di cui si può dubitare, occorre evidenziare come nelle ipotesi di P.M.A. un effettivo problema, in tal senso, neanche può profilarsi, stante l'assenza di una famiglia di origine del nato a cui fare riferimento. Più spinosa, invece, appare la questione concernente l'instaurazione di legami parentali tra l'adottando "speciale" e i parenti dell'adottante. Secondo parte della dottrina[55], con la riscrittura dell'art. 74 c.c. ad opera della legge di riforma della filiazione (l. n. 219/2012), che riconosce espressamente il vincolo parentale anche nel caso in cui il figlio sia adottivo, la nozione di parentela verrebbe oggi estesa anche ai rapporti derivanti da adozione speciale. Tale impostazione è stata accolta recentissimamente dalla Consulta, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del citato art. 55, nella parte in cui, rinviando all'art. 300, 2° comma, c.c., prevede che l'adozione in casi particolari non produca alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. Il giudice delle leggi, infatti, ha sottolineato come l'esclusione di rapporti civili tra l'adottato e la famiglia dell'adottante, in caso di adozione "speciale", contrasterebbe gli artt. 3 e 31 Cost., violando il principio di parità di trattamento di tutti i figli, nati all'interno o fuori dal matrimonio e adottivi, il quale troverebbe conferma anche nella riforma della filiazione (l. n. 219/2012), con particolare riguardo al rinnovato art. 74 c.c., che ha reso unico e senza distinzioni il vincolo di parentela che scaturisce dagli *status* filiali con la sola eccezione dell'adozione del maggiorenne[56]. Alla luce di tale pronuncia, si può

54 Per una siffatta critica allo strumento della *stepchild adoption* si veda, su tutti, Valongo, A.: "La c.d. filiazione omogenitoriale", cit., p. 555. Tuttavia, in senso contrario rispetto all'inadeguatezza dell'adozione in casi particolari, invece, cfr. Salanitro, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, n. 4°, pp. 737 ss., secondo cui l'adozione speciale sarebbe comunque in grado di preservare il miglior interesse del minore.
Nella giurisprudenza, se non mancano pronunce (in particolare nelle corti di merito) circa l'inidoneità dell'adozione in casi particolari a garantire un'adeguata tutela dell'interesse del minore (si vedano, da ultimo, nella giurisprudenza di merito, C. App. Trento, 16 gennaio 2020, cit., par. 4.1, nonché C. App. Napoli, 4 luglio 2018, n. 145, cit., par. 6), l'istituto in esame ha ricevuto – come accennato in precedenza – l'importante avallo dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.), che ha considerato l'adozione in casi particolari uno strumento giuridico idoneo ad attribuire rilievo al rapporto genitoriale.

55 Cfr. ad esempio Dossetti, M.: "Dopo la riforma della filiazione: i nuovi successibili", *Fam. dir.*, 2015, n. 10°, p. 941 ss.

56 C. Cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit., spec. par. 6, dove si afferma chiaramente che "Vero è che il nuovo art. 74 cod. civ. prevede che «[l]a parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti». E non può negarsi che, stante il riconoscimento al minore

cogliere la tendenza dell'ordinamento a parificare sempre più la posizione e la condizione dei figli adottivi (la quale a sua volta non può discostarsi da quella dei figli nati nel e fuori dal matrimonio, alla luce del principio dell'unicità dello *status* di figlio garantito dal novellato art. 315 c.c.), senza alcuna distinzione tra adozione piena e adozione in casi particolari.

Tuttavia, critiche alla disciplina dell'adozione in casi particolari, quando impiegata – come sopra delineato – al fine di giungere all'adozione del figlio (biologico) del *partner* nell'àmbito di una coppia omoaffettiva, sono state mosse anche sotto un profilo meramente operativo[57]. Difatti, l'art. 46 della l. n. 184/1983 richiede necessariamente, affinché si possa procedere all'adozione "speciale", il consenso dei genitori o del genitore dell'adottando. Ciò può rappresentare senz'altro un rilevante problema in caso di crisi della coppia *same sex*, dove il genitore biologico potrebbe rifiutare il proprio consenso all'adozione, impedendo così la formalizzazione del rapporto genitoriale di fatto tra il minore e il genitore d'intenzione, con tutte le conseguenze che ne derivano. Se è vero che il giudice non può intervenire, pronunciando comunque l'adozione, qualora il rifiuto, pur essendo ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando, sia espresso dal genitore che esercita effettivamente e concretamente la responsabilità genitoriale[58], ciò non appare sufficiente ad affermare senz'altro l'assenza, nel nostro ordinamento, di strumenti giuridici in grado di superare, o al limite neutralizzare, gli effetti negativi derivanti per il minore dal diniego del suddetto consenso. Difatti, tale condotta potrebbe qualificarsi come un atto di esercizio della responsabilità genitoriale contrario all'interesse del minore, sindacabile ai sensi dell'art. 333 c.c.[59], il che consentirebbe al giudice di adottare i provvedimenti convenienti a far fronte a condotte genitoriali ritenute pregiudizievoli per i figli[60]. Tali provvedimenti, se proprio non si vuole

adottato con l'adozione piena dello «stato di figlio nato nel matrimonio degli adottanti» (art. 27 della legge n. 184 del 1983), l'art. 74 cod. civ., dove evoca «la filiazione […] avvenuta nel matrimonio», dovrebbe già ricomprendere il figlio che è considerato «nato nel matrimonio» in virtù dell'adozione legittimante. Sembrerebbe, dunque, potersi inferire che il successivo richiamo al figlio «adottivo», con la sola esclusione dell'adozione di persone maggiori d'età, riguardi in effetti i minori adottati in casi particolari".

57 Si veda ancora Valongo, A.: "La c.d. filiazione omogenitoriale", cit., p. 555

58 In questo senso cfr., su tutte, Cass., 26 giugno 2019, n. 17100, *DeJure*, la quale evidenzia che "Per quanto concerne, poi, la mancanza di consenso dei genitori, va osservato che, in tema di adozione particolare, ha efficacia preclusiva ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 46, comma 2, il dissenso manifestato dal genitore che non sia mero titolare della responsabilità genitoriale, ma ne abbia altresì il concreto esercizio grazie ad un rapporto effettivo con il minore, caratterizzato di regola dalla convivenza, in ragione della centralità attribuita dagli artt. 29 e 30 Cost. all'effettività del rapporto genitore-figli". Similmente si veda anche Cass., 21 settembre 2015, n.18576, *DeJure*, par. 1.1, dove si specifica che "[…] per genitori esercenti la responsabilità genitoriale, il cui dissenso, ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 46, comma 2, impedisce l'adozione particolare, debbano intendersi i genitori che non siano meri titolari della responsabilità stessa, ma ne abbiano altresì il concreto esercizio grazie a un rapporto effettivo con il minore".

59 A tal proposito si veda C. Cost., 20 ottobre 2016, n. 225, cit., pp. 175 ss.

60 Difatti, se è vero che i genitori, attraverso l'esercizio della responsabilità genitoriale, sono considerati dall'ordinamento i soggetti che più di chiunque altro possono garantire la migliore tutela degli interessi dei figli, questa non è una presunzione *iuris tantum*, potendosi invero dimostrare, anche attraverso l'esercizio dell'azione *ex* art. 333 c.c., che l'effettivo esercizio della suddetta responsabilità in realtà si ponga in contrasto rispetto al concreto interesse dei figli. Si veda sul punto, di recente, Gorassini, A.: "Lo stato unico di genitore", *Jus Civile*, 2018, n. 6°, p. 828.

ritenerli in grado di sostituire il consenso all'adozione speciale non prestato dal genitore biologico, certamente risultano idonei a tutelare la relazione genitoriale di fatto che si instaura tra genitore sociale e minore, valorizzando così la continuità affettiva di quest'ultimo, interesse che nei casi esaminati assume il massimo rilievo. Pertanto, la possibilità di ricorrere al giudice, *ex* art. 333 c.c., al fine di tutelare la relazione genitoriale di fatto tra *partner* del genitore biologico e minore, escluderebbe la ricorrenza nel caso specifico di un vuoto assoluto di tutela. Non varrebbe altresì ad escludere la citata tutela la circostanza secondo cui il genitore intenzionale non avrebbe alcuna legittimazione attiva in relazione al suddetto art. 333 c.c., dovendo in tal senso sollecitare necessariamente l'intervento del Pubblico Ministero. Difatti, la necessaria l'intermediazione del Pubblico Ministero conferisce maggiore effettività alla tutela del migliore interesse del minore, consentendo una preliminare valutazione giudiziale in concreto del *best interest*, in relazione alla proponibilità della domanda, cui seguirà un ulteriore apprezzamento concreto del medesimo, ad opera del giudice chiamato ad accogliere o meno la domanda. In altri termini, il duplice vaglio giudiziale, in concreto, del superiore interesse del minore rappresenterebbe una maggiore garanzia circa il suo effettivo perseguimento.

Alla luce di quanto sopra, si può certamente ritenere che, pur riconoscendosi come l'adozione in casi particolari non rappresenti uno strumento perfetto, capace di offrire al minore la migliore tutela possibile, tale istituto riesca comunque a garantirgli una tutela adeguata, nel momento in cui – consentendo la formalizzazione di rapporti genitoriali di fatto – riconosce al minore i diritti di cura, mantenimento, assistenza, educazione, istruzione nei confronti del soggetto adottante. Per tale ragione, è possibile annoverare l'adozione speciale tra gli strumenti che, in base a quanto affermato recentemente dalla Corte EDU, nel parere consultivo, non vincolante, emesso il 10 aprile 2019, su richiesta della Corte di Cassazione francese, gli Stati potrebbero impiegare per assolvere l'obbligo, ricavabile dall'art. 8 CEDU, di riconoscimento del genitore intenzionale, quando ciò risulti rispondente all'interesse del minore e purché tali modalità garantiscano l'effettività e la celerità della sua attuazione[61]. In realtà, parte della dottrina[62] ha messo in dubbio proprio la celerità e l'effettività di tale strumento, evidenziando come nella prassi operativa dei tribunali non accade di rado di imbattersi in pronunce di merito che negano l'applicazione dell'istituto in esame, in aperto dissenso rispetto all'orientamento consolidatosi in séguito a Cass., n. 12962/2016, anche se tali pronunce, emesse

61 Cfr. il parere consultivo, non vincolante, emesso dalla Corte EDU il 10 aprile 2019, su richiesta della Corte di Cassazione francese, reperibile su *Federalismi.it*, dove la Corte EDU, dopo aver espressamente affermato l'obbligo per il diritto interno di offrire la possibilità di riconoscimento del legame di filiazione tra un minore e la madre putativa (o di intenzione, o sociale), chiarisce come – nel rispetto del margine di apprezzamento che la Convenzione riconosce agli Stati – tale obbligo possa essere adempiuto tramite diverse vie, tra le quali può considerarsi l'adozione del minore da parte della madre sociale, purché tali modalità garantiscano l'effettività e la celerità della sua attuazione, conformemente all'interesse del minore (p. 13).

62 In senso critico, sul fatto che l'adozione in casi particolari possa rispettare le condizioni di celerità ed effettività indicate dalla Corte EDU, si veda da ultimo Di Masi, M.: *L'interesse del minore*, cit., p. 191.

in genere in primo grado, vengono ribaltate nei gradi successivi[63]. Tuttavia, a ben vedere, tale critica non può ricondursi all'effettività dello strumento, che ha ricevuto anche l'avallo delle Sezioni Unite nel 2019[64], quanto piuttosto alle (in effetti, ingiustificate) resistenze circa la sua applicazione da parte dei giudici di merito[65].

Peraltro, come accennato, lo strumento dell'adozione in casi particolari, così come oggi interpretato ed applicato dalla giurisprudenza che intende valorizzare e formalizzare le relazioni genitoriali di fatto, non si mostra affatto idoneo ad offrire tutela nelle specifiche ipotesi di maternità surrogata caratterizzate dalla totale assenza di un contributo biologico minimo da parte di entrambi i componenti della coppia. In tali casi, infatti, non sarebbe possibile richiamare l'impossibilità dell'affidamento preadottivo di diritto che consente, secondo l'interpretazione evolutiva dell'istituto, una sua estensione anche alle coppie omoaffettive. La conseguenza è, come si è detto, che il minore viene considerato dalla giurisprudenza in stato di abbandono, per cui, previa dichiarazione dello stato di adottabilità, si apre nei suoi confronti la procedura dell'adozione piena, dalla quale sono inevitabilmente escluse, stanti i requisiti soggettivi previsti all'art. 6 della l. n. 184/1983, le coppie dello stesso sesso.

VI. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

Per i motivi anzidetti, al fine di una sempre più completa tutela del nato da fecondazione eterologa, posta in essere da coppie *same sex*, potrebbe auspicarsi *de iure condendo* l'introduzione di una specifica disciplina della genitorialità intenzionale, che – nella costituzione dello *status filiationis* – attribuisca rilievo primario, non già al dato biologico, quanto piuttosto alla responsabilità che i membri della coppia assumono instaurando con il minore relazioni genitoriali stabili e continuative (da accertarsi in concreto alla luce del *best interest of the child*).

Alternativamente, anche considerando come – alla luce delle più recenti pronunce della Consulta – siano ormai venute meno le differenze negative che caratterizzavano la figura dell'"adottato in casi particolari", rispetto all'"adottato pieno" (differenza che ora, soprattutto in séguito alla citata C. Cost. n. 79/2022, risiede essenzialmente nella permanenza, per ciò che concerne l'adozione in casi particolari, del vincolo con la famiglia d'origine del minore, là dove essa esista),

63 Per una siffatta critica si veda, nello specifico, Gattuso, M.: "Certezza e tempi "*breves que possible*" per trascrizioni e adozioni in casi particolari dopo il parere Cedu 10/4/2019", *Articolo29.it*, 6 maggio 2019.

64 Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

65 Pare condividere tale rilievo Lecis Cocco Ortu, A.M.: "L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU", *GenIUS*, 2019, n. 1°, p. 15, secondo cui "la pronuncia delle Sezioni Unite dovrebbe orientare i giudici di merito verso un esito favorevole di tale procedura per consentire il riconoscimento della filiazione nei casi da essa prospettati", anche se l'Autrice sottolinea come alla fine la decisione sarà pur sempre rimessa alla valutazione concreta del giudice.

potrebbe proporsi una modifica legislativa dell'art. 44 della l. n. 184/1983, in modo da disciplinare in maniera più compiuta l'istituto dell'adozione in casi particolari, attraverso la valorizzazione, o meglio l'attribuzione di veste giuridica, alla genitorialità di fatto. In quest'ottica, si potrebbe ad esempio consentire ai membri della coppia *same sex* di procedere all'adozione (speciale), una volta accertata in concreto l'esistenza di stabili e durature relazioni genitoriali di fatto intercorrenti tra costoro ed il minore, nell'ottica del migliore interesse di quest'ultimo. Si offrirebbe così, inoltre, un diretto ed esplicito fondamento positivo ad una prassi giurisprudenziale che, nonostante possa senz'altro ritenersi ormai consolidata, non di rado trova ingiustificate resistenze da parte di alcune corti.

In una prospettiva più ampia, potrebbe proporsi una riforma sostanziale dell'adozione c.d. piena, in modo da estenderla anche alle coppie conviventi dello stesso sesso, ovvero alle persone singole[66]. In questo modo, infatti, se da un lato si perseguirebbe più agevolmente lo scopo primario che l'istituto dell'adozione si pone, ossia garantire ad un minore che ne sia privo, il sostegno morale e materiale di una famiglia (intesa in senso lato), ampliando ancor di più la platea dei potenziali soggetti che tale garanzia possono offrire, dall'altro lato si consentirebbe alle coppie *same sex* e alle persone singole di avvalersi di uno strumento – legalmente ammesso – capace di soddisfare le proprie aspirazioni genitoriali, disincentivando, o quantomeno limitando, la pratica del "turismo procreativo". È chiaro tuttavia che una soluzione siffatta non possa prescindere da una valutazione astratta circa la compatibilità di tali misure con il migliore sviluppo psico-fisico del minore, nella prospettiva del suo *best interest*, valutazione che spetta inevitabilmente al legislatore.

Concludendo, è chiaro come le suddette proposte di riforma, in quanto consentirebbero una ponderazione in concreto del migliore interesse del minore, siano da preferire sia rispetto ad interpretazioni evolutive operate dalla dottrina

66 Non si può negare come gran parte delle problematiche qui descritte potrebbe trovare una soluzione attraverso l'allargamento delle maglie dei soggetti legittimati ad accedere all'adozione c.d. piena, prevedendone l'ammissibilità non soltanto alle coppie dello stesso sesso, ma anche al soggetto singolo.
In senso favorevole ad una riforma dell'adozione nei termini sopracitati si vedano, ad esempio: Valongo, A.: "La c.d. filiazione omogenitoriale", cit., p. 556, la quale invita il legislatore ad una decisione coraggiosa come l'apertura all'adozione piena per le persone singole e per i conviventi, a prescindere da qualsivoglia considerazione relativa al loro sesso o genere; Bellelli, A.: "La filiazione", cit., p. 1823, secondo cui il superiore interesse del minore di essere amato ed essere inserito in un contesto familiare, da valutarsi sempre in concreto, potrebbe essere realizzato in modo più ampio attraverso una revisione dell'istituto dell'adozione che comporti il superamento del requisito del matrimonio degli adottanti, con conseguente ammissione all'adozione piena delle coppie stabilmente conviventi (dalle quali, per il principio di non discriminazione, non potrebbero escludersi le coppie dello stesso sesso), ma anche della persona *single*; Aceto di Capriglia, S.: "La *stepchild adoption*", cit., p. 39, il quale rileva l'incongruità di non ammettere all'adozione piena le coppie conviventi dello stesso sesso o la persona singola, quando gli stessi soggetti sono ammessi ad accedere all'affidamento familiare.
Come ravvisa da ultimo Cass., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006, cit., par. 19.3 delle "Ragioni della decisione", la giurisprudenza costituzionale (cfr., ad esempio, C. Cost., 16 maggio 1994, n. 183, *Cortecostituzionale.it*) già da tempo ha riconosciuto l'esigenza di ampliare le condizioni di accesso all'adozione piena, ma gli appelli al legislatore sono fin qui caduti nel vuoto.

o dalla giurisprudenza, come quella volta ad estendere al figlio nato in Italia da P.M.A., eseguita all'estero da una coppia omoaffettiva, le norme a tutela del nato previste agli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004, sia rispetto a quelle proposte dirette alla modifica delle norme codicistiche sul riconoscimento[67], posto che l'automaticità dell'attribuzione dello *status filiationis* che da queste discenderebbe sarebbe incompatibile con una valutazione in concreto del *best interest* del minore, da attuarsi necessariamente caso per caso.

67 Cfr., ad esempio, C. Cost., 9 marzo 2021, n. 32, *Cortecostituzionale.it*, par. 2.4.1.4 del "Considerato in diritto", dove la Corte propone – a titolo esemplificativo – "una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento", in alternativa all'introduzione di una nuova fattispecie di adozione.

BIBLIOGRAFIA

Aceto di Capriglia, S.: "La *stepchild adoption* e il fenomeno delle coppie *same sex* nel diritto europeo contemporaneo", *Federalismi.it*, 2020, n. 6°, pp. 1 ss.

Azzarri, F.: "I quindici anni della legge 40: nemesi e questioni aperte nella disciplina della fecondazione assistita", *Familia*, 2019, n. 5°, pp. 561 ss.

Bellelli, A.: "La filiazione nella coppia omosessuale", *Giur. it.*, 2016, n. 7°, pp. 1819 ss.

Busnelli, F.D.: "Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti", *Riv. dir. civ.*, 2016, n. 6°, pp. 1447 ss.

Carota, L.: "La tutela del rapporto con il genitore sociale nella coppia dello stesso sesso e l'orientamento della Corte Costituzionale sulle modalità di conservazione del rapporto una volta cessata la convivenza", *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, n. 1°., pp. 270 ss.

Casaburi, G.: "Le nuove forme di genitorialità: alla ricerca di fondamenta normative differenziate", *Foro it.*, n. 5°, 2018, cc. 1810 ss.

Cipriani, N.: "La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali", *Dir. fam.*, 2015, n. 1°, pp. 174 ss.

Di Masi, M.: *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Jovene, Napoli, 2020

Di Masi, M., Virgilio M.: "La gestazione per altri e il turismo riproduttivo. Tra proibizionismo e desiderio di responsabilità genitoriale", *Min. giust.*, 2017, n. 1°, pp. 41 ss.

Dossetti, M.: "Dopo la riforma della filiazione: i nuovi successibili", *Fam. dir.*, 2015, n. 10°, pp. 941 ss.

Ferrando, G.: "Adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza", *Dir. succ. e fam.*, 2017, n. 1°, pp. 79 ss.

Ferrando, G.: "Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo", *Fam. dir.*, 2009, n. 11°, pp. 1049 ss.

Ferrando, G.: "Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 9°, pp. 1213 ss.

Gattuso, M.: "Certezza e tempi "*breves que possible*" per trascrizioni e adozioni in casi particolari dopo il parere Cedu 10/4/2019", *Articolo29.it*, 6 maggio 2019.

Gorassini, A.: "Lo stato unico di genitore", *Jus Civile*, 2018, n. 6°, pp. 820 ss.

Gorgoni, A.: "La rilevanza della filiazione non genetica", *Pers. merc.*, 2017, n. 3°, pp. 153 ss.

Grasso, A.G.: "È possibile formare in Italia un atto di nascita con due genitori dello stesso sesso?", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, n. 11°, pp. 1574 ss.

Labriola, M.: "La filiazione omogenitoriale", *Familia*, 2017, n. 3°, pp. 357 ss.

Lecis Cocco Ortu, A.M.: "L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU", *GenIUS*, 2019, n. 1°, pp. 1 ss.

Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 86 ss.

Long, J., Naldini, M.: "Turismo matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche", *GenIUS*, 2015, n. 2°, pp. 163 ss.

Lorenzetti, A.: "La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa", *Costituzionalismo.it*, 2018, n. 2°, pp. 1 ss.

Morozzo della Rocca, P.: "Le adozioni in casi particolari ed il caso della *stepchild adoption*", *Corr. giur.*, 2016, n. 10°, pp. 1217 ss.

Palmeri, G.: "Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale", in Aa.Vv.: *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere* (a cura di M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci), CIRSDe, Torino, 2019, pp. 44 ss.

Quadri, E.: "La tutela del minore nelle unioni civile e nelle convivenze", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, n. 4°, pp. 556 ss.

Rossi Carleo, L.: "Il diritto del minore a una famiglia: affidamento e adozione", in Aa.Vv.: *Diritto Civile, I, Fonti, Soggetti, Famiglia* (diretto da N. Lipari, P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini), II, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 461 ss.

Salanitro, U.: "Art. 4 – accesso alle tecniche", in Aa.Vv.: *Della famiglia. Leggi collegate* (a cura di L. Balestra), in *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli), Utet, Torino, 2010, pp. 550 ss.

SALANITRO, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, n. 4°, pp. 737 ss.

STEFANELLI, S.: "Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale", *Fam. dir.*, 2017, n. 1°, pp. 83 ss.

TESI, G.: "Il fondamento del rapporto di filiazione. Nuove tendenze", *Familia*, 2016, n. 5-6°, pp. 329 ss.

VALONGO, A.: "La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione", *Giur. it.*, 2020, n. 3°, pp. 554 ss.

VENUTI, M.C.: "Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente", *GenIUS*, 2018, n. 1°, pp. 85 ss.



LA RENUNCIA A LA MATERNIDAD: ¿HACIA EL PARTO ANÓNIMO?*

WAIVING MATERNITY RIGTHS: MOVING TOWARDS ANONYMOUS CHILDBIRTH?

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 436-457

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación Consolidado del Gobierno Vasco GIC IT1445-22 sobre 'Persona, familia y patrimonio', del que es investigador principal el Dr. Gorka Galicia Aizpurua.

Jon ATXUTEGI GUTIÉRREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: El cambio operado por la Ley 19/2015 de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, prevé la renuncia a la maternidad, es decir, la facultad de la madre biológica de renunciar a su hijo o hija en el momento del parto. Sin embargo, esta prerrogativa que se le reconoce a la madre abre una nueva brecha en la determinación de la filiación, pues el interés del menor, pieza angular del sistema de filiación del ordenamiento español, parece colisionar, por vez primera, con dicha libre voluntad. Al igual que el ordenamiento francés, la reforma parece abogar por el denominado parto anónimo -que salvaguarda la ocultación de la identificación materna y rompe con todo vínculo jurídico entre ambos-, aunque su escueta previsión exige un estudio más pormenorizado.

PALABRAS CLAVE: Renuncia; maternidad; parto anónimo; filiación.

ABSTRACT: *The operational change by Law 19/2015 of July 13, on administrative reform measures in the field of the Administration of Justice and the Civil Registry, provides for the renunciation of maternity, that is, the power of the biological mother to renounce her son or daughter at the time of childbirth. However, this prerogative recognized to the mother opens a new gap in the determination of filiation, since the interest of the minor, the cornerstone of the Spanish filiation system, seems to collide, for the first time, with this free will. As in the French system, the reform seems to advocate the so-called anonymous childbirth -which safeguards the concealment of the maternal identification and breaks any legal link between the two-, although its brief provision calls for a more detailed study.*

KEY WORDS: *Waiver; maternity; anonymous childbirth; filiation.*

SUMARIO.- I. NOTAS PRELIMINARES.- II. BREVES APUNTES HISTÓRICOS.- III. LA MATERNIDAD, DISPONIBLE PERO INNEGOCIABLE.- IV. EL DERECHO A LA RENUNCIA.- 1. EL EJERCICIO DEL DERECHO.- 2. EL CONTENIDO DE LA RENUNCIA.- V. ¿RENUNCIA O ABANDONO?- VI. EL SÍMIL FRANCÉS: EL PARTO ANÓNIMO.- VII. CONSIDERACIONES FINALES.

I. NOTAS PRELIMINARES.

Año 2015. Tras cuatro breves años desde la aprobación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil[1], se promulga la Ley 19/2015 de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil[2]. Esta Ley, que modifica la redacción de parte del articulado de su reciente predecesora, prevé, por vez primera, de forma expresa, la renuncia a la maternidad, es decir, la facultad de la madre biológica de renunciar a su hijo o hija en el momento del parto.

Sin embargo, previsión legal y realidad, parecen no haber discurrido de la mano, pues de acuerdo a las estadísticas, el propio hecho de la renuncia ha sido recurrente en los centros hospitalarios[3]. Si se atiende a los estudios realizados a este respecto se observa que previa entrada en vigor de la Ley 19/2015 la renuncia a la maternidad ocurre en España. En un único centro, en el lapso de diez años, hasta un total de 37. La casuística, por su parte, completamente variada, desde gestantes primerizas a segundos o terceros partos, tanto mujeres jóvenes como de mayor edad, de origen nacional y extranjero.

1 Accesible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12628

2 Accesible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7851

3 De acuerdo al estudio publicado por Jiménez Martínez, S.: "Protocolo en materia de adopción: renuncia de la madre biológica al recién nacido", *AFIN*, núm. 93, 2017, p. 2, "la renuncia a recién nacidos no constituye un fenómeno nuevo y precisa de investigaciones actualizadas sobre intervención. Un ejemplo de ello es la propuesta de protocolo de actuación para trabajadores sociales hospitalarios que se presenta a continuación. Se basa en una investigación de tipo descriptivo que analizó un total de 12 variables en 37 casos, acontecidos entre 2003 y 2012 –con mayor incidencia en 2009 y 2011 y menor en 2004, 2008 y 2012- en un hospital público de España, correspondientes a mujeres con una ligera mayoría de mujeres extranjeras, en edades comprendidas entre los 16 y los 42 años, siendo la edad más frecuente los 23 años, predominantemente sin pareja. Treinta y tres de ellas firmaron el documento de renuncia mientras que dos se marcharon del hospital sin hacerlo y otras dos cambiaron de idea al dar a luz".
También, Ordás Alonso, M.: "El anonimato de la madre. Un debate abierto a nivel internacional", en AA.VV.: *Mujer, Maternidad y Derecho* (dir. por M.P. García Rubio), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 511, indica que "no se puede ocultar que, aún en el Siglo XXI, son numerosos los motivos que pueden llevar a una madre a tomar la difícil decisión de querer dar a luz en el anonimato lo que, aunque pudiera parecer una cuestión residual, en términos cuantitativos tiene una dimensión mayor de lo que a primera vista cabría esperar y que, contrariamente a lo que se podría pensar, no se encuentra en retroceso sino todo lo contrario". Así, al recoger los datos en relación al parto anónimo, recuerda que en Francia los casos han pasado de 588 en el año 2005, a 700 en el año 2010. En Alemania, por su parte, en el primer año de permisibilidad del parto confidencial, han sido 95 las mujeres que han hecho uso del mismo.

• Jon Atxutegi Gutiérrez
Profesor laboral interino, acred. Adjunto, Departamento de Derecho de la Empresa y Derecho Civil, UPV/EHU.
E-mail: jon.atxutegi@ehu.eus

Corresponde, por lo tanto, plantearse si esta nueva previsión legal pretende registrar la mera tipicidad del hecho, o si, por el contrario, allana el camino para una comprensión de la renuncia a la maternidad más ambiciosa en la que se rompa con el esquema de la filiación biológica materna. Y es que, ¿resulta preciso mantener inmutable el principio de derecho 'mater semper certa es'?

II. BREVES APUNTES HISTÓRICOS.

En todo caso, antes de profundizar en dichas cuestiones es indispensable un alto en el que se revelen los antecedentes más próximos a esta renuncia a la maternidad, ya que, a pesar de que la terminología parece novedosa, su previsión legal puede retrotraerse hasta la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil[4]. En este sentido, también el iter legislativo de la Ley 19/2015 resulta esclarecedor; las reformas introducidas respecto a la regulación del Registro Civil no son cuantiosas, meramente diez, pero conocer el recorrido parlamentario de la norma puede dar luz sobre la motivación política detrás de las mismas.

Comenzando con el análisis histórico de la figura, la Ley 8 de junio de 1957 es la que prevé inicialmente, aunque sin denominarla como renuncia, el 'desconocimiento' de la maternidad. Así, en su Capítulo II, relativo a la filiación, el artículo cuarenta y siete establece que "no constando el matrimonio de la madre ni el reconocimiento por ésta de la filiación, el encargado del Registro, sin demora, notificará el asiento personalmente a la interesada o a sus herederos. La mención de esta filiación podrá suprimirse en virtud de sentencia o por desconocimiento de la persona que figura como madre, formalizado ante el encargado del Registro, el cual lo inscribirá marginalmente".

De acuerdo a esta previsión, y únicamente para la determinación de la filiación no matrimonial, cabe la posibilidad de que la madre no reconozca al nacido, es decir, 'desconozca' la maternidad, y suprima, en consecuencia, su mención del asiento de inscripción de nacimiento oportuno[5]. Esta prerrogativa activa a su vez el mecanismo legal que permite eludir de la constancia clínica la identidad de la madre, de modo que, la imposición de nombre y apellidos recae sobre el encargado del Registro Civil que deberá optar por un nombre y unos apellidos de uso corriente. No existe vinculo de filiación entre recién nacido y madre biológica,

4 Accesible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1957-7537

5 Recuerda Serna Meroño, E.: "La maternidad: reflexiones sobre su configuración jurídica", en AA.VV.: *Mujer, Maternidad y Derecho* (dir. por M.P. García Rubio), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 257, que "en todo caso, a la que figuraba como madre se le advertía expresamente al ser notificada, que transcurridos quince días sin que formalizara su desconocimiento ante el Encargado del Registro civil, la mención de filiación solo podría ser cancelada en virtud de una sentencia".

pues la oposición declarada por parte de la última es suficiente para considerar que la filiación resulta desconocida[6].

Inicialmente, esta premisa legal permanece inmutable incluso tras la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, a pesar de que parte de su articulado parezca colisionar frontalmente con la misma. Principios como la libre investigación de la paternidad o la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad se presentan, aparentemente, opuestos a la redacción del artículo cuarenta y siete. Sin embargo, no es hasta el año 1999 cuando se delibera sobre la inconstitucionalidad sobrevenida de este artículo, por atentar, precisamente, contra los principios constitucionales expuestos.

Así, la STS 21 septiembre 1999[7], al resolver la casación en la que una mujer reclama el reconocimiento biológico de su hija -tras comunicar previo parto su intención de 'desconocer' la maternidad y no corregir dicha voluntad una vez dado a luz-, declara la inconstitucionalidad sobrevenida de la figura de la renuncia. En su fundamentación jurídica, el Tribunal, además de alegar la vulneración de los principios arriba mencionados, también concluye en el Fundamento de Derecho Quinto, introduciendo el sesgo del principio de igualdad, que, "en líneas generales la regulación reglamentaria del Registro Civil supone una contradicción con el principio constitucional de igualdad e investigación libre de la paternidad, al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo hijo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto que la madre, que puede determinar libremente si va a continuar la gestación o cortar por completo sus relaciones con la persona nacida, tiene el camino despejado para eludir sus obligaciones (…). Por último, el sistema encierra graves discordancias, no sólo con relación a los mismos padre e hijo biológicos, sino también frente a la unión matrimonial, en la que la madre no puede renunciar a su maternidad ni negar al hijo el hecho de su filiación, ni el padre deshacer por sí solo la presunción de su paternidad, lo que no resulta constitucionalmente congruente máxime, cuando las investigaciones científicas tienden, en la actualidad, a poner de relieve las interrelaciones biológicas que se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia, de manera, que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética"[8].

6 Sobre esta inicial previsión Navarro Castro, M.: "Artículo 44", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley del Registro Civil* (dir. por J.A. Cobacho Gómez y A. Leciñena Ibarra), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 685, señala que "el artículo 47 de la LRC/1957 permitía a la madre no casada manifestar su desconocimiento de la filiación, aunque existiese una coincidencia tanto de la declaración como del parte en la atribución de su maternidad, y, en consecuencia, no existiese duda al respecto. De esta manera, el título de determinación legal de la filiación ya formado se hacía depender de una decisión de la madre (…). Evidentemente, se trataba de una disposición que respondía a unos condicionantes sociales muy distintos a los actuales.

7 STS 21 septiembre 1999 (RJ 1999, 6944).

8 Pese a los argumentos igualitarios utilizados, considera Serna Meroño, E.: "La maternidad", cit., p. 258-259, que esta resolución del Tribunal Supremo "estableció un tratamiento diferente para el hombre y la mujer en aquellos casos que quieran determinar su filiación no matrimonial de manera extrajudicial. Y ello

A partir de este momento, el ordenamiento español separa la voluntad materna de la circunstancia registral de la maternidad, de modo que, la filiación materna se determina sin intervención, o incluso en contra de la misma. La propia Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil, marca una línea continuista al respecto y erradica toda previsión normativa acerca del 'desconocimiento', y, salvo supuestos de abandono, la filiación, por lo que respecta a la madre, se formaliza atendiendo a que es ella la que ha dado a luz y bajo el principio 'mater semper certa es'.

Sorpresivamente, la Ley 19/2015 de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, viene a introducir un giro radical en esta forma de atribuir la filiación, pues modifica la redacción de la Ley 20/2011, y, a lo largo de sus vigentes artículos 44, 45 y 49, incorpora la expresión de 'renuncia' al hijo[9]. Esta adición, que no consta en ninguno de los anteproyectos de la Ley 19/2015 –ni en el inicial de 2013, ni en el proyecto presentado al Congreso en el año 2014-, se introduce durante el propio proceso parlamentario[10]. El Preámbulo nada recoge en relación al motivo de dicha incorporación, y de manera escueta, en su apartado IV, tan solo confirma la no obligatoriedad de la madre que renuncia a su hijo en el momento del parto a promover la inscripción de nacimiento, traspasando dicha obligación a la Entidad Pública correspondiente, como vía en favor de la protección del menor. Así, este derecho a la renuncia, adicionado de improviso[11], parece reformular las reglas sobre la determinación de la filiación, aunque resulta preciso valorar, en posteriores

es así, porque se observa que la paternidad extrajudicial no matrimonial solo será establecida en aquellos supuestos que el padre haya declarado su voluntad para determinar su filiación. Por el contrario, con la derogación de las mencionadas disposiciones registrales, la filiación materna podrá quedar determinada sin intervención de la madre, incluso contra su voluntad, puesto que la inscripción de la filiación materna se formalizaría siempre que la identidad de la madre resultara del parte o comprobación exigidos para la inscripción del nacimiento".

9 En síntesis, Gete-Alonso Y Calera, M. C: "La inscripción de nacimiento en la Ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de las personas y la reserva de la maternidad", *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, 2018, p. 3, señala que "los cambios comportan, de una parte, una nueva configuración de la inscripción de nacimiento en la que resalta su carácter electrónico, en consonancia con lo que será efectivamente el propio Registro civil. De otra, que persigue la protección de los derechos de la persona, en particular del recién nacido en el ámbito de su identidad, pues establece la ineludible constancia de la maternidad, la adjunción y práctica de determinadas pruebas; y en último lugar se dispone una cierta protección de la madre".

10 Respecto al iter legislativo, Gete-Alonso Y Calera, M. C: "La inscripción", cit., p. 17, indica que "se inicia con el Anteproyecto de Ley de 3 de octubre de 2013, documento a partir del que se confecciona la reforma que vio la luz en 2015. Es este texto el que, recogido con variaciones en el Proyecto aprobado en el Consejo de Ministros en junio de 2014, se envió al Congreso de los Diputados y sobre el que se discute en el seno de la cámara legislativa. En torno al Anteproyecto de 2013 emitieron informe: el Consejo Fiscal General del estado, el Consejo General del Poder Judicial y la Agencia de Protección de Datos en noviembre de 2013. Prácticamente, todas las observaciones que formularon estos organismos se atendieron y se incorporaron al Proyecto de 2014 aprobado por el gobierno, y asimismo se mantienen en el texto en vigor (…).
Del periplo legislativo interesa poner en evidencia sólo aquello que proporciona los fundamentos y permite atisbar la voluntad inicial que parecía perseguirse para contrastar con el texto aprobado a fin de obtener datos para interpretar. Se adelanta que, salvo en los artículos 44 y 46, que de alguna manera son el núcleo de la reforma, el resto no fue objeto de discusión durante el proceso"

11 Muestra de esta inesperada adición se observa en el propio comentario realizado previa reforma por Navarro Castro, M.: "Artículo 44", cit., p. 686, pues llega a afirmar que "obviamente, una disposición similar no ha sido incluida en la nueva LRC/2011. Sólo si no se conoce quién es la mujer que ha dado a luz a la persona que se va a inscribir, como podría suceder en el caso de niños abandonados, puede no determinarse la filiación materna".

apartados, en qué medida lo hace, y si ciertamente, puede considerarse que plantea un nuevo paradigma en la filiación materna.

En todo caso, y aunque sea de forma breve, sí es preciso recalcar que la incorporación de esta reforma se promueve mediante una enmienda del Grupo Socialista, apoyada, a su vez, en una propuesta que también presenta el Grupo Popular, y bajo la argumentación de que "si bien es razonable que se reconozca el derecho del hijo o hija a conocer su filiación biológica, también existen o pueden existir otras personas que igualmente tienen derecho al respeto de su vida privada o familiar y así lo ha mantenido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos".

Por el contrario, quedan fuera de la redacción final las propuestas presentadas tanto por Joan Baldoví Roda, en nombre del Grupo Parlamentario Mixto, como la correspondiente al Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: la Izquierda Plural. Ambos grupos, en enmiendas separadas, promueven una modificación terminológica, justificando la mejora técnica del texto y la inclusión de parejas homosexuales femeninas. Así, mientras que el primero aboga por la locución de 'la madre que ha alumbrado', la enmienda del segundo grupo opta por el término 'progenitor gestante'[12].

Debe subrayarse, por lo tanto, que la 'renuncia a la maternidad', políticamente, y a diferencia de su predecesora de 1957, no se justifica en la búsqueda de herramientas que disminuyan el abandono o el infanticidio de recién nacidos. El legislador no incluye este razonamiento ni en el Preámbulo de la Ley 19/2015 ni en las enmiendas presentadas. Así, la incógnita sobre la causa de esta nueva redacción continua sin poder ser esclarecida, al margen de la justificación esgrimida por parte del Grupo Socialista en la defensa de su enmienda. Además, esta argumentación en favor del derecho al respeto de la vida privada y familiar de la madre, se supera, en definitiva, con la promulgación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[13], que quince días más tarde, refuerza el derecho de acceso a los orígenes de las personas adoptadas, frente a los derechos maternos esgrimidos.

III. LA MATERNIDAD, DISPONIBLE PERO INNEGOCIABLE.

Previa la entrada en vigor de la Ley 19/2015, la maternidad como hecho, resulta indisponible. De hecho, cabe incluso afirmar que todo negocio jurídico relativo a

12 Las enmiendas referenciadas (Grupo Socialista, Grupo Parlamentario Mixto, Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: la Izquierda Plural) se encuentran en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. A-101-2 de 26/05/2015, accesibles en: https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=X&_iniciativas_id=121%2F000101

13 Accesible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8470

la filiación queda sustraído del principio de autonomía de la voluntad de las partes. Hasta este momento, el interés público limita, en todos los aspectos, el libre ejercicio de la maternidad, de modo que, la filiación materna no es susceptible de renuncia o negociación.

Esta perspectiva, que se fundamente en el principio de que madre es quien da a luz, se refuerza por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida[14], que en su artículo 10.1 confirma la nulidad de pleno derecho de todo contrato "por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero". Además, su apartado segundo vuelve a recordar la vigencia del principio 'mater semper certa est', al establecer que, en dichos casos, la filiación 'será determinada por el parto'[15].

También el Tribunal Supremo, en su reciente STS 31 marzo 2022[16], resuelve que la contrariedad manifiesta respecto de la gestación por sustitución deriva no solamente de la Ley 14/2006, sino de que el propio contrato vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte. Asimismo, en su Fundamento de Derecho Tercero, debido al enorme número de obligaciones que asume la gestante y que resultan totalmente contrarias a la dignidad humana recuerda que "tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad. La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad".

En todo caso, la renuncia a la maternidad a la que refiere la Ley 19/2015 no debe englobarse, ni confundirse, con la renuncia buscada en la gestación por sustitución[17]. Y es que, esta última, es aquella que pretende ligar mediante negocio

14 Accesible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292

15 A este respecto señala Sánchez Hernández, Á.: "Derecho Civil y gestación subrogada", en AA.VV.: *Mujer, Maternidad y Derecho* (dir. por M.P. García Rubio), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 751, que "en España, la filiación materna, como institución de gran importancia y trascendencia, reposa sobre el principio de que madre es quien da a luz, por consiguiente, es nulo un negocio jurídico de gestación por sustitución".

16 STS 31 marzo 2022 (RJ 2022, 1190).

17 Concuerda con esta línea Sánchez Hernández, Á.: "Derecho Civil", pp. 749-750, al afirmar que "la gestación por sustitución consiste en la práctica procreativa en la que una mujer gesta un embrión con el que no tiene ninguna relación biológica, mediando un contrato gratuito que entraña para ella la obligación, producido el parto, de entregar al recién nacido a la otra parte del contrato. Por tanto, la gestante se obliga a no impugnar la filiación del hijo, estableciéndose dicha filiación a favor de los comitentes (…). Esta práctica nada tiene que ver con una adopción post-natal. Ésta pretende favorecer el interés del menor y los derechos del niño cuyos padres biológicos no pueden hacerse cargo de él. La gestación por sustitución supone -o puede suponer muchas veces-, además de una manera de explotar a la mujer que 'alquila o vende' su cuerpo por dinero, la entrega de un niño -convirtiendo al niño en un objeto, cosificándolo como un

jurídico una filiación, materna o paterna. Es decir, la gestante, en ciertos casos sin mediar relación biológica alguna con el embrión, acuerda gestarlo, pero asumiendo la obligación de, producido el parto, entregar al recién nacido y a no impugnar la filiación resultante en favor de la parte comitente[18]. Todo ello, mediante un contrato que, aun con visos de gratuidad, puede incluir cierta contraprestación económica en concepto de gastos médicos, seguros y cualquier otro que la gestante pueda necesitar durante el periodo del negocio.

La renuncia a la maternidad prevista en la Ley 19/2015, sin embargo, y como ya se ha advertido, dista por completo de este supuesto negocial. Por un lado, sí existe vinculo biológico entre ambos sujetos, madre y recién nacido comparten filiación natural. De hecho, este es el lazo que la renuncia pretende extinguir. Por otro lado, esta disposición de la maternidad se realiza sin intervención de terceros, y únicamente precisa de la voluntad materna. No existe negocio jurídico, no supone vinculación alguna con otros sujetos. Finalmente, y aunque más adelante se profundice en este aspecto, la renuncia prevista en la Ley 19/2015 pasa por una doble confirmación de la voluntad materna: la primera, al momento del parto, y una segunda, en el proceso adoptivo correspondiente. Se remarca, así, su carácter revocable.

Se observa, por tanto, una nueva interpretación de la maternidad, que aun estando fuera de posibles negocios jurídicos, al permitir su renuncia, adquiere naturaleza disponible, al menos, en una lectura apegada a la norma.

IV. EL DERECHO A LA RENUNCIA.

1. El ejercicio del derecho.

Para comenzar con el análisis de este punto es preciso adelantar que, a falta de un Reglamento del Registro Civil actualizado, la previsión legal no resulta suficiente para determinar el procedimiento por el que una mujer puede ejercitar su derecho de renunciar a la maternidad[19]. Por ello, resulta preciso, aunque

producto comercial-, teniendo presente que una persona no puede ser tratada como un objeto, como una mercancía".

18 Recuerdan Alkorta Idiakez, I. y Farnós Amorós, E.: "Anonimato del Donante y Derecho a Conocer: un Difícil Equilibrio", *Oñati socio-legal series*, núm. 1, 2017, p. 168, que "en la mayoría de gestaciones por sustitución que se llevan a cabo en la actualidad genética y biología acostumbran a estar disociadas, como sucede cuando una mujer lleva a cabo la gestación de un embrión creado con el óvulo de otra mujer (gestación por sustitución parcial). Algo similar sucede en parejas heterosexuales que recurren a la fecundación heteróloga con óvulos de donante o en parejas de dos mujeres en que, a partir de la técnica conocida como "Recepción de Óvulos de la Pareja" (ROPA), una de las dos gesta el embrión o embriones creados a partir de un óvulo o los óvulos de la otra y semen de donante. En todos estos casos las dos mujeres que intervienen en el proceso llevan a cabo un rol biológico, pero solo una de ellas desempeña un rol genético, puesto que solo una aporta los gametos".

19 Calzadilla Medina, M.A.: "La 'renuncia' de la madre en el momento del parto prevista en la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil", en AA.VV.: *Mujer, Maternidad y Derecho* (dir. por M.P. García Rubio), Tirant

también enriquecedor, acudir a los distintos protocolos hospitalarios que, de forma concisa, desgranan el ejercicio de la renuncia: sujetos intervinientes, impresos a cumplimentar, e incluso, la información necesaria que debe trasladarse a la madre por parte del equipo socio sanitario[20].

En este sentido, el Procedimiento Operativo Estandarizado del Hospital Universitario Reina Sofía, del Servicio Andaluz de Salud, revisado este mismo año 2022, ya determina los principios rectores que deben regir en el ejercicio de la renuncia al afirmar que: "la mujer que manifieste su deseo de renunciar a su futuro hijo tendrá derecho a una máxima confidencialidad y total respeto a su decisión, por lo que se evitará cualquier comportamiento que pudiera interpretarse como la más mínima interferencia a dicha determinación. Los profesionales que la atiendan le prestarán apoyo emocional para intentar que esta situación le sea lo menos traumática posible. Una vez nacido el menor, el Hospital adoptará las medidas necesarias para garantizar su bienestar y custodia, estableciendo la adecuada coordinación con la entidad pública competente en materia de protección de menores". Toda renuncia a la maternidad, por lo tanto, debe partir desde la máxima confidencialidad posible, sin ninguna injerencia en la voluntad de la madre, y con la clara premisa de garantizar el bienestar tanto de la renunciante como del menor.

En cuanto al desarrollo de estos principios, el carácter confidencial de este proceso evita su conocimiento en el entorno social y laboral de la madre biológica. Así, los datos de la madre están sujetos a reserva y sólo se recogen en la partida de nacimiento original y los posteriores documentos del expediente de adopción. Además, la confidencialidad resulta cualificada y abarca, también, en este supuesto, la posibilidad de que la madre solicite, expresamente, que no se facilite información sobre su ubicación ni estado de salud, de modo que, tras hacer constar dicha voluntad en su Historia de Salud, no se informará a ningún familiar en el servicio de información o admisión. Debe tenerse en cuenta que, al renunciar al menor, tanto

Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 412, recuerda que "son tres los preceptos -además de una referencia en el Preámbulo- en los que se recoge esta 'renuncia' que se nos presenta, tras una primera aproximación, como 'ad libitum' o abdicativa. Tras su lectura, cualquiera podría pensar que la 'renuncia' en cuestión se encuentra perfectamente regulada en el CC o en cualquier otra Ley especial. Pero nada más lejos de la realidad: las únicas referencias que encontramos en nuestro ordenamiento jurídico estatal en lo que respecta a la 'renuncia' estudiada son las que a continuación se refieren, empleando el legislador unas expresiones, cuando menos, coloquiales y no reveladoras del empleo de una correcta técnica jurídica, por lo que es criticable al parecer que el estado civil es disponible".

20 En relación a los requisitos, concluye Gete-Alonso Y Calera, M. C: "La renuncia a la maternidad", en AA.VV.: *Mujer, Maternidad y Derecho* (dir. por M.P. García Rubio), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 470, que de la letra del precepto se pueden deducir algunos. Así, la solicitud de la madre ha de ser por motivos fundados, ha de renunciar a ejercer los derechos derivados de dicha filiación y se ha de hacer ante el Encargado del Registro Civil en el plazo para proceder a la inscripción de nacimiento. Adiciona que, "seguramente la vía será la declaración por escrito, en el formulario correspondiente, pero para conocer el término máximo desde el nacimiento en el que puede presentarse y el plazo en el que ha de contestar el Encargado admitiendo o rechazando y si cabe recurso en caso de negativa, habrá que esperar al desarrollo reglamentario".

la madre como sus familiares y allegados, son suspendidos de cualquier derecho sobre el menor, incluyendo el relativa a la información de salud o de visitas.

Por su parte, en relación a la no injerencia en la voluntad, se observa que en los distintos protocolos hospitalarios se remarca la obligación de respetar dicha decisión y de contribuir a que la renuncia sea una experiencia lo menos dolorosa posible. De hecho, en apoyo, también, de su bienestar emocional, se puesta porque la madre este ubicada en una habitación sola, y de no ser posible, no comparta espacio con otra mujer gestante o que acabe de dar a luz. Esta no injerencia en todo caso, no debe suponer la no realización de la obligada intervención por parte del trabajador social hospitalario o del departamento de atención al paciente. Pues, para garantizar y asegurar que la renuncia se efectúa desde el conocimiento de los hechos y con total libertad, la renunciante debe ser informada, tanto de las posibilidades de apoyo existentes para hacerse cargo del recién nacido, como de las cuestiones jurídicas que engloban la renuncia.

Así, de acuerdo al Protocolo de Intervención ante Abandonos de la Conserjería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, la madre "debe ser informada de la confidencialidad del proceso, ya que por respeto a su intimidad sus datos personales sólo constarán en los archivos de las entidades directamente implicadas (Maternidad, Comisión de Tutela del Menor, Registro Civil y Juzgado) y sometidos a la debida reserva. Debe informarse a la madre que cuando el bebé reciba el alta médica, será recogido por los servicios de protección e integrado en una familia para su adopción. Debe recogerse un domicilio y teléfono de la madre biológica para que pueda ser informada confidencialmente, en el lugar que ella indique, de que la entidad pública ha asumido la Tutela del Menor y la medida acordada. Posteriormente, será citada por el Juzgado o la Comisión de Tutela para cumplir el trámite de audiencia en el procedimiento de adopción. Esta comparecencia tampoco tiene perjuicios posibles para la madre, sea cual sea su situación de residencia u otras".

Por último, en relación al bienestar del menor, el proceso asistencial goza de algunas especificidades, ya que, el profesional que registre el episodio del parto tiene que tener en cuenta ciertos criterios para la identificación y la cumplimentación de las etiquetas médicas. Así, en los datos de identificación del recién nacido, la casilla pertinente al nombre se cumplimenta con una X, mientras que en el apartado del domicilio se debe recoger la dirección del Servicio de Protección de Menores. Por su parte, el protocolo de la Comunidad de Madrid, también exige para los casos de renuncia la cumplimentación de un Informe Médico Perinatal para Adopción en el que se haga constar, entre otros, los antecedentes sanitarios maternos, el control de embarazo, los datos del parto, el informe de alta de Neonatología, o las exploraciones complementarias realizadas.

En todo caso, para finalizar con este apartado, tras conocer el procedimiento de renuncia a través los protocolos hospitalarios, respecto al plazo del ejercicio, debe destacarse que, aunque la madre manifieste su decisión con anterioridad, solo después del parto tiene cabida la misma. De esta forma, a pesar de que la redacción propuesta en la Ley 19/2015 pueda inducir a error, la renuncia a la maternidad solo resulta una vez la madre da a luz, sin que quepa, como acontece en la gestación por sustitución, el ejercicio previo del derecho.

También debe subrayarse que esta renuncia a la maternidad goza de un periodo de revocación, pues de acuerdo al artículo 5.5 del Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008[21], este consentimiento de la madre solo es válido cuando se presta tras expirar el plazo prescrito por la ley, y según la previsión del artículo 177 del Código Civil, este plazo no puede ser inferior a las seis semanas, a contar desde el parto[22]. En este sentido, los propios protocolos establecen que, si la revocación de renuncia ocurre durante el transcurso de su proceso asistencial en el Centro Hospitalario, al estar la madre en el derecho restablecer la vinculación, "se actuará como si de un caso normal se tratara, si dicha manifestación se realizara antes de haber efectuado el ingreso del/la recién nacido/a en la Unidad de Neonatología. De haberse efectuado tal ingreso, el/la recién nacido/a será enviado/a a planta junto con la madre tras recibir el alta por el pediatra en la Unidad de Neonatología".

2. El contenido de la renuncia.

Hasta este momento, a pesar de haber tratado los distintos pormenores de la renuncia a la maternidad, no se ha atendido a la cuestión que, ciertamente, puede romper con el esquema de la filiación materna, es decir, en el ejercicio de este derecho, ¿a qué se renuncia? ¿existe una extinción de la maternidad biológica? Antes de profundizar en dichas cuestiones, conviene, en todo caso, esclarecer cuál es el contenido al que vincula la filiación -en este caso, únicamente materna-, para después, analizar qué deberes y derechos de la misma se considera que puedan ser objeto de renuncia.

21 Accesible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-12066

22 A este respecto, la STS 18 enero 2012 (RJ 2012, 1789), recuerda que "la sentencia que se recurre no está de acuerdo con la doctrina de esta Sala en relación a la exigencia del consentimiento de la madre que daba su hijo en adopción. Las sentencias citadas como infringidas declararon nulas las adopciones discutidas porque se produjeron diversas circunstancias que impidieron en cada uno de los casos que concurriera este consentimiento. La STS 776/1999, de 21 septiembre, anuló el consentimiento prestado para la adopción previamente al nacimiento del hijo. La madre, que estaba embarazada, en el octavo mes de gestación, estimó que no podría hacerse cargo del hijo y por ello lo atribuyó a la entidad pública, a los efectos de la guarda inmediata, acogimiento familiar y adopción; también prestó el asentimiento previo. La sentencia afirma que el asentimiento prestado por la madre resulta radicalmente nulo por su patente contradicción con una norma imperativa y declara la nulidad de pleno derecho de la adopción de acuerdo con el Art. 6.3 CC".

A grandes rasgos, el contenido de la filiación se ramifica en cuatro categorías: la potestad parental, la facultad de imponer nombre y apellidos -aspecto relevante para el supuesto en estudio-, los alimentos legales y los derechos sucesorios. De ellos, es el primero, la 'potestas', el que engloba el conjunto de deberes, derechos y poderes que el ordenamiento atribuye a los progenitores en aras de procurar la salvaguarda del menor. Así, la potestad parental debe considerarse como una función, un deber jurídico, que, salvo excepciones tasadas entre las que se debe incluir la renuncia a la maternidad, tiene naturaleza indisponible. Además, su contenido, abarca tanto el ámbito personal y patrimonial del menor, como su representación legal[23].

Tras esta breve descripción de los derechos y deberes que acontecen por la relación de filiación, debe destacarse que, de acuerdo a la reformada redacción del artículo 44.4 de la Ley 20/2011, la filiación se determina, a los efectos de la inscripción, "de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006", es decir, de acuerdo al parto[24]. De modo que, inicialmente, y a pesar de que posteriormente concurra una renuncia a la maternidad, la filiación ya queda determinada por lo que resulta del parto y la comprobación de su identidad. Se advierte, por lo tanto, que la renuncia no afecta, aparentemente, a la titularidad de la maternidad, ya que la determinación de la filiación natural se atribuye de forma automática. Este hecho, que viene a extinguir del ordenamiento jurídico español toda posibilidad de renuncia 'plena', guarda consecuencias trascendentales, entre otras, la imposición de los apellidos maternos al recién nacido[25].

En consecuencia, a pesar de que la normativa de la Ley 20/2011 prevé, para los supuestos de renuncia, efectos tales como la publicidad restringida de dicha

23 Gete-Alonso Y Calera, M. C: "La renuncia", cit., p. 472.

24 No cabe olvidar, en todo caso, tal y como recoge Navarro Castro, M.: "Artículo 44", cit., p. 683, que "el párrafo 2 del artículo 44 indica que la inscripción también dará fe de la filiación 'en su caso'. Esta última expresión está justificada porque no siempre está determinada la filiación de ambos padres del nacido y, en ocasiones, no se conoce la identidad de ninguno o existen dudas al respecto. En este sentido, la DGRN –Resolución de 3 de enero de 1980 (RJ 1980, 219)- ha manifestado que las dudas sobre la identidad de la madre no autorizan a suspender la inscripción fuera de plazo. Por tanto, la determinación de la filiación no es requisito de la inscripción del nacimiento del nacimiento, que tendrá lugar, aunque dicha filiación no haya podido ser determinada para alguno o ambos progenitores. Ahora bien, en los casos en los que haya podido ser determinada conforme a la ley, se hará constar en la inscripción y entonces ésta dará fe de esa inscripción".

25 A primera vista, podría entenderse, de acuerdo a Muñoz De Dios Sáez, L: "Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto", *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 65, 2016, (accesible en El Notario: https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-65/6080-madre-que-renuncia-a-su-hijo-en-el-momento-del-parto), que "renuncia a lo más, que es a quedar determinada legalmente como madre, en cuyo caso no quedará inscrita como tal en el Registro Civil, y precisamente por ello, no está obligada a promover la inscripción del nacimiento como establece la LRC. Sin embargo, cabe sostener también que sólo es posible la renuncia a la patria potestad por parte de un progenitor (que podría ser en algunos casos lo más beneficioso para el hijo, conforme al principio del interés superior del menor), ya que nadie puede renunciar a la filiación (que nace por ley, automáticamente, por el hecho mismo del parto), filiación que perdurará hasta que se produzca, en su caso, la adopción por otro. Cuando hay desamparo, no desaparecen los deberes paternos, que persisten, aunque se pierda la patria potestad (art. 110 del Cc). En línea con esta opinión, se puede argüir que la LRC sólo exime de que conste en la inscripción el dato del domicilio de la madre, que no su misma maternidad".

maternidad, la no constancia del domicilio materno o la promoción de la inscripción de nacimiento por parte de la entidad pública pertinente, no puede obviarse que a la mujer se le priva de la opción de extinguir el vínculo jurídico acaecido. Tampoco la Instrucción de 15 de febrero de 1999, de la DGRN[26], sobre constancia registral de la adopción[27], permite esta liberalización, pues, aunque acuerda la posibilidad de que tras la adopción pueda extenderse una nueva inscripción de nacimiento en la que solamente consten los datos relativos a su nueva filiación adoptiva, la publicidad del asiento anterior continúa resultando accesible para el adoptado.

Debe recordarse que, el ordenamiento español aboga, tal y como establece en el Preámbulo de la Ley 26/2015 -en consonancia con la deriva mantenida tanto por la Ley 20/2011 como por la Ley 19/2015- por reforzar "el derecho de acceso a los orígenes de las personas adoptadas, obligando a las Entidades Públicas a garantizarlo y mantener la información durante el plazo previsto en el Convenio Europeo de Adopción, y al resto de entidades a colaborar con las primeras y con el Ministerio Fiscal"[28].

Así, de acuerdo al reformado artículo 180.6 del Código civil, las personas adoptadas "alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho". La constancia registral de la maternidad biológica perdura y al menor se le reconoce su derecho de conocer sus orígenes: el ordenamiento español así lo determina. Ello genera, una absoluta inseguridad en la madre biológica al evitar, en cierta medida, que pueda avanzar en su recorrido vital sin vinculaciones pasadas.

Sin embargo, a pesar de que la regulación actual descarte la renuncia 'plena', ciertamente, el artículo 44.4 de la Ley 20/2011, al establecer el acceso restringido de la filiación materna en supuestos de renuncia a la maternidad, sí que exige, y en este sentido, prevé, que la madre "renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación". Así, aunque la filiación biológica parece deber constar, la normativa aboga por permitir que, ante la intención de renunciar a la maternidad, esta

26 Actualmente, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

27 Accesible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-4967

28 A este respecto, indican, Alkorta Idiakez, I. y Farnós Amorós, E.: "Anonimato del", cit., p. 167, que "el artículo 180.5 CC, a partir de la reforma introducida por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, se limitaba a garantizar a las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante la minoría a través de sus representantes legales, el derecho a conocer "los datos sobre sus orígenes biológicos". El alcance de dicho precepto ha sido ampliado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que introduce un nuevo artículo 180.5 CC el cual considera información relativa a los orígenes del menor, en particular la que afecta "a la identidad de sus progenitores". Dicha información deberá conservarse durante al menos cincuenta años desde la constitución de la adopción".

filiación quede vacía de contenido[29]. Puede deducirse, que la situación jurídica de quien ejercita su derecho a la renuncia se equipara a los supuestos establecidos en el artículo 111 del Código Civil[30] y "quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias".

Cesan para la madre, y se asumen por parte de las entidades públicas -sin necesidad de declarar desamparo-, la guarda y la representación legal del menor[31]. Ni tan siquiera la elección del nombre corresponde ya a la madre. Aun así, debe recordarse que la renuncia no resulta 'plena', no existe el derecho a 'un borrón y cuenta nueva', sino más bien una pre aceptación al inicio del proceso adoptivo y una delegación provisional de la guarda.

V. ¿RENUNCIA O ABANDONO?

A pesar de que la renuncia a la maternidad y el abandono de un menor al momento del parto son realidades jurídicas, aparentemente, dispares, la raíz en ambos casos es exacta: una madre, en una situación claramente vulnerable, opta por desvincularse de la maternidad del recién nacido. Este ejercicio de similitud no es baladí, pues desde un prisma civil, al idéntico hecho del desconocimiento de la filiación, se le imponen consecuencias radicalmente opuestas. Con ello, no se pretende excusar el abandono, pero ciertamente, tal y como se deduce

29 Favorable a esta interpretación se muestra Calzadilla Medina, M.A.: "La renuncia", cit., p. 415, cuando determina que "tampoco puede renunciar a los derechos derivados de la filiación. Ello se antoja totalmente inexacto por cuanto si así fuera ¿sigue teniendo los deberes? Porque está claro que estos últimos no son renunciables mientras se tengan vínculos de filiación. Otra cosa es un no ejercicio de dichos derechos-deberes, lo que sí es posible en estos casos y es lo que ocurre en puridad".

30 Indica Verdera Server, R.: "Art. 111", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, *T. I* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1153, que "la jurisprudencia considera que la exclusión de las funciones tuitivas se produce por ministerio de la ley, lo cual significa que esa exclusión se produce si concurren los supuestos descritos en el art. 111.1 CC con independencia de que sean así solicitados por el hijo o sus descendientes, o sus representantes legales". Para mayor profundización véase, Muñiz Espada, E.: "La sanción del art. 111, nº 2 del Código Civil: La filiación determinada judicialmente contra la oposición del progenitor. Su crítica", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 10, 1994, pp. 132-136.
Por su parte, Gete-Alonso Y Calera, M. C: "La renuncia", cit., p. 473-474, considera que "la situación de esta madre que renuncia a la maternidad es paralela a los casos de eficacia limitada de la determinación de la filiación (arts. 111 CC y 235-14 CCCat.). La madre que renuncia tampoco puede ejercitar la facultad de imponer o elegir el nombre, aunque entiendo mantiene que el menor ostente sus apellidos porque éstos derivan de la determinación de la filiación y no se puede disponer de ellos en tanto son datos de identificación de la persona (art. 49.1 y 2 LRC). Asimismo, pierde los derechos sucesorios legales en la herencia de su hijo y el derecho a reclamar los alimentos legales. El hijo mantiene todos los derechos frente a la madre, sin perjuicio de que coexistan con los que aquél puede tener frente a otros progenitores".

31 Calzadilla Medina, M.A.: "La renuncia", cit., p. 414, considera que "la renuncia constituye un acto jurídico y es imprescindible, para que realmente concurra, que la persona que la emite pueda realmente hacerlo: sólo así se desplegaran los efectos jurídicos que los juristas conocemos conlleva una renuncia. También es necesario que el bien sobre el que recae dicha renuncia sea a su vez –valga la redundancia- renunciable.
En el caso que nos ocupa, atendiendo a lo señalado, no existe dicha renuncia, sino que se ésta ante una mera comunicación de una intención futura que va a tener no sólo los dos efectos señalados (ausencia de la madre de tramitar la inscripción del nacido y publicidad restringida de sus datos en el Registro Civil) sino también otro: la asunción por parte de la administración pública, en aras de evitar el desamparo del recién nacido, de la tutela 'ex lege'". Comparte criterio Gete-Alonso Y Calera, M. C: "La renuncia", cit., p.471.

del apartado previo, en el ordenamiento jurídico español la renuncia 'plena' a la maternidad no es compatible con el derecho que toda mujer debiera tener a un parto seguro y bajo supervisión médica, sin riesgos para su salud[32].

Así, en este apartado se pretende esbozar la distinción de ambas realidades en base a la previsión de la reformada Ley 20/2011 y en relación a los efectos de la inscripción de nacimiento y su consecuente filiación. El contraste existente al respecto, entre el supuesto de renuncia a la maternidad, enmarcado en el artículo 44.4, y el previsto para los menores abandonados, en los artículos 48 y 50, resulta cuanto menos notable. Previamente, ya se ha tratado la primera de las cuestiones, resultando manifiesto que, en caso de renuncia a la maternidad, aun recayendo sobre las entidades públicas oportunas la tarea de la inscripción, la filiación recae sobre la madre.

Recuerda a este respecto el artículo 49 de la Ley 20/2011, al determinar el contenido de la inscripción de nacimiento y la atribución de apellidos, que, en los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos[33], y que, además, "constarán, además, y siempre que fuera posible, las siguientes circunstancias de los progenitores: nombre y apellidos, Documento Nacional de Identidad o Número de identificación y pasaporte del extranjero, en su caso, lugar y fecha de nacimiento, estado civil, domicilio y nacionalidad, así como cualquier otro dato necesario para el cumplimiento del objeto del Registro Civil al que se refiere el artículo 2 que se haya incluido en los modelos oficialmente aprobados". Ciertamente, en caso de renuncia a la maternidad se establece un régimen de publicidad restringida para que el domicilio materno no figure a efectos estadísticos, pero el anonimato queda descartado en atención a dicha previsión legal.

En contraposición, para los menores abandonados, el artículo 48 de la Ley 20/2011 viene a compeler a las entidades públicas competentes en materia de protección de menores a "promover sin demora la inscripción de menores en situación de desamparo por abandono, sea o no conocida su filiación". Antes de tratar el fondo del artículo y sus consecuencias respecto de la filiación, se debe advertir del error que supone equiparar, por parte de la Ley, el desamparo por

32 A este respecto sostiene Serna Meroño, E.: "La maternidad", cit., p. 259, que "acaso hubiera sido aconsejable que la legislación registral siguiera dando a la madre la oportunidad de establecer el vínculo jurídico con su descendiente solo cuando voluntariamente así lo declarara, pues por desgracia las circunstancias sociales que justificaron en su día la inclusión de las normas derogadas de la legislación registral no han desaparecido por completo, ya que no son pocos los infanticidios y los abortos clandestinos que todavía hoy se producen".

33 En todo caso, recuerda Navarro Castro, M.: "Artículo 49", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley del Registro Civil* (dir. por J.A. Cobacho Gómez y A. Leciñena Ibarra), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 727, que "en el caso de que esté determinada la filiación sólo respecto uno de ellos, esa única filiación reconocida determina ambos apellidos, que serán los dos de ese progenitor, bien sea en el mismo orden o en orden inverso, a libre elección de éste. Sólo cuando la filiación no éste determinada el encargado del Registro podrá elegir unos apellidos de uso corriente al nacido (artículo 50.3)".

abandono sin que conste filiación alguna, con el desamparo acaecido cuando la filiación es conocida. Pues mientras que en la primera el abandono es de facto, y es preciso subsanar dicha falta de identidad del menor, el segundo supuesto no regula una situación de abandono, sino de renuncia. Mientras la filiación sea conocida, al margen de determinar a qué sujeto corresponde llevar a cabo la inscripción del nacimiento, no puede observarse falta de vínculo filial, y, por lo tanto, el artículo aplicable no es otro que el 44 sobre inscripción de nacimiento y filiación, al margen de la existencia de desamparo[34].

Así, el artículo 48 tan solo debiera de regir para las filiaciones desconocidas, ya que en estos casos el procedimiento común de inscripción, en el que prevalece el principio de la filiación biológica, resulta del todo inaplicable[35]. Por ello, para supuestos de abandono, el artículo 50 de la Ley 20/2011 fija que el encargado del registro "impondrá un nombre y unos apellidos de uso corriente al nacido cuya filiación sea desconocida". A falta de identidad, el ordenamiento irrumpe con una solución alternativa, de modo que toda persona sea amparada en su derecho al nombre y apellidos[36].

34 Concuerda en esta distinción Navarro Castro, M.: "Artículo 48", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley del Registro Civil* (dir. por J.A. Cobacho Gómez y A. Leciñena Ibarra), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 718, al afirmar que "El desamparo, definido por el artículo 172 del CC como 'la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material' puede darse tanto si el menor es abandonado por sus padres como si no lo ha sido y por eso el artículo 48.1 especifica que este deber lo tienen las entidades públicas sea o no conocida la filiación. De hecho, el CC indica que la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria".

35 En relación a la anterior Ley de 1957, pero igualmente extrapolable al presente caso, García Urbano, J.M.: "Artículo 41", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil, T. IV, V. 3: Artículos 40 al final de la Ley de Registro Civil*, Edersa, Madrid, 2005, accesible en formato electrónico VLEX: https://app.vlex.com/#WW/vid/252525, recuerda que: "la inscripción de nacimiento no da fe, por sí sola, de la filiación del nacido. Quiere expresar el inciso final del artículo 41 de la L.R.C. que, aunque la filiación se desprenda del asiento, ésta no queda investida de la fuerza probatoria y legitimadora de los demás datos recogidos en el mismo artículo. Para ser hijo de alguien, no basta que lo diga la inscripción de nacimiento de ese hijo". Así, "con su redacción, el artículo 41 atiende asimismo a los supuestos de filiación desconocida o no determinada; prueba añadida de que estamos ante un dato -la filiación- de consignación no necesaria en la inscripción de nacimiento".

36 García Pérez, C.L.: "Artículo 51", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley del Registro Civil* (dir. por J.A. Cobacho Gómez y A. Leciñena Ibarra), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 743, considera que "debe tenerse en cuenta que en el momento en que se exige la imposición del nombre, inscripción del nacimiento, es el Estado el que tiene mayor interés, ya que con ello logra la identificación del individuo. Aunque se tratase de un derecho del nacido que es ejercitado por sus representantes legales, el poder que se derecho comporta no puede serles exigido (por eso es cuestionable que, en este momento, se trate de un derecho subjetivo). Idea que se ve reforzada cuando los sujetos a los que corresponde ese deber de forma principal, no lo imponen, cumpliéndose entonces por el encargado del Registro. Se trataría, en definitiva, de un 'comportamiento de obediencia jurídica'. La diferencia estribaría en que mientras el ejercicio del derecho subjetivo es naturalmente facultativo, el cumplimiento del deber es inexcusable, motivo por el que el ordenamiento jurídico reacciona, haciendo cumplir el mandato de la norma a través del encargado del Registro".
Adiciona Gete-Alonso Y Calera, M. C: "La inscripción", cit., p. 36, que "el ejercicio del derecho a la identidad de la persona se manifiesta en distintos ámbitos. Comporta desde el derecho a llevar un nombre y unos apellidos y que sea conocida a través de ellos, pasando por el derecho a averiguar la relación biológica de generación de la que deriva (incluidos los medios –las acciones– puestos a su alcance para averiguar los propios orígenes) hasta la admisión, respeto y protección de la fijación de las condiciones personales de cada ser. A que la determinación oficial y presentación de la persona, lo que se extiende a la toma de los datos y a su publicidad, se corresponda a su yo. En suma, la identidad, estática y dinámica actuada a

Este criterio, aunque completamente necesario, desvirtúa, por el contrario, la regulación de la renuncia a la maternidad: al anteponer en el régimen general los derechos del menor a una filiación biológica, delega a un segundo plano, y a un supuesto de mera excepción, la 'filiación legal supletoria'. El ordenamiento español, aunque disponga de mecanismos para asegurar el derecho a la identidad individual fuera del vínculo biológico, los descarta en caso de renuncia a la maternidad, algo que, como se trata en el próximo apartado, no ocurre en otros ordenamientos europeos.

VI. EL SIMIL FRANCÉS: EL PARTO ANÓNIMO.

A pesar de que el parto anónimo se extiende actualmente a distintos países europeos como Alemania o Italia, a continuación, únicamente se focaliza en el caso francés, por entender que, además de ser tradicionalmente inspiración del Código Civil español, su ordenamiento acepta, ya desde la reforma operada en el año 1993, el derecho a la renuncia plena a la maternidad. En todo caso, en este apartado no se pretende un estudio del Derecho comparado, sino conocer cuál es la fundamentación socio-jurídica que permite, en el sistema galo, el denominado 'accouchement sous X', o parto bajo X. Comenzando desde la previsión legal, el artículo 326 del Code francés establece que, "en el momento del parto, la madre podrá solicitar que se mantengan en secreto tanto su ingreso como su identidad".

De esta manera, el ordenamiento francés viene a aceptar que la madre, en el momento del parto, y careciendo su estado civil de relevancia, pueda no revelar su identidad y, en consecuencia, desconocer la filiación legal respecto al recién nacido. Así, la admisión del parto anónimo viene a modular el principio de realidad biológica imperante, también, en el Derecho francés, aunque siempre desde el prisma de la excepción. Sin embargo, este derecho en favor de la mujer, inicialmente absoluto, se modifica para alterar, en parte, su contenido: tras una serie de informes oficiales sobre la aplicabilidad del parto anónimo[37], se aprueba mediante la Ley 2002-1993, de 22 de enero de 2002, la reversibilidad del secreto de su identidad, siempre, eso sí, bajo consentimiento expreso de la renunciante.

Asimismo, en beneficio del menor, debido a la importancia a conocer los orígenes personales, se invita a la madre a facilitar cierta información que pueda resultar relevante -informes de salud, datos del padre, o circunstancias del nacimiento entre otros-, pero siempre, desde la necesidad de aceptación por

través de la autodeterminación en el ejercicio de la libertad personal (del individuo), con fundamento en la dignidad".

37 Sobre los mismos véase, Ordás Alonso, M.: "El anonimato", cit., p. 513.

su parte[38]. Puede aventurase, por tanto, que la flexibilización aplicada sobre la renuncia a la maternidad no rompe con su esencia, ya que prima el anonimato de la madre frente a los intereses del menor. Aun así, con esta última reforma, sí que es cierto que el legislador francés parece optar por trazar puentes entre los derechos de la madre renunciante y los propios del menor.

De hecho, esta búsqueda de equilibrio, precisamente, viene a fundamentar la postura que en el año 2003 mantiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de Odièvre contra Francia, para la admisibilidad del parto anónimo. Así, en STEDH (Gran Sala) 13 febrero 2003[39], recuerda que, "la legislación francesa trata así de lograr un equilibrio y una proporcionalidad suficiente entre los intereses en cuestión. El Tribunal señala a este respecto, que los Estados deben poder escoger los medios que consideren más adaptados al fin de la conciliación así buscada. En resumen, el Tribunal considera que Francia no ha excedido el margen de apreciación que le debe ser reconocido debido al carácter complejo y delicado de la cuestión que plantea el secreto de los orígenes en virtud del derecho de cada uno a su historia, de la elección de los padres biológicos, del vínculo familia existente y de los padres adoptivos".

El Tribunal tampoco olvida que la presencia del parto anónimo en el ordenamiento francés se inscribe, desde hace tiempo, en el deseo de proteger la salud de la madre y del hijo durante el embarazo y el parto, y de evitar los abortos, en concreto los abortos clandestinos, o los abandonos 'salvajes'. De esta forma, el derecho al respeto a la vida, valor superior garantizado, también, por el Convenio, es la finalidad que persigue el sistema francés con su permisibilidad de la renuncia a la maternidad[40].

Por el contrario, el ordenamiento español, parece no estar dispuesto a establecer excepciones a la filiación biológica materna. Priman, en este sentido, los derechos del menor a acceder y conocer sus orígenes frente a los propios

38 En todo caso, indica López Azcona, A.: "La determinación de la filiación en el Derecho francés: ¿un sistema más flexible que el español?, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2021, p. 27 que "aun habiéndose acogido la madre a su derecho al anonimato, el hijo podrá solicitar judicialmente la determinación de su filiación materna, en defecto de posesión de estado respecto de aquella, mediante el ejercicio de dicha acción, cuando no haya sido adoptado de forma plena y, por añadidura, pueda identificarla. Asimismo, desde 2006 su filiación paterna podrá ser determinada en virtud del reconocimiento por parte de su progenitor, incluso casado, con base en al art. 316 CcF, siempre que el hijo pueda ser identificado y no haya sido dado en adopción plena".

39 STEDH (Gran Sala) 13 febrero 2003 (TEDH 2003, 8).

40 En todo caso, Ordás Alonso, M.: "El anonimato", cit., p. 515, adelanta que "con posterioridad a la Sentencia el debate ha continuado vivo como demuestra el hecho de que, tras conocerse la misma, fue convocado un Coloquio en el Senado francés con la colaboración de la Universidad París X-Nanterre (Palacio de Luxemburgo, 15 de septiembre 2003: Le droit à la connaissance de son origine, un an après la Loi royal du 22 janvier 2002) y que en el año 2012, nueve años después de dictada la Sentencia del TEDH, el Consejo Constitucional francés haya tenido que volver a pronunciarse acerca de la inconstitucionalidad o no de la disciplina del parto anónimo".

de la renunciante a salvaguardar su vida privada y familiar[41]. La balanza resulta totalmente opuesta a la prevista en el sistema francés, y a pesar de que tal vez no exista desequilibrio en los intereses, la parte perjudicada o gravada no es sino la madre que opta por dar a luz.

VII. CONSIDERACIONES FINALES.

En la actualidad, la maternidad no se asimila a la capacidad reproductora de la mujer, sino a la asunción de la responsabilidad hacia el hijo nacido, es decir, su cuidado, su educación, desvinculado de posibles lazos biológicos. Este cambio implica el deber de construir nuevos esquemas para aquellos supuestos en los que la gestante no desea asumir la maternidad, y, en consecuencia, busca renunciar a los derechos y deberes que derivan de la filiación. En esta nueva baremación no se pretende abrir la posibilidad a la gestación por sustitución. Esta última operación es nula, pues la renuncia se opera desde el prisma negocial: la renuncia no es desinteresada, en beneficio del interés del menor, ni recae en la mera voluntad de la gestante. Por el contrario, el derecho a la renuncia a la maternidad debe situarse como parte del derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo y vida, pero no para realizar operaciones económicas con la misma, sino en aras de ampliar sus libertades.

Así, la previsión de la Ley 19/2015 no resulta suficiente, pues no se prevé una renuncia plena, la desvinculación de la filiación materna no es total. En este sentido, los derechos del menor a acceder y conocer sus orígenes sobrecargan el equilibrio de intereses entre ambas partes, con claro perjuicio para la gestante. Por ello, tal vez convenga comenzar a reparar en los ordenamientos de los países vecinos, que, en los últimos años, y bajo el beneplácito del TEDH, erigen sistemas que permiten el parto anónimo. La renuncia a la maternidad no es cuestión pasada, sino un nuevo frente a afrontar.

41 Sin embargo, este derecho no se extiende al origen genético. Así, de acuerdo a Alkorta Idiakez, I. y Farnós Amorós, E.: "Anonimato del", cit., p. 168, "esta distinción entre conocer el origen biológico en la adopción y el origen genético en la filiación derivada del recurso a TRA heterólogas es la que subyace en la opción del legislador español de garantizar solo al adoptado el derecho a conocer. Esta es también la opción del nuevo Código civil argentino, que distingue entre la información que pueden solicitar las personas concebidas a partir del recurso a TRA (art. 563-564) y las adoptadas (art. 596). Mientras que en el primer caso los solicitantes pueden acceder a datos médicos del donante, por razones de salud, o a su identidad cuando existan razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial, a los adoptados se les reconoce explícitamente un "derecho a conocer los orígenes", que les permite conocer los datos relativos a su origen y acceder, cuando lo requieran, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos". Para mayor profundización, véase Alkorta Idiakez, I.: "La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo", *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2179, 2015, pp. 67-83.

BIBLIOGRAFÍA

Alkorta Idiakez, I.: "La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo", *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2179, 2015, pp. 67-83.

Alkorta Idiakez, I. y Farnós Amorós, E.: "Anonimato del Donante y Derecho a Conocer: un Difícil Equilibrio", *Oñati socio-legal series*, núm. 1, 2017, pp. 148-178.

Calzadilla Medina, M.A.: "La 'renuncia' de la madre en el momento del parto prevista en la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil", en AA.VV.: *Mujer, Maternidad y Derecho* (dir. por M.P. García Rubio), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 399-417.

García Pérez, C.L.: "Artículo 51", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley del Registro Civil* (dir. por J.A. Cobacho Gómez y A. Leciñena Ibarra), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 735-780.

García Urbano, J.M.: "Artículo 41", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil, T. IV, V. 3: Artículos 40 al final de la Ley de Registro Civil*, Edersa, Madrid, 2005, (accesible en VLEX: https://app.vlex.com/#WW/vid/252525).

Gete-Alonso Y Calera, M. C: "La inscripción de nacimiento en la Ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de las personas y la reserva de la maternidad", *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, 2018, pp. 1-54.

Gete-Alonso Y Calera, M. C: "La renuncia a la maternidad", en AA.VV.: *Mujer, Maternidad y Derecho* (dir. por M.P. García Rubio), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 457-476.

Jiménez Martínez, S.: "Protocolo en materia de adopción: renuncia de la madre biológica al recién nacido", *AFIN*, núm. 93, 2017, pp. 1-7.

López Azcona, A.: "La determinación de la filiación en el Derecho francés: ¿un sistema más flexible que el español?, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2021, pp. 21-68.

Muñiz Espada, E.: "La sanción del art. 111, nº 2 del Código Civil: La filiación determinada judicialmente contra la oposición del progenitor. Su crítica", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 10, 1994, pp. 132-136.

Muñoz De Dios Sáez, L: "Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto", *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 65, 2016,

(accesible en El Notario: https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-65/6080-madre-que-renuncia-a-su-hijo-en-el-momento-del-parto).

Navarro Castro, M.: "Artículo 44", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley del Registro Civil* (dir. por J.A. Cobacho Gómez y A. Leciñena Ibarra), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 681-704.

Navarro Castro, M.: "Artículo 48", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, (dir. por J.A. Cobacho Gómez y A. Leciñena Ibarra), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 717-719.

Navarro Castro, M.: "Artículo 49", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley del Registro Civil* (dir. por J.A. Cobacho Gómez y A. Leciñena Ibarra), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 723-731.

Ordás Alonso, M.: "El anonimato de la madre. Un debate abierto a nivel internacional", en AA.VV.: *Mujer, Maternidad y Derecho* (dir. por M.P. García Rubio), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 511-521.

Sánchez Hernández, Á.: "Derecho Civil y gestación subrogada", en AA.VV.: *Mujer, Maternidad y Derecho* (dir. por M.P. García Rubio), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 749-765.

Serna Meroño, E.: "La maternidad: reflexiones sobre su configuración jurídica", en AA.VV.: *Mujer, Maternidad y Derecho* (dir. por M.P. García Rubio), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 255-274.

Verdera Server, R.: "Art. 111", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, *T. I* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1152- 1163.

LA GESTAZIONE PER ALTRI TRA DIRITTO ALLA PROCREAZIONE, DIGNITÀ UMANA E SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE. UNA RIFLESSIONE COMPARATISTICA

GESTATION FOR OTHERS BETWEEN RIGHT TO PROCREATION, HUMAN DIGNITY AND BEST INTERESTS OF THE CHILD. A COMPARATIVE REFLECTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 458-491

Tania
BORTOLU

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la gestazione per altri solleva una serie di questioni di natura etica, giuridica e sociale che mettono in discussione la tradizionale lettura della genitorialità e della filiazione, le quali appaiono suscettibili di essere riguardate in un'innovata prospettiva circa il loro contenuto e la loro disciplina giuridica. L'interprete, in effetti, è chiamato non solo ad affrontare le problematiche connesse alla difficoltà di riconoscere la sussistenza di validi vincoli di filiazione, ma altresì a valutare il migliore interesse del nascituro quale criterio che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia, merita una considerazione preminente rispetto a situazioni giuridiche concorrenti, fra cui l'interesse alla procreazione e la dignità umana. L'argomento, fortemente dibattuto in molteplici realtà ordinamentali, viene affrontato in chiave comparatistica, segnatamente avendo riguardo ai formanti legislativo e giurisprudenziale.

PALABRAS CLAVE: Gestazione per altri; riconoscimento filiazione; migliore interesse del minore; dignità umana.

ABSTRACT: *In the field of medically assisted procreation techniques, gestation for others raises several ethical, legal and social issues that question the traditional conception of parenthood and filiation, as subject to a revolution in their content and legal regulation. The interpreter is called not only to address the problems related to the difficulty of recognizing the establishment of valid filiation relationships, but also to evaluate the best interest of the child as a criterion that, pursuant to art 3, paragraph 1, of the New York Convention on the Rights of the Child, must have a pre-eminent consideration with respect to other rights, including that of procreation and human dignity. The subject, which is very topical in many legal contexts, is regarded in a comparative perspective, specially focusing on legal and judicial formants.*

KEY WORDS: *Gestation for others; recognition of parentage; best interest of the child; human dignity.*

SUMARIO.- I. LE NUOVE FRONTIERE DELLA FILIAZIONE.- II. LA NULLITÀ DEI CONTRATTI DI MATERNITÀ SURROGATA SOTTOSCRITTI ALL'ESTERO E IL MIGLIORE INTERESSE DEL MINORE NELLA DECISIONE N. 277/2022 DEL TRIBUNAL SUPREMO SPAGNOLO.- III. LA SITUAZIONE ITALIANA ATTUALE NEL PERENNE CONFLITTO TRA FORMANTE LEGISLATIVO E FORMANTE GIURISPRUDENZIALE.- IV. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. LE NUOVE FRONTIERE DELLA FILIAZIONE.

Il progresso scientifico e tecnologico in àmbito medico ha schiuso uno scenario del tutto inedito della riproduzione umana. Oggi è infatti possibile ricorrere a tecniche riproduttive "medicalmente assistite", che esulano dal concepimento umano mediante l'unione sessuale tra un uomo e una donna[1]. Proprio questo aspetto fornisce una precisa ragione alla definizione del fenomeno, che mette in luce lo scopo terapeutico dell'intervento, volto al superamento delle difficoltà, ovvero dell'impossibilità, a raggiungere la procreazione senza l'assistenza della medicina[2].

Tuttavia, se da un punto di vista concettuale e definitorio la funzione onnicomprensiva di procreazione medicalmente assistita pare del tutto corretta, la molteplicità delle tecniche riproduttive all'interno di tale ampio *genus* rende necessario puntualizzare alcune specificazioni, al fine di comprendere meglio gli aspetti più discussi di alcune tra esse. È infatti preliminarmente indispensabile distinguere la procreazione artificiale omologa da quella eterologa, là dove si ha la prima ogniqualvolta vi sia corrispondenza genetica tra coloro che forniscono i gameti e chi risulta essere genitore del figlio così concepito, mentre si ha la seconda quando la derivazione biologica manca almeno in uno dei due genitori.

Tra le tecniche procreative merita in questa sede concentrare l'attenzione sulla c.d. gestazione per altri[3], attraverso la quale una donna si rende disponibile ad

1 Sugli sviluppi delle nuove tecniche di procreazione rispetto alla scissione dell'appartenenza genetica dal panorama genitoriale, *ex amplius*, Trabucchi, A.: "Procreazione artificiale e il concetto giuridico di paternità e maternità", *Riv. dir. civ.*, I, 1982, p. 501; Id.: "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", *ibidem*, I, 1986, p. 497; Aramini, M.: *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2003, *passim*; Picaro, R.: *Famiglie e genitorialità tra libertà e responsabilità*, Napoli, 2017, *passim*; Romeo F.: *Genitori e figli nel quadro del pluralismo familiare*, Napoli, 2018, p. 42 ss.

2 Il panorama delle ipotesi prospettabili di fecondazione medicalmente assistita è altamente variegato e si muove dal ricorso a tali tecniche da parte di coppie di sesso diverso, in presenza di gravi patologie o di elevati rischi per l'integrità fisica della donna o la salute del nascituro, fino ai casi in cui a ricorrere sono persone singole o coppie dello stesso sesso.

3 Al fenomeno ci si riferisce indifferentemente con diverse locuzioni: "gestazione per altri", "maternità surrogata" o di "sostituzione" e "utero in affitto". In questo lavoro, tuttavia, si preferisce utilizzare

• Tania Bortolu
Assegnista di ricerca, Scuola Superiore Meridionale, Università Federico II di Napoli.
E-mail: taniabortulu@virgilio.it

iniziare e a portare a termine una gravidanza per conto di una persona singola o di una coppia, pattuendo allo stesso tempo di rinunciare ai propri diritti genitoriali nei confronti del nato per consegnarlo ai c.d. *intended parents*. Nell'àmbito di questo accordo, la gestazione può essere originata da gameti forniti dalla coppia committente e impiantati nella gestante, ovvero da gameti derivati in tutto o in parte da soggetti esterni, talvolta anche dalla gestante stessa[4]; inoltre, l'accordo può avere natura altruistica o commerciale, a seconda del fatto che esso preveda o meno un corrispettivo per la gestante[5].

Caratteristica comune a tutte le fattispecie descritte è la dissociazione tra colei che partorisce e chi invece assume la responsabilità genitoriale del nato. Il progresso medico scinde, prima di tutto, la maternità dal principio tradizionale secondo cui *mater semper certa est*, come conseguenza dell'identificazione naturale della madre in colei che partorisce[6], mentre la responsabilità genitoriale finisce con l'essere attribuita non più sulla base del fatto storico e biologico della procreazione, ma in virtù del paradigma volontaristico, che riconduce il sorgere degli *status* alla decisione delle parti del rapporto di filiazione "plurilaterale", sicché la "naturale" bigenitorialità viene affiancata dalla "poligenitorialità"[7].

Si assiste, dunque, all'affermarsi di una nuova responsabilità sociale della riproduzione non più legata ad un solo soggetto che, con il suo materiale genetico, contribuisce al concepimento e alla nascita del bambino, bensì alla determinazione negoziale, la quale considera la filiazione come risultato dell'autorealizzazione del progetto genitoriale di un soggetto, a discapito del fondamento naturalistico della medesima[8].

prevalentemente l'espressione "gestazione per altri" come locuzione maggiormente neutra che indica il fenomeno descritto, il quale può essere a titolo gratuito o oneroso. Con la locuzione "utero in affitto" ci si riferisce invece ai soli casi in cui la gestante porta avanti la gravidanza in cambio di un compenso economico, mentre l'espressione "maternità surrogata" richiama inevitabilmente la disciplina della surrogazione nelle obbligazioni (artt. 1201-1205 c.c.), valorizzando ancora l'elemento patrimoniale della tecnica. Per le distinzioni concettuali si veda: Dell'Utri, M.: "Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione", *Giur. Mer.*, 2, 2010, p. 358 ss.

4 Sulla casistica relativa a tale modalità di gestazione si veda: Milan, G.: "La madre su commissione. Problemi giuridici", *Giust. civ.*, 1985, II, p. 312 ss.

5 Tale distinzione riveste un ruolo fondamentale nell'ottica di una regolamentazione normativa del fenomeno, in quanto la gestazione di tipo altruistico, ovvero quando la gestante si offre di intraprendere e di portare a termine una gravidanza per altri a titolo gratuito, ricevendo tutt'al più un rimborso per i costi sostenuti per la pratica, viene considerata in un'ottica favorevole rispetto a quando invece la gestante riceve un compenso sia per la conduzione della gravidanza sia per rinunciare ai propri diritti sul nascituro in favore del o dei genitori intenzionali.

6 Chini, C.: "Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore", *Riv. BioDiritto*, 1, 2016, p. 174 ss.

7 In tali termini, Sciancalepore, G.: "La maternità surrogata. Profili comparatistici", *Comparazione e diritto civile*, 2, 2021, p. 445 e ss.

8 Senigaglia, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà, Tra fatto e diritto, essere e dover essere", *Europa e dir. priv.*, 3, 2017, p. 952.

Così, separando la gestazione del feto dalla genitorialità biologica, e, più in generale, l'apporto genetico da quello sociale, la scienza medica offre modalità di generazione della vita difficilmente conciliabili con il classico principio della bigenitorialità, in cui la stessa differenza di genere viene relativizzata e concepita non più esclusivamente come unione tra un uomo e una donna (padre e madre), ma come connubio di due genitorialità indistinte[9].

Il coinvolgimento di terzi nella filiazione mal si concilia con lo *status* genitoriale riservato tradizionalmente a due persone; il diritto vigente finisce in tal modo per trascurare dinamiche procreative e relazioni personali che, seppur escluse dal riconoscimento giuridico, sono state determinanti per il concepimento del bambino. In tale contesto, è evidente che le regole e i principi tradizionali in materia di filiazione non sono adeguati ad individuare i genitori di un minore nato da questa pratica e che il ricorso alle tecniche esogame influisce, inevitabilmente, non solo sui confini da riconoscersi alla filiazione *stricto sensu* intesa, ma anche sul modello familiare tradizionale, che si trasforma[10] così da trascorrere dalla famiglia alle "famiglie"[11]. In questo processo di cambiamento, innescato sia dal progresso medico-scientifico sia da una rinnovata visione sociale della famiglia, quest'ultima, pur lontana dai canoni dettati dall'antico modello patriarcale e mononucleare, tuttavia fatica ad essere espressione di un nuovo modello definito. Si comprende, allora, come il diritto di famiglia, e in particolare la disciplina dei rapporti di filiazione, debbano misurarsi con una realtà eterogenea le cui evoluzioni repentine suscitano esigenze che aspirano a prevalere sul dettato normativo.

Pertanto, sempre più frequentemente, in una materia, come quella bio-medica, in cui i risultati tecnici sono "molto più avanti della teoria"[12], il formante giurisprudenziale è chiamato ad affrontare questioni eticamente sensibili, rispetto alle quali le leggi non sembrano in grado di rispondere in modo coerente alla complessità delle relazioni familiari[13]. Ciò accade soprattutto nei Paesi che vietano

9 Sciancalepore, G.: "La maternità surrogata. Profili comparatistici", *cit*., p. 446.

10 Macario, F.: *Diritto di famiglia. Questioni giurisprudenziali*, Torino, 2011, p. 32, evidenzia come le definizioni che si possono dare del concetto di famiglia sono "inscindibilmente legat(i)e ad una serie di fattori sociali, economici, culturali e religiosi".

11 Sulla evoluzione del modello familiare: Scalisi, V.: "La «famiglia» e le «famiglie» (il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma)", in Aa.Vv.: *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 1987, p. 431 ss.; Id.: "«Famiglia» e «famiglie» in Europa", relazione svolta al convegno Persona e comunità familiare, Salerno, 28-29 settembre 2012, in *comparazionedirittocivile*.it; Spina, L.: "Nuove famiglie e circolazione dei nuovi status familiari: le risposte del diritto interno tra interesse del minore ed ordine pubblico", in Aa.Vv.: *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico ed interesse del minore* (a cura di G.O. Cesaro, P. Lovati e G. Mastrangelo), Milano, 2014, p. 136; Busnelli, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, I, 2002, p. 509 ss.; Stanzione, M.G.: "Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari", *comparazionedirittocivile.it*; Autorino, G.: "Profili evolutivi del diritto di famiglia (per un'introduzione storico-sistematica)", *comparazionedirittocivile*.it, 2018, p. 7.

12 Atlan, H.: *L'utero artificiale*, Milano, 2006, p. 28.

13 Di Masi, M.: "Maternità surrogata: dal contratto allo «status»", *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 2014, p. 616.

in maniera assoluta gli accordi di surrogazione della maternità, fino a sanzionarli penalmente.

Nel perimetro giuridico europeo, si allude, in particolare, alla Francia[14], alla Germania[15], alla Spagna e all'Italia, i cui ordinamenti optano per una regolamentazione proibitiva, che tuttavia viene facilmente elusa attraverso la pratica del c.d. turismo procreativo[16], mediante la quale i soggetti che intendono ricorrere alla gestazione per altri si recano in un Paese in cui essa è legale e richiedono poi, una volta rientrati sul territorio di origine, la trascrizione dell'atto di nascita del figlio.

Così, in questi ordinamenti, i giudici sono sempre più spesso chiamati a risolvere le controversie sorte intorno alle domande di trascrizione. Le severe scelte normative, che ritengono, per lo più, nulli i patti con cui si realizzano le pratiche di gestazione surrogata, così come nulli sono gli obblighi assunti dalla gestante di consegnare il figlio partorito ai committenti, dato che l'atto dispositivo in tali casi ha ad oggetto il futuro stato del nascituro, tuttavia, non impediscono di riconoscere in maniera indiretta efficacia agli atti di nascita di minori nati all'estero da surrogazione[17].

14 Sul diritto d'oltralpe: Gobert, M.: "Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos des maternités de substitution)", *RTD civ.*, 1992, p. 506 ss.; Boulanger, F.: *Droit civil de la famille*, Paris, 1994, p. 116; Ferrando, G.: "Appunti sulle leggi francesi relative al rispetto del corpo umano", *Pol. dir.*, 1995, p. 315; Hause, J.: *La filiation*, Paris, 1996, p. 68; Letteron, R., *Le droit de la procréation*, Paris, 1997, p. 79; Masson, C.: "L'ordre public familial en péril?", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2018, p. 809 ss.

15 Sul diritto tedesco: Duden, K.: *Leihmutterschaft im Internationalen Privat - und Verfahrensrecht*, Tubingen, 2015, p. 120 ss.; Beier, K.: "Familiengrü ndung durch Leihmutterschaft - eine ethische Analyse", in Aa.Vv.: *Assistierte Reproduktion mit Hilfe Dritter* (a cura di K. Beier, C. Brugge, P. Thorn e C. Wiesemann), Berlin-Heildelberg, 2020, p. 155 ss.

16 Rodotà, S.: *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 56.

17 In Italia, come si vedrà meglio nel par. 3., la nullità degli accordi di surrogazione è stata argomentata in base all'impossibilità di riconoscere il rapporto di filiazione, alla contrarietà alla legge, all'ordine pubblico e, nei casi di onerosità, al buon costume ai sensi dell'art. 5 c.c. In giurisprudenza, si veda, fra tutte, Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, *Fam. dir.*, 2019, p. 653 ss., con note di Dogliotti, M.: "Le Sezioni unite condannano due padri e assolvono due madri"; Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento". Le Sezioni Unite, nel caso di specie, si sono rifiutate di trascrivere un *judicial order* emesso dalla *Superior Court of Justice* dell'Ontario, con cui il giudice canadese aveva riconosciuto lo *status* di genitore a favore del membro di una coppia omosessuale privo di legame biologico con i due minori nati da maternità surrogata. In relazione alla nozione di ordine pubblico, la Corte ha sostenuto che il divieto di maternità surrogata previsto dalla normativa italiana, caratterizzato da un "elevato grado di disvalore", si oppone al riconoscimento dello *status filiationis* in capo al genitore intenzionale privo di legame biologico con il nato, poiché "il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento (...) con cui sia accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità (...) qualificabile come principio di ordine pubblico". Ne è conseguito che l'unica possibilità per il riconoscimento legale di tale legame tra il figlio e il genitore italiano è "l'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d) della legge n. 184/1983". In dottrina, si vedano altresì i seguenti commenti: Spadafora, A.: "Procreare semper licet?", *Dir. fam. pers.*, 3, 2019, p. 1098; Giunchedi, D.: "Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità, *Corr. giur.*, 10, 2019, p. 1198; Mazzamuto, D.: "La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della genitorialità sociale", *Comparazione e diritto civile*, 2, 2020, p. 393. Peraltro, sul medesimo punto si è espressa anche il giudice delle leggi italiano: Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, 4.3, *Foro it.*, I, 2018, p. 5, con note di Schillaci, A.: "Oltre la 'rigida alternativa' tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale"; Niccolai S.: "La regola di giudizio. Un invito della Corte costituzionale a riflettere sui limiti del volontarismo", *Giur. cost.*, 2017, p. 2990 ss.

In questi casi, l'attenzione è rivolta non verso la validità del contratto tra i soggetti coinvolti, bensì sul riconoscimento *ex post* del legame di filiazione ottenuto in Paesi stranieri. Pertanto, la questione centrale da dirimere riguarda essenzialmente il riconoscimento della filiazione ottenuta in Paesi dove le pratiche in esame sono lecite.

In Italia, come altrove, quando un giudice è chiamato a decidere sul recepimento di atti e provvedimenti stranieri relativi all'esistenza di rapporti familiari o di diritti della personalità, una delle valutazioni che questi deve compiere attiene alla compatibilità del provvedimento da assumere con l'ordine pubblico. E, dunque, prima di disporre la trascrizione, deve accertarsi che l'effetto prodotto sia compatibile con i principi etici, economici e politici dell'ordinamento e, altresì, con gli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali alle quali gli ordinamenti giuridici si sono vincolati.

Il carattere transfrontaliero della questione pone il quesito fondamentale se, in materia di gestazioni per altri, il limite dell'ordine pubblico osti o meno alla validità del rapporto di filiazione instauratosi all'estero con il ricorso alle tecniche di procreazione vietate nel Paese in cui se ne chiede il riconoscimento. Dalla più recente giurisprudenza emerge un orientamento, comune ai Paesi citati, che, opponendosi all'esercizio in modo automatico dell'esigenza di tutelare l'ordine pubblico, si mostra favorevole al riconoscimento dei rapporti in parola, con il fine di tutelare il *child's best interest*[18], principio sancito espressamente dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989 e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che si pone alla base della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel quadro dell'art. 8 della Convenzione del 1950[19]. In particolare, con le note pronunce dei casi *Mennesson* e *Labassee c. Francia*[20], la Corte EDU ha optato per una relativizzazione dell'efficacia dell'ordine pubblico internazionale[21], riducendone l'àmbito applicativo e rendendo in tal modo l'ordinamento interno più permeabile rispetto ai valori normativi stranieri. In esse,

18 La Corte costituzionale ha recentemente declinato tale principio in termini di "miglior interesse del minore", evidenziando la necessità di un intervento legislativo al fine di individuare un "ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana" (sentenza n. 347 del 1998). Così Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 32, *Familia*, 3, 2021, p. 335, con nota di Attanasio, C.: "La Consulta e il tema della omogenitorialità: un monito al legislatore sulla necessità di una più ampia tutela del superiore interesse del minore".

19 Corte EDU, 22 aprile 1997, ric. n. 21830/93, *X.Y. e Z. c. Regno Unito*, reperibile, in lingua inglese, su *hudoc.echr.coe.int*. Si evidenzia, in particolare, che la Corte ha qualificato l'interesse del minore come una estrinsecazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, di cui all'art. 8, par. 7, della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, mentre in maniera non dissimile la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato che l'art. 7 della Carta di Nizza, il quale tutela sempre il diritto alla vita privata e familiare, deve essere necessariamente letto alla luce del superiore interesse del minore, sancito dall'art. 24 della stessa Carta.

20 Corte EDU, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, *Mennesson c. Francia* e Corte EDU, 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11, *Labassee c. Francia*.

21 Baratta, R.: "Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore", *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 10, 2016, p. 319.

infatti, la Corte ha ravvisato la violazione del diritto alla vita privata del minore nel mancato riconoscimento del legame di filiazione tra lo stesso, concepito all'estero ricorrendo alla specifica tecnica della surrogazione di maternità, e i genitori intenzionali, proprio in considerazione dell'incidenza del rapporto di filiazione sulla costruzione dell'identità personale[22].

Negli ordinamenti in cui prevale la logica permissiva, si deve differenziare tra quelli che prevedono e regolamentano la gestazione nella versione solidaristica e, di solito, ne vietano quella commerciale[23]; quelli in cui la pratica è priva di regolamentazione specifica e, dunque, in assenza di un divieto espresso, le istituzioni sanitarie praticano gli interventi di maternità surrogata su base altruistica; quelli che considerano lecite le pratiche di surrogazione, anche nella versione onerosa, in quanto espressamente autorizzate dalla legge statale o a séguito del vaglio giurisdizionale dell'accordo intervenuto tra le parti[24].

22 Da rilevale che, in seguito a queste pronunce, la *Cour de cassation* ha mutato il proprio indirizzo, stabilendo che l'esistenza di un accordo di maternità surrogata non costituisce di per sé un ostacolo alla trascrizione di atti di nascita stranieri nella parte in cui attribuiscono la genitorialità al padre biologico. Cass, 3 luglio 2015, nn. 14-21.323 e 15-50.002, *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1819.

23 Si allude, tra tanti, al Regno Unito. Qui, il *Surrogacy Arrangements Act*, emanato nel 1985, consente gli accordi tra la coppia committente e la madre surrogata per spirito di solidarietà, purché la procedura avvenga, nel rispetto della legge, in una clinica autorizzata dalla *Human Fertilisation and Embryology Authority*. Gli accordi restano, tuttavia, non eseguibili in caso di inadempimento fino a quando non intervenga una pronuncia del giudice, che può anche essere di contenuto diverso rispetto all'accordo delle parti, nell'interesse del *best interest* del minore nel caso specifico. Sul tema, Criscuoli S.: "La legge inglese sulla 'surrogazione materna' tra riserve e proposte", *Dir. fam. pers*., IV, 1987, p. 1029; Molaschi B.: "La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparato tra Italia e Inghilterra", *Fam. pers. succ*., 2010, p. 524. Nella dottrina straniera: Lee, R.G.-Morgan, D.: "Into the future and back to basics – Human fertilization and family structures", *Family Law. Essays for the new millenium*, Oxford, 2000, p. 200; Id: *Human feritilisation & Embryology*, London, 2001, p. 201; Cretney S.: *Family Law in the Twentieth Century*, Oxford, 2003, p. 543; Horsey, C.: "Presumptions: Legal Parenthood and Surrogacy Arrangements", *Child and Family Law Quarterly*, 22, 2010, p. 449; Vijay, M.: "Commercial Surrogacy Arrangements: The Unresolved Dilemmas", *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 3, 2014, p. 200.

24 A proposito della liceità controllata degli accordi di gestazione si possono menzionare, per la particolarità delle discipline da essi assunte, seppur con un certo grado di approssimazione, i seguenti Paesi: la Grecia, che ammette la maternità surrogata come mezzo capace di porre rimedio alla sterilità della donna, quanto la fecondazione medica costituisca l'unica alternativa per avere un figlio e alla condizione che, prima del trasferimento dell'embrione nell'utero della gestante, venga rilasciata un'autorizzazione giudiziale. Inoltre, la legge greca consente la pratica solo a condizione che la donna che porta a termine la gravidanza non fornisca i propri ovociti, considerando imprescindibile l'assenza di un legame biologico tra il nato e la partoriente. In dottrina: Kriari Catranis, I.: "Human Assisted Procreation and Human Rights - The Greek Response to the Felt Necessities of the Time", *European Journal of Health Law*, 10, 2003, p. 271; Id: "Human assisted procreation, donor anonymity and surrogacy in the Greek legal frame", in Aa.Vv.: *Legal Essays in honor of Prof. Theod. Panagopoulos*, Athens, 2011, p. 437. In Canada l'*Assisted Human Reproduction Act* del 2004 ammette invece la maternità surrogata solidaristica, aperta anche alle coppie dello stesso sesso. Nella dottrina in materia: Ruparelia, R.: "Giving away the 'gift of life': surrogacy and the canadian assisted human reproduction act", *Canadian Journal of Family Law*, 23, 2007, p. 12; Ogbogu, U.: "Reference re Assisted Human Reproduction Act and the Future of Technology-Assisted Reproduction and Embryo Research in Canada", *Health Law Journal*, 19, 2011, p. 153. Risulta più complessa, invece, la descrizione della normativa statunitense, non essendo il fenomeno della maternità surrogata regolamentato dalla legislazione federale. Sebbene prevalga una logica permissiva, è possibile individuare tra gli Stati quattro differenti approcci di regolamentazione: *prohibition*, *inaction*, *status regulation* e *contractual ordering*. Si può così distinguere tra Stati che vietano la possibilità di *surrogacy* (Washington, Arizona, Utah, Michigan, New Mexico e District of Columbia), Stati che non utilizzano norme proibitive, ma che oppongono una sorta di "resistenza passiva" da parte dei giudici che, facendo uso dei tradizionali principi di diritto di famiglia, attribuiscono la responsabilità parentale pur ritenendo invalidi tali contratti (si pensi, ad esempio, al noto caso Baby M. - 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 2.3.1988), in cui la Suprema Corte del New Jersey ha ritenuto nulli i contratti di *surrogacy* in quanto contrari alla *public policy*, costituendo uno strumento di *baby-selling* e come

Tra i Paesi che ammettono le pratiche di gestazione per altri, suscitano particolari problematiche quelli in cui non vi sono limitazioni alle somme corrisposte per la pratica, ovvero quando gli importi attribuiti a titolo di corrispettivo per la gestazione rappresentano l'unica fonte di sostentamento per la gestante. In tali casi, infatti, il rischio è che donne vulnerabili e bisognose siano indotte alla pratica in questione per sopravvivere, con buona pace della tutela della dignità dell'essere umano ed in palese contrasto con le convenzioni internazionali per la protezione dei diritti umani. Come si vedrà nel caso recentemente trattato dal *Tribunal supremo* spagnolo, infatti, sebbene tali pratiche siano da censurare sotto ogni profilo etico, morale e giuridico, tuttavia, esse possono essere ignorate nella "galvanizzazione del *best interest* del minore"[25].

II. LA NULLITÀ DEI CONTRATTI DI MATERNITÀ SURROGATA SOTTOSCRITTI ALL'ESTERO E IL MIGLIORE INTERESSE DEL MINORE NELLA DECISIONE N. 277/2022 DEL *TRIBUNAL SUPREMO* SPAGNOLO.

La complessità delle questioni etiche e giuridiche connesse alla pratica della gestazione per altri può essere ben compresa con la lettura della sentenza n. 277/2022, del 31 marzo, resa dal *Tribunal Supremo* spagnolo[26], nel contesto in cui la maternità surrogata è esplicitamente vietata e sanzionata dall'art. 10.1 della *Ley* 14/2006, del 26 maggio, nonché penalmente vietata dagli artt. 220 e 221 del *Código Penal*[27].

Tali disposizioni determinano la nullità dei contratti di maternità per surrogazione, perché violano i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione

tale escluso dalla legge sull'adozione del New Jersey) e, infine, Stati che ammettono la maternità surrogata purché disciplinata attraverso contratti approvati dall'ordinamento, che contengono termini obbligatori tra le parti e siano preventivamente determinate le relazioni parentali tra i soggetti (in California, ad esempio, è ammessa la surrogazione commerciale con il limite che le somme pagate non rappresentino l'unica fonte di reddito della gestante), ovvero Stati che ritengono validi gli accordi di sostituzione di gestazione purché vi sia un consenso autentico ed informato (così in Nevada e Arkansas). Emblematica è invece la vicenda dello Stato di New York, il quale, nel 2020, durante la piena fase pandemica, ha approvato, dopo quasi quaranta anni di proibizionismo, il *Child-Parent Security Act*, che permette e regola gli accordi di maternità surrogata retribuita. Sulla differente disciplina presente negli Stati Uniti di America, si veda Rao, R.: "Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence", in Aa.Vv.: *Surrogate Motherhood: International Perspectives* (a cura di R. Cook e S. Day Sclater), Hart, 2003. Inoltre, *ex multis*, Radin, M.J.: "Market-Inalienability", *Harvard Law Review*, 100, 1987, p. 1849; Lawrence, D. E.: "Surrogacy in California: Genetic and Gestational Rights", *Golden Gate University Law Review*, 1991, 521; Robertson, J.A.: "What Does it Mean to be a 'Parent'? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights", *New York University Law Review*, 66, 1991, p. 353; Ryznar, M.: "International Commercial Surrogacy and Its Parties", *John Marshall Law Review*, 43, 2010, p. 1009; Bridge, S.: *Assisted Reproduction and the Legal Definition of Prentage, in What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*, Oxford, 1999, p. 75; Ryznar, M.: "International Commercial Surrogacy and Its Parties", *John Marshall Law Review*, 43, 2010, p. 1009; Cahn N.-Carbone, J.: *United States of America, Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Cambridge, 2019, p. 3017 ss; Tyson Darling, M.J.: "New York State Creates New Governance of Commercial Gestational Surrogacy", *The New bioethics*, 2020, p. 328 ss.

25 Così Sciancalepore, G.: "La maternità surrogata. Profili comparatistici", cit., p. 460.

26 Reperibile su *poderjudicial.es*.

27 Sugli aspetti penalistici della gestazione per altri si rinvia, *ex multis*, a Carrasco Andrino, M.: "La protección penal de la filiación", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 2010, núm. 12, p. 23.

spagnola e dalle convenzioni internazionali sui diritti umani; tuttavia, l'Alta corte spagnola non ha escluso che la *protección del interés superior del menor nascido por gestación por sostitución* possa ottenersi per la via dell'adozione, secondo una valutazione del caso concreto.

Per comprendere meglio la portata della decisione, si rende necessaria una breve sintesi della vicenda.

Una donna, *singl*e, nel gennaio del 2018, chiedeva al Tribunale di Madrid il riconoscimento della maternità di un minore nato in Messico, a seguito di gestazione per sostituzione, disciplinata da un contratto tra la stessa committente e la madre gestante e resa possibile grazie all'ausilio di un'agenzia di intermediazione.

Le argomentazioni della istante muovevano dall'assunto che per l'ordinamento messicano ella era considerata la madre legale del minore e che il rapporto materno-filiale si era esplicato in modo "real y efectivo" fin da subito, dato che la stessa istante si era presa cura e aveva prestato assistenza al minore fin dai primi momenti di vita.

Il Tribunale di prima istanza rigettava la richiesta ritenendo di non poter riconoscere il rapporto legale di filiazione ed esortava l'istante a rivolgersi alla Direzione Generale della Famiglia e dei Minori per elaborare una pratica di affidamento, finalizzata all'adozione del minore.

La donna presentava appello e la *Audiencia Provincial* di Madrid, nel dicembre del 2020, disponeva la registrazione dell'atto di nascita, ordinando l'iscrizione della maternità nel relativo registro, con il rispetto del nome risultante dalla documentazione straniera.

Avverso tale decisione proponeva ricorso in *Casación* il *Ministerio Fiscal*, il quale sosteneva, con un unico motivo, che la sentenza impugnata riconosceva il rapporto di filiazione tra il minore e la madre non biologica, nonostante la stessa fosse ricorsa ad un contratto di gestazione per altri, senza apportare materiale biologico proprio, in violazione dell'art. 10 della *Ley* n. 14/2006, che dichiara nullo ogni contratto attraverso il quale si concorda la gestazione, anche a titolo gratuito, con una donna che, al momento del parto, rinuncia alla relazione materno-filiale in favore del contraente o di un terzo.

La Corte ha cassato la sentenza impugnata, stabilendo che l'unica via per il riconoscimento del rapporto di filiazione sorto a séguito del ricorso a tecniche di maternità surrogata è quella dell'adozione, soluzione questa che, per espressa

dichiarazione della *Casación*, si pone in linea con quanto dichiarato dalla Corte EDU nel parere consultivo reso il 10 aprile del 2019[28].

Tale parere risulta di particolare importanza per la decisione richiamata, poiché esso rappresenta una nuova forma di interpretazione preventiva (c.d. *Advisory Opinion*), che i giudici di Strasburgo possono fornire a seguito della richiesta, facoltativa, da parte delle più Alte giurisdizioni nazionali[29], circa dubbi che concernono l'interpretazione o l'applicazione di questioni di principio relative ai diritti e alle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli. Si tratta, dunque, di uno strumento particolarmente prezioso per la piena attuazione della personalità umana e dei diritti civili, in quanto, da una parte, realizza una nuova forma di dialogo tra le Corti e, dall'altra, permette di rafforzare la protezione dei diritti umani negli Stati contraenti[30].

La Corte EDU, investita della domanda attinente alla trascrizione dell'atto di nascita, in favore dei genitori intenzionali, di due gemelle nate all'estero mediante la tecnica della gestazione per altri[31], nella formulazione del parere reso all'unanimità, ha riconosciuto inizialmente che gli Stati membri godono di un margine di apprezzamento molto ampio sulle questioni morali o eticamente sensibili, tra le quali rientra la maternità surrogata. Ciò per via della eterogeneità delle posizioni giurisprudenziali e delle legislazioni presenti nei vari ordinamenti. Tuttavia, la Corte ha precisato che tale margine si restringe quando acquista rilevanza un aspetto fondamentale dell'identità dei soggetti nati da gestazione per altri, dal momento

28 Tale parere, richiesto per la prima volta dalla Cassazione francese, ha tentato di fornire dei suggerimenti da adottare in tutte le diverse controversie provenienti da quegli ordinamenti nei quali la gestazione per altri è vietata sulla base di un'espressa disposizione di legge, che si trovano a dover affrontare le conseguenze derivanti da accordi di maternità surrogata resi possibili e perfezionati all'estero. Sul punto, Picaro, R.: *Famiglie e genitorialità tra libertà e responsabilità*, Napoli, 2017, p. 11; v., altresì, D'Avack, L.: "La maternità surrogata: un divieto inefficace", *Dir. fam. pers*., 2017, p. 146 ss.; Lecis, A.M.: "GPA e trascrizione degli atti di nascita: la Cassazione francese richiede il primo parere consultivo alla Corte EDU", *dirittocomparati.it*, (18 ottobre 2018), p. 5; Tullio, L.: "Prima applicazione della procedura consultiva prevista nel 'protocollo n. 16' CEDU e tutela dei minori", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, n. 13, 2020, p. 960 ss.

29 L'art. 1, co. 1, Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, consente alle Alte corti di uno Stato di sospendere il procedimento interno e chiedere alla Grande Camera un parere consultivo. In dottrina, Lipari, M.: "Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo", *federalismi.it,* (6 febbraio 2019), pp. 1-54; Asta, G.: "Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?", *Comunità int*., 2013, p. 773 ss.; Ruggeri, A.: "Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del Prot. 16)", *Rivista AIC*, 2014, p. 18 ss.; Henke, A.: "La giurisdizione consultiva della Corte di Strasburgo nel nuovo protocollo n. 16 alla CEDU", *Riv. dir. proc*., 2018, p. 1244 ss.; Achille, D.: "Primato del diritto europeo e tutela dei diritti fondamentali nel sistema ordinamentale integrato*"*, *Nuova giur. civ. comm*., II, 2018, p. 1840 ss.

30 Il Protocollo, entrato in vigore il 1° agosto 2018, è stato ratificato da diversi Stati, fra i quali si possono annoverare la Francia, i Paesi Bassi, la Grecia, Andorra, la Repubblica Slovacca, Lussemburgo, ma non l'Italia. Sulla mancata adesione del nostro Paese, *ex multis*, Luciani, M.: "Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della CEDU, *Sistema penale*, 2019, p. 6 ss.; Spatafora, E.: "Il disegno di legge di ratifica ed esecuzione del protocollo n. 16 alla convenzione europea dei diritti dell'uomo", *dirittifondamentali.it* (5 febbraio 2020), p. 368 ss.

31 La vicenda riguarda il già citato caso *Mennesson*, per cui si rinvia alla nota n. 20.

che il rispetto della vita privata e familiare, di cui all'art. 8 CEDU, impone agli Stati membri la necessità di assicurare il riconoscimento del legame tra il c.d. genitore d'intenzione e il nato tramite la gestazione surrogata, anche negli ordinamenti nei quali detta pratica non è consentita. Tale riconoscimento può avvenire secondo due opzioni: mediante trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero, ovvero per effetto dell'adozione, sicché, nella tutela del diritto al rispetto della vita privata del minore, gli Stati non devono decidere "se" ammettere o meno il legame filiale, ma "come" garantire questo risultato, conformemente al *best interest* del minore.

Condividendo le argomentazioni della Corte di Strasburgo, il Tribunale supremo spagnolo è giunto alla conclusione che l'unica via per la tutela dei diritti fondamentali della madre gestante e del minore nato da pratiche di surrogazione è quella dell'adozione; diversamente, "resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones"[32].

Inoltre, il Tribunale ha affermato che, in presenza di un nucleo familiare esistente, nell'àmbito del quale il minore ha rapporti familiari stabili e duraturi con chi domanda il riconoscimento della relazione paterno o materno-filiale a séguito di una pratica di gestazione per altri, il *best interest of the child* deve intendersi con riguardo al diritto alla riservatezza riconosciuto dall'art. 8 della CEDU, il quale, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, include il diritto all'identità, al cui interno riveste fondamentale importanza la determinazione dell'appartenenza del minore, nonché la sua integrazione in un determinato nucleo familiare[33].

La decisione in parola interessa non solo per un'analisi comparatistica della vicenda, che pure sarebbe sufficiente, dato il carattere transfrontaliero della questione[34], ma anche per l'importanza che, in tale procedura, ha avuto il parere della Corte EDU, destinato a riverberarsi inevitabilmente anche sugli altri ordinamenti, compreso quello italiano. Infatti, nel difficile equilibrio, rinvenuto dal c.d. diritto vivente, tra la tutela del minore e i limiti di ordine pubblico nel

32 Così la sentenza in commento al punto 14.

33 Corte EDU, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, reperibile, in lingua inglese, su *biodiritto.org*.

34 Sull'importanza della comparazione in materia di gestazione per altri, Rosani, D.: "The best interest of the parents. La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, corti supreme e silenzio dei legislatori", *Riv. BioDiritto*, 1, 2017, p. 109 ss.

riconoscimento dei rapporti di filiazione con il genitore di intenzione in merito alle pratiche di gestazione per altri, il parere consultivo è certamente idoneo a formulare un significativo indirizzo in tutte le molteplici controversie provenienti dagli ordinamenti nei quali la pratica surrogatoria è vietata sulla base di un'espressa disposizione di legge; esso, dunque, permette di risolvere uniformemente le problematiche sorte a séguito di gestazione per altri realizzata all'estero da soggetti consapevoli del divieto legislativo sancito nel loro Paese di appartenenza[35].

Peraltro, ciò che costituisce un'apertura dell'ordinamento spagnolo verso il fronte dei "fatti consumati" di gestazione per altri praticata all'estero è la individuazione di una sorta di "scala gerarchica" che colloca al posto più alto della stessa il "migliore" o "superiore interesse del minore"[36], anche nei casi in cui si sia consumata ed accertata una grave lesione dei diritti umani e, in particolare, della dignità della donna.

Occorre, infatti, considerare che un punto centrale della discussione sulla surrogazione di maternità è se tale pratica possa essere considerata compatibile con il pieno rispetto dei diritti della gestante. In particolare, i rischi connessi alla procedura sono prevalentemente di tipo medico, per cui la gestante viene esposta a rilevanti pericoli per la sua salute, spesso non adeguatamente comunicati, soprattutto quando si tratta di una persona con basso livello di istruzione e che vive in un Paese in via di sviluppo[37]. Ma non solo. Un altro rischio è lo sfruttamento della gestante sotto il profilo economico, in quanto il compenso previsto per la

35 In tal senso, Tullio, L.: "Prima applicazione della procedura consultiva prevista nel 'protocollo n. 16' CEDU e tutela dei minori", cit., p. 969, la quale pone in luce, altresì, che le conclusioni formulate nel parere della Corte EDU si prestano "a ricevere una più ampia operatività – sia pure in assenza di una dichiarata finalità armonizzatrice – là dove, ad esempio, siano adottate quali parametri ermeneutici nell'attuazione della Convenzione europea sui diritti umani in uno dei Paesi membri".

36 Deve evidenziarsi qui come l'espressione anglofona "*best interest of the child*" venga tradotta, sia nella prassi giudiziale che nella letteratura scientifica, con ampia libertà. Dalla traduzione letterale "miglior interesse del bambino (minore)" non è infrequente la sua declinazione in termini di "superiore interesse del minore" o di "preminente interesse del minore". La stessa traduzione italiana della Convenzione dei diritti sul fanciullo del 1989 qualifica l'interesse del minore, di cui all'art. 3, come "superiore", attribuendogli una "considerazione preminente". Al pari, anche la traduzione francese si riferisce al "*intérêt supérieur de l'enfant*" al quale deve essere riconosciuta una "*considération primordiale*". La traduzione dell'espressione non è da sottovalutare nell'ottica di un bilanciamento di interessi, là dove discutere di "superiore" o "preminente" suggerisce l'idea di un interesse del minore che prevale su tutti gli altri, mentre discorrere di "miglior interesse" valorizza la necessità di un'analisi in concreto, giacché a quello del minore si attribuisce una sorta di preferenza, non di supremazia, rispetto ad altri interessi di rilevante importanza. Sul punto è di sicuro interesse l'analisi proposta da Attanasio, C.: "La consulta e il tema della omogenitorialità: un monito al legislatore sulla necessità di una più ampia tutela del superiore interesse del minore", cit., p. 351. Per ulteriori approfondimenti sull'argomento si vedano altresì le diverse letture di Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86 ss e di Di Masi, M.: *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020, p. 65 s.

37 Un interessante studio, condotto negli Stati Uniti, sui fattori che influiscono nel "mercato" statunitense dei contratti di maternità surrogata, ha evidenziato la differenza dei livelli di istruzione e di reddito tra i committenti e le madri sostitute. Secondo lo studio, il 91% dei committenti ha frequentato il *college* ed il 54% una *grad school*, mentre il 39% delle surrogate ha frequentato il *college* e solo il 4% una *grad school*. I redditi dei committenti, invece, si aggirano oltre i 50.000 dollari annui (per il 64%) e tra i 15.000 ed i 50.000 per le gestanti (per l'83%). Si veda Zil, C.: "The Effects of Compensation on the Supply of Surrogate Mothers", p. 22, disponibile su *econweb.ucsd.edu*.

procedura può rappresentare l'unica motivazione a spingere una donna verso la mercificazione del proprio corpo.

In questo la decisione spagnola si è mostrata molto critica. I giudici, infatti, condannando severamente le modalità operative con le quali si è giunti alla nascita del bambino in Messico, hanno evidenziato come queste siano state, nello specifico, limitative della autonomia personale della gestante, nonché lesive della sua integrità fisica in palese spregio della dignità umana.

Tale affermazione non stupisce se si leggono le clausole del contratto sottoscritto dalla gestante e dalla committente (puntualmente riportate nella sentenza), tra le quali, oltre a quella che prevede la rinuncia a tutti i diritti sul nascituro ed alla sua immediata consegna dopo il parto alla futura madre, rileva quella relativa alla valutazione fisica e psicologica della gestante, sia prima che dopo la fecondazione in vitro, con la rinuncia da parte della stessa alla propria privacy sanitaria in favore della committente[38]; quella che obbliga la gestante a sottoporsi a cure mediche, anche rischiose per la sua salute, ai fini dell'efficacia della tecnica riproduttiva[39]; quella che limita la sua libertà di movimento, soprattutto con il progredire della gravidanza, vietandole di lasciare la città in cui risiede o di cambiare l'indirizzo di residenza se non espressamente autorizzata dalla futura madre[40]; infine, quella che stabilisce, in caso di infermità o lesioni potenzialmente mortali (come, per esempio, la morte cerebrale), il diritto della committente di mantenere in vita, tramite supporti medico-vitali, la gestante, con il fine di portare a termine la gestazione[41].

38 Sul punto, si legge alla p. 4 della sentenza: "Décima.- Evaluaciones Físicas y Psicológicas. [...]: A.- La gestante sustituta se someterá a exámenes médicos, análisis de sangre y otras pruebas psicológicassegún lo determine la futura madre, antes de cualquier procedimiento de FIV (fertilización in vitro) para que el médico determine si la gestante sustituta es apta para este procedimiento. [...]; E.- La gestante sustituta, mediante la firma del presente contrato, renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evaluarán, compartir dichos resultados con la futura madre".

39 Sempre alla p. 4 della sentenza: "Décima Primera. - Procedimiento de fertilización in vitro". Es la intención de las partes y por lo tanto se obligan: A.- Llevar a cabo tantas transferencias embrionarias sean necesarias, a la misma gestante sustituta, hasta terminar con todos los embriones salvo que el médico especialista determine que la gestante sustituta no está apta para continuar con más intentos". B.- Llevar a cabo hasta las transferencias de 3 (tres) embriones por cada ciclo de reproducción asistida". C.- No existirá la posibilidad de reducción embrionaria".

40 Alla p. 5: "Decima Tercera. - Conducta durante el tiempo del acuerdo y el embarazo. [...]: G.- La gestante sustituta no podrá salir de México durante la vigencia del presente acuerdo, además a partirde la confirmación del embarazo de gestación no podrá salir de la ciudad donde reside, ni realizar un cambiode domicilio, salvo que tenga un permiso por escrito de la futura madre en caso de suma urgencia para un viaje a otra ciudad el cual en ningún caso podrá dilatarse más de 4 (cuatro) días. También deberá informar a la futura madre la dirección de hospedaje e itinerario de su viaje". H.- A partir de la semana 30 (treinta) de gestación la gestante sustituta no podrá alejarse a más de 50 (cincuenta) millas del hospital elegido para el nacimiento del niño, salvo que sus actividades habituales les obliguen a ello y previa autorización de la futura madre, a través de la persona coadyuvante en tal virtud la gestante sustituta se compromete a cambiar su domicilio a la ciudad de Tabasco en el sexto mes de gestación, donde se quedará hasta el parto, siendo la futura madre quien cubrirá los gastos que estogenere, a través de la persona coadyuvante".

41 Nella parte "Decima Cuarta" (p. 5): "Emergencia médica o soporte de vida: [...]". B.- En caso que la gestante sustituta sufriera cualquier enfermedad o lesión potencialmente mortal (como por ejemplo muerte cerebral) la futura madre tiene el derecho a mantenerla con vida con un soporte vital médico,

Alla luce del richiamo delle disposizioni contrattuali, il *Tribunal superior* ha affermato, nella corposa disposizione, che tanto la gestante quanto il minore "son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad". Se, da una parte, infatti, con il contratto di affitto si sono imposti alla madre gestante sia limiti alla sua autonomia personale sia pratiche lesive della sua integrità fisica, incompatibili con la dignità umana, dall'altra, il futuro bambino è stato "cosificato", ovvero privato del diritto di conoscere le proprie origini, in quanto considerato un mero "objeto del contrato".

Così, dalla decisione spagnola emerge in tutta evidenza che i contratti di maternità surrogata sono nulli, in quanto sottoposti ad una normativa chiaramente contraria all'esercizio di dette pratiche e che, dunque, l'ordinamento spagnolo non può riconoscere la titolarità della relazione filiale sulla base di atti emessi da autorità straniere. Tuttavia, nonostante questo, nella prospettiva di un equo bilanciamento tra gli interessi coinvolti (dignità della donna e *best interest of the child*), il minore nato all'estero, frutto di una maternità surrogata commerciale, già integrato in maniera stabile sul territorio spagnolo, in un nucleo familiare *de facto*, può trovare tutela attraverso il ricorso all'istituto dell'adozione[42].

III. LA SITUAZIONE ITALIANA ATTUALE NEL PERENNE CONFLITTO TRA FORMANTE LEGISLATIVO E FORMANTE GIURISPRUDENZIALE.

Anche in Italia, per effetto della Legge n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita, è sancito il divieto della maternità surrogata[43].

La disposizione normativa esprime una particolare concezione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, considerate, *in primis*, quale strumento terapeutico al fine di "favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità e dalla infertilità umana"[44]; infatti, non a caso, il legislatore ne garantisce

con el objetivo de salvar al feto hasta que el médico tratante determine que está listo para el nacimiento. La firma de este acuerdo es la autorización de la gestante sustituta para permitir esas acciones médicas de soporte de vida por parte de la futura madre, los gastos médicos derivados de dicho soporte serán asumidos por la futura madre. [...]".

42 Sotto questo profilo, la decisione dell'Alta corte è destinata ad alimentare il dibattito che ha visto una parte della dottrina spagnola criticare il ricorso alla maternità surrogata, per via del "riesgo de cosificar a la mujer, instrumentalizándola como si se tratase de una máquina o de una incubadora" e del "peligro de mercantilizar el deseo – que no el derecho – de ser padres/madres, permitiendo un negocio de compraventa de bebés que convierte al menor en un objeto de comercio e ignora o desprecia las secuelas físicas y psicológicas derivadas de la ruptura de la relación entre la madre gestante e hijo". Così: Aragón Gómez, C.: "La legalización de facto de la maternidad subrogada", *Informacón laboral*, n. 4, 2017, p. 28.

43 In particolare, l'art. 12, co. 6, della Legge punisce, con una sanzione penale e amministrativa, chiunque compie o organizza il ricorso a qualsiasi forma di maternità surrogata; ne vieta parimenti la pubblicità. Sinteticamente, da una parte, l'accordo di maternità surrogata è giudicato nullo per la sua contrarietà alla norma imperativa di cui all'art. 1418, co. 1, c.c., dall'altra, l'ambito applicativo della proibizione è circoscritto alle sole condotte commesse sul territorio italiano.

44 Art. 1 Legge n. 40/2004.

l'accesso esclusivamente a coppie "maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi'"[45]. Ciò è peraltro confermato dal fatto che, sotto il profilo soggettivo, queste pratiche sono state considerate inammissibili là dove si fosse in presenza di coppie di donne, operando dunque un distinguo tra l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale e l'infertilità "assoluta" ed "irreversibile" della coppia eterosessuale, affetta da patologie riproduttive.

A fronte del divieto sancito dal legislatore, si segnalano tuttavia statuizioni giurisprudenziali ondivaghe, che, dinanzi a pratiche di maternità surrogata realizzata all'estero ed alla relativa consequenziale richiesta di riconoscimento, nel territorio italiano, dello *status filiationis*, in alcuni casi, oppongono un netto rifiuto alla "ratifica" delle certificazioni prodotte, in altri, invece, conducono al buon esito delle istanze presentate dagli aspiranti genitori legali[46].

Sotto tale profilo, sebbene superata in alcune parti dalla più recente pronuncia della Corte costituzionale[47], degna di nota è l'ordinanza interlocutoria della Cassazione n. 1842 del 21 gennaio 2022[48], con la quale la prima Sezione civile ha rimesso gli atti al Primo Presidente, rilevando la necessità di un nuovo intervento delle Sezioni unite; ciò in forza della sentenza n. 33 del 9 marzo 2021 della Corte costituzionale, in ragione del venir meno del punto di equilibrio trovato dalle Sezioni unite della Cassazione nel 2019[49] tra la tutela dell'interesse del minore ed i limiti di ordine pubblico nel riconoscimento dei rapporti di filiazione con il genitore di intenzione, avuto particolare riguardo alla gestazione per altri[50].

45 Art. 5 Legge n. 40/2004.

46 Si veda, al proposito, la sentenza della Corte d'Appello di Bari del 13 febbraio 2009, in *Fam. dir.*, 2010, p. 251, con la quale il Giudice del gravame è stato chiamato a pronunciarsi sulla domanda di trascrizione nei registri dello Stato civile italiano dei *parental orders* emessi dall'Autorità giudiziaria inglese negli anni 1998 e 2001, mediante i quali veniva attribuita alla committente la maternità di due figli nati con la tecnica della surrogazione. La Corte d'Appello di Bari, accertata la sussistenza dei requisiti richiesti *ex lege* per la concessione del riconoscimento dell'atto di nascita straniero, ne ha dichiarato l'efficacia ai fini della trascrizione, riconoscendo, in tal modo, la maternità sociale alla madre committente, sulla base del rilievo che tra la stessa ed i bambini si era oramai instaurato un legame protratto ininterrottamente per oltre dieci anni. Secondo la Corte, si era infatti in presenza di un vincolo del quale non poteva ravvisarsi la contrarietà all'ordine pubblico internazionale, il quale rappresentava, altresì, un elemento fondamentale nella prospettiva di crescita e sviluppo della personalità dei bambini.

47 Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, *cortecostituzionale.it*, nella quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 55, nella parte in cui, rinviando all'art. 300, 2° comma, c.c., prevedeva che l'adozione in casi particolari non producesse alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. La sentenza ha, dunque, fatto venire meno le differenze negative che caratterizzavano la figura dell'"adottato in casi particolari", rispetto all'"adottato pieno". Sul punto, Attanasio, C.: "La fecondazione eterologa e le coppie omoaffettive nel sistema italiano: prospettive di tutela del nato", in corso di pubblicazione su *Actualidad Juridica Iberoamericana*. In dottrina, Collura, G.: "L'adozione in casi particolari", *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, p. 951 ss.; Ferrando, G.: "L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive", *Nuov. giur. civ. comm.*, II, 2012, p. 679 ss.

48 Cass. civ., Sez. I, (ord.) 21 gennaio 2022, n. 1842, *Dejure*.

49 Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, *cit*.

50 Sulla base delle argomentazioni della prima Sezione della Cassazione, l'esigenza di una nuova pronuncia delle Sezioni unite sarebbe indispensabile per una ragione di opportunità. Infatti, sotto un profilo prettamente formale, la semplice declaratoria di inammissibilità della trascrizione paventata dalla Corte costituzionale

La Cassazione è pervenuta a tale soluzione ricostruendo nel dettaglio le vicende che hanno condotto alla richiamata statuizione del Giudice delle leggi. Nella sentenza n. 33/2021 si legge infatti che "il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata - nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati - non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco"; pertanto, di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, la Corte ha evidenziato come la materia debba necessariamente essere affrontata dal legislatore, nella "ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore".

L'opportunità di una nuova pronuncia delle Sezioni unite è data, dunque, secondo la Cassazione, dal vuoto normativo aperto dalla Corte costituzionale, non potendosi più il giudice, sia ordinario che di legittimità, riferire al diritto vivente cristallizzato nella decisione del 2019, in quanto, in base alla motivazione della Consulta, la soluzione offerta dall'istituto di cui alla Legge n. 184 del 1983, art. 44, lett. d), ovvero l'adozione in casi particolari, non risulta idonea ad impedire la lesione dei diritti fondamentali del minore.

Sotto tale profilo, infatti, la giurisprudenza ha avanzato forti perplessità sul fatto che l'istituto giuridico dell'adozione in casi particolari possa essere considerato alla stregua di una "adozione piena"; il principale *vulnus*, in particolare, è sempre stato rappresentato dalla necessità dell'assenso all'adozione da parte del genitore biologico, assenso che, nell'eventualità di una crisi della coppia, potrebbe essere negato[51].

Nell'ordinanza di rimessione, quindi, la Corte ha fornito anche una soluzione interpretativa, attraverso l'enunciazione di alcuni criteri generali riportati nella motivazione, che si rende doveroso sintetizzare.

non sarebbe idonea ad imporre un vincolo giuridico al superamento della non trascrivibilità. Tuttavia, sotto il profilo sostanziale, la statuizione in parola assume inevitabilmente una particolare rilevanza in quanto la Corte, avendo condiviso, nelle sue motivazioni, le obiezioni dell'ordinanza di rimessione sull'adeguatezza dell'istituto dell'adozione in casi particolari, ha accolto tutti i profili di incostituzionalità con riferimento alla lesione dei diritti fondamentali del minore relativi alla propria identità personale ed alla sua vita privata e familiare, ritenendo altresì pienamente coerente con i principi costituzionali l'indicazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla necessità di un riconoscimento pieno e tempestivo della filiazione nei confronti del genitore intenzionale. In sintesi, una nuova linea interpretativa del reticolo normativo, alla luce dei principi espressi dalla Corte costituzionale, sarebbe quanto mai opportuna ed auspicabile.

51 Nella giurisprudenza costituzionale v. Corte costituzionale, 22 novembre 2013 n. 278 e Corte costituzionale, 10 giugno 2014 n. 162.

Secondo il Collegio rimettente, in assenza di un intervento innovativo del legislatore, è necessario partire da una rivalutazione degli strumenti normativi esistenti, quali la delibazione e la trascrizione, con il fine di verificare se in materia di procreazione medicalmente assistita e per effetto del divieto penale della surrogazione di maternità sussista un insuperabile ostacolo alla loro utilizzazione derivante dalla natura di ordine pubblico del divieto penale.

A sostegno dell'assunto, vengono richiamate le stesse Sezioni unite del 2019, le quali rammentano che la Legge n. 218 del 1995, sul riconoscimento ed esecuzione di atti stranieri nel nostro ordinamento, non prevede affatto il recepimento degli istituti applicati allo *status filiationis*, così come sono disciplinati dagli ordinamenti di provenienza, ma si limita a consentire la produzione dei relativi effetti nella misura in cui gli stessi risultano compatibili con la nozione di ordine pubblico. Se, dunque, ci si riporta a tale metodo di analisi sembra davvero opinabile che, con la delibazione di una sentenza, si possa recepire nel nostro ordinamento un accordo di gestazione per altri e, tanto meno, la legittimità di una pratica procreativa che in Italia è sanzionata da un divieto penale. Secondo i giudici di legittimità, infatti, quello che si può recepire, garantendone l'efficacia, potrebbe essere esclusivamente "l'atto di assunzione di responsabilità genitoriale da parte del soggetto che ha deciso di essere coinvolto, prestando il suo consenso, nella decisione del suo *partner* di adire la tecnica di procreazione medicalmente assistita in questione. Un consenso che diviene irrevocabile nel momento in cui inizia il processo procreativo e ciò per un fondamentale principio di responsabilità che riguarda ogni forma di procreazione e che trova nella tutela dei diritti inviolabili del minore la sua ragione d'essere".

In tale prospettiva, dunque, non è in discussione un preteso diritto alla genitorialità, peraltro non contemplato nel nostro ordinamento, ma esclusivamente l'interesse del minore all'affermazione della titolarità giuridica di tutti i doveri che l'ordinamento collega inscindibilmente all'esercizio della responsabilità genitoriale; esercizio questo che, nella gestazione per altri, coinvolge chi si è volontariamente impegnato ad accogliere un minore assumendone le relative responsabilità[52]. È di

52 Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, *Giust. civ.*, 1998, p. 2410, con nota di Morelli, M.R., "Ancora una nuova tipologia di decisione costituzionale: la "interpretativa di inammissibilità" (a proposito della sentenza n. 347 del 1998, sulla azione di disconoscimento di figlio nato mediante inseminazione eterologa)"; *Giur. cost.*, 1998, p. 2637, con nota di Lamarque, E.: "La prima decisione della Corte costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita"; *Foro it.*, I, 1998, c. 3042, con nota di Romboli, R.: "Circa il disconoscimento di paternità da parte di marito consenziente inseminazione eterologa della moglie"; *Vita not.*, I, 1998, p. 1481, con nota di Finocchiaro, M.: "Fecondazione artificiale tra diritto vivente, Corte costituzionale e prospettive de iure condendo"; *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 53, con nota di Palmerini, E.: "Il disconoscimento di paternità del minore nato da fecondazione eterologa"; *Giur. it.*, 1999, p. 465, con nota di Uccella, F.: "Consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: ciò che suggerisce la Corte costituzionale"; *Giur. it.*, 1999, p. 461, con nota di Balestra, L.: "Inseminazione eterologa e status del nato"; *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 35, con nota di Ciani, G.: "Ancora su eteroinseminazione e disconoscimento della paternità: una pronuncia elusiva della Corte costituzionale"; *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 20, con nota di Morosini, P.: "Fecondazione assistita eterologa e supplenza del giudice, dopo la sentenza n. 347/1998 della Corte Costituzionale"; *Dir. fam. pers.*,

tutta evidenza, infatti, che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita da una coppia che ha assunto e coltivato la decisione di farlo nascere corrisponda a quello di ottenere un riconoscimento, anche sotto il profilo giuridico, dei legami che, di fatto, già lo uniscono alla coppia e che costituiscono parte integrante ed imprescindibile della sua stessa identità[53].

La Cassazione in esame concentra, allora, l'analisi su due considerazioni: in primo luogo, secondo la Corte, le censure che derivano dalla normativa repressiva del nostro ordinamento non possono incidere sugli aspetti appena menzionati, i quali non pongono, di per sé, in discussione la illiceità della pratica di surrogazione e, in secondo luogo, in nessun caso, l'eventuale riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti del genitore intenzionale può essere percepito come "negazione del principio del *favor veritatis* in tema di filiazione in insanabile contrasto con il divieto di surrogazione". Siffatto principio non riveste, infatti, nel nostro ordinamento, alcun valore assoluto, men che meno a causa delle più recenti tecniche procreative medicalmente assistite.

Non appare neppure condivisibile ai Supremi Giudici che "tale principio si coniughi necessariamente con il carattere di norma di ordine pubblico da attribuire al divieto di surrogazione. Un effetto indiretto di legittimazione della surrogazione di maternità non può attribuirsi al rapporto di filiazione con il genitore intenzionale e in quanto tale la affermazione del principio di verità nei suoi confronti non è di certo idonea a impedire il vulnus che si ritiene derivi dai valori del nostro ordinamento".

La Prima sezione propone, dunque, una valutazione di compatibilità con l'ordine pubblico non in astratto, ma con riferimento ad ogni singolo caso concreto, secondo i criteri di inerenza, proporzionalità e ragionevolezza già affermati dalla giurisprudenza costituzionale, nell'ottica della preminenza degli interessi del minore, declinati nella direzione della costante ricerca della soluzione ottimale in concreto da privilegiare, senza far prevalere, aprioristicamente, un interesse su un altro (tra questi, la Cassazione individua la dignità della gestante e la preservazione dell'istituto dell'adozione).

Sulla base di tale valutazione, i giudici evidenziano come, tale interpretazione adeguatrice consentita alle Corti, possa consistere nel configurare la valutazione del conflitto tra l'interesse al riconoscimento del rapporto di filiazione e i limiti di ordine pubblico internazionale, spettante al giudice investito della richiesta di delibazione. Valutazione che deve essere effettuata, in concreto, mettendo a

1999, p. 12, con nota di D'Avack. L.: "Fecondazione eterologa assistita: l'evanescente, sibillina decisione della Consulta".

53 Corte EDU, sentenza 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia.*

confronto l'interesse del minore a che vengano rispettati i propri diritti fondamentali, la prevenzione di qualsiasi attentato che possa derivare dal riconoscimento all'istituto dell'adozione e la tutela della dignità della donna coinvolta nel processo procreativo mediante gestazione per altri[54].

Rispetto a tale ultimo interesse, la Corte prospetta la possibilità di un'ammissione, in concreto, nei casi in cui si tratti di un'adesione libera e consapevole, non determinata da ragioni economiche della donna, revocabile nel consenso alla rinuncia del rapporto di filiazione sino alla nascita del bambino, oltre che la necessità di un apporto genetico alla procreazione da parte di uno dei due genitori intenzionali.

Sulla base delle argomentazioni sviluppate dalla prima Sezione si rendono necessarie alcune osservazioni.

Ora, il diritto vivente censurato dal giudice *a quo* si impernia sulla qualificazione, operata dalle Sezioni Unite, del divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 come "principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali"[55], tra cui segnatamente la dignità umana della gestante. Individuato nell'automatismo delle procedure di cui all'art. 64, co. 1, della Legge n. 218/1995 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) l'ostacolo che ne impedisce l'impiego, il Collegio ne propone il superamento indicando la possibilità di procedere attraverso una valutazione di coerenza del provvedimento straniero all'ordine pubblico secondo i criteri interpretativi di inerenza, proporzionalità e ragionevolezza.

Tale soluzione, tuttavia, non convince, in primo luogo, perché i suddetti criteri non vengono rapportati ai vincoli consolidati dalla giurisprudenza della Corte EDU, quali il rapporto biologico e la qualità del legame instaurato, ma sono chiamati ad orientare il confronto tra interesse del minore, dignità della donna e preservazione dell'istituto dell'adozione[56]. Il risultato della proposta pone su un piano paritario rispetto agli altri interessi, quelli del minore, dimenticando un inciso fondamentale operato dalla Consulta, secondo cui i parametri costituzionali e sovranazionali convergono sul principio della ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore.

54 Si rammenta che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 272/2017, ha definito la pratica della surrogazione di maternità un'offesa "intollerabile" della dignità della donna che "mina nel profondo le relazioni umane" in quanto prevede la gestazione e la conseguente cessione per contratto del nato alla coppia committente.

55 Par. 5.1 del "Considerato in diritto".

56 Buzi, S.: "La gestazione per altri nell'ordinanza della Prima Sezione: tra riconoscimento degli effetti e profili di legittimità", *rivistafamilia.it*, 2022.

Inoltre, secondo il ragionamento della Corte, può essere considerata non lesiva della dignità della gestante solo la pratica surrogatoria frutto di una scelta libera e consapevole, indipendente da contropartite economiche e quando tale scelta sia revocabile sino alla nascita del bambino. Dunque, se queste condizioni non sussistono e non sono effettive nell'ordinamento del Paese in cui avviene la procreazione mediante gestazione per altri, la violazione della dignità della donna assume un rilievo talmente importante da consentire il rifiuto della delibazione (e della trascrizione) sempre però in una ottica di valutazione, caso per caso, dell'esito che rispetti anche gli interessi del minore. Ne consegue, invece, che, se queste condizioni sono esistenti e sono state rispettate, l'eventuale diniego aprioristico del riconoscimento di effetti prodotti dalla sentenza straniera (o dell'atto formato all'estero), in quanto tale, non risponde all'esigenze di risolvere l'attuale conflitto in una prospettiva concreta. Un siffatto diniego striderebbe, in particolare, con l'esigenza di tutela della dignità della donna, alla quale, in effetti, l'ordinamento straniero ha riconosciuto la libertà di scelta su una decisione che coinvolge la sua sfera personalissima di autonomia decisionale.

Alla luce di ciò, deve peraltro rilevarsi che, rispetto alle più recenti decisioni nell'àmbito dei diritti umani, è stata condivisa una lettura dell'ordine pubblico internazionale che cerca di sciogliere positivamente la tensione tra le diverse interpretazioni del principio del migliore interesse del minore, giacché essa si intreccia con la ricerca di un punto di equilibrio tra la difesa della sovranità nazionale e l'integrazione con la comunità internazionale. Sotto questo profilo, infatti, già le Sezioni unite del 2019 si sono espresse dichiarando la non conformità all'ordine pubblico internazionale di un provvedimento straniero relativo ad un minore nato da maternità surrogata gratuita[57]. In particolare, la giurisprudenza ha circoscritto i limiti di ordine pubblico internazionale ai principi fondamentali vincolanti per il legislatore ordinario, i quali si risolvono nelle norme desumibili dalla Carta costituzionale e dalle convenzioni internazionali[58]. Può rilevarsi, pertanto, che l'orientamento giurisprudenziale consolidato tiene ferma la tesi secondo la quale l'atto di nascita che riconosce il rapporto filiale con i genitori intenzionali del minore frutto di una maternità surrogata, in mancanza di un rapporto genetico, è contrario all'ordine pubblico internazionale e, conseguentemente, non può essere trascritto.

57 In tal senso anche Bianca, M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore", *Familia*, 2019, p. 369 ss.

58 Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599. La decisione offre una differente concezione di ordine pubblico internazionale, i cui principi "devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario". Sui commenti alla pronuncia: Fossà, C.: "Filiazione – Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno", *Giur. it.*, 2017, p. 2075; Palmeri, G.: "Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex", *Nuova giur. civ.*, 2017, p. 362; Ferrando, G.: "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis", *Corr. giur.*, 2017, p. 181.

Inoltre, nel nostro ordinamento, il riconoscimento del provvedimento straniero è ostacolato dalla disposizione di cui all'art. 12, co. 6, della Legge n. 40/2004, che considera reato ogni forma di maternità surrogata, applicando la sanzione a tutti i soggetti coinvolti nel progetto genitoriale. Ed è proprio la natura penale della sanzione che costituisce un indice univoco della rilevanza del divieto, quale limite di presidio dei valori fondamentali della dignità della donna e del complesso bilanciamento di interessi che trova espressione nell'istituto dell'adozione.

Per tutto quanto esposto, allo stato, la soluzione offerta dalla Prima sezione non appare coerente con i principi consolidati in materia, mostrandosi in controtendenza con i precedenti arresti giurisprudenziali.

Piuttosto, guardando in prospettiva, l'ordinanza mette in luce, ancora una volta, la potenziale lesione dei diritti fondamentali del minore a causa dell'inadeguatezza della soluzione offerta dall'istituto di cui alla Legge n. 184/1983, art. 44, lett. d); una situazione di carenza normativa, che il legislatore, nell'esercizio del suo margine di apprezzamento riconosciuto dalla Corte EDU, dovrà al più presto colmare, a fronte delle incomprimibili istanze di tutela dei nati da gestazione per conto di altri[59].

IV. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Alla luce delle osservazioni svolte, si può affermare che, nei Paesi in cui è vietata, la gestazione per altri rappresenta un tema particolarmente controverso e inequivocabilmente sotteso a valutazioni giuridiche ed etiche che ne influenzano il riconoscimento.

Assodato che le tecniche di fecondazione eterologa determinano una scissione tra le figure parentali, ovvero tra la filiazione "genetica" e quella "sociale", e che la surrogazione di maternità, a sua volta, può provocare l'ulteriore suddivisione tra procreazione, gestazione e parto, emerge una crisi delle categorie privatistiche tradizionali, ove il concetto stesso di maternità viene destrutturato dal punto di vista giuridico e naturalistico, posto che si può potenzialmente parlare di madre secondo tre accezioni: genetica (colei che mette a disposizione gli ovociti), uterina o biologica (colei che porta avanti la gestazione o partorisce il figlio) e committente o sociale (colei che esprime la volontà di assumere, in proprio e integralmente, la responsabilità genitoriale sul figlio nato)[60].

59 Così Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, par. 2.1.2.4 del "Considerato in diritto".

60 Salone, B.: "Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004", *Riv. BioDiritto*, 2, 2014, p. 159.

Ne consegue la destrutturazione della responsabilità genitoriale, attribuita non più sulla base del fatto storico e biologico della procreazione, ma in ragione della volontà, oltreché la frantumazione della stessa identità del minore, il quale si trova a dover affrontare una situazione di incertezza rispetto al proprio *status* giuridico, in particolare filiale.

In tale contesto, si assiste, negli ordinamenti in cui le disposizioni normative sono ispirate al principio di attribuzione della genitorialità e della relativa responsabilità in funzione del fatto procreativo[61], ad una situazione di conflitto tra formanti, con un'interferenza assai spiccata – e non sempre positivamente valutabile – della voce giurisprudenziale rispetto alla fonte legale[62].

Si può, infatti, notare che, sia nell'ordinamento spagnolo sia in quello italiano, i recenti approdi giurisprudenziali in tema di gestazione per altri sono pervenuti a riconoscere preminente rilievo allo *status* e all'identità del minore, come impegno assunto dagli Stati, in sede di ratifica della Convenzione Onu del 1989, volto a considerare "l'interesse prevalente del minore" in tutte le decisioni relative ai bambini (art. 3) e, comunque, ad adottare "tutti i provvedimenti appropriati affinché il fanciullo sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, dalle opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari" (art. 2). Il *best interest of the child* è inteso, dunque, quale parametro per la predisposizione di un regime giuridico parallelo a quello tradizionalmente riconosciuto, con il fine di attribuire certezza ai rapporti genitoriali pur in un contesto di molteplicità, e fragilità, dei modelli familiari[63].

Le giurisdizioni, tanto nazionali quanto sovranazionali, partono infatti dal presupposto che le scelte legislative accolte nei sistemi ordinamentali non possono ricadere sui minori nati da pratiche di surrogazione della maternità, giacché vietate nei Paesi in cui si chiede la trascrizione dell'atto di nascita[64]. Si pensi ai richiamati casi *Mennesson* e *Labas*see, in cui i giudici di Strasburgo, condannando la Francia per violazione dell'art. 8 in relazione al rispetto della vita privata del minore (in quanto tale disposizione ricomprende il diritto all'identità, al riconoscimento del rapporto di filiazione e alla nazionalità), hanno optato per una statuizione che mantenesse distinta la questione relativa allo *status* giuridico dei figli nati da

61 In Italia, ad esempio, ciò è sostenuto dall'art. 269, co. 3, c.c., secondo il quale "la maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre", dalla legge n. 40/2004 che ammette la fecondazione omologa, ma esclude quella eterologa, come a voler negare la poligenitorialità e dalla legge n. 219/2012 di riforma sulla filiazione, ove ci si riferisce al rapporto di filiazione esclusivamente con riferimento al momento genetico (art. 243 bis c.c.).

62 Sciancalepore, G.: "La maternità surrogata. Profili comparatistici", *cit*., p. 461.

63 Di Masi, M.: "L'interesse del minore quale unica certezza nell'odierno diritto di famiglia", *Comparazione e diritto civile*, 1, 2019, p. 109 e ss.

64 Porcelli, M.: *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, Napoli, 2016, p. 90 ss.

gestazione surrogata e al loro rapporto con i genitori intenzionali da quella della conformità alla Convenzione EDU del divieto o della regolamentazione della gestazione per altri.

La distinzione appena richiamata si colloca alla base dell'evoluzione giurisprudenziale osservata nei vari ordinamenti, per effetto della quale è consentito il riconoscimento del legame di filiazione (*ex post*), pur senza riconoscere valore legale alle tecniche di gestazione per altri concluse all'estero[65]; al contrario, infatti, si ritiene che la scelta repressiva degli ordinamenti non possa tradursi in una ingiustificata sanzione nei confronti dei figli, oramai nati, per le condotte di chi abbia scelto volontariamente un metodo di procreazione proibito sul proprio territorio[66].

La significativa interferenza del formante giurisprudenziale su quello legale si rinviene anche negli atti sovranazionali non vincolanti per gli Stati membri, tra i quali può annoverarsi il citato parere della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2019[67], in cui è stata evidenziata la necessità della riduzione del margine di apprezzamento per i suddetti Stati con il fine di consentire il riconoscimento del legame di filiazione, in quanto elemento imprescindibile della identità di una persona. Non potendo intervenire direttamente sull'*an* della questione, la Corte ha, infatti, osservato, con riferimento al *quomodo*, che possono risultare idonee a tutelare l'interesse del minore sia la trascrizione dell'atto di nascita con l'indicazione del genitore o dei genitori intenzionali, sia l'adozione del figlio da parte del genitore intenzionale non biologico[68].

Sulla scia dell'evoluzione giurisprudenziale osservata, si inserisce la sentenza spagnola che, nelle sue argomentazioni, evidenzia come le leggi e le convenzioni internazionali contrastino radicalmente con quanto accade nella pratica e, perciò, opta per la valorizzazione degli interessi del minore, considerando che egli "pese a las normas legales y convencionales a que se ha hecho referencia, entra sin problemas en España y acaba integrado en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado"[69].

Si tratta, dunque, di ottenere un riconoscimento giuridico di quanto già emerge nella realtà fattuale, dell'interesse di un minore accudito fin dalla nascita da un genitore o da una coppia di genitori, che sono parte integrante della sua stessa

65 Baratta, R.: "Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore", *cit*., p. 309 ss.

66 Fulchiron, H. – Bidaud Garon C.: "Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères, regard prospectif des arrêts Labassée et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014", *Revue Dalloz*, 2014, p. 1773.

67 Si rinvia alla nota n. 28.

68 Corte EDU, parere del 10 aprile 2019, par. 43-44.

69 Par. 4.7 – "La protección del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución".

identità[70], a prescindere dalla formalità che si appresta a tal fine. E se dunque "el legislador no contempla la maternidad subrogada por la sencilla razón de que no puede, dado que carecería de sentido que una ley social contradiga frontalmente otra civil"[71], l'adozione si mostra, anche nell'ordinamento spagnolo, come l'istituto "plenamente legal" affinché possa attribuirsi la condizione di figlio al genitore che non lo sia biologicamente, in un contesto in cui, peraltro, la procedura prevede una serie di cautele che hanno come unico fine la tutela dell'interesse del minore[72].

Anche in Italia la giurisprudenza si è mostrata particolarmente preoccupata per l'impatto delle tecniche di procreazione medicalmente assistita su un quadro normativo ritenuto inadeguato, alternando posizioni di maggior favore o diniego all'ingresso dei provvedimenti stranieri, a seconda dell'interpretazione protettiva[73] ovvero promozionale data al limite di ordine pubblico internazionale[74] e, in particolare, rispetto alla riconducibilità o meno ad esso del divieto penale di maternità surrogata[75].

Vi è da rilevare che sia l'orientamento delle Sezioni unite della Corte di Cassazione sia la Consulta hanno confermato l'esistenza di un persistente conflitto tra le scelte legislative e le pronunce giurisprudenziali, pur se, com'è stato affermato, dinanzi all'impatto delle nuove tecniche di procreazione medicalmente assistita su un quadro normativo inadeguato, "l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore" e solo "nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione dei beni costituzionali"[76].

Tale affermazione è stata ribadita anche dalla richiamata ordinanza della Cassazione del 2022 nell'evidenza che, in un ordinamento costituzionale quale

70 Corte EDU, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, *Mennesson c. Francia*, par. 96.

71 Molina Navarrete, C.: "Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2016, n. 399, p. 203.

72 Aragón Gómez, C.: "La legalización de facto de la maternidad subrogada", cit., p. 46.

73 Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, in cui si precisa che l'ordine pubblico internazionale "comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili. È peraltro evidente che, nella individuazione di tali principi, l'ordinamento nazionale va considerato nella sua completezza, ossia includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale". Sui commenti alla sentenza da parte della dottrina: Renda, A: "La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore", *Corr. giur.*, 2015, p. 471; Benanti, C.: "La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 235; Casaburi, G.: "Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata", *Foro it.*, 2014, p. 3414.

74 Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599. Si rinvia alla nota n. 58.

75 Buzi, S.: "La gestazione per altri nell'ordinanza della Prima Sezione: tra riconoscimento degli effetti e profili di legittimità", *cit.*, 2022.

76 Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, cit.

quello italiano, improntato alla realizzazione di uno Stato di diritto, che tutela e garantisce il rispetto dei diritti inviolabili della persona, della famiglia e di ogni formazione sociale in cui si sviluppa la sua personalità, la categoria dei diritti inviolabili dei minori non può essere "sospensivamente condizionata *sine die* all'intervento del legislatore, perché ciò costituirebbe un'evidente contraddizione in termini nella esplicazione della giurisdizione costituzionale, istituita proprio per garantire l'applicazione delle norme costituzionali e tutelare i diritti fondamentali che ne derivano". Se dunque il legislatore, in tale contesto, non provvede ad intervenire in tempi rapidi, "spetta all'interpretazione delle Corti adottare una soluzione ermeneutica volta a colmare la lacuna o a risolvere il conflitto rilevato dal giudice costituzionale rispettando le indicazioni sulle norme e i principi costituzionali in gioco che non possono essere violati".

Peraltro, si collocano in una diversa prospettiva le sentenze gemelle della Corte costituzionale (nn. 32 e 33 del 2021), che, in entrambi i casi, individuano un vuoto di tutela normativo nell'interesse del minore e, per l'effetto, invocano un intervento legislativo urgente, al fine di evitare "disarmonie" nel sistema complessivamente considerato, che potrebbero prodursi con una mirata decisione da parte del giudice delle leggi.

È indubbio che la descritta dissociazione tra formanti non possa continuare a rappresentare le regole del gioco, quando, invece, solo un intervento legislativo organico potrebbe disciplinare le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore nato all'estero da gestazione per altri, ad esempio, con l'introduzione di una nuova tipologia di adozione, posto che tale istituto costituisce un modello di riferimento[77].

Un tale intervento dovrà, in primo luogo, rispettare i valori che l'ordinamento esprime, secondo il margine di apprezzamento che ciascuno Stato conserva nelle materie eticamente sensibili; in secondo luogo, appare indispensabile, a séguito di quanto precedentemente osservato, considerare i principi espressi dalla Corte di Strasburgo, secondo cui "l'impossibilità generale e assoluta di ottenere il riconoscimento del legame di filiazione tra un figlio nato da gestazione per altri all'estero e il genitore intenzionale non è conciliabile con l'interesse superiore del minore"[78].

Una riforma della materia nei termini appena esposti non potrà, dunque, prescindere da una valutazione della compatibilità delle misure da adottare con il *best interest of the child*, quale criterio fondamentale per la sua tutela.

77 Si pensi, ad esempio, alla soluzione accolta dal Regno Unito, mediante l'adozione di un regime che ricalca lo schema dell'adozione, ove la disciplina è contraddistinta da una specifica procedura giudiziaria di carattere graduale. Sul punto si rinvia alla nota n. 23.

78 Corte EDU, parere del 10 aprile 2019, par. 42.

BIBLIOGRAFIA.

Achille, D.: "Primato del diritto europeo e tutela dei diritti fondamentali nel sistema ordinamentale integrato", *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2018, p. 1840 ss.

Aragón Gómez, C.: "La legalización de facto de la maternidad subrogada", *Información laboral*, n. 4, 2017, p. 23 ss.

Aramini, M.: *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2003.

Asta, G.: "Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?", *Comunità int.*, 2013, p. 773 ss.

Atlan, H.: *L'utero artificiale*, Milano, 2006, p. 28.

Attanasio, C.: "La Consulta e il tema della omogenitorialità: un monito al legislatore sulla necessità di una più ampia tutela del superiore interesse del minore", *Familia*, 3, 2021, p. 335.

Attanasio, C.: "La fecondazione eterologa e le coppie omoaffettive nel sistema italiano: prospettive di tutela del nato", in corso di pubblicazione su *Actualidad Juridica Iberoamericana.*

Autorino, G.: "Profili evolutivi del diritto di famiglia (per un'introduzione storico-sistematica)", *comparazionedirittocivile*.it, 2018, p. 7.

Balestra, L.: "Inseminazione eterologa e status del nato", *Giur. it.*, 1999, p. 461.

Baratta, R.: "Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore", *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 10, 2016, p. 319.

Beier, K.: "Familiengrü̈ndung durch Leihmutterschaft - eine ethische Analyse", in Aa.Vv.: *Assistierte Reproduktion mit Hilfe Dritter* (a cura di K. Beier, C. Brugge, P. Thorn e C. Wiesemann), Berlin-Heildelberg, 2020, p. 155 ss.

Benanti, C.: "La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 235.

Bianca, M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore", *Familia*, 2019, p. 369 ss.

Boulanger, F.: *Droit civil de la famille*, Paris, 1994, p. 116.

Bridge, S.: *Assisted Reproduction and the Legal Definition of Prentage, in What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*, Oxford, 1999, p. 75.

Busnelli, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, I, 2002, p. 509 ss.

Buzi, S.: "La gestazione per altri nell'ordinanza della Prima Sezione: tra riconoscimento degli effetti e profili di legittimità", *rivistafamilia.it*, 2022.

Cahn N.-Carbone, J.: *United States of America, Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Cambridge, 2019, p. 3017 ss.

Carrasco Andrino, M.: "La protección penal de la filiación", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 2010, núm. 12, p. 23.

Casaburi, G.: "Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata", *Foro it.*, 2014, p. 3414.

Chini, C.: "Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore", *Riv. BioDiritto*, 1, 2016, p. 174 ss.

Ciani, G.: "Ancora su eteroinseminazione e disconoscimento della paternità: una pronuncia elusiva della Corte costituzionale", *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 35.

Collura, G.: "L'adozione in casi particolari", *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, p. 951 ss.

Cretney S.: *Family Law in the Twentieth Century*, Oxford, 2003, p. 543.

Criscuoli S.: "La legge inglese sulla 'surrogazione materna' tra riserve e proposte", *Dir. fam. pers.*, IV, 1987, p. 1029.

D'Avack, L.: "La maternità surrogata: un divieto inefficace", *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 146 ss.

D'Avack. L.: "Fecondazione eterologa assistita: l'evanescente, sibillina decisione della Consulta", *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 12.

Dell'Utri, M.: "Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione", *Giur. Mer.*, 2, 2010, p. 358 ss.

Di Masi, M.: "L'interesse del minore quale unica certezza nell'odierno diritto di famiglia", *Comparazione e diritto civile*, 1, 2019, p. 109 e ss.

Di Masi, M.: "Maternità surrogata: dal contratto allo «status»", *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 2014, p. 616.

Di Masi, M.: *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020, p. 65 ss.

Dogliotti, M.: "Le Sezioni unite condannano due padri e assolvono due madri", *Fam. dir.*, 2019, p. 653 ss.

Duden, K.: *Leihmutterschaft im Internationalen Privat - und Verfahrensrecht*, Tubingen, 2015, p. 120 ss.

Ferrando, G.: "Appunti sulle leggi francesi relative al rispetto del corpo umano", *Pol. dir.*, 1995, p. 315.

Ferrando, G.: "L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive", *Nuov. giur. civ. comm.*, II, 2012, p. 679 ss.

Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", *Fam. dir.*, 2019, p. 653 ss.

Ferrando, G.: "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis", *Corr. giur.*, 2017, p. 181.

Finocchiaro, M.: "Fecondazione artificiale tra diritto vivente, Corte costituzionale e prospettive de iure condendo", *Vita not.*, 1998, I, p. 1481.

Fossà, C.: "Filiazione – Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno", *Giur. it.*, 2017, p. 2075.

Fulchiron, H. – Bidaud Garon C.: "Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères, regard prospectif des arrêts Labassée et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014", *Revue Dalloz*, 2014, p. 1773.

Giunchedi, D.: "Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità", *Corr. giur.*, 10, 2019, p. 1198.

Gobert, M.: "Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos des maternités de substitution)", *RTD civ.*, 1992, p. 506 ss.

Hause, J.: *La filiation*, Paris, 1996, p. 68.

Henke, A.: "La giurisdizione consultiva della Corte di Strasburgo nel nuovo protocollo n. 16 alla CEDU", *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1244 ss.

Horsey, C.: "Presumptions: Legal Parenthood and Surrogacy Arrangements", *Child and Family Law Quarterly*, 22, 2010, p. 449.

Kriari Catranis, I.: "Human Assisted Procreation and Human Rights - The Greek Response to the Felt Necessities of the Time", *European Journal of Health Law*, 10, 2003, p. 271.

Kriari Catranis, I.: "Human assisted procreation, donor anonymity and surrogacy in the Greek legal frame", in Aa.Vv.: *Legal Essays in honor of Prof. Theod. Panagopoulos*, Athens, 2011, p. 437.

Lamarque, E.: "La prima decisione della Corte costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita", *Giur. cost.*, 1998, p. 2637.

Lawrence, D. E.: "Surrogacy in California: Genetic and Gestational Rights", *Golden Gate University Law Review*, 1991, p. 521.

Lecis, A.M.: "GPA e trascrizione degli atti di nascita: la Cassazione francese richiede il primo parere consultivo alla Corte EDU", *diritticomparati.it*, (18 ottobre 2018), p. 5.

Lee, R.G.-Morgan, D.: "Into the future and back to basics – Human fertilization and family structures", *Family Law. Essays for the new millenium*, Oxford, 2000, p. 200.

Lee, R.G.-Morgan, D.: *Human feritilisation & Embryology*, London, 2001, p. 201.

Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86 ss.

Letteron, R., *Le droit de la procréation*, Paris, 1997, p. 79.

Luciani, M.: "Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della CEDU, *Sistema penale*, 2019, p. 6 ss.

Macario, F.: *Diritto di famiglia. Questioni giurisprudenziali*, Torino, 2011, p. 32.

Masson, C.: "L'ordre public familial en péril?", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2018, p. 809 ss.

Mazzamuto, D.: "La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della genitorialità sociale", *Comparazione e diritto civile*, 2, 2020, p. 393.

Milan, G.: "La madre su commissione. Problemi giuridici", *Giust. civ.*, II,1985, p. 312 ss.

Molaschi B.: "La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparato tra Italia e Inghilterra", *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 524.

Molina Navarrete, C.: "Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2016, n. 399, p. 203.

Morelli, M.R., "Ancora una nuova tipologia di decisione costituzionale: la «interpretativa di inammissibilità» (a proposito della sentenza n. 347 del 1998, sulla azione di disconoscimento di figlio nato mediante inseminazione eterologa)", *Giust. civ.*, 1998, p. 2410.

Morosini, P.: "Fecondazione assistita eterologa e supplenza del giudice, dopo la sentenza n. 347/1998 della Corte Costituzionale", *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 20.

Niccolai S.: "La regola di giudizio. Un invito della Corte costituzionale a riflettere sui limiti del volontarismo", *Giur. cost.*, 2017, p. 2990 ss.

Ogbogu, U.: "Reference re Assisted Human Reproduction Act and the Future of Technology-Assisted Reproduction and Embryo Research in Canada", *Health Law Journal*, 19, 2011, p. 153.

Palmeri, G.: "Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 362.

Palmerini, E.: "Il disconoscimento di paternità del minore nato da fecondazione eterologa", *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 53.

Picaro, R.: *Famiglie e genitorialità tra libertà e responsabilità*, Napoli, 2017.

Porcelli, M.: *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, Napoli, 2016, p. 90 ss.

Radin, M.J.: "Market-Inalienability", *Harvard Law Review*, 100, 1987, p. 1849.

Rao, R.: "Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence", in Aa.Vv.: *Surrogate Motherhood: International Perspectives* (a cura di R. Cook e S. Day Sclater), Hart, 2003.

Renda, A: "La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore", *Corr. giur.*, 2015, p. 471.

Robertson, J.A.: "What Does it Mean to be a 'Parent'? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights", *New York University Law Review*, 66, 1991, p. 353.

Rodotà, S.: *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 56.

Romboli, R.: "Circa il disconoscimento di paternità da parte di marito consenziente inseminazione eterologa della moglie", *Foro it.*, I, 1998, c. 3042.

Romeo F.: *Genitori e figli nel quadro del pluralismo familiare*, Napoli, 2018.

Rosani, D.: "The best interest of the parents. La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, corti supreme e silenzio dei legislatori", *Riv. BioDiritto*, 1, 2017, p. 109 ss.

Ruggeri, A.: "Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del Prot. 16)", *Rivista AIC*, 2014, p. 18 ss.

Ruparelia, R.: "Giving away the 'gift of life': surrogacy and the Canadian assisted human reproduction act", *Canadian Journal of Family Law*, 23, 2007, p. 12.

Ryznar, M.: "International Commercial Surrogacy and Its Parties", *John Marshall Law Review*, 43, 2010, p. 1009.

Salone, B.: "Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004", *Riv. BioDiritto*, 2, 2014, p. 159.

Scalisi, V.: "«Famiglia» e «famiglie» in Europa", relazione svolta al convegno Persona e comunità familiare, Salerno, 28-29 settembre 2012, in *comparazionedirittocivile.it*.

Scalisi, V.: "La «famiglia» e le «famiglie» (il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma)", in Aa.Vv.: *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 1987, p. 431 ss.

Schillaci, A.: "Oltre la 'rigida alternativa' tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale", *Foro it.*, I, 2018, p. 5.

Sciancalepore, G.: "La maternità surrogata. Profili comparatistici", *Comparazione e diritto civile*, 2, 2021, p. 445 ss.

Senigaglia, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà, Tra fatto e diritto, essere e dover essere", *Europa e dir. priv.*, 3, 2017, p. 952.

Spadafora, A.: "Procreare semper licet?", *Dir. fam. pers.*, 3, 2019, p. 1098.

Spatafora, E.: "Il disegno di legge di ratifica ed esecuzione del protocollo n. 16 alla convenzione europea dei diritti dell'uomo, *dirittifondamentali.it* (5 febbraio 2020), p. 368 ss.

Spina, L.: "Nuove famiglie e circolazione dei nuovi status familiari: le risposte del diritto interno tra interesse del minore ed ordine pubblico", in Aa.Vv.: *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico ed interesse del minore* (a cura di G.O. Cesaro, P. Lovati e G. Mastrangelo), Milano, 2014, p. 136.

Stanzione, M.G.: "Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari", *comparazionedirittocivile.it*.

Trabucchi, A.: "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", *Riv. dir. civ.*, 1, 1986, p. 497.

Trabucchi, A.: "Procreazione artificiale e il concetto giuridico di paternità e maternità", *Riv. dir. civ.*, 1, 1982, p. 501.

Tullio, L.: "Prima applicazione della procedura consultiva prevista nel 'protocollo n. 16' CEDU e tutela dei minori", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, n. 13, 2020, p. 960 e ss.

Tyson Darling, M.J.: "New York State Creates New Governance of Commercial Gestational Surrogacy", *The New bioethics*, 2020, p. 328 ss.

Uccella, F.: "Consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: ciò che suggerisce la Corte costituzionale", *Giur. it.*, 1999, p. 465.

Vijay, M.: "Commercial Surrogacy Arrangements: The Unresolved Dilemmas", *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 3, 2014, p. 200.

Zil, C.: *The Effects of Compensation on the Supply of Surrogate Mothers*, p. 22, disponibile su *econweb.ucsd.edu*.



LA MATERNITA' SURROGATA ALLA LUCE DELLA RESPONSABILITA' GENITORIALE: ALLA RICERCA DI UN DELICATO EQUILIBRIO TRA GENITORIALITA' DI INTENZIONE E DIRITTO DEL MINORE AD UNA FAMIGLIA

SURROGACY IN THE LIGHT OF PARENTAL RESPONSIBILITY: SEEKING A DELICATE BALANCE BETWEEN INTENDED PARENTING AND THE RIGHT OF THE CHILD TO A FAMILY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 492-525

Serena
CANCELLIERI

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Lo scritto parte dalle argomentazioni delle ultimissime pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione al fine di analizzare lo stato dell'arte della pratica di maternità surrogata, ormai diffusa nonostante il divieto sancito in Italia dalla L.40/2004 all'art.12. Si individuano le criticità relative al riconoscimento degli atti di parentela straniera e soprattutto come queste possano generare un'attuazione problematica della responsabilità genitoriale nonché del preminente interesse del minore. Vengono inoltre esaminate le conseguenze dovute alle nascite da maternità surrogata bloccate in Paesi esteri a causa della pandemia e della guerra in Ucraina.

In conclusione l'articolo si pone come obiettivo quello di far luce sulla necessità di un adeguamento delle norme nazionali in materia di adozione al fine di vagliare delle soluzioni che tutelino concretamente il diritto del minore ad una famiglia.

PALABRAS CLAVE: Maternità surrogata; adozione in casi particolari; Ucraina; pandemia; guerra; "Limbo" dei minori

ABSTRACT: *The written part from the arguments of the latest rulings of the Constitutional Court and the Court of Cassation in order to analyze the state of the art of surrogacy practice, now widespread despite the ban sanctioned in Italy by L.40/2004 to art.12. We identify the critical issues relating to the recognition of acts of foreign kinship and especially how these can generate problematic implementation of parental responsibility, as well as the overriding interest in the child. The consequences of surrogacy births blocked in foreign countries due to the pandemic and war in Ukraine are also examined.*

In conclusion, the aim of the article is to shed light on the need for an adaptation of national adoption rules in order to explore solutions that specifically protect the right of the child to a family.

KEY WORDS: *Surrogacy; adoption in special cases; Ukraine; pandemic; war; "Limbo" of minors.*

SUMARIO.- I. PREMESSA.- II. MATERNITA' SURROGATA E RICONOSCIMENTO DELLA FILIAZIONE: UN PERCORSO IMPERVIO.- III. ELEMENTI DI NOVITA' RISPETTO ALLE PRONUNCE PRECEDENTI: IL FOCUS SULL'ADOZIONE DELLA SENTENZA N.79/2022 DELLA CORTE COSTITUZIONALE E L'ILLEGITTIMITA' DELL'ART. 55 DELLA LEGGE 4 MAGGIO 1983, N.184.- IV. LA SENTENZA DELLA CASSAZIONE, SEZ. I, N. 10989/22 E LA STRADA "ILLUMINATA" DALLA N. 79/2022.- V. L'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI COME NUOVA SOLUZIONE NELLO STATO ITALIANO A TUTELA DEI MINORI "IN SOSPESO"1. QUANTO LA CEDU E LA CONVENZIONE DELLE N.U. HANNO INFLUITO SU QUESTO PASSO AVANTI?- VI. CORONA VIRUS E SCOPPIO DELLA GUERRA IN UCRAINA: IL LIMBO DEI BAMBINI NATI DA MATERNITÀ SURROGATA.- VII. CONCLUSIONI.

I. PREMESSA.

Il mutamento delle esigenze della società, unitamente a quelle dei costumi sessuali, ai cambiamenti avvenuti sia al livello sociale, sia nelle relazioni familiari che nel lavoro, hanno generato un'apertura della società nei confronti della medicina riproduttiva.[2]

Anteriormente all'emanazione della legge sulla procreazione assistita (legge n.40/2004), era forte il dibattito che concerneva la disciplina sull'inseminazione artificiale. Si discuteva nel merito se fosse preferibile una tecnica legislativa per principi, rispetto a quella di tipo regolamentare.[3]

L'obiettivo perseguito dalla legge n. 40/2004, dunque, è quello di tutelare la salute procreativa, quale aspetto del più generale diritto alla salute che "coniuga al suo interno l'integrità psicofisica della persona, il suo benessere e la sua autonomia esistenziale"[4].

1 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32; Corte cost. 10 marzo 2021, n.33; Chiappetta, G..: "La nuova categoria di figli non riconoscibili e l'applicabilità dell'art. 279 c.c", *Cittadinanza europea (la),* 2021, fasc.1, pp.125-150.

2 Faraoni, A.B.: *La maternità surrogata la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffré, Milano, 2002, p.20.

3 Perlingieri, P.: "L'inseminazione artificiale e manipolazione genetica", in AA.VV.: Il *diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo- comunitario delle fonti* (a cura di P.Perlingieri), ESI, Napoli, 2006, pp.773 ss; Dogliotti, M., Figone, A.: *Procreazione assistita. fonti, orientamenti, linee di tendenza: commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40,* IPSOA, Milano, 2004, pp.2 ss; Villanacci, G: *Il concepito nell'ordinamento giuridico, soggettività e statuto",* ESI, Napoli, 2006, p. 9 ss.; Berti De Marinis, G.: "Maternità surrogata e tutela dell'interesse superiore del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della Corte EDU", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, num. 3, pp. 287-312.

4 Santuosso, A., Tomasi, M.: *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2011, p.192 ss., Pisu, A: "Salute procreativa e gestazione per altri. gli effetti avversi del divieto di maternità surrogata", *BioLaw Journal-rivista di Biodiritto*, 2022, num. 2, pp. 299-316.

• Serena Cancellieri
Phd Student in Legal and Social Sciences, Università di Camerino. E-mail: serena.cancellieri@unicam.it

La materia in esame è pertanto strettamente connessa alla libertà dell'individuo. Proprio su questa libertà è stata concepita la legge sulla procreazione medicalmente assistita: per essere di ausilio a quelle coppie che sono impossibilitate a procreare naturalmente[5].

Dall'osservazione di tecniche di procreazione alternativa, particolare riguardo, soprattutto nell'ultimo decennio, è stato conferito alla maternità surrogata.

Questa attenzione è da rilevarsi non solo per le conseguenze che la sua eventuale messa in atto apporti all'interno dello Stato in cui viene praticata, ma anche per le criticità riscontrabili sia con riguardo al riconoscimento di un legame di genitorialità, sia allo *status filiationis*.

La maternità surrogata è una realtà ormai inserita nel tessuto sociale a livello internazionale dato che numerosi sono gli Stati che la mettono in pratica.

Tant'è che nella letteratura giuridica, negli ultimi anni, il tema della maternità surrogata è al centro di un dibattito acceso che vede esprimere opinioni diametralmente opposte.

Nonostante il divieto ancora oggi in vigore sancito dalla legge 40/2004, all'art. 12 comma 6, la giurisprudenza non ha potuto fare a meno di esprimersi su fatti portati alla sua attenzione.

Si assiste, dunque, ad un fenomeno piuttosto variegato in cui Corte costituzionale e Corte di Cassazione continuano ad espletare un dialogo tra loro che, a volte, ha il sapore di argomentazioni, ormai stantie.

Ciò premesso si auspica innanzitutto un intervento del legislatore, innanzitutto per preservare il preminente interesse del minore, oltre che per rinnovare i confini ad una responsabilità genitoriale che sembra avere caratteristiche anacronistiche rispetto alle esigenze della società.

Infatti se da una parte si è riconosciuto alle coppie omosessuali il diritto di unirsi civilmente[6], di cooperare al fine di realizzare un progetto familiare, dall'altra però quella c.d. formazione sociale, che vede nell'unione di due persone la sua primordiale espressione, è destinata tristemente a non effettuare un salto, così come se fosse un'opera d'arte destinata ad essere inconclusa.

5 Ricci, G., Cannovo, N., Sirignano, A.: "La legge 40/04: a sei anni dalla sua emanazione alcune riflessioni in ambito medico-legale, scientifico e bioetico", *Riv.it. Ostet. Ginecol.*,2010, num. 25, pp. 182-90.

6 L. 20 maggio 2016 n.76

In effetti all'art. 29 della Costituzione riporta che "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare", nessuna menzione per le convivenze, né parimenti, per le unioni civili.

Nelle recenti pronunce sia della Corte costituzionale sia della Corte di Cassazione si può osservare un'inclinazione comune: la contrarietà verso la pratica della maternità surrogata seguendo la scia dettata già dai precedenti schieramenti giurisprudenziali.

Sono diverse le pronunce di cui ci si occuperà per riuscire a delimitare, quantomeno secondo le argomentazioni delle Corti, un'univocità di pensiero in merito alla gestazione altrui e al riconoscimento dell'atto di nascita e capire quale sia quel "vuoto normativo" lamentato dallo stesso diritto vivente.

Si traccerà un percorso logico- argomentativo per verificare come l'ordinamento possa tutelare ancora più efficacemente il preminente interesse del minore e rispettare solidaristicamente la parità della funzione genitoriale.

Prima di passare in rassegna alcune delle più recenti pronunce sia della Corte costituzionale sia della Corte di Cassazione e rilevare l'apporto che le stesse hanno dato all'evoluzione dell'approccio giuridico e sociale alla maternità surrogata, nonché al diritto del minore ad una famiglia, è necessario volgere lo sguardo al percorso giurisprudenziale che approda all'ultimo quinquennio[7].

II. MATERNITA' SURROGATA E RICONOSCIMENTO DELLA FILIAZIONE: UN PERCORSO IMPERVIO.

Nella nota e ormai storica sentenza del 27 ottobre 1989[8], il Tribunale di Monza aveva dichiarato "nullo per illiceità dell'oggetto, il contratto di affitto di utero" in quanto contrario all'art.5 c.c.[9].

Nel 2000, il Tribunale di Roma aderiva ad un'altra prospettiva, completamente inversa, collocando la locazione d'utero come contratto atipico[10], quindi meritevole

7 Casini, M: "Nota dell'Istituto di Bioetica a proposito della registrazione anagrafica di minore nato da maternità surrogata come figlio di coppia omosessuale", *Medicina e Morale*, 2010, num. 5, pp. 735-741.

8 A partire da questa sentenza la maternità surrogata è stata vietata in Italia.

9 Trib. Monza 27 ottobre 1989, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 1990, pp.355 ss., Grasso, G.A.: Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status-e-Book, G. Giappichelli Editore, Torino, 2022, p.12.

10 Tribunale di Roma, Ord. 17 febbraio 2000 *in Foro Italiano*, 2000, vol.123, n.3, pp.971-972 -981-982, Ciarlariello, G., Campolongo, A.A., Di Sanzo, M., La Russa, R., Santurro, A., Lo Voi, V., Frati, P.: "La maternità surrogata: evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2016, vol.2, fasc.4, p.1117.

di tutela e lecito quando questo realizzi il diritto a procreare in capo ad un soggetto che non ne ha la possibilità e quando sia mosso da motivi solidaristici e concesso per spirito di liberalità[11].

La posizione assunta dal Tribunale capitolino nel merito della gestazione altrui è peculiare, soprattutto se si considera che sono passate più di due decadi dalla medesima.

Quello che i giudici, nel merito, volevano metter in risalto era la libertà in capo alla donna, svincolata dal potere patriarcale, di poter decidere le sorti del proprio corpo e potersi "prodigare" in una gestazione per realizzare il desiderio e il progetto d'amore, procreativo e di autodeterminazione familiare, appartenente ad un'altra coppia[12].

Dopo circa dieci anni, nel 2009, la Corte di Appello di Bari riteneva che "il solo fatto che la legislazione italiana vieti la tecnica della maternità surrogata, ed il fatto che detta legislazione sia tendenzialmente ispirata al principio della prevalenza della maternità biologica su quella sociale, non sono, di per sé, indici di contrarietà all'ordine pubblico internazionale dei provvedimenti giudiziari stranieri che contrastino con detti principi"[13]. Quest'ultima consiste in una dichiarazione di liceità della trascrizione nei registri di stato civile del figlio nato tramite la gestazione altrui in un paese estero rispetto all'Italia[14].

Nel 2014 si esprimeva sul punto la Corte di Cassazione, con la nota sentenza n. 24001/2014 [15]che ribadiva il carattere di contrarietà alla legge italiana del ricorso all'utero in affitto per motivi di ordine pubblico. Pertanto tale motivazione non è stata messa in discussione neanche dalla nota sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, con la quale però, contrariamente alle aspettative, dichiarava costituzionalmente illegittimo il divieto di fecondazione eterologa imposto dalla legge 40/2004 all'art.4, comma 3, ovvero la tecnica di PMA che comporta la

11 Fineschi, V., Frati P., Turillazzi, E.: "L'ordinanza capitolina sul contratto di maternità surrogata: problematiche etico-deontologiche", *Rivista italiana di medicina legale*, 2000, vol. 2, pp. 594-615.

12 Busnelli, F. "Verso una madre intercambiabile? Riflessioni in margine alla sentenza del Tribunale di Roma del 14 febbraio 2000", *Bioetica,* 2000, n. 4, pp.674-680; D'avack, L.: "Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare", *Diritto di Famiglia*, 2000; num. 2, pp.706-722.

13 Dell'utri, M: "La maternità surrogata nella pronuncia della Corte d'Appello di Bari: la nozione dell'ordine pubblico internazionale e il criterio dell'interesse del minore", *Giurisprudenza di merito*, 2010, num.2, pp. 349-385; Vitale, A.R.: "Escursioni biogiuridiche in tema di maternità surrogata", *Medicina e Morale*, num. 2, 2016, pp. 167-186.

14 Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 14 dicembre 2021 V.M.A. contro Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo", Causa C-490/20: la grande sezione della Corte di giustizia ha stabilito che il diritto dell'Unione Europea impone agli Stati membri di riconoscere il certificato di nascita emesso dalle autorità di uno Stato membro in favore di una minore nata in tale Stato, tramite fecondazione eterologa, da una coppia femminile dello stesso sesso, al fine di consentire alla bambina di esercitare, con ciascuna delle due madri, il diritto di circolazione e soggiorno nel territorio europeo connesso al suo status di cittadina dell'Unione.

15 Corte di Cassazione, sez. I civ., 26 settembre 2014, n. 24001.

fecondazione degli ovuli di una donatrice con gli spermatozoi del partner della donna della coppia committente[16]. Una volta fecondato, l'ovulo diventa pre-embrione e viene posto nell'utero, precedentemente predisposto, per continuare il suo naturale sviluppo. La Corte, in quest'ultima occasione, nel pronunciarsi ribadiva che questa tecnica "va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori diverse metodiche, quali la cosiddetta surrogazione di maternità"[17]. La sentenza n. 162/2014 pone altresì l'accento sul diritto alla salute in termini di autodeterminazione, offrendone una visione più ampia; esso non viene considerato soltanto come diritto del singolo, ma anche come diritto alla "salute della coppia" di autodeterminarsi, inteso come aspetto fondamentale del rispetto alla vita familiare[18]. La motivazione su cui faceva perno la Corte per portare avanti il divieto di maternità surrogata è legata perlopiù alla contrarietà con l'ordine pubblico, in quanto questa pratica "offenderebbe in modo intollerabile la dignità della donna".

Oltre a porre in rilievo l'importanza per la salute della coppia di autodeterminarsi come tale in una progettualità caratterizzata dalla presenza di figli, indipendentemente dal dato genetico, la Corte si era soffermata su un altro fattore, ovvero quello secondo il quale "il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia e quindi del rapporto di filiazione".

Caratteristica essenziale della nozione di ordine pubblico, *file roug*e di tutta la giurisprudenza sulla maternità surrogata, però, è la relatività e mutevolezza nel tempo del suo contenuto. Questo è soggetto a modifiche per effetto dell'evoluzione dei rapporti politici, economici e sociali[19] al quale il divieto è obbligato a tenere il passo.

Un altro riferimento alla contrarietà all'ordine pubblico e alla trascrizione dell'atto di nascita di un minore nato da surrogazione di maternità, proviene dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016[20] e dalla sentenza della Cassazione n.12193 del 2019[21], dalla precedente sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2017[22], nonché dall'ordinanza interlocutoria della Cassazione Civile, sez.

16 D'Avack, L: "Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2014, n.3, p. 1005.

17 Corte cost., 10 giugno 2014, n.162.

18 Così come ribadito dalla Corte di Giustizia e dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, la quale in numerose occasioni pone l'accento sulla tutela del rispetto della vita familiare (art. 8 CEDU).

19 Femia, P.: "Ordine pubblico: la politica nel diritto", in AA.VV.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, (a cura di G.Zarra, G.Perlingieri, P.Perlingieri), ESI, Napoli, 2019, pp.1 ss.

20 Cass., Sez. I, 22 giugno 2016, n.12962.

21 Cass. Sez.Un., 8 maggio 2019, n.12193.

22 Corte cost., 18 dicembre 2017, n.272.

I, n.8325 del 29 aprile 2020[23] la quale ha rimesso gli atti alla Corte costituzionale per addivenire ad un' interpretazione costituzionalmente orientata[24].

La soluzione proposta nel 2016 dalla Cassazione, ha permesso di riconoscere il legame del bambino nato da PMA eterologa con la partner dello stesso sesso della madre naturale, trovando successivamente conferma presso la giurisprudenza costituzionale.

Nel 2019 la Cassazione a S.U. ha suscitato, con la pronuncia n.12193, grande interesse in dottrina[25]e in giurisprudenza, tanto da essere citata in numerose pronunce successive[26].

Da una parte si colloca in perfetta linea di continuità con la contrarietà alla maternità surrogata, giungendo così a sostanziare la nozione di ordine pubblico internazionale che impedisce la trascrizione dei relativi atti di nascita, trovando seguito nella linea di pensiero delle pronunce successive.

Dall'altra parte, invece, la decisione della Corte di Cassazione indica gli strumenti che concretamente tendono alla necessaria tutela per i minori nati da maternità surrogata e assicurando, laddove ne ricorrano i presupposti, il rilievo del rapporto genitoriale[27].

Con la sentenza della Cassazione n. 12193/2019 si pone in evidenza in modo innovativo un profilo della valutazione di compatibilità con i principi di ordine pubblico, forse rimasti all'ombra delle precedenti decisioni[28].

Tale pratica, ribadisce la Cassazione, rimasta pertanto invariata al vaglio della giurisprudenza dell'ultimo quinquennio, comporterebbe una mercificazione del corpo della gestante, la quale rinuncerebbe alla propria maternità a favore dei committenti e per questo motivo lesiva della sua dignità. Nella fecondazione eterologa, la problematica sembra essere maggiormente attinente agli atti di

23 Cass.civ.,Sez.I, 29 aprile 2020, n. 8325.

24 Pezzini, B.: "Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*", costituzionalismo.it,*2017, num.1, p.201.

25 Cass. Sez. Un. 8 maggio 2019, n. 12193, Luccioli, G: "Dalle sezioni unite un punto fermo in materia di maternità surrogata", *Il Foro Italiano*, 2019, vol.144 num. 12, pp. 4027-4034; Bigi, A: "L'ordine pubblico internazionale davanti alla Cassazione", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 2022, fasc.2, num.1, p. 561.

26 Cecchini, S.: ""Il divieto di surrogazione di maternità dopo la sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.", in AA.VV.: *Donne, libertà, diritti e tutele,* (a cura di M.V. Sanna, M. Masia), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, pp. 147-164.

27 Liberali, B.: "il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?"*, Osservatorio costituzionale*, 2019, fasc.5, 2019, p.201.

28 Barba, V.: "Gestación por sustitución y orden público internacional en el ordenamiento jurídico italiano. La última decisión de Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias/Surrogacy and international public order in the Italian legal system. The last decision of the Supreme Court and its consequences", *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol.7, num.1, pp. 69-101.

disposizione del proprio corpo, oltre al fatto che persiste un legame biologico con uno dei componenti della coppia. A differenza, invece, della gestazione per altri che realizza "una disposizione di status indipendentemente dal fatto che sia onerosa o gratuita"[29].

Su quest'ultimo punto vale la pena fare un breve riferimento alla difficoltà effettiva sia dal punto di vista sanitario che da quello psicologico di mettere in atto un progetto di genitorialità condivisa con la madre gestante e terza rispetto all'ipotetico rapporto parentale[30].

Le Sezione Unite con la suddetta pronuncia del 2019 hanno rimarcato l'impossibilità di dare esecuzione nell' ordinamento italiano ad un provvedimento straniero che riconosca il rapporto di genitorialità tra il minore nato attraverso gestazione altrui e il c.d. genitore d'intenzione[31].

La posizione intrapresa dalla Corte sembra essere chiara: il divieto di surrogazione di maternità integra un principio di ordine pubblico che trova la sua *ratio* nella tutela dei valori fondamentali, in particolare tutela la salute della gestante e l'eventuale mercificazione del suo corpo.

Un confine quasi "tassativo" per non incombere, perlomeno in Italia, in situazioni di criticità che affliggono esperienze estere[32] con abusi sia nei confronti della salute psicofisica della donna sia del minore[33].

Quindi se da una parte si è, quantomeno idealisticamente, "concessa" la trascrizione del minore nei registri di nascita proprio per proteggere il diritto del medesimo ad avere un'identità e di conseguenza il suo interesse preminente, dall'altra, però, il diritto vivente faticosamente protende sia verso il riconoscimento

29 Bianca, M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?", *Familia*, 2019, fasc.3, cit. p. 369-375.

30 Agosta, S: "In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri", *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, fasc.1, 2018, pp. 79-114.

31 Buzi, S.: "La gestazione per altri nell'ordinanza della Prima Sezione: tra riconoscimento degli effetti e profili di legittimità", *Familia online*, 17 maggio 2022; De Angelis, F.: "L'assenza di legame biologico quale causa ostativa alla trascrizione dell'atto di nascita", *GiurispudenzaCivile. Com*, 13 settembre 2019; Salanitro, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, n.35, p.737; Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", *Famiglia e diritto,* 2019, num.1, p. 677-686; Dogliotti, S.: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri", *Famiglia e diritto*, 2019, num.7, pp. 667-676.

32 La russa, R., Campologno, A., V., R.V., Gatto, V., Scopetti, M., Santurro, A., Di lascio, C., Turillazzi, E., Frati, P.: "Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali", *Responsabilita' Civile e Previdenza,* 2017, fasc.2, pp. 1 ss.

33 La dottrina in questo è fortemente divisa in coloro che prendono spunto dal concetto di atipicità contrattuale della surrogazione di maternità propinandone una soluzione che vede la gestante approcciarsi con spirito solidaristico e volontario, dall'altra la dottrina eccepisce un pericolo anche qualora si tratti di gestazione per altri volontaria in quanto si pone la problematica, peraltro legittima, del mantenimento della gestante nelle cure mediche e psichiche. Faraoni, A.B.: *La maternità surrogata*, cit., pp. 5 ss.

di un legame di filiazione sia di una responsabilità genitoriale in capo alle coppie che sono ricorse alla maternità surrogata[34].

A questo proposito si configura interessante, seppur facendo un passo indietro di qualche anno, completare le suddette argomentazioni alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2017 che ha iniziato ad "aggiustare il tiro" ad una categorica e tassativa contrarietà all'ordine pubblico poiché ha avanzato l'ipotesi di un'interpretazione giudiziale casistica e pertanto costituzionalmente orientata.

Il giudice dell'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale concepito mediante surrogazione di maternità deve valutare comparativamente l'interesse alla verità e l'interesse del minore[35].

La valutazione caso per caso comporta da una parte il raggiungimento di un equilibrio tra *favor veritatis* e preminente interesse per il minore[36] e consiste di fatto in un modo di aggirare il divieto categorico imposto dall'art. 12 della legge 40/2004 che ancora una volta conferma la necessità di colmare la lacuna persistente che si palesa nell'applicazione della medesima normativa. La Corte afferma che "se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore[37], va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro"[38].

È un bilanciamento che presuppone un giudizio comparativo che si basi sulla ragionevolezza[39] tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità sullo *status* e le conseguenze che da questo potrebbero derivare con riguardo alla posizione giuridica e alla tutela del minore[40].

34 La maternità surrogata, anche se le Sezioni unite non l'hanno rilevato, lede anche la dignità del nascituro, trattato al pari di una res ed esposto al rischio d'incertezza in ordine alla sua identità filiale. Miggiani, G.: "Alcune questioni preliminari in materia di gestazione per altri.", *Ragion pratica*, 2021, num., pp. 141-159.

35 La sentenza della corte costituzione è stata pronunciata sulla scia delle sentenze della Corte EDU, 26 giugno 2014, nei confronti della Francia, sui ricorsi n. 65192/2011 (Menneson c/o Francia) e n. 65941/2011 (Labassee c/o Francia) in casi riguardanti il rifiuto di procedere alla trascrizione nei registri dello stato civile francese degli atti di nascita formatisi all'estero a seguito di procreazione con maternità surrogata.

36 Marra, G: "Divieto di maternità surrogata e interesse del minore: un nodo da sciogliere caso per caso", *Ilfamiliarista it*, 2018, num. 4, pp.1-6.

37 Chiappetta, G: "Favor veritatis ed attribuzione dello status filiationis" *Actualidad Jurídica iberoamericana*, 2016, num.4, pag. 144-186; Nalin, E: "Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell'ordine pubblico e superiore interesse del minore, *Freedom, Security & Justice:*
European Legal Studies, 2022, num.1, pp.237-257.

38 Corte Costituzionale 18 dicembre 2017, n.272.

39 Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, ESI, Napoli, 2015, p. 4 ss.

40 Savi, G: "Procreazione e filiazione: le azioni di status filiationis ed il canone di rispondenza a verdicità", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, fasc.4, p. 1732; Federico, A: "Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore", *Giustizia Civile,* 2020, fasc.4, p. 647; Rascioni, V: "L'impugnazione del riconoscimento tra favor veritatis e tutela degli interessi del figlio", *Ilfamiliarista.it,* 2022, 25 maggio 2022.

È necessario, quindi, prendere le mosse da questa scia interpretativa per comprendere le recentissime pronunce che nell'ultimo quinquennio si sono susseguite.

Le pronunce successive, in Italia, hanno confermato la suddetta posizione, seppur tra alti e bassi, incertezze e argomentazioni differenti. Si è approdati ad un nulla osta in merito alla fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Un "sì" della giurisprudenza che ha intensificato, nel nostro ordinamento, da una parte la preferenza ad accogliere una genitorialità che si basi su un legame biologico, seppur minimo, dall'altra però ha aperto ad un'ulteriore possibilità la progettualità familiare.

Da una parte la posizione ribadita dalla giurisprudenza continua a guardare con predilezione al legame biologico e la motivazione è legata alla soggettività di chi accede alle tecniche di PMA, dall'altra in nome del preminente interesse per il minore si è approdati alla necessità di un riconoscimento della trascrizione dell'atto di nascita. Lasciare un bambino senza identità, senza il diritto ad avere un nome equivarrebbe a non permettergli un sano ed equilibrato sviluppo.

Appare chiaro, quindi, che l'unico modo attualmente praticabile per vivere una genitorialità esclusivamente intenzionale consisterebbe nell'istituto dell'adozione. Anche in questo caso l'argomento non sembra scevro da criticità: quale adozione è concessa a coloro che sono gli stessi ad essere esclusi, per chiare cause fisiologiche?

Proprio a questo proposito, è fondamentale, precisare che la legge n. 40/2004 ha subito una serie di interventi di scrittura giudiziale che ne hanno modificato l'assetto originario.

Questi interventi non interessano solamente i c.d. requisiti soggettivi sanciti dall'art.5 della medesima legge, ma anche ciò che concerne il preminente interesse per il minore e il diritto dello stesso di essere inserito in un nucleo familiare.

La Corte costituzionale con le sentenze n. 32 e n. 33 del 2021 si è espressa sull'annoso problema della possibilità di un provvedimento giudiziario straniero di accertamento del rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante maternità surrogata e il genitore c.d. d'intenzione.

Risultato di questo "iter" giurisprudenziale è senza dubbio uno: la presenza nella realtà di una nuova categoria di bambini "non riconoscibili"[41], i quali oltretutto non godono di tutela in merito al mantenimento, all'educazione, all'istruzione e ai diritti

41 Corte cost. 28 gennaio 2021, n.32 e n. 33.

successori che dovrebbero spettare loro, così come previsto dalla responsabilità genitoriale[42].

La sentenza n. 32 del 2021 ha posto l'accento sulla differenza tra il divieto della PMA di tipo eterologo e la tutela del nato, giungendo così a concludere che ciò non contrasta con l'ordine pubblico interno e ad un riconoscimento della genitorialità d'intenzione attraverso l'applicazione degli artt.8 e 9 della legge n. 40/2004.

Con la sentenza della Corte cost. n.33 del 2021, invece, non è stato possibile pervenire alla medesima conclusione in quanto trattasi di un caso di maternità surrogata e in quanto tale privo di qualsiasi legame biologico con il nascituro.

Pur ammettendo la scissione che intercorre nel riparto di tutele tra la tutela del nato- nascituro e il divieto di surrogazione di maternità, i giudici si sono pronunciati con l'inammissibilità della questione proprio alla luce della precedente e nota sentenza della Corte di Cassazione a S.U. n. 12193 del 2019.

Fermo restando che la Corte nel caso *de quo* si è espressa in seguito alla questione sollevata dall'ordinanza della Corte di cassazione sezione I del 29 aprile 2020, n.8325 in un'ottica costituzionalmente orientata e in relazione agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 cost., all'art.8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9, e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 e all'art.24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).

L'ordinanza della I sezione della Corte di cassazione n.8325 del 2020 ha messo in dubbio la compatibilità del divieto di riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico con una pluralità di parametri costituzionali giungendo ad esprimere un orientamento diametralmente opposto rispetto al precedente allineamento giurisprudenziale, arrivando a sollevare questione di incostituzionalità relativamente al mancato riconoscimento del figlio nato mediante surrogazione di maternità.

Il divieto di riconoscimento violerebbe infatti l'art.117, comma 1, cost. in relazione ai diritti del minore al rispetto della propria vita privata e familiare, art. 8 CEDU, a non subire discriminazioni, a vedere preso in considerazione come preminente il proprio interesse, ad essere immediatamente registrato alla nascita e ad avere un nome, a conoscere i propri genitori, ad essere da loro allevato e a non essere separato dal proprio nucleo familiare, nonché ai diritti riconosciuti dall'art.24 CDFUE[43].

42 Ferrando, G.: "Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte costituzionale n. 32 e 33 del 2021", *Giustizia Insieme.it*, 2021; Pinelli, A.M: "La Corte costituzionale interviene sui diritti del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. Brevi note a Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33", *Giustizia Insieme.it*, 2021; Chiappetta, G.: "Le sentenze della Corte costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.", *Giustizia Insieme.it*, 2021.

43 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Le violazioni si desumerebbero, secondo la stessa Corte di cassazione che ha emesso l'ordinanza, dal parere consultivo della grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale afferma che il rispetto della vita privata del bambino richiede che il diritto nazionale dia la possibilità di riconoscimento del legame di filiazione con il genitore d'intenzione e che il medesimo riconoscimento non comporta l'obbligo di trascrizione dell'atto di nascita straniero nei registri dello stato civile potendosi realizzare attraverso l'istituto dell'adozione.

Pertanto, secondo la medesima Corte rimettente "l'attuale diritto vivente non sarebbe adeguato rispetto agli standard di tutela dei diritti del minore" in quanto il ricorso all'istituto della *stepchild adoption* riconosciuta, invece, come soluzione dalla sentenza della Corte di cassazione n. 12193 del 2019 non costituirebbe un vero e proprio rapporto di filiazione[44].

L'assegnazione alle Sezioni Unite dell'annosa questione ha un significato non irrilevante, ovvero quello di trovare una soluzione che permetta una tutela significativa per il minore anche qualora sia nato da maternità surrogata.

La pronuncia, nell'individuare il rilevante deficit di tutela del minore derivante dal diritto vivente[45], in quanto limitato alla adozione in casi particolari ex art. 44, lett. d), l. n. 184/1983, impone, secondo l'ordinanza interlocutoria, una rimeditazione dell'approdo a cui le Sezioni Unite della Corte erano pervenute con la pronuncia n. 12193 del 2019, ritenendo non trascrivibile l'atto predetto perché contrario ai principi di ordine pubblico internazionale[46].

La Cassazione, nelle argomentazioni trattate nell'ordinanza n. 8325/2020[47] si era basata proprio sulla n. 12193 del 2019 per pronunciarsi sulla questione della mancata trascrizione dell'atto di nascita, ma la stessa nel 2022 torna ad esprimersi sul medesimo tema, questa volta sottolineando l'esigenza di un approccio differente, tanto da rimettere alle Sezioni Unite la questione.

Occorre quindi considerare il preminente interesse per il minore caso per caso, solo così il giudice potrà valutare il reale interesse del minore nonostante questo sia nato da maternità surrogata[48].

44 A tale proposito le Corte di Cassazione si è espressa sul riconoscere il pieno legame di filiazione anche nel caso di adozione in casi particolari.

45 Corte EDU, parere consultivo 10 aprile 2019, su richiesta n. P16-2018-001.

46 Passafiume, L.: "Trascrizione di atto di nascita estero di minore nato da gestazione per altri e riconoscibilità dello stato di figlio nei confronti del genitore d'intenzione", *GiustiziaCivile.com*, 2022.

47 Cass. civ. Sez. I del 29 aprile 2020.

48 Sulla necessità di considerare gli ordinamenti tedesco e francese che pur vietando la gestazione per altri consentono la trascrizione dell'atto di nascita cfr. sent. Corte cost. n.33 del 2021.

La sentenza n. 33 del 2021, considerata da alcuni, dal valore meramente processuale[49], ha inquadrato più precisamente l'interrogativo che da anni è stato posto: quello di stabilire se, alla luce della complessità della vicenda, il diritto vivente sia compatibile con i diritti del minore.

La recentissima ordinanza interlocutoria n.1842/2022 del 21 gennaio 2022 della Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione ha rimesso gli atti al Primo Presidente al fine di assegnare alle Sezioni Unite la questione riguardante il riconoscimento dell'atto di nascita di uno Stato estero di un minore nato attraverso la pratica di maternità surrogata, vietata in Italia, ma legittima in alcuni Stati esteri, nel caso di specie in Canada.

A parere della Cassazione, pronunciatasi con l'ordinanza n. 1842/2022, è necessaria una pronuncia a Sezioni Unite sulla questione in quanto è stato ribadito dalla giurisprudenza, in più battute, l'esistenza di un vuoto normativo da colmare[50].

Interessante è vedere come nelle sue argomentazioni la Corte si sia espressa circa l'inadeguatezza dell'istituto dell'adozione "in casi particolari", a norma dell'art. 44, comma 1, lett. d, l. n. 184/1983, al fine di soddisfare ed attribuire una genitorialità d'intenzione in capo al genitore non biologico.

La criticità che si evince, però, è la dipendenza dell'attribuzione dello stato di filiazione in capo al genitore d'intenzione a partire dal consenso del genitore biologico; questo infatti potrebbe non acconsentire, in caso di sopravvenuta crisi di coppia, privando così il minore del rapporto di genitorialità con il genitore non biologico e non garantendo la parità tra le figure genitoriali.

Sotto il vaglio della Corte è stata valutata la possibilità di trascrizione di un atto di nascita estero di minore nato da maternità surrogata.

L'ordine pubblico internazionale, *focus* su cui si basano le osservazioni della Corte, impone la necessità di assicurare al minore la conservazione dello *status* con specifico riferimento al riconoscimento dei legami familiari ed al mantenimento dei rapporti con chi ha legalmente assunto il riferimento della responsabilità genitoriale.

Altrettanto specificata dalla Corte stessa è la questione della non riconducibilità al concetto di ordine pubblico della previsione che il minore debba avere genitori di sesso diverso.

49 Chiappetta, G.: "Le sentenze", cit.

50 Caldironi, M.: "Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta?", *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2022, num. 2, pp. 317-327.

Pertanto continua la Corte "le scelte del legislatore italiano appaiono frutto di discrezionalità e non esprimono principi fondanti a livello costituzionale che impegnino l'ordine pubblico; né può ritenersi rilevante la sanzione penale comminata dal sesto comma dell'art. 12 della legge 40/2004".

In sostanza, le questioni di legittimità che la Corte è stata chiamata ad esaminare riguardano lo stato civile dei bambini nati attraverso la pratica della maternità surrogata.

In numerose pronunce si è sottolineato come, aldilà del divieto imposto, di prioritaria urgenza sarebbe identificare la possibilità per questi bambini di vivere una genitorialità equilibrata in cui siano presenti entrambe le figure genitoriali.

Oltre a ciò, ribadisce la Corte, l'attuale diritto vivente in Italia non si dimostra adeguato rispetto agli standard di tutela dei diritti del minore indicati dal parere consultivo della Grande Camera, in quanto la possibilità del ricorso all'adozione "in casi particolari" da parte del genitore di ""intenzione", non è del tutto idonea a tutelare i diritti del bambino in quanto non determina un vero rapporto di filiazione ed oltre a ciò non comporta l'effettività e la tempestività del riconoscimento del rapporto di filiazione ritenuto, invece, indispensabile dalla Corte EDU.

In Italia, infatti, precedentemente alla sentenza n. 79 del 2022 della Corte costituzionale che verrà esaminata nel paragrafo successivo, l'adozione in casi particolari, non creando un vero rapporto di parentela tra adottante ed adottato non sarebbe sufficiente a tutelare il minore e far sì che questo venga effettivamente riconosciuto al pari degli altri figli.

Oltre a ciò avrebbe sottoposto il minore ad un rischio, ovvero quello che concerne l'eventuale separazione della coppia adottante.

Secondo la Corte EDU, infatti, siffatto riconoscimento andrebbe a ledere il diritto del minore sia all'inserimento effettivo in un nucleo familiare inteso come formazione sociale, sia alla sua identità senza che tale violazione possa essere contestualizzata in un'ottica di bilanciamento di valori.

La problematica messa in luce attiene alla contrarietà con l'ordine pubblico di un'eventuale immissione nell'atto di Stato civile del "genitore d'intenzione" poiché in contrasto con gli art. 2,3,30,32,117, comma 1, Cost.

Pertanto la Corte nella pronuncia esaminata si basa sulla sentenza n.12193 del 2019 in cui le Sezioni Unite civili non avevano ritenuto eseguibile nel nostro ordinamento un provvedimento estero attributivo di "status" di figlio ad un minore nato tramite gestazione per altri.

Le motivazioni alla base di questo rifiuto si collocano in perfetta linea di continuità con la contrarietà alla maternità surrogata, giungendo a sostanziare la nozione di ordine pubblico che impedisce la trascrizione dei relativi atti di nascita.

Altra pronuncia citata dalla Corte nell'ordinanza n. 1842/2022 è quella della Corte costituzionale n.272/2017 che già cinque anni prima ribadiva le medesime argomentazioni a sfavore di un riconoscimento della genitorialità d'intenzione nel caso di surrogazione di maternità.

La differenza, sicuramente non trascurabile, sta nell'aver preso coscienza, nelle ultime pronunce delle Corti, dell'esigenza di effettuare delle scelte al fine di colmare quel c.d. "vuoto legislativo" attraverso un bilanciamento che tenga presente la tutela del preminente interesse per il minore armonizzandolo con le nuove esigenze delle società e con il limite imposto dal divieto di maternità surrogata.

Se prima non era nemmeno menzionato come prioritario l'interesse per il minore, ad oggi, non esiste alcuna pronuncia, in ogni grado di giudizio, che faccia a meno di citarlo.

Quindi è pacifico ormai considerare il diritto vivente come puerocentrico.

Le motivazioni addotte sono simili e in particolar modo si incentrano sul contrasto con l'ordine pubblico che inevitabilmente si verrebbe a creare in quanto la maternità surrogata è vietata in Italia, nonché penalmente sanzionata a norma dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 posto a tutela di valori fondamentali quali la dignità della donna gestante e l'istituto dell'adozione.

Sembra ormai assodato, stando alle pronunce fino ad ora esaminate, differenziare da una parte l'illiceità della maternità surrogata e quindi la contrarietà all'ordine pubblico, dall'altra la tutela del minore.

Ciò premesso, c'è da domandarsi se sarà effettivamente possibile per il giudice effettuare un bilanciamento di principi costituzionalmente orientato che tenga presente altresì delle fonti sovranazionali, al fine di trovare una soluzione concreta per la tutela dei minori nati da maternità surrogata.

Ciò che traspare dalle ultime pronunce sia della Corte di Cassazione n.1842/2022 sia della Corte Costituzionale n. 33/2021 non è una netta esclusione dell'ipotesi di riconoscere una genitorialità d'intenzione e di conseguenza attribuire concretamente al minore la tutela di cui necessita. Nella pratica si assiste ad un mutamento di concetto di ordine pubblico in armonia con quelle che sono le

esigenze della società nonché quelle di tutela, così come ribadito anche dalla Corte EDU in più occasioni.

Sicuramente sia la Cassazione sia la Corte costituzionale prendono le mosse dalle pronunce della Corte EDU, la quale non ha fatto a meno di osservare la disparità di trattamento presente in Italia rispetto ad altri Stati: "la Corte EDU ritiene necessario che ciascun ordinamento garantisce la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il "genitore d'intenzione", al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati"[51].

È una posizione fondamentale quella della Corte EDU che inquadra pienamente la necessità di porre rimedio a tale situazione vagliando la possibilità di ricorrere all'istituto dell'adozione dei minori nati da surrogazione di maternità, al fine di tutelarne la condizione in cui versano e che esula dalle loro volontà. Piuttosto la Corte EDU ne profila una soluzione, rispettando pienamente la vita e la costruzione di una loro identità.

La Corte sottolinea come l'adozione possa ritenersi sufficiente a colmare quella mancata tutela dei suddetti, dato che costituirebbe una vera e propria "filiazione" tra adottante ed adottato, a patto che le norme di diritto interno garantiscano sia l'effettività sia la celerità della sua messa in pratica.

L'interpretazione della Corte EDU tiene presente in primo luogo il preminente interesse del minore, attraverso il bilanciamento di principi che non surclassano l'ordine pubblico.

Il divieto permane, ma l'interpretazione viene valutata caso per caso.

Rispetto al divieto categorico espresso nelle precedenti pronunce, la giurisprudenza delle Corti si sta aprendo ad una diversa prospettiva che tende ad arginare e "vestire" la criticità riscontrata di un nuovo strumento: l'adozione in casi particolari.

Sono ormai considerate come due realtà differenti: da una parte il divieto imposto dalla legge n. 40/2004, dall'altra quello conseguente e relativo al riconoscimento dello *status filiationis*, peraltro garantito anche ai figli incestuosi alla luce, anche in questo caso, di un lungo percorso giurisprudenziale.

Certamente la maternità surrogata, laddove imposta alla gestante o messa in atto per motivi economici, offende in modo indiscutibile la donna, nonché la vita, riconducendola ad un mero commercio di geni e di corpo della donna.

51 Corte EDU, decisione 12 dicembre 2019, C contro Francia ed E. contro Francia; paragrafo 42; sentenza D. contro Francia, paragrafo 67.

Comunque è altrettanto indiscutibile la necessità di garantire l'identità ad un figlio, nonché di attribuirgli una genitorialità.

Proprio per questo la sentenza n. 79/2022 della Corte costituzionale si inserisce come spiraglio di possibilità concreta, sia in capo al minore sia alle coppie, di attribuzione effettiva di una genitorialità.

Emerge altresì il riconoscimento da parte delle Corti di separare il divieto in sé di maternità surrogata dal diritto all'avere uno *status filiationis*, cosa che comporta due filoni di conseguenze completamente diversi.

III. ELEMENTI DI NOVITA' RISPETTO ALLE PRONUNCE PRECEDENTI: IL FOCUS SULL'ADOZIONE DELLA SENTENZA N.79/2022 DELLA CORTE COSTITUZIONALE E L'ILLEGITTIMITA' DELL'ART. 55 DELLA LEGGE 4 MAGGIO 1983, N.184.

Con le citate pronunce n. 79/2022 e n. 10898/2022[52] le tematiche trattate, seppur diverse, si ricongiungono in un medesimo quesito: come fare per garantire la tutela del preminente interesse del minore senza poter riconoscere una genitorialità d'intenzione in assenza di un legame biologico?

Il *focus* di queste due pronunce è proprio quello di cercare una soluzione che possa dar valore giuridico alla genitorialità d'intenzione; proprio per questo il minimo comune denominatore di entrambe è l'istituto dell'adozione in casi particolari, quale strumento di tutela della filiazione.

Per quanto concerne il caso esaminato dalla Corte costituzionale nella sentenza del 28 marzo 2022, n.79 il minore oggetto del procedimento è stato concepito tramite il ricorso alla surrogazione di maternità. La questione di legittimità costituzionale dell'art.55 della legge 4 maggio 1983, n.184 è stata sollevata dal Tribunale di Bologna[53]. Nello specifico nella parte in cui, mediante il rinvio all'art.300 c.c., prevede che l'adozione in casi particolari non fa nascere alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. La questione al vaglio della Consulta è approdata verso un'importante conclusione: la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art.55 della legge 4 maggio 1983, n.184 nella parte in cui prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.[54]

52 Cass. civ., sez. I, ord. 5 aprile 2022, n. 10989.

53 Tribunale per i Minorenni di Bologna, sentenza 25 giugno 2020; Cianciolo, V.: "Consulta. L'adozione in casi particolari stabilisce legami giuridici tra l'adottato e i parenti dell'adottante", *Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia*, 28 marzo 2022.

54 Sent. Corte cost. 28 marzo 2022, n.79,

A questo proposito la dottrina si divide ponendosi il quesito se, considerata la disciplina, l'eccezione prevista per l'adozione dei maggiorenni (ai sensi dell'art. 74 c.c.) debba applicarsi anche per l'adozione in casi particolari stabilita dalla legge 4 maggio 1983, n.184.

Una parte della dottrina[55]afferma che l'esclusione della parentela disposta per i maggiorenni si debba attribuire anche agli adottati in casi particolari perché se così non fosse l'istituto dell'adozione sarebbe privato della sua funzione. Questo perché all'adottato sarebbe attribuito lo stato di figlio nato all'interno del matrimonio degli adottanti non facendo venire meno il legame con la famiglia d'origine, risultando così il minore inserito in due famiglie.

Un'altra parte della dottrina, peraltro dominante, invece, estende il riconoscimento dello stato di figlio anche ai minori adottati in casi particolari soprattutto dopo la riforma introdotta con il d.lgs 219 del 2012 che ha equiparato lo stato di figlio, unificandolo[56].

Nella sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022 si evince che "lo sforzo di arginare la pratica della maternità surrogata, che richiede impegni anche a livello internazionale, non consente di ignorare la realtà di minori che vivono di fatto in una relazione affettiva con il partner del genitore biologico". Con questa pronuncia la Corte costituzionale sembra dare una cornice ad un quadro problematico già risultante nell'ultimo decennio.

Quindi, ci sarà una soluzione concreta a tutela dei minori nati da maternità surrogata?

IV. LA SENTENZA DELLA CASSAZIONE, SEZ. I, N. 10989/22 E LA STRADA "ILLUMINATA" DALLA N. 79/2022.

L'altra recentissima pronuncia che riguarda l'annoso problema dell'adozione in casi particolari è la Cass. civ., sez. I, n. 10989 del 2022 che percorrendo la strada illuminata dalla Corte costituzionale con la n. 79/2022, riconosce il legame di filiazione attraverso l'adozione del minore, figlio del coniuge nato da una precedente relazione e con rapporti continuati con il padre biologico.

55 Bianca, C. M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Rivista di diritto civile*, 2013, num.59, pp.1-6, Sesta, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Fam. dir.*, 2013, num.3, p. 231; Dogliotti, M.: " Adozione di minori e abbandono : caratteri e prospettive", in AA.VV.: *Diritto del minore ad una famiglia : tavola rotonda a 10 anni dalla l. 28 marzo 2011 n. 149 : Pisa, venerdì 11 novembre 2011*, (a cura di C.Murgo), Pisa University Press, Pisa, 2013, pp. 21-25.

56 Dossetti, M.; Lupo, M.: *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione assistita: problemi e responsabilità: atti della giornata di studio, Milano, 30 settembre 2009*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 95.

Il coniuge della donna chiede di poter adottare la figlia minore della stessa che convive con la coppia e che ha instaurato con il richiedente un buon rapporto. Nel frattempo la medesima intrattiene rapporti sereni con il padre biologico.

La questione è stata portata all'interesse della Cassazione per alcune motivazioni: 1) il contrasto di quanto disposto dalla legge n. 184/1983 e che la minore vivesse già un rapporto sereno con suo padre biologico facendo sì che venisse poi riconosciuta la genitorialità in capo a tre persone; 2) secondo la Corte d'Appello non consisterebbe nell'interesse della minore l'essere adottata dal coniuge della madre[57].

Sebbene la Corte di Appello si basi su elementi fattuali per portare avanti la sua tesi, come ad esempio l'effettiva mancanza dello stato di abbandono, a quanto pare la Cassazione, con lungimiranza, ne coglie altri.

Infatti l'eventuale adozione intrapresa dal coniuge della madre può effettivamente rendere l'ambiente familiare e la convivenza più armoniosi a vantaggio della minore. Oltre al fatto che suo padre biologico ha prestato il proprio assenso all'adozione, così come stabilito dall'istituto dell'adozione in casi particolari e che oltre a ciò non si trovava nelle condizioni economiche per poter garantire alla minore il mantenimento, l'istruzione e l'educazione.

Il fatto che in entrambi i casi, le Corti abbiano riconosciuto un valore maggiore ed effettivo alla genitorialità d'intenzione e abbiano trovato un modo per usare a pieno lo strumento dell'adozione in casi particolari è fondamentalmente per dare un futuro a tutti quei minori che attendono di "esser figli".

Sebbene non si possa ancora arginare il divieto di surrogazione di maternità e la sua contrarietà all'ordine pubblico, attraverso un ragionevole bilanciamento di principi però, si è riconosciuto uno spiraglio di luce per tutti quei minori che sono venuti al mondo subendo le conseguenze di una procreazione avvenuta "illecitamente" in un Paese estero che l'ammette e senza considerare le conseguenze a loro discapito.

L'adozione in casi particolari comporta, ad oggi, il riconoscimento di una genitorialità d'intenzione che include a pieno titolo l'adottato all'interno della famiglia dell'adottante; vengono così ad essere riconosciuti dalla giurisprudenza i legami di parentela tra famiglia dell'adottante e adottato.

57 Della Rocca, M.: "Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari", *Fam e dir,*2013, num.1, pp. 838-842; Di Stefano, L.: "Adozione del minore, figlio del coniuge nato da una precedente relazione, e rapporti continuati con il padre biologico", *Giustizia civile.com,* 25 agosto 2022.

Occorre comunque rivolgere grande attenzione al contesto familiare ed interpretare questo "strumento" secondo il caso specificatamente in esame in quanto si incorre nel pericolo, pertanto deleterio per il minore stesso, di interpretare il *best interest of child* come "valore tiranno".

Quest'ultimo va bilanciato considerando le situazioni soggettive delle persone che vertono intorno alla figura del minore, proprio per riuscire a far sì che lo stesso raggiunga un equilibrio, un'identità e una crescita psicofisica sana[58].

Nonostante il dettato normativo e la preferenza data alla genitorialità biologica è indispensabile garantire il rispetto, oltre che del *favor veritatis*, anche del *favor stabilitatis*[59].

Pertanto in questo modo, viene ad essere perseguito il vero e proprio obiettivo dell'istituto dell'adozione, ossia quello di tutelare quei minori che vivono una sorta di dissociazione tra l'assetto di fatto dei loro affetti e la loro situazione giuridica.

Un passo molto lungo e ben ponderato quello della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione che con queste ultime pronunce, si sono poste concretamente in un'ottica garantistica della tutela del preminente interesse del minore.

V. L'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI COME NUOVA SOLUZIONE NELLO STATO ITALIANO A TUTELA DEI MINORI "IN SOSPESO"[60]. QUANTO LA CEDU E LA CONVENZIONE DELLE N.U. HANNO INFLUITO SU QUESTO PASSO AVANTI?

La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e la Convenzione delle N.U. sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza costituiscono due dei principali strumenti di salvaguardia dei diritti della persona umana che hanno illuminato la strada di numerose pronunce, soprattutto quelle che riguardano il diritto di famiglia e dei minori.

L'Italia ha firmato nel 1991 la Convenzione delle N.U. che ha contribuito ad instaurare una vera e propria 'rivoluzione culturale' soprattutto per quel che concerne il minore, elevandolo a soggetto di diritto, considerando la sua identità, rendendolo partecipe, informato, ascoltato e rispettato.

58 Caggiano, I.A.: "Genitorialità scomposta e identità del minore. Alcune considerazioni a margine dell'interesse superiore del minore: Tribunale civile, Roma, decreto 19/10/2017 e Tribunale civile, Roma, decreto 08/09/2017", *Foro it.*, 2018, fasc. 9, p. 143.

59 Ferrando, G. "Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali.", *Politica del diritto,* 1998, num. 29, pp. 167-176.

60 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32; Corte cost. 10 marzo 2021, n.33; Chiappetta, G.: "La nuova categoria di figli non riconoscibili e l'applicabilità dell'art. 279 c.c", *Cittadinanza Europea (La),* 2021, fasc.1, pp.125-150.

La Convenzione europea, invece, costituisce molto di più di una nobile enunciazione di principi e ciò lo si deve alla Corte Europea di Strasburgo la cui giurisprudenza è stata decisiva per rendere effettivi i principi in essa contenuti e, nello stesso tempo, per garantirne la flessibilità necessaria per adeguarli all'evoluzione dei tempi.

La Corte europea dei diritti dell'uomo e le N.U. assegnano un ruolo fondamentale al principio dell'interesse superiore del minore qualificandolo come un "principio guida".

Quando la Corte EDU è chiamata ad accertare la legittimità dei provvedimenti giudiziari o amministrativi che potrebbero incidere sul rispetto della vita privata e familiare dei minori entra in gioco la tutela, categorica, del preminente interesse per il minore[61].

Nei paragrafi precedenti, si è spesso fatto riferimento all'art.8 CEDU che costituisce parte integrante nell'operazione interpretativa giudiziale, nonché strumento autonomo per stabilire la portata della prioritaria tutela del minore in ogni fattispecie concreta che lo riguardi.

È proprio attraverso la consapevolezza dell'inderogabilità di questo principio che è possibile comprendere il bilanciamento effettuato in sede giurisprudenziale dai giudici dei Tribunali italiani e delle Corti nazionali e sovranazionali.

Nell'adempimento degli obblighi che discendono dall'art. 8 CEDU, ogni organo giudiziario è ormai tenuto ad effettuare un bilanciamento tra l'interesse del ricorrente al pieno godimento del diritto alla vita privata e familiare e gli altri interessi rilevanti.

La tutela del preminente interesse del minore è considerato dalla Corte un concetto dinamico, così come sottolineato anche dal Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza[62].

Quest'ultimo coinvolge diverse esigenze che sono sia in continua evoluzione, così come quelle legate ai nati da maternità surrogata, ma anche in contrasto, potendosi così attuare solo in relazione alla singola fattispecie concreta. Nonostante

61 RUO, M.G.: "The best interest of the child' nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Minorigiustizia*, 2011, num.3, p. 39 ss.

62 Gruppo di lavoro per la Convenzione sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza, AA.VV.: *I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia 12° Rapporto di aggiornamento sul monitoraggio della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia,* Gruppo CRC c/o Save the Children Italia, Roma, 2022, pp.151-159. ; RUSSO, D., PARODI, M.: "The implementation of the convention on the Rights of the child in the Italian legal order: A provisional balance", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, num.1, pp. 141-158.

ciò parte della dottrina pur ribadendo l'importanza di tal principio lo connota con una sfumatura di ambiguità, confusione e scetticismo[63].

Risulta pacifico che "in un mutato contesto delle fonti, le discipline internazionali hanno giocato un ruolo particolare nella specificazione dei diritti inviolabili dell'uomo e nell'individuazione dei doveri inderogabili di solidarietà"[64].

Pertanto la possibilità di introdurre nel nostro ordinamento fonti sovranazionali che sono addivenute strumenti integranti della giurisprudenza odierna è stata resa possibile dalla riforma attuata dalla l. costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001 che ha modificato l'art. 117 Cost., nello specifico il comma 1, il quale attribuisce potestà legislativa statale e regionale nel pieno rispetto "dei vincoli derivanti dell'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

Di conseguenza ogni inadempimento all'obbligo dello Stato di adeguarsi alle fonti sovranazionali citate, costituisce violazione dell'art. 117 della Costituzione.

L'organo giurisdizionale internazionale a salvaguardia della Convenzione stessa è la Corte Europea dei diritti dell'uomo.

La Corte di Strasburgo, invece, estende la sua competenza a tutte le questioni concernenti l'interpretazione dei principi CEDU; questi ultimi però non hanno valore in Italia di incondizionata vincolatività, in quanto devono essere sottoposti al vaglio costituzionale, attuandone un ragionevole bilanciamento.

Il giudice nazionale ha quindi l'obbligo di interpretare la disposizione interna in modo conforme sia alla Costituzione sia ai principi CEDU, per come sono interpretati dalla Corte di Strasburgo dalle sentenze c.d. pilota o nella giurisprudenza consolidata.

La Corte di Strasburgo si è espressa sul concetto di "vita privata" sottolineandone l'indeterminatezza e precisando l'impossibilità di confinarne il significato astratto.

La concezione di rispetto della vita privata è vasta e non potrà essere mai completamente esaustiva.

63 Lenti, L: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. Dir. Civ.*, 2016, vol.62, n.1, pp. 86-111; García Rubio, M.P.: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n.13, pag.14-49.; Busnelli, F.D.: "Nacer (o también "morir") con dignidad: un objetivo problemático para el embrión", *Revista de Derecho Privado*, 2018, num.35, pp. 77-103; Pocar,V.; Ronfani, P.: *La famiglia e il diritto*, Laterza, Bari, 2008, pp.172 ss.; Lamarque, E.: *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016, p.76.

64 Chiappetta, G.: *Gli status personae nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali*, ESI, Napoli, 2012, p. 1 ss.

Piuttosto, è opinione di parte della dottrina, considerare il concetto di vita privata con un'interpretazione in funzione del luogo, dell'epoca e dell'ambiente sociale.[65]

Le motivazioni inerenti all'impossibilità di configurare una definizione più precisa di "rispetto alla vita privata", risiede nei veloci e numerosi cambiamenti che si sono susseguiti nelle legislazioni dei singoli Stati, nonché nella giurisprudenza della stessa Corte.

Un esempio è l'Italia, dove più pronunce negli anni hanno fatto riferimento al "rispetto della vita privata e familiare", come ad esempio nel caso della fecondazione medicalmente assistita, della maternità surrogata e relativa ed ipotetica trascrizione dell'atto di nascita, dell'adozione a favore del partner del genitore biologico, delle coppie omoaffettive.

Nonostante gli espliciti riferimenti, però, la giurisprudenza a volte si è ritrovata ad essere divisa tra la legislazione italiana e l'interpretazione dell'art. 8 CEDU, venendosi così a creare una sorta di "bivalenza" nelle argomentazioni offerte dalle Corti. Come se da una parte i giudici si volessero ispirare ai principi della CEDU, dall'altra parte però era inevitabile la contestualizzazione di questi ultimi con la legislazione interna.

In merito alla questione della maternità surrogata, ovvero quella di attribuire o no i rapporti di filiazione intenzionale o "sociale" o degli "affetti", la Corte di Strasburgo li colloca all'interno del diritto al rispetto della vita familiare sancito dal citato art. 8 CEDU[66].

La soluzione che è in linea con l'insegnamento della Corte di Strasburgo, nel promuovere il rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), mira a garantire i legami tra genitori e figli stabilizzando, soprattutto in situazioni di criticità familiare, un consolidato supporto bigenitoriale atto a realizzare uno armonico sviluppo della persona minore di età dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale.

Una questione rilevante nel definire il contenuto dell'art.8 CEDU riguarda la sua interpretazione evolutiva e il rapporto tra il rispetto della vita privata e quello della libertà di autodeterminazione.

---

65 Bilò, G.: "I rapporti tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corti nazionali tra sussidiarietà, margine di apprezzamento e dialogo: verso nuovi equilibri?, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 2022, fasc.2, p.533.

66 Chiappetta, G.: "I limiti all'accertamento della maternità. Il superamento della certezza della maternità nelle ipotesi di P.M.A. di tipo eterologo e di surrogazione di maternità", in AA.VV.*: La riforma della filiazion*e, (a cura di C.M.Bianca), CEDAM, Padova, 2015, p.444 ss.

La Corte, a volte, tende a non operare distinzione tra la "vita privata" e "vita familiare" in quanto alcune forme di tutela che riguardano la vita privata hanno effetti anche su quella familiare e viceversa.

Spesso la vita privata si esplica con quella familiare e la differenza diventa molto sottile, quasi intangibile, all'occhio dell'interprete che si avvale del bilanciamento di principi nell'effettuare le sue scelte.

Oggi, questo confine è divenuto impercettibile, seppur le due figure godano di autonomia. "Ampliandosi i diritti inglobati nella sfera della vita privata si assiste all'autonoma configurazione dei diritti alla vita familiare ed all'estensione dei medesimi"[67].

Una delle applicazioni, nell'ambito familiare, dell'art.8 è quella di agire in modo da consentire ai legami familiari di svilupparsi in costanza di quelle relazioni affettive necessarie per la formazione dell'identità del minore e della realizzazione di quest'ultima in completa armonia.

Ad esempio il collocamento del minore fuori dalla famiglia è applicato solo nei casi in cui è stato appurato che il preminente interesse del medesimo non avvenga sufficientemente all'interno del proprio nucleo familiare.

Il medesimo art.8 CEDU tutela quindi anche i legami "familiari" di fatto e, secondo la dinamica nozione di famiglia che è stata recepita dalla Corte di Strasburgo, nell'applicazione della norma devono ricomprendersi anche le relazioni affettive che sorgono in virtù di un provvedimento di affidamento familiare[68].

Alla luce delle considerazioni fin qui effettuate va riconosciuto l'importante ruolo delle Corti sovranazionali nel direzionare la giurisprudenza italiana sia verso l'attribuzione di una genitorialità d'intenzione, sia verso un ripensamento dell'adozione in casi particolari in un'ottica di tutela del preminente interesse del minore e della sua libera autodeterminazione, nonché nel rispetto della sua vita privata e familiare[69].

67 Chiappetta, G.: *Gli status personae nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali, in lezioni di diritto civile,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p.64; Ferrando, G.: "Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei diritti dell'uomo"*, Fam. Pers. Succ*., 2012, fasc.4, pp.282 ss.

68 Battelli, E.: "Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU, *Diritto di Famiglia* e *delle Persone*, 2021, fasc.2, p. 838; Corte EDU 27 aprile 2010, ric. 16318/07, Moretti e Benedetti c. Italia.

69 Gran Chambre, Protocol 16, 2019, Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention; Ludet, D: "L'interaction judiciaire ou l'institutionnalisation du dialogue avec le Protocole n 16 (analyse de la première saisine par la Cour de cassation de France)", *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2020, vol.121, num.1, pp. 179-196.

VI. CORONA VIRUS E SCOPPIO DELLA GUERRA IN UCRAINA: IL LIMBO DEI BAMBINI NATI DA MATERNITÀ SURROGATA.

È una realtà ormai purtroppo consolidata da diversi anni quella che contrassegna il progetto genitoriale di molte coppie di rivolgersi a Paesi in cui la maternità surrogata è lecita, come nel caso specifico dell'Ucraina.

I minori che vengono al mondo attraverso una gestazione altrui in Ucraina si sono ritrovati ad affrontare, loro malgrado, un limbo che li avvolge sotto due profili. Il primo basilare profilo attiene al loro rientro nel Paese in cui la coppia committente vive e in cui presumibilmente, essendo vietata la surrogazione di maternità, non verrà loro concesso di "esser figli"; il secondo profilo, invece, attiene alle circostanze verificatesi negli ultimi due anni: la pandemia da coronavirus e lo scoppio del conflitto che affligge tuttora il territorio Ucraino.

Nel 2020 si è verificato un blocco dei commerci e degli spostamenti imposto dal *lockdown*, al fine di far fronte alla pandemia da Covid-19. La stessa situazione ha coinvolto alcuni bambini nati da madri surrogate in Ucraina che per mesi sono rimasti stipati nella hall di un hotel di Kiev, trasformata in una grande nursery improvvisata, visto che il blocco causato dal Covid, ne impediva la "consegna" ai loro "acquirenti" sparsi per il mondo[70].

L'Ucraina è attualmente uno snodo internazionale per la maternità surrogata, uno dei pochi a permettere alle coppie straniere di stipulare contratti di gestazione altrui. Sono almeno 2500 ogni anno i bambini nati da gestazione altrui. I contratti sono stipulati dalle coppie committenti attraverso apposite agenzie, come la Delivering dreams con sede in New Jersey.

Ad oggi si contano 33 cliniche private e 5 pubbliche per un costo di 35-50 mila euro a gravidanza di cui il 70 per cento va alle cliniche.[71] La popolazione non cresce di dimensione, ma cresce la natalità destinata ad altre coppie. Il numero dei bambini ospiti negli orfanotrofi è in aumento a causa, prima della pandemia, poi della guerra. E' importante, innanzitutto, considerare che essere una gestante per altri è un lavoro ben pagato e ininterrotto anche dalla guerra[72].

70 Han, B. C: "Tra tecnologia e corporeità: il tempo oscuro della maternità surrogata", *Medicina e Morale*, 2021, num.2, pp. 161-166.

71 Bonati, M.: "La speranza di una vita degna per i bambini ucraini", *Il Punto confronti su medicina e sanità*, num.1, 2022, pp. 14 ss.

72 Bonati, M.: "La speranza", cit., p. 14 ss.; Angeli, A. "L'emergenza umanitaria legata al conflitto in Ucraina nei paesi del Gruppo di Visegrád", *Forum di quaderni costituzionali rassegna*, 2022, pp. 99-123; Motluk, A: "Il dilemma delle gestanti per altri nella guerra ucraina", *The Atlantic*, marzo 2022; Commissione per le adozioni internazionali. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Procedure pendenti e adozioni divise per Paese, anno 2021.

La situazione che si è venuta a creare vede migliaia di donne e bambini che vertono in condizioni non tutelanti, né per la loro salute, né per il loro futuro.

In Italia, il Governo si è attivato per far sì che le coppie committenti italiane, che avevano firmato un accordo riguardante la maternità surrogata in Paesi terzi avrebbero potuto mobilitarsi per andare a prendere i nati.

In altri Stati, però, questo non sta accadendo, come ad esempio negli USA, causando per questi bambini uno stato di "limbo" in cui si ritrovano senza che, nessuno possa prendersene cura e senza la certezza che, una volta tornati nel Paese della coppia committente, possano essere considerati 'figli' a pieno titolo.

VII. CONCLUSIONI.

Come si è verificato, il fenomeno della maternità surrogata non si è fermato né con la pandemia, né con lo scoppio di un conflitto: le coppie si rivolgeranno sempre più alla pratica della gestazione altrui.

Divenendo quest'ultima parte integrante di un carnet di ipotesi sottoposte al vaglio decisionale delle coppie e dei rispettivi progetti familiari, soprattutto per quei nuclei che non hanno altra scelta poiché impossibilitati fisiologicamente a procreare.

La disciplina delle unioni civili e delle convivenze, vagliata alla luce di una voluta valorizzazione di ogni accezione di affetto, amore e collaborazione reciproca, tende ad essere lacunosa, quando è il momento di "portare in scena" il progetto familiare di una coppia omoaffettiva.

Un dato, questo, ormai molto diffuso e che riguarda migliaia di coppie in Italia.

Tenendo in considerazione, quindi, questi presupposti che assurgono a dati di fatto, lo scenario dal quale si parte, oggi, consiste in una eterogeneità di possibilità alle quali l'impianto normativo non concede le medesime soluzioni.

La criticità riscontrabile, in termini di uguaglianza sostanziale, non è data tanto dalla possibilità o no di unirsi civilmente, quanto piuttosto dall'estendere la responsabilità genitoriale anche alle coppie che sono biologicamente impossibilitate a procreare, non riconoscendo pienamente una genitorialità d'intenzione o sociale. Per raggiungere l'effettiva tutela dell'uguaglianza genitoriale dinnanzi alla legge è necessario dare a tutti la possibilità di essere genitori.

Alla luce della diffusione sempre maggiore di tal fenomeno, la legge n. 40/2004, si è già privata da alcuni anni della sua *ratio* di tutela della salute psicofisica delle

coppie, in quanto non aderisce più in modo esaustivo al tessuto sociale ormai evolutosi diversamente.

Tale legge, seppur anacronistica, nello stesso tempo continua con il suo divieto a mantenere il fenomeno di maternità surrogata entro dei confini, che probabilmente, si sarebbero varcati già da alcuni decenni.

Certo è che quella della maternità surrogata non è una realtà che lo Stato italiano può arginare, né tantomeno è possibile impedire l'attuazione del principio di libera circolazione delle persone all'interno dei Paesi membri dell'UE.

Probabilmente, però, così come confermato dalla giurisprudenza in Italia è in corso una sensibilizzazione in merito a questo dato di fatto: il rientro dei i minori nati da maternità surrogata che torneranno nello Stato di provenienza delle coppie committenti.

Nonostante la maternità surrogata non abbia ancora una normativa adeguata, la giurisprudenza si sta muovendo per rendere l'ordinamento giuridico maggiormente pronto ad accogliere e tutelare questi minori, attuando una soluzione attraverso l'adozione in casi particolari con il conseguente riconoscimento di una piena filiazione in capo all'adottato che costituirà rapporti di parentela anche con la famiglia dell'adottante, cosa prima non possibile.

Oggi, in particolar modo, grazie alla sentenza n. 79/2022 della Corte costituzionale, risultato di un lungo iter giurisprudenziale, sono in corso dei cambiamenti per attuare gli effettivi strumenti di tutela del preminente interesse del il minore nato da maternità surrogata eguagliandolo, in un'ottica costituzionalmente orientata, a tutti gli altri minori, senza distinzione alcuna.

Il riconoscimento della piena genitorialità d'intenzione attraverso l'adozione in casi particolari costituisce un significativo passo avanti per diversi motivi.

Il primo è certamente legato alla tutela del minore, in quanto gli si garantisce una maggiore sicurezza nell'attribuzione dei suoi diritti, che prima dipendevano dalla volontà del genitore biologico; il secondo si ritrova nell'apertura, da parte dell'ordinamento, del riconoscimento della genitorialità d'intenzione effettuando un passo significativo nell'equiparazione delle figure genitoriali.

Sulla spinta delle influenze di alcuni Stati europei, nonché delle fonti costituzionali e sovranazionali, l'Italia mantiene un impianto normativo che non lascia spazio alla pratica della maternità surrogata, ma garantisce comunque la tutela del diritto del minore ad avere una famiglia, colmando, forse, quel vuoto normativo lamentato dal diritto vivente.

BIBLIOGRAFIA.

Agosta, S.: "In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri", *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, fasc.1, 2018, pp. 79-114.

Angeli, A. "L'emergenza umanitaria legata al conflitto in Ucraina nei paesi del Gruppo di Visegrád", *Forum di quaderni costituzionali rassegna*, 2022, pp. 99-123.

Barba, V.: "Gestación por sustitución y orden publico internacional en el ordenamiento jurídico italiano. La ultima decisión de Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias/Surrogacy and international public order in the Italian legal system. The last decision of the Supreme Court and its consequences", *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol.7, num.1, pp. 69-101.

Battelli, E.: "Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU, *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2021, fasc.2, p. 838.

Berti De Marinis, G.: "Maternità surrogata e tutela dell'interesse superiore del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della Corte EDU", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, num. 3, pp. 287-312.

Bianca, C. M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Rivista di diritto civile*, 2013, num.59, pp.1-6, Sesta, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Fam. dir.*, 2013, num.3, p. 231.

Bianca, M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?", *Familia*, 2019, fasc.3, p. 369-375.

Bigi, A.: "L'ordine pubblico internazionale davanti alla Cassazione", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 2022, fasc.2, num.1, p. 561.

Bilò, G.: "I rapporti tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corti nazionali tra sussidiarietà, margine di apprezzamento e dialogo: verso nuovi equilibri, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2022, fasc.2, p.533.

Bonati, M.: "La speranza di una vita degna per i bambini ucraini", *Il Punto confronti su medicina e sanità*, num.1, 2022, pp. 14 ss.

Busnelli, F. "Verso una madre intercambiabile? Riflessioni in margine alla sentenza del Tribunale di Roma del 14 febbraio 2000", *Bioetica,* 2000, n. 4, pp.674-680.

Busnelli, F.D.: "Nacer (o también "morir") con dignidad: un objetivo problemático para el embrión", *Revista de Derecho Privado*, 2018, num.35, pp. 77-103.

Buzi, S.: "La gestazione per altri nell'ordinanza della Prima Sezione: tra riconoscimento degli effetti e profili di legittimità", *Familia online*, 17 maggio 2022.

Caggiano, I.A: "Genitorialità scomposta e identità del minore. Alcune considerazioni a margine dell'interesse superiore del minore: Tribunale civile, Roma, decreto 19/10/2017 e Tribunale civile, Roma, decreto 08/09/2017", *Foro it.*, 2018, fasc. 9, p. 143.

Caldironi, M.: "Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta?", *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2022, num. 2, pp. 317-327.

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Casini, M.: "Nota dell'Istituto di Bioetica a proposito della registrazione anagrafica di minore nato da maternità surrogata come figlio di coppia omosessuale", *Medicina e Morale*, 2010, num. 5, pp. 735-741.

Chiappetta, G.: "La «nuova categoria di figli non riconoscibili e l'applicabilità dell'art. 279 c.c", *Cittadinanza europea (la),* 2021, fasc.1, pp.125-150.

Chiappetta, G.: *Gli status personae nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali*, ESI, Napoli, 2012, p. 1 ss.

Chiappetta, G.: *Gli status personae nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali, in lezioni di diritto civile,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p.64.

Chiappetta, G: "Favor veritatis ed attribuzione dello status filiationis" *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2016, num.4, pag. 144-186.

Chiappetta, G: "I limiti all'accertamento della maternità. Il superamento della certezza della maternità nelle ipotesi di P.M.A. di tipo eterologo e di surrogazione di maternità", in AA.VV.: *La riforma della filiazione*, (a cura di C.M.Bianca), CEDAM, Padova, 2015, p.444 ss.

Chiappetta, G: "Le sentenze della Corte costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.", *Giustizia Insieme.it*, 2021.

Cianciolo, V.: "Consulta. L'adozione in casi particolari stabilisce legami giuridici tra l'adottato e i parenti dell'adottante", *Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia*, 28 marzo 2022.

Ciarlariello, G., Campolongo, A.A., Di Sanzo, M., La Russa, R., Santurro, A., Lo Voi, V., Frati, P.: "La maternità surrogata: evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea", *Diritto di Famiglia e delle Persone,* 2016, vol.2, fasc.4, p.1117.

D'avack, L.: "Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare", *Diritto di Famiglia*, 2000; num. 2, pp.706-722.

D'avack, L.: "Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2014, n.3, p. 1005.

De Angelis, F.: "L'assenza di legame biologico quale causa ostativa alla trascrizione dell'atto di nascita", *GiurispudenzaCivile. Com*, 13 settembre 2019.

Dell'utri, M.: "La maternità surrogata nella pronuncia della Corte d'Appello di Bari: la nozione dell'ordine pubblico internazionale e il criterio dell'interesse del minore", *Giurisprudenza di merito*, 2010, num.2, pp. 349-385.

Della Rocca, M.: "Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari", *Fam e dir,*2013*,* num.1, pp. 838-842.

Di Stefano, L.: "Adozione del minore, figlio del coniuge nato da una precedente relazione, e rapporti continuati con il padre biologico", *Giustizia civile.com,* 25 agosto 2022.

Dogliotti, M., Figone, A.: *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza: commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40,* IPSOA, Milano, 2004, pp.2 ss;

Dogliotti, M.: "Adozione di minori e abbandono: caratteri e prospettive", in AA.VV.: *Diritto del minore ad una famiglia : tavola rotonda a 10 anni dalla l. 28 marzo 2011 n. 149 : Pisa, venerdì 11 novembre 2011*, (a cura di C.Murgo), Pisa University Press, Pisa, 2013, pp. 21-25.

Dogliotti, S: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri", *Famiglia e diritto,* 2019, num.7, pp. 667-676.

Dossetti, M; Lupo, M.: *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione assistita: problemi e responsabilità: atti della giornata di studio, Milano, 30 settembre 2009*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 95.

Faraoni, A.B.: *La maternità surrogata la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffré, Milano, 2002, p.20.

Federico, A.: "Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore", *Giustizia Civile,* 2020, fasc.4, p. 647;

Femia, P.: "ordine pubblico: la politica nel diritto", in AA.VV.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, (a cura di G.Zarra, G.Perlingieri, P.Perlingieri), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, pp.1 ss.

Ferrando, G.: "Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali.", *Politica del diritto,* 1998, num. 29, pp. 167-176.

Ferrando, G.: "Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei diritti dell'uomo"*, Fam. Pers. Succ.*, 2012, fasc.4, pp.282 ss.

Ferrando, G.: "Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte costituzionale n. 32 e 33 del 2021", *Giustizia Insieme.it*, 2021.

Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", *Famiglia e diritto,* 2019, num.1, p. 677-686.

Fineschi, V., Frati P., Turilazzi, E.: "L'ordinanza capitolina sul contratto di maternità surrogata: problematiche etico-deontologiche", *Rivista italiana di medicina legale*, 2000, vol. 2, pp. 594-615.

Garcia Rubio, M.P.: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n.13, pag.14-49.

Grasso, G.A.: Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status-e-Book, G. Giappichelli Editore, Torino, 2022, p.12.

Gruppo di lavoro per la Convenzione sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza, AA.VV.: *I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia 12° Rapporto di aggiornamento sul monitoraggio della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia,* Gruppo CRC c/o Save the Children Italia, Roma, 2022, pp.151-159.

Han, B. C.: "Tra tecnologia e corporeità: il tempo oscuro della maternità surrogata", *Medicina e Morale*, 2021, num.2, pp. 161-166.

La Russa, R, Campolongo, A., Viola, R.V., Gatto, V., Scopetti, M., Santurro, A., Di Lascio, C., Turillazzi, E., Frati, P.: "Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali", *Responsabilita' Civile e Previdenza,* 2017, fasc.2, pp. 1 ss.

Lamarque, E.: *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016, p.76.

Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. Dir. Civ.*, 2016, vol.62, n.1, pp. 86-111.

Liberali, B.: "il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?", *Osservatorio costituzionale*, 2019, fasc.5, 2019, p.201.

Luccioli, G.: "Dalle sezioni unite un punto fermo in materia di maternità surrogata", *Il Foro Italiano*, 2019, vol.144 num. 12, pp. 4027-4034.

Marra, G.: "Divieto di maternità surrogata e interesse del minore: un nodo da sciogliere caso per caso", *Ilfamiliarista it*, 2018, num. 4, pp.1-6.

Motluk, A.: "Il dilemma delle gestanti per altri nella guerra ucraina", *The Atlantic*, marzo 2022; Commissione per le adozioni internazionali. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Procedure pendenti e adozioni divise per Paese, anno 2021.

Nalin, E.: "Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell'ordine pubblico e superiore interesse del minore, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, num.1, pp.237-257.

Passafiume, L.: "Trascrizione di atto di nascita estero di minore nato da gestazione per altri e riconoscibilità dello stato di figlio nei confronti del genitore d'intenzione", *GiustiziaCivile.com*, 2022.

Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 4 ss.

Perlingieri, P.: "L'inseminazione artificiale e manipolazione genetica", in AA.VV.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo- comunitario delle fonti* (a cura di P.Perlingieri), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp.773 ss.

Pezzini, B.: "Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*", costituzionalismo.it,*2017, num.1, p.201.

Pinelli, A.M.: "La Corte costituzionale interviene sui diritti del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. Brevi note a Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33", *Giustizia Insieme.it*, 202.

Pisu, A.: "Salute procreativa e gestazione per altri. Gli effetti avversi del divieto di maternità surrogata", *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2022, num. 2, pp. 299-316.

Pocar, V; Ronfani, P.: *La famiglia e il diritto*, Laterza, Bari, 2008, pp.172 ss.

Rascioni, V.: "L'impugnazione del riconoscimento tra favor veritatis e tutela degli interessi del figlio", *Ilfamiliarista.it,* 2022, 25 maggio 2022.

Ricci, G., Cannovo, N., Sirignano, A.: "La legge 40/04: a sei anni dalla sua emanazione alcune riflessioni in ambito medico-legale, scientifico e bioetico", *Riv. It. Ostet. Ginecol.,*2010, num. 25, pp. 182-90.

Ruo, M.G.: "The best interest of the child' nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Minorigiustizia*, 2011, num.3, p. 39 ss.

Russo, D., Parodi, M.: "The implementation of the convention on the Rights of the child in the Italian legal order: A provisional balance", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, num.1, pp. 141-158.

Salanitro, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, n.35, p.737.

Santuosso, A., Tomasi, M.: *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, CEDAM, Padova, 2011, p.192 ss.

Savi, G.: "Procreazione e filiazione: le azioni di status filiationis ed il canone di rispondenza a verdicità", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, fasc.4, p. 1732.

Viggiani, G.: "Alcune questioni preliminari in materia di gestazione per altri.", *Ragion pratica*, 2021, num., pp. 141-159.

Villanacci, G: *Il concepito nell'ordinamento giuridico, soggettività e statuto",* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 9 ss.

Vitale, A.R. "Escursioni biogiuridiche in tema di maternità surrogata", *Medicina e Morale*, num. 2, 2016, pp. 167-186.

LAS FECUNDACIONES "PÓSTUMAS": UNA REALIDAD A VECES PERJUDICIAL

POSTHUMOUS FERTILISATIONS: SOMETIMES A DAMAGING REALITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 526-549

Valeria
CAPUTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: El trabajo se centra en el análisis del fenómeno de las fecundaciones "post mortem" y de las fecundaciones "post matrimonium". El marco normativo en esta materia es diferente en cada País, variando en función de los intereses que el legislador considera prevalentes. Sin embargo, el intérprete, cuando se topa con vacíos legales, debe balancear según el principio de la razonabilidad que a menudo incita a tener más en cuenta al embrión-menor. El estudio de unos pleitos ofrece la oportunidad de reflexionar sobre los cambios de paradigmas que han ocurrido tanto en el ámbito europeo como dentro del perímetro nacional. Estos pleitos permiten, además, de aclarar la postura restrictiva de los Tribunales a la hora de indemnizar los daños morales.

PALABRAS CLAVE: Fecundación asistida "post mortem"; menor; consentimiento; responsabilidad civil; daño moral.

ABSTRACT: *This paper focuses on the analysis of the phenomenon of "post mortem" and "post matrimonium" fertilisations. The legal framework in this area is different in each country, changing in relation to the interests that the legislator considers prevailing. However, when the interpreter runs into legal loopholes, he has to balance according to the principle of reasonableness, that often encourages to take more into account the child. The study of some cases offers the opportunity to reflect on the paradigm shifts that have occurred at the European level and within the national perimeter. These lawsuits also enable to clarify the restrictive position of the Courts in relation to the compensation of moral damages.*

KEY WORDS: *Assisted fertilisation "post mortem"; minor; consensus; civil liability; moral damage.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL MARCO NORMATIVO.- III. FECUNDACIÓN "POST MORTEM" Y DAÑOS INDEMNIZABLES A LA VIUDA.- IV. FECUNDACIÓN "POST MATRIMONIUM": HAY UN DAÑO INDEMNIZABLE AL EX MARIDO?.- V. FECUNDACIONES "PÓSTUMAS" Y DAÑOS AL MENOR.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Tras los avances tecnológicos y científicos vividos en los últimos años, la concepción de la vida ha evolucionado. Hace poco tiempo, la reproducción humana suponía un componente binario[1]; el nacimiento de un ser humano podía solo seguir a la unión física de una mujer con un hombre. El momento de la unión sexual se consideraba inseparable a la procreación[2].

Las técnicas de reproducción asistida, definidas como "el conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana"[3], han alterado tanto ese proceso que se habla de "revolución procreativa"[4]. Han permitido manipular, por parte de las personas involucradas, el desarrollo de la paternidad y maternidad, creando de esta forma a otro ser humano.

Por un lado, esos métodos han permitido solucionar el problema de la infertilidad, tanto fisiológica – propia de las parejas homosexuales y de las personas más mayores – como patológica. De hecho, ahora es posible conservar el semen congelado durante un largo tiempo y hacer la fecundación in vitro con transferencia de preembriones y embriones.

Por otro lado, las herramientas empleadas han generado conflictos tanto en el ámbito jurídico como en el ámbito ético.

Existe una distinción entre ética, ciencia y derecho, cada rama tiene sus peculiaridades. Sin embargo, no hay una rígida separación, la ciencia y la ética, con

1 Pérez Gallardo, L. B.: "Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana", *Revista general de legislación y jurisprudencia,* 2007, núm. 4, p. 605.

2 Marchese, A.: "La fecondazione post mortem: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?", *Rivista di diritti comparati*, 2018, núm. 2, p. 212.

3 Santamaría Solís, L.: "Técnicas de reproducción asistida", en AA.VV.: *Manual de Bioética* (coord. por G. M. Tomás Garrido), Ariel, Barcelona, 2001, p. 377.

4 Sobre el concepto de revolución procreativa, *vid.* Berlinguer, G.: "Bioetica quotidiana e bioetica di frontiera", en AA.VV.: *Bioetica* (coord. por A. Di Meo e C. Mancina), Lampi di stampa, Milán, 1999, pp. 1-352.

• Valeria Caputo
Doctoranda en Derecho de Consumo de la Universidad de Perugia y Universidad de Salamanca. Correo electrónico: valeriacaputo9@gmail.com

modalidades e intensidades diferentes, guían la construcción teórica del derecho, determinando los contenidos e influyendo sobre la misma aplicación práctica.

El derecho, por su parte, organiza y disciplina la realidad, actuando con postulados éticos y científicos. Esto es evidente en un sector como el de la inseminación artificial, donde entran en juego cuestiones de variada naturaleza, que no se pueden entender sin la mediación de la ética y de la ciencia.

Desde esta perspectiva es necesario moverse para comprender el fenómeno de las fecundaciones "póstumas", término que hace referencia a la aplicación de los métodos de reproducción asistida en el caso de premoriencia del hombre. Esto puede llevarse a cabo a través de un abanico de modalidades: - la toma del semen del cadáver, - la implantación del embrión formado en vitro[5], cuando los miembros de la pareja estaban vivos - la inseminación artificial de la mujer con el gameto del varón antes de su muerte, - la fecundación "post mortem" in vitro por el uso del material reproductor del varón, preservado anteriormente.

A efectos de este trabajo de investigación, se entenderán "póstumas" también las fecundaciones que tienen lugar después de un período de tiempo bastante largo desde el consentimiento del varón. Es decir, por ejemplo, cuando después del comienzo del tratamiento, consentido por parte de los dos miembros de la pareja, hay crisis matrimoniales.

La "posterioridad" de todas esas inseminaciones ha conllevado situaciones paradójicas, en claro contraste con la pauta originaria de la familia. Lo que más preocupa al intérprete no es la admisión de una familia monoparental, sino que la posibilidad de ir más allá de la voluntad de los individuos en un sector tan delicado.

La normativa actual de la mayoría de los estados europeos no es bastante clara y plantea una gran variedad de problemas ante posibles vacíos legales, el primero de todos es el de los daños indemnizables.

El derecho de daños ha sido un campo ajeno al derecho de familia[6]. Hay razones de diversa naturaleza[7] que han podido favorecer dicha exclusión y, por

5 Técnica de reproducción asistida mediante la que se fecundan los ovocitos por los espermatozoides, pero fuera del cuerpo de la mujer a la que se le realiza el tratamiento.

6 Para indagar en esta materia, *vid.* Patti, S.: *Famiglia e responsabilitá civile*, Giuffré, Milán, 1984, p. 32; Roca Trías, E.: "La responsabilidad civil en el Derecho de familia: venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil", en AA. VV.: *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio* (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2000, pp. 533-566; Dogliotti, M.: "La famiglia e l'«altro» diritto: responsabilitá civile, danno biologico, danno esistenziale", *Famiglia e Diritto,* 2001, núm 2, pp. 164-170; Ferrer Riba, J.: "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2001, núm. 4, p. 10; López de la Cruz, L.: "El resarcimiento de daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, núm. 4, p. 40.

7 Hay razones de carácter ético-social que serían predicables cuando regía la influencia del modelo patriarcal aún en los Códigos del siglo XIX, a pesar de que en los mismos están presentes de igual modo rasgos de

lo tanto, una inmunidad implícita de la responsabilidad civil al ámbito del derecho de familia. Se sostenía, sobre todo, que el derecho de familia fuera un derecho especial con sus propias reglas, que excluían cualquier pretensión de naturaleza aquiliana.

La aplicación de la responsabilidad civil al ámbito familiar, además de que no ha de ser automática en todo caso de existencia de un daño a un familiar, ha de revestir de una serie de peculiaridades en el sentido de que en su proyección la normativa de la responsabilidad civil ha de sufrir ciertas modificaciones, sobre todo respecto a la exigencia del dolo y o culpa grave como criterio de imputación subjetivo[8].

Aunque el debate no se puede definir cerrado, hoy en día el derecho de daños se pone más cerca del derecho de familia. Se admite, sin duda, la indemnización del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales.

Sin embargo, en la materia de las fecundaciones "póstumas", los intereses a balancear son muchos y opuestos, muchas veces van más allá de los hogares familiares. De todas formas, parece que el principio "in dubio pro vita" tiene que considerarse prevalente.

Hechos recientes permiten reflexionar sobre el actual estado del arte y destacar la difícil tarea del juez que se encuentra "en un campo de minas".

II. EL MARCO NORMATIVO.

El derecho comparado ofrece un panorama diferente en el tratamiento de la reproducción asistida "post mortem".

Se ha discutido mucho acerca de la conveniencia y justificación de admitir y regular la fecundación "post mortem" existiendo tanto razones[9] a favor como en

la familia burguesa impregnados de individualismo. En cualquier caso, la jerarquía de la estructura familiar de la época conllevaba que el cabeza de familia impusiera a los otros familiares un deber de obediencia, así como la universal limitación de la capacidad de la mujer. En este primer motivo también tiene predicamento la "regla de moralidad que impide que los miembros de una familia se demanden entre sí". *Vid.* Bosques Hernández, G. J.: "(Comentario a la) Sentencia de 30 de junio de 2009: Responsabilidad civil derivada de la interferencia de la madre en las relaciones paterno filiares. El diez a quo para ejercer la acción es el momento en que se concluye el derecho del padre a relaciones con su hijo", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2010, núm. 83, p. 902. Hay, también, razones de orden práctico menos relevantes como el peligro de la proliferación de demandas triviales. Además, los particulares están siempre en mejor disposición que los jueces para valorar las consecuencias de litigar en la vida familiar. Asimismo, a dichas razones prácticas se le uniría otra no tan eximia como es la amenaza o el riesgo de la conflictividad en el seno de la familia vulnerando la armonía y la paz familiar.

8 Rodríguez Guitián, A. M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas, Madrid, 2009, p. 74.

9 Hay quienes defienden la aplicación "post mortem" de las técnicas, sustentándolo en el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, preeminente frente a un supuesto de derecho del "concepturus" a tener dos

contra, centradas, en principio, en tres argumentos: el derecho a la reproducción, el interés del hijo y la finalidad terapéutica de las propias técnicas de reproducción asistida.

El argumento principal gira en torno al derecho a procrear que se traduce en el derecho de la persona a tener hijos, la perspectiva contraria a ese derecho se encuentra en la inexistencia de un derecho fundamental a la reproducción[10].

España, Reino Unido[11] y Dinamarca[12] permiten de forma más flexible la fecundación "post mortem".

España, desde la Ley 35/1988, ha admitido la aplicación ""post mortem"" de las técnicas de reproducción humana asistida.

Actualmente la reproducción asistida post mortem está regulada en el art. 9 de la Ley 14/2006[13]. Su apartado primero establece que: "No podrá determinarse la filiación ni reconocerse efectos o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el

padres, de naturaleza bastante incierta. Según Bustos Pueche, J. E.: *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 171, la reproducción "post mortem": "hace vivo al que murió a fin de seguir manteniendo la existencia de matrimonio – cuando en verdad la muerte disuelve el matrimonio- y toda esa ficción para poder calificar de matrimonial a un hijo y atribuirle las consecuencias jurídicas de tal estado".
Se ha dicho, también, que con ella se pretende un imposible, es decir hacer revivir la muerte por medio del mecanismo del niño, a través del cual se pretende prolongar la vida del padre. *Vid.* Carcaba Fernández, M.: *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana,* J. M. Bosch, Barcelona, 1995. Según Stanzione, P.: "Procreazione assistita e categorie civilistiche", en AA.VV.: *Studi in onore di Pietro Rescigno. Diritto Privato. 1, Persone, famiglia, successioni* e *proprietà*, Giuffré, Milano, 1998, vol. 2, p. 865: "In realtà si tratta di evitare l'ipotesi di una famiglia programmata fin dall'inizio senza la figura paterna. Sullo sfondo si muove l'inquietante prospettiva di una società senza padre".
Se ha intentado encontrar en un marcado interés patrimonial de la viuda, como es el de poder compartir la herencia de su esposo o relegar a los, hasta ese momento, llamados a la sucesión. Una vía de traer al mundo a un hijo, condenado irremediablemente a una orfandad premeditada

10 De La Iglesia Monje, M. I.: "Pérdida irreparable de preembriones crio conservados y daño moral de la viuda", *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, 2017, núm. 762, pp. 1943-1963.

11 Este País, por el "Human Fertilisation and Embryology Act" de 1990, permite realizar y someterse a la técnica de reproducción asistida "post mortem", siempre y cuando se tenga constancia de la existencia del documento en el que se refleje el consentimiento expreso del donante fallecido. También permite la donación de embriones y su congelación con fines de investigación. El número de las inseminaciones a la usuaria de la técnica viene determinado por el Informe Warnock y no por su propia legislación. El número exacto de tal extracción e inseminación es de 10 inseminaciones por donante.
Cuenta con una temporalidad muy breve el plazo de su extracción, puesto que debe realizarse en las veinticuatro horas siguientes a la defunción, siempre y cuando se conserve el cuerpo en condiciones óptimas para poder realizarlo.

12 En Dinamarca, la Ley 460/1997 sobre la concepción de la vida humana y el Reglamento de 17 de septiembre de 1997, no contemplan de forma expresa la reproducción asistida "post mortem", pero reconocen al Consejo Nacional Ético danés la competencia de fijar las bases que posteriormente pueden ser aprobadas por el Parlamento.
Por lo tanto, el Consejo emite una serie de recomendaciones médicas, éticas y jurídicas que abordan la problemática creada ante un vacío legal. También se acepta el acceso de la mujer sola a las técnicas. Vega, M. Vega, J. Martínez Baza, P.: "Regulación de la reproducción asistida en el ámbito europeo. Derecho Comparado"*, www.bioeticaweb.com,* 31 de mayo del 2007.

13 Modificado por la ley 19/ 2015.

material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en fecha de la muerte del varón".

En consecuencia, se niega cualquier consecuencia jurídica al tratamiento reproductor en caso de que se realizara una vez fallecido el varón.

Sin embargo, el segundo apartado señala que: "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el art. 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial."

El consentimiento para la aplicación de estas técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

El art. 9[14] regula la técnica consistente en la introducción del semen del varón fallecido dentro de los órganos genitales de la mujer sin haberse producido contacto sexual entre ellos. Pero también cobija en su ámbito la hipótesis en que, tras el fallecimiento del varón, los preembriones previamente se hubieran constituido en el organismo de la mujer, por lo que, en rigor, no existiría estrictamente la fecundación "post mortem". No hay diferencia en el régimen jurídico de estas situaciones, ya que son reguladas conjuntamente[15].

Por lo tanto, si bien se niega la posibilidad de practicar estas técnicas una vez que haya fallecido el varón, se guarda una salvedad.

En ella se hace referencia a la propia fecundación "post mortem", para la que el varón fallecido debe otorgar consentimiento expreso en los documentos legales previstos. Se trata de uno de los requisitos exigibles en la ley, es decir, expresar el consentimiento sobre el uso del material genético en caso de fallecimiento. Una vez se cumpla este requisito junto con el temporal, en los 12 meses siguientes la muerte, podrá realizarse el tratamiento. En ese caso, se derivarán del mismo los efectos jurídicos pertinentes en cuanto a las materias de filiación y sucesión.

Decursado el plazo de un año de aplicarse las técnicas, no cabría efectos filiatorios, ni sucesorios, respecto del concebido, aunque el resultado de las pruebas genéticas denuncie la verdadera relación filiatoria entre el nacido y su finado padre.

14 Rodríguez Guitián, A. M.: *Reproducción artificial post morten. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 134.

15 Iniesta Delgado, J. J.: "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", en AA. VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (coord. por M. Y. Tolsada, M. Cuena Casas), Aranzadi, Madrid, 2011, vol. 5, p. 835.

Algunos autores consideran discriminatorio en el orden constitucional, por afectar derechos filiatorios y sucesorios del hijo procreado extemporáneamente[16].

El derecho de disponer del semen congelado a los fines procreacionales puede ejercerse "ad nutum". Según el artículo 9, el autor de la declaración de voluntad puede ir sobre sus pasos y retractarse mientras tenga vida. Él puede destruir voluntariamente la eficacia del acto en cualquier momento anterior a la realización de las técnicas.

Tal carácter forma parte de la naturaleza jurídica del acto dispositivo, tratándose de una disposición con efectos "post mortem", mientras no sobrevenga la muerte, puede ser enteramente revocable.

La ley presume otorgado el consentimiento cuando un proceso de reproducción asistida ya se había iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

Esa presunción, que parece de naturaleza iuris et de iure[17], se explica de manera sencilla en que quien se somete a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, lo hace de la misma manera que quien practica el acto sexual con la intención de procrear vía natural.

Países como Italia, Alemania[18] o Suecia[19] tienen una legislación restrictiva, en cuanto no admiten legalmente la reproducción "post mortem".

La Ley italiana 40/2004, en su artículo 5, establece que los miembros que se sometan a estas técnicas deben estar vivos, prescindiendo por consiguiente de la fecundación asistida "post mortem". Las beneficiarias de este método deben ser mujeres casadas o en situación de convivencia more uxorio, exigiéndose que marido y mujer o los dos miembros de la pareja otorguen su consentimiento y se encuentren en vida en el momento de realizar la intervención.

16 Carcaba Fernández, M.: *Los problemas jurídicos,* cit., pp. 90-93. Con extrema vehemencia Bustos Pueche, J. E.: *El Derecho Civil*, cit., p. 176-177, quien considera inconstitucional el artículo 9.1 de la Ley dado que pretende impedir a un hijo la determinación de su filiación matrimonial, cuando se sabe a ciencia cierta quién fue su padre, por la razón ridícula –según apunta el autor- de inobservancia de requisitos de tiempo y forma. De esta manera lo tilda de inconstitucional, dado que el hijo procreado en estas circunstancias, se le niega el derecho de llevar los apellidos del padre que todos reputan como progenitor y, en consecuencia, de participar en su herencia. Pues no cabe dudas que la declaración judicial de fallecimiento, tendría los mismos efectos para una posible aplicación *post mortem* de la inseminación artificial.

17 Así, Pérez Gallardo, L. B.: "Inseminación artificial", cit., p. 610.

18 La legislación alemana del 1990 prohíbe la inseminación post mortem de forma expresa.

19 El artículo 2 de la Ley sueca sobre la inseminación artificial, n. 1140 del 1984 dice: "La inseminación artificial sólo puede realizarse con la condición de que la mujer esté casada o cohabite con un hombre en circunstancias similares al matrimonio. Debe obtenerse el consentimiento escrito del marido o compañero". Además, en el informe previo a la ley, elaborado por el correspondiente Comité gubernamental, se rechaza la inseminación artificial "post mortem" de forma expresa, basándose en la necesidad del niño concebido por esta técnica de tener acceso a ambos.

La razón subyacente a esta norma es la necesidad de garantizar al hijo un padre y una madre[20], reduciendo así la libertad de autodeterminación sobre la transmisión de la vida humana.

En efecto, la ley se basa en un modelo de familia de dos miembros, ya que no existe un derecho absoluto a la paternidad[21]. La especificidad de las modalidades de acceso a la inseminación artificial implica que el deseo de tener hijos, por el uso de los avances de la medicina, no puede ser indistintamente satisfecho[22], hay que tener en cuenta otros intereses.

Sin embargo, el artículo 5 de la ley, aunque no haya admitido la fecundación "post mortem", genera muchas dudas interpretativas que, en un cierto sentido, legitiman la inseminación póstuma.

Si la común existencia de los beneficiarios es, por cierto, necesaria para la fase informativa y la del consentimiento, no se puede decir lo mismo para la tercera. Es decir, la etapa en que las técnicas se aplican en concreto[23], susceptible de ser divididas en varios segmentos.

Además, la ley prevé un término mínimo de siete días entre la presentación de la demanda y el comienzo del tratamiento médico.

Estos marcos de tiempos resultan compatibles con la verificación de eventos, cual el fallecimiento del varón después de su consentimiento.

El evento muerte puede ocurrir antes del comienzo del tratamiento médico o bien después, generando consecuencias diferentes. En la primera hipótesis, el embrión todavía no se ha formado, por lo tanto no será admitida la prosecución de

20 Martini, A.: *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Esi, Nápoles, 2006, p. 143, considera que: "L'interesse individuale della donna, il suo diritto ad avere figli, non può prevalere sull'interesse del figlio ad avere entrambi i genitori. Stabilendo la necessaria e contemporanea esistenza in vita dei soggetti componenti la coppia richiedente (art. 5 legge cit.), il legislatore ha inteso impedire che le tecniche di procreazione medicalmente assistita possano essere utilizzate programmando sin dall'inizio la nascita di un figlio senza padre, ossia nella consapevolezza che questi venga concepito e nasca in una famiglia priva dell'essenziale figura genitoriale maschile e ciò perché la carenza del fondamentale apporto paterno può pregiudicare, senz'altro, l'armonioso sviluppo della personalità del minore. In sostanza, l'interesse individuale della donna desiderosa di prole, il suo preteso «diritto al figlio», non può prevalere sull'interesse del nascituro ad essere allevato da due genitori viventi, sul suo «diritto alla doppia figura genitoriale»". Natale, A.: "I diritti del soggetto procreato post mortem", *Famiglia, persone e successioni,* 2009, núm 6, p. 526, destaca que la Constitución no reconoce un derecho a la doble paternidad: "É sicuramente indicazione sociologica (...) che il minore stia generalmente meglio in una famiglia in cui sono presenti l'apporto materno e paterno. Ma il riferimento sociologico è sempre rischioso: perché su questa strada si potrebbe dire che, in alcuni casi, un unico genitore idoneo e affettuoso gestirebbe il rapporto con il figlio in modo assai più accettabile rispetto a due genitori, magari in conflitto".

21 Corte Constitucional italiana, sentencia 23 octubre 2019, n. 221, *giustiziacivile.com*, 6 noviembre 2019.

22 Quadri, E.: "La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze", *Nuova giur. civ. comm*., 2017, núm. 4, p. 566, observa que cualquier derecho de los adultos a tener hijos, tanto en el contexto de la filiación biológica como en lo de la adopción, no debe mirar a la autorrealización, sino que al interés del menor.

23 Villani, R.: *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 180.

la práctica. Tendrán que considerarse ilícitas las conductas de toma del semen del cadáver, la fecundación en vivo "post mortem" y la inseminación "post mortem" en vitreo.

Mientras que es diferente la situación que se produce cuando el embrión ya se haya formado, ya que los artículos 1 y 4 de la ley 40/2004 prohíben la supresión de los embriones[24] ya formados.

Concurren, entonces, inevitablemente el principio de la común existencia de los miembros de la pareja y la salvaguardia de la vida del embrión.

La jurisprudencia italiana, llamada a menudo a balancear estos principios, suele acordar preferencia al segundo, orientándose según el dicho "in dubio pro vita".

III. FECUNDACIÓN "POST MORTEM" Y DAÑOS INDEMNIZABLES A LA VIUDA.

El número elevado de tratamientos de reproducción asistida ofrecidos en clínicas y hospitales españoles, siendo España uno de los países que encabeza[25] el ranking europeo, da lugar al incremento de daños no deseados por los interesados[26].

Los sujetos potenciales que pueden ser damnificados son los donantes del material genético y el menor de edad, identificado con el recién nacido.

Con respecto a las parejas que deciden utilizar estas técnicas, cabe analizar el daño moral reconocido a la viuda por la pérdida de preembriones crio conservados del marido fallecido.

El estudio del tema surge tras el análisis de una reciente sentencia del Tribunal Superior de Madrid, cuyo origen se encuentra en un fallo técnico de mantenimiento del laboratorio y del funcionamiento anormal de los servicios públicos de la Comunidad de Madrid.

24 Los embriones son sujetos de derecho y su derecho a la vida es objeto de tutela. *Vid.* Corte cost. italiana, 18 febrero 1975, n. 27, *Foro it.*, 1975, c. 515 ss.; Cass. civ. italiana, 2 octubre 2012, n. 16754, *Giur. it.,* 2013, núm. 5, p. 1052. Martini, A.: "Riflessioni sulla soggettività e capacità del concepito dopo l'entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004, n. 40 Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", *Vita Notarile*, 2005, núm. 2, p. 1153; Mazzoni, C. M.: "La tutela dell'embrione e del feto nel diritto italiano", *Notizie di Politeia*, 2002, núm. 65, p. 171.

25 Se publicó en la prensa del mes de octubre 2019, en el año 2019, un total de 140.941 tratamientos de fecundación in vitro y 40.177 inseminaciones artificiales.

26 Cervilla Garzón, M. D.: "El menor como sujeto damnificado en la reproducción asistida humana", *Actualidad jurídica iberoamericana,* 2020, núm. 13, p. 684.

El examen de dicha sentencia plantea varios problemas a estudiar, pero hay que centrarse sobre los diferentes errores que pueden generar un daño moral en relación con el derecho de la persona, siempre teniendo en cuenta que, de la jurisprudencia existente relativa a la crio preservación de embriones, no se había analizado un supuesto referido a su pérdida y a la existencia de daño moral.

El Tribunal superior, en el 6 de febrero de 2017, estimó parcialmente el recurso interpuesto por una mujer, condenando solidariamente a la Comunidad de Madrid y a la compañía de seguros[27] a abonarle 2.000 euros en concepto de responsabilidad patrimonial. Se le indemnizó el daño moral derivado de la pérdida de los embriones crio conservados que habían sido obtenidos con material reproductor de su esposo fallecido, aunque la reclamante había solicitado la cantidad de 160.000 euros.

La mujer había argumentado que concurría causa de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de los servicios públicos, que se extiende al fallo técnico de mantenimiento del laboratorio y a la actuación del equipo médico, dado que no fue informada del plazo de doce meses para la utilización del material reproductor del marido fallecido.

El juzgado determina que solo concurre responsabilidad en el mantenimiento del laboratorio ya que, no realizando las comprobaciones necesarias, provocó la pérdida de los embriones crio conservados.

El Tribunal estuvo muy riguroso a la hora de imputar la responsabilidad por pérdida de embriones al centro médico donde se encuentran depositados y que asumió la obligación de custodia y conservación, interpretando de manera estricta el término "fuerza mayor", aludido como causa de exoneración de la responsabilidad por el centro demandado.

Del informe del jefe de mantenimiento resultaba que el recipiente no se revisaba pese a que existía el riesgo de producción de poros por encontrarse sometido a temperaturas extremas. Por tanto, las temperaturas extremadamente bajas a que trabajaba el equipo hacían previsible la formación de un poro por el desgaste del material o de las soldaduras y, en consecuencia, evitable la pérdida del vacío por el paso del nitrógeno al interior de la cámara.

27 El artículo 11.8 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo , dispone: "Los centros de fecundación in vitro que procedan a la crioconservación de gametos o preembriones humanos de acuerdo con lo establecido en este artículo deberán disponer de un seguro o garantía financiera equivalente que asegure su solvencia, en los términos que se fijen reglamentariamente, para compensar económicamente a las parejas en el supuesto de que se produjera un accidente que afecte a su crioconservación, siempre que, en el caso de los preembriones crio conservados, se hayan cumplido los procedimientos y plazos de renovación del consentimiento informado correspondiente".

La fuerza mayor no se puede apreciar si "el acontecimiento lesivo se produjo en el contexto de la prestación sanitaria y sin intervención de acontecimientos extraños o exteriores al propio funcionamiento del servicio, una de cuyas funciones es precisamente la de velar por la viabilidad de los embriones"[28].

Según el Tribunal, por lo tanto, no existía la causa de exclusión de la responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, a la hora de estimar la existencia del daño indemnizable, el Tribunal estuvo más cauteloso al determinar los parámetros en los que sustentar el contenido y la extensión del daño moral reparable.

En primer lugar, el Tribunal destaca que no resulta indemnizable el daño moral consistente en la imposibilidad de la recurrente de continuar el ciclo de fecundación para ser madre de un hijo biológico de su esposo fallecido, al haber transcurrido el plazo de doce meses desde el fallecimiento de su esposo.

Lo que sí es indemnizable es el daño moral[29] consistente en la aflicción, zozobra y sufrimiento psíquico infringidos a los sentimientos de la mujer por la pérdida injustificada de los embriones crio preservados.

Ahora bien, es sabido que la cuantificación del daño moral es una de las cuestiones que hoy en día genera mayor controversia en el derecho, dada la tendencia de los Tribunales en la última década a reconocer ampliamente su existencia.

La dificultad de valorar el daño moral no es un problema exclusivo de las víctimas que lo sufren y que reclaman una compensación por ello, sino también de los jueces que tienen que determinar la compensación debida a la víctima; tratándose de un problema cuantitativo y no cualitativo, al que se enfrenten los jueces y tribunales de todos los sistemas legales.

Dada la subjetividad que acompaña siempre la reparación de cualquier daño moral, el juzgado fija su importe de un modo estimativo atendiendo a las circunstancias de este caso.

Considera, por lo tanto, prudencialmente que una indemnización adecuada del daño moral causado a la viuda es la de 2.000 euros.

28 El texto procede de la citada sentencia STS 6 febrero 2017 (RAJ 2017, 3530). En el mismo sentido, STS 21 junio 2017 (RAJ 2017, 2628), STS 28 junio 2017 (RAJ 2017, 567).

29 Según Llamas Pombo, E.: *Las formas de prevenir y de reparar el daño*, La Ley, Madrid, 2020, p. 201, hay que abandonar la confusa categoría del "daño moral". Sería mejor distinguir entre daño al patrimonio y daño a la persona, "aquel que atenta contra los bienes esenciales de la personalidad". *Vid.* Llamas Pombo, E.: *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988; Salvi, C.: *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, Napoli, 1985.

Otro perjuicio indemnizable a la viuda podría ser, sin duda, el daño producido por la vulneración del derecho de información, recogido en el artículo 3.3. de la Ley 14 de 2006.

Específicamente, la disposición establece que: "La información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica".

Aunque los Tribunales españoles no se muestran proclives[30] a conceder indemnizaciones por incumplimiento de la obligación de información en el ámbito de la reproducción asistida[31], cabe destacar la importancia de este deber en la inseminación "post mortem".

Los centros médicos, de hecho, deben informar a la mujer del plazo de doce meses para la utilización del material reproductor del marido fallecido, así que ella puede determinarse para estar en el plazo y, finalmente, alcanzar su objetivo.

IV. FECUNDACIÓN "POST MATRIMONIUM": HAY UN DAÑO INDEMNIZABLE AL EX MARIDO?

El artículo 9.2 de la Ley española sobre la fecundación asistida dispone que: "El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas".

Una disposición análoga está regulada también en la ley italiana del 2004. Ambas normas favorecen el amparo de la voluntad[32] del varón que tiene derecho a ser padre si y solo si él lo elije. La decisión de procrear del individuo está vinculada a su libertad e intimidad[33], lo que supone la prohibición de cualquier injerencia externa en esta determinación.

30 Cervilla Garzón, M. D.: "El menor como sujeto", cit., p. 694.

31 La SAP Murcia 13 marzo 2018 entiende que no ha tenido lugar una infracción de la obligación de información por parte de la clínica de fertilidad que publicita sus servicios garantizando el 100% del éxito de sus procedimientos (con devolución del importe pagado si así no fuera), pues en el consentimiento informado suscrito no se expresaba de igual forma

32 Zubero Quintanilla, S.: "Revocación del consentimiento prestado por el causante a la reproducción post mortem tras la ruptura del vínculo matrimonial", *Revista de Derecho civil*, 2021, núm. 2, p. 149.

33 Siguiendo a Farnós Amorós, E.: *Consentimiento a la reproducción humana asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 64-67: "La intimidad y la libertad, fundamentos esenciales de las decisiones procreativas, son derechos negativos, que impiden que los terceros, incluido el Estado, interfieran en su ejercicio por parte de los individuos". Añade que de la jurisprudencia se desprende que

En relación a la libertad e intimidad de su titular adquiere mayor significado el rigor de las exigencias y requisitos que la ley demanda para la exteriorización de la voluntad procreacional del sujeto.

A tal fin, la doctrina se interroga si es posible presumir o deducir la revocación de una declaración de voluntad cuando se producen circunstancias excepcionales, como las crisis matrimoniales, o si siempre es necesaria una aclaración expresa.

De hecho, en la práctica, se han planteado litigios entre excónyuges y exparejas a fin de decidir el futuro de los preembriones que fueron generados y crio conservados durante el matrimonio o la unión para su futura utilización.

Ahora bien, el derecho de procrear, que implica al mismo tiempo la libertad de no tener hijos, puede entrar en conflicto con la tutela del embrión ya formado.

La jurisprudencia no siempre ha tenido una postura constante.

Recientemente un Tribunal italiano se ha puesto en contra a una sentencia muy llamativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 2007.

En el caso Evans contra Reino Unido, la demandante alegaba que la legislación nacional había permitido a su expareja retirar el consentimiento para que ella almacenara y utilizara los embriones creados de forma conjunta. Los hechos que acontecieron y que dieron lugar a las sucesivas demandas fueron los siguientes. En el año 2000 la demandante y su pareja comenzaron un tratamiento en una clínica de reproducción asistida y en 2001 se informó a la pareja que la mujer tenía tumores precancerosos en los ovarios que debían ser extirpados. En consecuencia, la demandante se planteó la posibilidad de extraer sus óvulos y conservarlos para su utilización futura.

Sin embargo, la clínica no practicaba el citado procedimiento debido a su escasa tasa de éxito, únicamente podían llevar a cabo la conservación de preembriones. Tras recibir la información necesaria y prestar ambos el consentimiento debido, procedieron a poner en práctica dicha técnica, de modo que el esperma del varón fuera utilizado para fecundar in vitro los óvulos de la demandante y utilizar los preembriones resultantes en el tratamiento conjunto.

Estos se conservarían durante un plazo de 10 años. Finalmente se consiguieron 6 preembriones que fueron almacenados. En 2002 se produjo la ruptura de la pareja y el hombre escribió a la clínica para informarle sobre la separación e

las decisiones procreativas tienen una vertiente positiva, consistente en la decisión del individuo de tener hijos, y una vertiente negativa que incluye la decisión de no tenerlos. Por ello, en su opinión, la localización de las decisiones procreativas en el ámbito de la intimidad y la libertad comporta un derecho negativo a su respeto y evita las injerencias que puedan perturbar su goce.

indicar que los embriones debían ser destruidos, posibilidad que constaba en los documentos firmados.

En consecuencia, la demandante interpuso un recurso ante el tribunal superior, en el que solicitaba una orden judicial en la que se exigiera a su expareja que restableciera su consentimiento.

El juez encargado del caso señaló que no estaba a disposición del hombre dar un consentimiento inequívoco a la utilización de los embriones, independientemente de cambios en las circunstancias, y que solo había consentido el tratamiento, no su continuación por cuenta de la mujer en caso de que su relación terminara.

Además, señaló que un embrión no es una persona con derechos protegidos, y que el derecho de la demandante al respeto de la vida familiar tampoco se había visto comprometido.

De igual modo, el recurso de apelación de la demandante, ante la corte de apelación, fue desestimado en una sentencia de junio de 2004. Por su parte, la Corte sostuvo, en línea con la resolución precedente, que la ley aplicable tenía por fin último asegurar el consentimiento continuo de ambas partes desde el comienzo del tratamiento hasta la implantación del embrión.

A todos los efectos, en el proceso se expusieron los conflictos de intereses que pueden surgir entre las partes, frente al derecho del marido de no estar obligado a tener un hijo con su material reproductor se encuentra el de la mujer, dado que es el único medio del que dispone para poder tener un hijo biológico.

La sentencia europea consideró que el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales era aplicable, ya que el concepto de "vida privada" incorpora tanto el respeto al derecho a decidir convertirse en padre, como el de decidir no serlo.

La problemática planteada no es de fácil solución. No solo no existe una regulación clara que otorgue respuestas a estos supuestos de hecho[34], sino que en ellos concurren diversos intereses dignos de protección. En último término, la medida que se adopte beneficiará a una de las partes y perjudicará o dañará los derechos e intereses de la otra.

34 Como advierte Farnós Amorós, E.: "¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida. Comentario a la STEDH, Sec. 4ª, de 7.3.2006, «Evans v. The U.K.»", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2007, núm. 2, p. 14, se deja al arbitrio de cada Estado el momento en que debe llevarse a cabo la revocación, con lo que el Tribunal de Estrasburgo actúa como catalizador de la armonización del derecho de familia, manteniendo unos estándares mínimos que, por la propia naturaleza del derecho, deben fijarse por cada Estado.

Una parte de la doctrina ha analizado, hace unos años, los pleitos en vida de excónyuges o exparejas que buscan el reconocimiento de la facultad de decisión sobre el destino de los preembriones generados durante la vigencia de su unión, llegando a la conclusión de que los tribunales, en la mayoría de sus resoluciones, se decantan por anteponer el derecho de aquel que desea la destrucción o utilización de los preembriones con un fin distinto al reproductivo[35].

En Italia, el Tribunal de Santa Maria Capua Vetere por una ordenanza del 27 de enero de 2021, en una situación parecida a la de Evans contra Reino Unido, llegó a una conclusión opuesta.

De hecho, el Juzgado antepuso el derecho del embrión a la vida al derecho del ex marido de no convertirse en padre.

Las razones subyacentes a esta resolución son varias. En primer lugar, el juez analiza los trabajos preparatorios[36] de la ley sobre la fecundación asistida italiana, donde se reconoce expresamente el derecho a la vida al embrión.

Según la sentencia n. 151 de 2009 de la Corte Constitucional, el artículo 2 de la Constitución atribuye la tutela al embrión, susceptible de debilitarse solo en caso de conflictos con otros intereses que tienen igual importancia como el derecho a la salud de la mujer.

Además, el Tribunal de justicia de la Unión Europea considera los embriones portadores de valores[37] e intereses a balancear con los derechos de terceros.

En segundo lugar, el Tribunal se enfoca sobre el consentimiento del ex pareja. El artículo 6 despone que no se puede revocar el consentimiento después de la fecundación. Esa declaración de voluntad es determinante para la paternidad, excluyendo la relevancia de posturas y eventos posteriores a la fecundación. La libertad de procrear acaba con la fecundación, con lo cual desde ese momento hay

35 Cfr. Farnós Amorós, E.: *Consentimiento a la reproducción,* cit., pp. 227-228. La autora advierte, a la luz de los casos resueltos por los diferentes tribunales, que, en la casi generalidad de los supuestos, los conflictos sobre la disposición de los preembriones con motivo de crisis de pareja han finalizado estimado la pretensión de la parte que se oponía a la implantación. Conclusión a la que han llegado los tribunales a partir de argumentos y metodologías muy diferentes, en función de la mayor o menor regulación de las técnicas de reproducción asistida en cada ordenamiento. Femenía López, P. J.: *La determinación de la filiación en interés del menor: turismo reproductivo y nuevos modelos de familia*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 23, pone de relieve como la Gran Sala, en su resolución de fecha 10 de abril de 2007, si bien entiende que el consentimiento de ambas partes es un elemento esencial de este tipo de reproducción, y que cada uno de los consentimientos por separado, sea el del futuro padre o el de la futura madre, tiene el mismo peso que el del otro, sin embargo, observa que la revocación del consentimiento por parte de cualquiera de los miembros de la pareja imposibilitaría la utilización de los embriones por más que esta decisión sea especialmente dura para la otra parte.

36 A proposito del artículo 13: "Le disposizioni in questione danno quindi fondamento al diritto del concepito a nascere previsto dall'articolo 1". El derecho a la vida está consagrado por las disposiciones 6 y 14 también.

37 Sobre la noción de embrión *vid*. Zecchino, I.: "La nozione di «embrione umano» nella giurisprudenza della Corte di Giustizia", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, núm. 2, p. 503.

que considerar prevalente el derecho a la vida del embrión. Las crisis matrimoniales no pueden constituir un obstáculo al libre desarrollo del embrión ya formado.

Dicha ordenanza, en total contraste con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 2007, ofrece la ocasión para reflexionar sobres posibles daños indemnizables al ex marido.

En particular, la doctrina se pregunta si puede ser reparado el daño moral del ex marido por convertirse en padre sin seguir teniendo un proyecto de vida común con aquella mujer.

Ahora bien, frente al derecho del marido de no estar obligado a tener un hijo se encuentra el de la mujer de procrear,[38] así como el derecho a la vida del embrión.

Si es verdad que el reconocimiento de amparo completo del embrión es un concepto muy reciente, sin embargo el consentimiento de los miembros de la pareja a la reproducción asistida tiene que ser siempre actual.

Las diferentes circunstancias en las cuales ellos se encuentran no pueden ser excluidas. La intención de tener hijos debe ser común tanto en principio como a lo largo del tratamiento médico, de lo contrario se puede perjudicar al nacido, deseado, como en este caso, solo por la madre.

Aunque la jurisprudencia en ese ámbito es inexistente, no parece tan remota la posibilidad de reparar ese daño moral, si bien aprobado por el hombre.

Es decir, el varón tiene que probar la subsistencia de los presupuestos de la responsabilidad civil[39]: una acción u omisión antijurídica, un criterio de imputación subjetivo, como pauta que justifique la imputación del daño al causante, el daño y una relación de causalidad, basada en una imputación objetiva, entre dicha acción u omisión y el daño.

Entorno al daño hay que distinguir, por un lado, la agresión, elemento esencial sin el cual no existe la responsabilidad civil: la lesión a intereses o derechos dignos de protección que causa la acción u omisión antijurídica. Por otro, el daño patrimonial y/o moral a resarcir[40].

38 Es preciso destacar que la mujer haya confiado en la voluntad del marido que había expresado su consentimiento.

39 Vid. el artículo 1902 del código civil español y el artículo 2043 del código italiano.

40 Casas Planes, M. D.: "De nuevo sobre la indemnización por daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)", en AA.VV.: *Anuario de derecho civil,* 2021, vol. 74, núm. 2, p. 470.

En este ámbito resultará muy difícil demostrar la vulneración de su derecho, digno de protección, pero evaluado inferior al derecho a la vida del embrión.

Asimismo, más problemática podría ser la dirección de la acción, es decir no resulta fácil identificar el sujeto pasivo de la demanda. En la duda, la ex pareja podría dirigirse hacia la mujer que ha antepuesto su interés al proyecto común, ya finalizado, o bien hacia el centro médico que no ha evaluado la actualidad de su consentimiento.

Otro perjuicio que se podría suponer está conectado con el artículo 32 de la Constitución italiana que prevé que nadie puede ser obligado a someterse a un tratamiento sanitario obligatorio.

El protagonista de la ordenanza italiana del 2021 afirma haber sufrido también ese daño. En realidad, compartiendo la postura del juez sobre este punto, se puede destacar que la imposibilidad de revocar el consentimiento produzca exclusivamente efectos acerca de la asunción de paternidad.

V. FECUNDACIONES "PÓSTUMAS" Y DAÑOS AL MENOR.

La "orfandad" premeditada a la que se somete el nacido por la fecundación "post mortem" ha generado dudas sobre el respeto del principio del interés superior del menor, que propugnan tanto la ley orgánica española 1/1996 como la Convención de los Derechos del Niño del 1989.

La doctrina se interroga si la ausencia del rol paterno y la construcción de un hogar monoparental sean compatibles con el derecho de los niños a conocer a sus padres y a ser educado por parte de ellos[41].

Los estados que admiten la inseminación "post mortem" han antepuesto el interés de procrear y de tener herederos al derecho del menor a tener dos padres.

Según algunos autores[42], privar voluntariamente a un hijo de progenitor para el resto de sus días, por mucho deseo de perpetuarse o de dejar un heredero de sangre, incluso bien arropado patrimonialmente, se puede definir como una jugada con las cartas en manos de un solo jugador y se presta un flaco servicio al futuro ser humano.

41 *Vid.* Art. 7 Convención de los Derechos del Niño

42 *Vid.* Martini, A.: *Profili giuridici della procreazione,* cit., p. 143.

Ahora bien, el libre acceso a las técnicas de reproducción asistida extranjeras hace que la prohibición de la fecundación "post mortem", propia de algunos países, sea, en cierto sentido, más suave.

Ese hecho plantea la cuestión sobre una potencial indemnización de daños al nacido sin padre.

Por un lado, hoy en día, la paternidad tiene varios matices. No existe solo la familia tradicional que consta de padre y madre, sino también la familia que consta de dos madres así como la de dos padres. Existe, además, la familia monoparental[43] en aquellos países que regulan la inseminación "post mortem" o bien permiten a la muer sola el acceso a las técnicas de fecundación asistida.

La Corte Constitucional italiana llegó recientemente a la conclusión que no es posible descartar la capacidad de la mujer sola para desarrollar funciones parentales[44]. Por lo tanto no se puede excluir, "tout court", la capacidad parental.

Por otro lado, los ordenamientos jurídicos que prohíben la fecundación "post mortem" parecen admitir una pauta fisiológica de doble paternidad, con lo cual se podría reparar el daño por haber nacido con un solo padre.

Para que prospere cualquier petición indemnizatoria, el presupuesto esencial e ineludible es la existencia de un daño cierto que la sustente. Dado que el reclamante es el nacido, el daño indemnizable lo constituye la propia vida con un solo padre, entendida esta como un perjuicio frente a la no-vida, como estado ideal para el sujeto actor.

Por varios motivos[45], tanto en los Estados Unidos, como en Europa, estas demandas no prosperan.

Se puede, por ejemplo, hacer referencia a las conclusiones a las que el Tribunal Supremo Italiano llegó a propósito del derecho de no nacer si no sano.

La vida es un derecho inalienable de cada persona ex artículo 2 de la Constitución italiana; sería una paradoja indemnizar el daño por haber nacido.

43 *Vid.* De La Iglesia Monje, M. I.: "Pérdida irreparable", cit., p. 1945: "En una sociedad como la nuestra no es necesaria la existencia de ambos progenitores, ni la norma constitucional lo exige (casos de desconocimiento del niño a su padre: el hijo póstumo fruto de una procreación natural, o el hijo de madre soltera o la adopción unilateral de persona soltera, o la concepción por dos madres con material genético anónimo…)".

44 Corte Constitucional italiana, sentencia 20 octubre – 4 noviembre 2020, núm. 230, *Dejure online*.

45 *Vid.* el trabajo de Romero Coloma, A.: "Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)", *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, núm. 722 p. 2559, en orden a los motivos que justifican la improcedencia de las acciones indemnizatorias, así como las referencias a la jurisprudencia española y extranjera que lo confirman.

En el caso de discapacidad del hijo, según el Tribunal de legitimidad italiano[46], la madre puede demandar la indemnización de los daños por lesión de su derecho de autodeterminación. Es decir, no habiendo recibido una información adecuada por el médico, no pudo ejercitar su derecho de interrupción de embarazo.

Pueden repararse, también, los daños de los otros hijos que no pueden beneficiar de manera total de una relación con los padres, ocupados con el hijo discapacitado.

No parece, por lo tanto, indemnizable el daño de haber nacido "huérfano" de un padre, ya que la alternativa era no nacer.

A la misma conclusión se puede llegar con referencia a las fecundaciones "post matrimonium". De hecho, el nacido puede beneficiar de las dos figuras de manera separada, ningún daño se identifica si el nacimiento por fecundación asistida ocurre cuando los miembros de la pareja deciden separarse o bien divorciarse.

El equilibrio entre derechos e intereses es una realidad con la cual el juez y el legislador se topan a cada paso.

No se puede balancear de una vez para todas, "sub specie aeternitatis", cabe dejar el mito de la certidumbre y el abstracto.[47] Si hay balance no hay daños, en cuanto se prefiere un derecho a otro.

VI. CONCLUSIONES.

El ámbito de las fecundaciones "póstumas" resulta delicado y al mismo tiempo complejo. Su reglamentación representa claramente el desafío cotidiano al que tiene que enfrentarse el derecho. Es decir, traducir en normas la realidad dinámica y fluctuante. Esta tarea se hace más difícil cuando hay implicaciones éticas. En este contexto hay que atender a los nuevos modelos familiares como el de la familia monoparental. Si la aspiración de todo ser humano a tener hijos es justa y legitima, sin embargo hay que tener en cuenta el interés superior del embrión/menor para satisfacerla.

El legislador de cada País no tiene siempre la última palabra sobre el argumento. De hecho, la elección de una legislación restrictiva no impide a las parejas moverse a otros estados que admitan la fecundación asistida "post mortem". Por esta razón los jueces, topándose con vacíos legales, tienen que "mezclar los naipes en el juego", resolviendo los pleitos de manera conforme a los principios generales.

46 *Vid.* Corte di Cassazione italiana, Sez. Un., sentencia 22 diciembre 2015, núm. 25767, *Dejure online*.

47 Perlingieri, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, núm 10, p. 40.

Los Tribunales europeos brindan una importante contribución, pero es preciso considerar las peculiaridades y las evoluciones culturales y sociales. Sobre todo en las materias que implican cuestiones delicadas en el orden ético y moral, los estados conservan un amplio margen de apreciación.

La materia de las fecundaciones "póstumas" plantea muchas cuestiones que analizar. La regulación de los códigos civiles de la mayoría de los ordenamientos europeos respecto a la filiación y sus efectos, no menciona las técnicas de reproducción humana asistida, ni la fecundación "post mortem", y ello sería deseable para evitar conflictos sobre ella. Además, sería necesario indicar la misma en sede de sucesiones, tanto testamentaria como abintestato.

El problema que más llama la atención es la indemnización del daño moral provocado por las fecundaciones "póstumas". Este daño se puede definir como un estado o sentimiento de zozobra, pesadumbre o sufrimiento de la persona ante un determinado hecho. La peculiaridad deriva de su propia naturaleza, por su dificultad a la hora de cuantificarlo. De hecho, presenta tanto problemas de prueba en el momento de determinar su existencia como en el momento de cuantificarlo. Además, al tratarse de algo subjetivo y personal puede aparecer de forma muy distinta en cada persona, siendo esta otra dificultad añadida para su determinación. En la materia de las fecundaciones póstumas los sujetos que pueden ser afectados son varios. Sin embargo, hasta hora, en un solo caso el Tribunal Superior de Madrid reconoció la reparación del daño moral a la viuda por la pérdida del material reproductor del marido fallecido. Sin llegar a la indemnización de los daños "de bagatela", se desea que el panorama reparatorio aumente, siempre que el perjudicado pruebe todos los presupuestos de la responsabilidad civil.

En materia de fecundación asistida "post mortem" se suscita un claro conflicto de intereses. Por una parte, el interés de la mujer a procrear, así como el del varón a tener descendencia póstuma y, por otra, el interés del menor que nacerá a ser asistido por sus progenitores. En materia de fecundación "post matrimonium", también, el interés de la mujer de tener hijos choca con el interés de la ex pareja de determinar el destino de su material reproductor después de la crisis matrimonial y el amparo del embrión ya formado. En este momento histórico, el conflicto de estos intereses debe resolverse otorgando preferencia al interés del embrión. Esa perspectiva histórico-relativa aparece como la única para ofrecer soluciones razonables, ya que el balance de los valores no es inmutable.

BIBLIOGRAFÍA

Berlinguer, G.: "Bioetica quotidiana e bioetica di frontiera", en AA.VV.: *Bioetica* (coord. por A. Di Meo e C. Mancina), Lampi di stampa, Milán, 1999, pp. 1-352.

Bosques Hernández, G. J.: "(Comentario a la) Sentencia de 30 de junio de 2009: Responsabilidad civil derivada de la interferencia de la madre en las relaciones paterno filiares. El diez a quo para ejercer la acción es el momento en que se concluye el derecho del padre a relaciones con su hijo", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2010, núm. 83, p. 902.

Bustos Pueche, J. E.: *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 171.

Carcaba Fernández, M.: *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana,* J. M. Bosch, Barcelona, 1995.

Casas Planes, M. D.: "De nuevo sobre la indemnización por daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)", *Anuario de derecho civil,* 2021, vol. 74, núm. 2, p. 470.

Cervilla Garzón, M. D.: "El menor como sujeto damnificado en la reproducción asistida humana", *Actualidad jurídica iberoamericana,* 2020, núm. 13, p. 684.

De La Iglesia Monje, M. I.: "Pérdida irreparable de preembriones crio conservados y daño moral de la viuda", *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, 2017, núm. 762, pp. 1943-1963.

Dogliotti, M.: "La famiglia e l'«altro» diritto: responsabilitá civile, danno biologico, danno esistenziale", *Famiglia e Diritto,* 2001, núm 2, pp. 164-170.

Farnós Amorós, E.: "¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida. Comentario a la STEDH, Sec. 4ª, de 7.3.2006, «Evans v. The U.K.»", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2007, núm. 2, p. 14.

Farnós Amorós, E.: *Consentimiento a la reproducción humana asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 64-67.

Femenía López, P. J.: *La determinación de la filiación en interés del menor: turismo reproductivo y nuevos modelos de familia*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 23.

Ferrer Riba, J.: "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2001, núm. 4, p. 10.

Iniesta Delgado, J. J.: "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", en AA. VV., *Tratado de Derecho de la Familia* (coord. por M. Y. Tolsada, M. Cuena Casas), Aranzadi, Madrid, 2011, vol. 5, p. 835.

Llamas Pombo, E.: *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988.

Llamas Pombo, E.: *Las formas de prevenir y de reparar el daño*, La Ley, Madrid, 2020, p. 201.

López de la Cruz, L.: "El resarcimiento de daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, núm. 4, p. 40.

Marchese, A.: "La fecondazione post mortem: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?", *Rivista di diritti comparati*, 2018, núm 2, p. 212.

Martini, A.: "Riflessioni sulla soggettività e capacità del concepito dopo l'entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004, n. 40 Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", *Vita Notarile*, 2005, núm. 2, p. 1153.

Martini, A.: *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Esi, Nápoles, 2006, p. 143.

Mazzoni, C. M.: "La tutela dell'embrione e del feto nel diritto italiano", *Notizie di Politeia*, 2002, núm. 65, p. 171.

Natale, A.: "I diritti del soggetto procreato post mortem", *Famiglia, persone e successioni,* 2009, núm 6, p. 526.

Patti, S.: *Famiglia e responsabilitá civile*, Giuffré, Milán, 1984, p. 32.

Pérez Gallardo, L. B.: "Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana", *Revista general de legislación y jurisprudencia,* 2007, núm. 4, p. 605.

Perlingieri, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, núm 10, p. 40.

Quadri, E.: "La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, núm. 4, p. 566.

Roca Trías, E.: "La responsabilidad civil en el Derecho de familia: venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil", en AA. VV.: *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio* (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2000, pp. 533-566.

Rodríguez Guitián, A. M.: *Reproducción artificial post morten. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 134.

Rodríguez Guitián, A. M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas, Madrid, 2009, p. 74.

Romero Coloma, A.: "Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)", *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, núm. 722 p. 2559.

Salvi, C.: *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, Napoli, 1985.

Santamaría Solís, L.: "Técnicas de reproducción asistida", en AA.VV.: *Manual de Bioética* (coord. por G. M. Tomás Garrido), Ariel, Barcelona, 2001, p. 377.

Stanzione, P.: "Procreazione assistita e categorie civilistiche", en AA.VV.: *Studi in onore di Pietro Rescigno. Diritto Privato. 1, Persone, famiglia, successioni e proprietà,* Giuffré, Milano, 1998, vol. 2, p. 86.

Vega, M. Vega, J. Martínez Baza, P.: "Regulación de la reproducción asistida en el ámbito europeo. Derecho Comparado", www.bioeticaweb.com, 31 de mayo del 2007.

Villani, R.: *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 180.

Zecchino, I.: "La nozione di «embrione umano» nella giurisprudenza della Corte di Giustizia", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, núm. 2, p. 503.

Zubero Quintanilla, S.: "Revocación del consentimiento prestado por el causante a la reproducción post mortem tras la ruptura del vínculo matrimonial", *Revista de Derecho civil*, 2021, núm. 2, p. 149.

LA (DE)CONSTRUCCIÓN DE LAS RELACIONES DE FILIACIÓN Y PATERNIDAD A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

THE DECONSTRUCTION OF FILIATION AND PATERNITY RELATIONSHIPS THROUGH THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 550-575

Jonatán CRUZ ÁNGELES

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: En este artículo exploraremos cómo ha reaccionado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ante la evolución de las "nuevas" realidades de la familia y, más concretamente, en qué medida ha contribuido a cuestionar y/o reproducir cómo se articula el vínculo que une a un hijo a su progenitor, basándose, en particular, en los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Como se demostrará, la definición de paternidad respaldada por el TEDH no siempre es clara por dos aspectos. En primer lugar, aunque valora cada vez más el interés y nivel de compromiso de un padre con su hijo, no abandona el modelo o esquema de "paternidad convencional", al que, sin embargo, añade una "nueva" exigencia de cuidado. En segundo lugar, aunque la construcción emergente de la paternidad parece ser una cuestión de elección de doctrina, dependerá del caso en cuestión. Por lo tanto, no es de extrañar que fuerzas doctrinales y morales interactúen en este proceso de evolución jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE: Filiación; paternidad; jurisprudencia; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Estrasburgo.

ABSTRACT: *In this paper, we examine how the European Court of Human Rights (HUDOC) has reacted to the evolution of the "new" realities of the family, in particular to what extent this court has contributed to questioning and/or reproducing how the relationship between a child and the parent is established, based, especially, on the Articles 8 and 14 of the European Convention on Human Rights. As we will demonstrate in this paper, the definition of paternity, endorsed by the HUDOC, is not always clear for two reasons. On the one hand, even if we increasingly value the interest and the level of commitment of a parent to his child, it does not abandon the conventional parenting model or scheme. However, it adds a "new" demand for care. On the other hand, even though the emergent construction of paternity seems to be a matter of doctrinal choice, and it depends on the case. Therefore, it shouldn't seem strange that doctrinal and moral forces interact in the process of doctrinal evolution.*

KEY WORDS: *Filiation; paternity; case law; European Court of Human Rights; Strasbourg.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA PATERNIDAD A LA LUZ DE NUESTROS DÍAS.- III. LA DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD.- IV. SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR.- V. LA PATERNIDAD "NO CONVENCIONAL".- 1. El reconocimiento de la homoparentalidad.- 2. El uso de técnicas de reproducción asistida.- VI. EL ESPECIAL DEBER DE CUIDADO PATERNO.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La paternidad (del latín "paternitas") hace referencia a la cualidad(es) del padre o progenitor masculino. Se trata de una institución de carácter socio-cultural relacionada con la filiación. Este concepto de paternidad no es estático sino dinámico; es decir, que se ha ido transformando con el tiempo en las distintas civilizaciones y/o periodos de la Historia de la Humanidad[1]. En nuestra cultura europea, se considera que los primeros antecedentes de su regulación se remontan a la Antigüedad clásica, donde el modelo por excelencia de padre patriarcal es el del "pater familias" romano, que ostentaba el varón; los hijos nacían en el hogar paterno y la descendencia era patrilineal: los hijos/as portaban única y exclusivamente el apellido del padre. La familia del pater familias era un conjunto: una casa, un grupo que incluía a todas las personas libres que formaban parte del núcleo familiar, sin distinción de edad ni de que éstos hubiesen contraído (o no) matrimonio, todos los parientes, descendientes, allegados, las mujeres entradas a la familia mediante el matrimonio y sus descendientes, tanto los adoptados como los arrogados, así como también los trabajadores domésticos, esclavos/as y sus descendientes, el ganado, las tierras y todos los objetos de su casa. El pater o protector romano ejercía el Derecho sobre todos los aspectos de la vida de sus descendientes: (1) determinaba el derecho a la vida o la muerte; (2) podía enajenarlos, abandonarlos, exponerlos o entregarlos a la víctima de un delito por éstos cometido; y (3) tomaba todas las decisiones en lo referente a su educación.

En la Edad Media, con la aparición de la figura del padre cristiano en el imaginario europeo, convivieron distintos modelos de paternidad en función del patrimonio familiar. La estructura prototípica del padre en la Alta Edad Media todavía recordaba a la que se manifestaba tanto en la tradición romana como germánica al estar integrada por el núcleo matrimonial -esposos e hijos- y un grupo de parientes lejanos, viudas, jóvenes huérfanos, sobrinos y esclavos. Todos estos integrantes estaban bajo la tutela del varón quien descendía de una estirpe,

1 Gauché Marchetti, X.: *Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos,* Editorial académica española, Saarbrücken, 2011, pp. 37-128.

• Jonatán Cruz Ángeles
Profesor Ayudante Doctor en el Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Departamento de Derecho Público y Común Europeo, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad de Jaén (España). ORCID: 0000-0002-8648-5525. Correo electrónico: jangeles@ujaen.es

siendo su principal obligación la de proteger a sus miembros. Por tanto, el padre era el guardián de la pureza de sus hijas en tanto que máximo guardián de su descendencia. Un ataque al pudor de la mujer, aún con el consentimiento de ésta, era considerado como una deshonra para toda la familia, así como un acto de "violación" castigado con la pena de muerte. De este modo, el padre transmitía a sus hijos un doble patrimonio: la sangre y el nombre, que le atribuía una identidad en ausencia de toda prueba biológica. Este sistema de clases se mantuvo y perfeccionó durante toda la Baja Edad Media. En este periodo histórico podemos observar, principalmente, tres modelos de paternidad: (1) el modelo aristocrático que otorgaba gran importancia al linaje, el patrimonio, los títulos nobiliarios, los privilegios y el honor que se heredaban; (2) el modelo campesino cuyo patrimonio era el terruño, símbolo de libertad y dignidad; y (3) con el surgimiento de la burguesía, el modelo de la paternidad en la ciudad era el de los artesanos, comerciantes y los profesionales liberales, que transmitía un oficio, profesión, un saber o un talento a su descendencia.

En la época del Renacimiento (Siglos XVI y XVII), como resultado de la manifestación de corrientes de pensamiento iusnaturalistas, los hijos bastardos o ilegítimos comienzan a considerarse por parte de algunas escuelas de pensamiento como frutos del "amor". A medida que avanzamos en el tiempo, en la Edad Moderna, observamos cómo un número muy elevado de estos niños/as eran abandonados a su suerte tras su nacimiento y, por tanto, debían ser criados/as en orfanatos o por sus familiares más cercanos o vecinos. En el Siglo XVI, la jerarquía garante del orden público situaba en su cúspide a Dios, seguido del Rey y, a continuación, del padre de familia. Por esta razón, los hijos/as dependían jurídicamente de sus padres para casarse, entrar en un convento o disponer de sus bienes. Este sistema de patria potestad comenzó a ser cuestionado en el llamado Siglo de las Luces (Siglo XVIII), tras la decapitación del Rey-Padre Luis XVI, la Revolución Francesa sirvió, entre otras cosas, para promulgar las primeras leyes que trataban de limitar el poder de los padres varones. De este modo, se pretendía poner fin a una obligación legal de subordinación absoluta por parte de los hijos hacia sus padres.

Con la restitución de la monarquía francesa se intentó restaurar la "autoritas" del padre de familia. El Código napoleónico (1802) sostenía que el padre ejercía su autoridad sobre la persona de su hijo, administrando sus bienes, dirigiéndolo, vigilándolo, corrigiéndolo (incluso tenía el derecho de castigarlo corporalmente), así como podía elegir su lugar de residencia, controlando sus amistades, su correspondencia y educándolo. Este sistema facultaba al padre, en última instancia, a reconocer (o no) la relación de paternidad, como un derecho totalmente discrecional, independientemente del consentimiento de la madre y sin ningún control sobre su veracidad. Esta situación variará considerablemente a lo largo de

todo el Siglo XIX, declinándose el poder divino del padre. Durante este periodo, la sociedad europea comienza a tomar conciencia de sus deberes de amor, cuidado y educación en torno a los niños/as. De modo que el padre romántico comienza a suceder al héroe guerrero de la época feudal.

En pleno Siglo XX, se comienzan a reconocer los derechos de la mujer, no sólo a trabajar fuera del hogar, sino también a estudiar y ganar responsabilidades en la educación de sus hijos/as. Entonces aparece el modelo de filiación "natural" que identifica por primera vez al padre con el progenitor. Los hijos "naturales" extramatrimoniales pasan a tener los mismos derechos que los hijos "legítimos". La pareja procreadora se convierte en la pareja parental dando lugar a un nuevo paradigma reproductivo. Este arreglo histórico comienza a (re)plantear los roles de género en torno a la participación de las mujeres y los varones en la procreación y en la responsabilidad de educar al niño/a. Unos roles que, tradicionalmente, se han reproducido, de generación en generación, a través de la separación organizada de la parentalidad entre la mujer que se concebía como la proveedora de los cuidados maternos y el padre como proveedor de una manutención económica.

II. LA PATERNIDAD A LA LUZ DE NUESTROS DÍAS.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (o Tribunal de Estrasburgo), en tanto que máximo guardián e intérprete del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha desarrollado un cierto grado de creatividad judicial para tratar de actualizar los preceptos contenidos en el texto aprobado en 1950. Esta labor de actualización ha sido posible gracias a que el Convenio, al igual que otros tratados internacionales de derechos humanos, consagra todo un corpus constituido por derechos abstractos que los individuos ostentan frente a los gobiernos de sus respectivos países, enfrentando el problema de cómo el paso del tiempo impacta en su interpretación y aplicación[2]. Por tanto, la misión encomendada al Tribunal, se ocupa continuamente del desafío de garantizar la debida atención a las condiciones cambiantes de Europa que no pudieron preverse en el momento de redacción del Convenio o de adhesión de los distintos Estados Partes, con el fin de garantizar la protección efectiva de los derechos y libertades consagrados en el mismo.

Este fenómeno de (re)interpretación produce una verdadera tensión entre la necesidad de brindar una lectura contemporánea de este instrumento de protección de derechos humanos, al mismo tiempo que debe obedecer al principio de subsidiariedad, particularmente visible en el caso de la lectura y aplicación del artículo 8 en relación con los derechos y obligaciones ligados a figura del progenitor o de la paternidad. Y, es que, a pesar de la existencia de disposiciones

2 Carrillo Salcedo, J.A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, *passim*.

contenidas en distintos tratados internacionales, la institución de la familia ha sido tradicionalmente concebida como un asunto de Derecho privado por parte de los Estados y, como tal, se ha regulado en la jurisdicción de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. Como consecuencia, el Derecho de familia ha sido generalmente entendido como un tipo de derecho nacional: arraigado en distintas leyes, culturas, tradiciones y como resultado de comportamientos y/o problemáticas entendidas como propiamente nacionales. No obstante, con el paso de los años y el devenir del tiempo, se ha señalado la existencia de una serie de patrones comunes, como consecuencia de la influencia de factores morales, culturales, religiosos, políticos y psicológicos.

Por todo ello, podríamos afirmar que la relación entre el Derecho de familia y la paternidad se ha convertido en un tema de interés para el Derecho internacional. No obstante, esta nueva dimensión del concepto de familia arrastra una pronunciada carga moral, así como presenta grandes variaciones en todos los países y entornos socioculturales que afectan a cualquier reconsideración de estos conceptos en el marco de un contexto específico. Así pues, observamos dos necesidades opuestas, pero complementarias: por un lado, la de garantizar una mayor correspondencia con las realidades familiares modernas y, por otra parte, la de respeto de las variaciones específicas del Derecho de familia entre los distintos Estados y las nociones socioculturales de lo que para éstos constituye una familia. Dicho de otro modo, la interpretación extensiva del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no puede anular o suplantar la voluntad de los Estados. Para aliviar esta tensión, el Tribunal ha desarrollado un conjunto de herramientas doctrinales, entre las que destaca el "margen de apreciación"[3]. Esta teoría se basa en la idea de que cada Estado signatario tiene derecho a un cierto grado de discrecionalidad para resolver los conflictos inherentes entre los derechos individuales y los intereses nacionales o entre derechos individuales contrapuestos. Más concretamente, en el caso que nos ocupa, la (re)interpretación del artículo 8[4], relativo al respeto del derecho a la vida privada y familiar, se apoya en los esfuerzos

3 El 20 de abril de 2012 se adoptó la Declaración de Brighton por parte de los ministros de los países del Consejo de Europa. Entre las modificaciones adoptadas al texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, destaca la introducción en su preámbulo del principio de subsidiariedad y la doctrina del margen de apreciación, facultando a los Estados a utilizar esta doctrina en todo tipo de casos, cuando hasta la fecha sólo se utilizaba en casos uy concretos; es decir, en aquéllos que ponían de manifiesto las diferencias culturales entre los Estados debido a la heterogeneidad y a la falta de consenso de los miembros que forman el Consejo de Europa. Este fenómeno hace que nos replanteemos si existe el peligro de que los Estados utilicen esta doctrina fuera de contexto, en su propio beneficio. O si, por el contrario, la extensión del campo de aplicación de la doctrina del margen de apreciación sirve para consolidar la protección de los estándares mínimos europeos.

4 Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar. "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

de garantizar que la moral, las tradiciones y el contexto histórico, que ejercen una influencia significativa en la regulación de los asuntos de Derecho privado y de la familia, sean tomados en consideración, así como debe considerarse al Convenio como un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales.

Con el fin de evitar una percepción de arbitrariedad en sus fallos, el Tribunal ha evitado la apariencia de una lectura dinámica del artículo 8, fundamentado sus decisiones en el establecimiento de un fundamento común europeo sobre el asunto en cuestión. De modo que, de entrada, ante una discrepancia sustancial en la regulación legal de un tema en particular en Europa, el Tribunal reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados. *A contrario sensu*, si el Tribunal identifica o reconoce la existencia de un consenso europeo[5], establecerá un equilibrio entre la moderación judicial y la innovación judicial, al menos formalmente, como un medio de mediación entre la interpretación evolutiva y la doctrina del margen de apreciación.

En el caso específico de la familia, la interpretación evolutiva tiene el potencial de hacer que el Convenio se adapte a todas las realidades familiares existentes y, por tanto, se allane el camino hacia la redefinición de la paternidad más allá de sus fronteras convencionales, en línea con las necesidades socioeconómicas y desarrollos científicos del momento. Así las cosas, podríamos apreciar la existencia de tres modelos prototípicos de paternidad en la jurisprudencia del TEDH: (1) la paternidad convencional, (2) la paternidad fragmentada y (3) nuevas formas de paternidad[6].

En primer lugar, el término convencional se identifica con aquello que generalmente se cree que debe ser o hacer un "padre". En este sentido, la institución de la paternidad se utiliza para representar una cuestión social, cultural y de Derecho, es decir, que se refiere a un individuo con una serie de características (tanto físicas como de comportamiento) al que, de acuerdo con una serie de percepciones y expectativas sociales, se le presume y, por tanto, se le atribuye la paternidad. Es la realidad tradicionalmente más generalizada y representa una visión normativa del "padre" e, indirectamente, de la familia considerada como aquella debidamente constituida. El paradigma tradicional de paternidad ha tenido una serie de repercusiones concretas en la vida de padres, madres e hijos. En este

5 El concepto de "consenso europeo" se refiere al nivel de uniformidad existente en los marcos jurídicos de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre un tema en particular. El TEDH utiliza este principio tanto para justificar un amplio margen de apreciación concedido a los Estados miembros en ausencia de consenso (que lleva al estancamiento del desarrollo de la jurisprudencia), como para imponer nuevos estándares en los casos en los que existe una tendencia clara en la mayoría de los Estados miembros, de forma que se avance en la interpretación del Convenio.

6 Margaria, A.: *The Construction of Fatherhood. The Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 13-16.

sentido, se ha utilizado tanto para reconocer una serie de derechos como para determinar un gran abanico de obligaciones, así como todo un elenco de sanciones derivadas del incumplimiento de las mismas. La idea dominante de paternidad convencional atribuye a la relación padre-hijo una serie de características que incluirían: un vínculo biológico padre e hijo, una relación marital o muy similar al matrimonio (parejas de sexo opuesto que viven una relación de carácter afectivo-sexual) y una relación de convivencia en una misma unidad familiar. De ello puede deducirse que un "padre convencional" sería, al mismo tiempo, el progenitor biológico del niño/a, el esposo heterosexual de la madre del niño/a y el encargado de mantener (proporcionar un hogar y alimento) a la familia (entendida como una unidad familiar). Como puede apreciarse, el cuidado paterno no ha sido tradicionalmente un requisito *sine qua non* para establecer un vínculo legal de paternidad.

En segundo lugar, en contraste con este paradigma de paternidad convencional y como consecuencia de la evolución del contexto social planteado históricamente, la paternidad se ha vuelto cada vez más fragmentada y ambigua tanto en la teoría como en la práctica. A efectos de este estudio, no concebimos la paternidad fragmentada como una desintegración de la misma, sino como una posible subdivisión de ésta que implica, necesariamente, una escisión de los rasgos y roles paternos convencionales entre dos o más individuos. En una época como la nuestra, no es de extrañar que dos o más hombres puedan tener aportes distintos en la vida de un mismo niño/a. Este tipo de fragmentación ha desencadenado una serie de respuestas muy específicas. La dimensión jurídica de la paternidad fragmentada describiría como los distintos ordenamientos jurídicos han evolucionado lentamente hacia el reconocimiento de la diversidad y heterogeneidad de las prácticas familiares paternas.

Y, por último, en tercer lugar, el concepto de la "nueva paternidad". Esta noción sirve para dar mayor visibilidad en el imaginario colectivo revisado de aquello que implicaría ser un "buen padre". Ya no sería suficiente con proporcionar un hogar y alimento a la familia, sino que implicaría, además, pasar tiempo de calidad con los niños/as. De este modo, la concepción del "buen padre" ha evolucionado desde la figura del cuidador primario hacia la de un individuo que es (o debería estar) emocionalmente implicado, comprometido e involucrado en el cuidado diario de sus hijos/as. Una de las complejidades de remodelar la paternidad radica en el hecho de que muchos padres intentan masculinizar el cuidado, es decir, construir tareas y roles con el fin de aliviar la amenaza a su masculinidad. Esta concepción de la masculinidad se relaciona con toda una serie de funciones tradicionales de los padres tales como la disciplina, la protección, la provisión de ingresos y el fomento de la responsabilidad. A fin de cuentas, las nuevas formas de paternidad no

implican un abandono de los roles tradicionales del padre, sino que simplemente se han reinventado para agregar nuevas características.

En este contexto, una comprensión de las "nuevas formas de paternidad" requiere un estudio de la jurisprudencia en un contexto de cambio social que, además de afectar a las realidades de la vida familiar en Europa, también provoca la modificación de la normativa interna de los Estados entorno a la concepción de la paternidad. En todo este proceso, la modernización del enfoque del Tribunal Europeo de Derechos Humanos juega un papel clave, al reinterpretar los artículos 8 y 14[7] del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que hasta la fecha han desempeñado un papel crucial en relación al desarrollo de las relaciones paterno-filiales. La evolución de la concepción de la paternidad en el Tribunal y sus fundamentos nos conduce, necesariamente, a plantearnos, de entrada, dos cuestiones: (1) qué elementos se requieren para proceder al reconocimiento de un vínculo de filiación-paternidad y (2) cómo se vería afectada esta relación en caso de crisis familiar -separación y/o divorcio-.

III. LA DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD.

Como hemos señalado anteriormente, en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, la construcción de la paternidad surge principalmente de la interpretación de dos disposiciones: el artículo 8, que prevé el derecho al respeto de la vida privada y familiar, que suele invocarse en concurrencia con la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14 del mismo texto. De modo que, partimos del artículo 8, enfatizando la contribución de cada etapa de revisión de la paternidad, así como sobre las obligaciones positivas que han surgido en el contexto de la vida privada y familiar. Todo ello, sin dejar de lado el efecto del artículo 14, que favorece la adopción de un enfoque anti-estereotipado, con el potencial de influir y guiar la reconstrucción del concepto de paternidad.

Tradicionalmente, se ha interpretado que el artículo 8 requiere de una acción positiva de los Estados para garantizar que los vínculos entre los miembros de la familia puedan desarrollarse. En el caso de Marckx contra Bélgica[8], las demandantes -una madre soltera y su hija- consiguieron que el Tribunal reconociera que las autoridades nacionales estaban obligadas a "actuar de manera calculada para permitir que las interesadas lleven una vida familiar normal". Esto implicaría, *inter alia*, la provisión de garantías legales que posibiliten la integración del niño/a en su familia desde el momento del nacimiento. Este enfoque ha permitido establecer

7 Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 14. Prohibición de discriminación. "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

8 STEDH. Marckx contra Bélgica, n.º 6833/74, de 13 de junio de 1979.

el deber de los Estados de crear mecanismos legales que permitan la pronta determinación de la paternidad de una persona. En Kroon y otros contra Países Bajos[9], los solicitantes (la madre, el padre biológico y el hijo de ambos) denunciaban la presunción de paternidad del marido de la madre gestante (un tercero) en el momento de inscripción del nacimiento. El Tribunal acordó que esta presunción vulneraba el respeto a la vida privada de los tres demandantes, requiriendo que se formaran vínculos familiares legales completos entre el niño y su padre biológico tan pronto como fuera posible. El Tribunal entiende que la realidad biológica y social debe prevalecer sobre una presunción legal que no beneficia realmente a ninguna de las partes implicadas. Este principio sustantivo ha sido invocado a efecto de requerir una prueba de paternidad o, en su defecto, el reconocimiento automático de una relación paterno-filial, con los derechos y obligaciones que ello conlleva.

La doctrina de las obligaciones positivas también puede aplicarse al derecho de un padre "a reunirse con su hijo" y, por tanto, los Estados deberían tomar medidas a tal efecto. La razón fundamental es la de contrarrestar los efectos potencialmente perjudiciales del paso del tiempo, por lo que dependerá de la duración de la relación, es decir, del caso particular entre padre e hijo. Por tanto, este reconocimiento de "disfrute mutuo" no es una obligación de carácter absoluto, sino que dependerá del examen de las medidas adoptadas para las autoridades nacionales, especialmente en casos de situaciones de rupturas familiares particularmente complejas. A tal efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado un enfoque bastante cauteloso. Éste tiende a examinar si el proceso de toma de decisiones fue justo y si se prestó el debido respeto a los intereses de las personas involucradas en una gran variedad de áreas (véase medidas de cuidado de niños, retirada de la patria potestad, determinación de la residencia y régimen de visitas, etc.). Así las cosas, aunque los requisitos específicos puedan variar en función del contexto y el tipo de decisión examinadas, el Tribunal enfatiza la necesidad de que (1) las autoridades estatales proporcionen a los padres información relevante sobre la base de la cual toman sus decisiones, (2) la existencia de informes psicológicos independientes y (3) mecanismos para que los niños puedan expresar sus puntos de vista.

En cuanto al efecto(s) derivado(s) del reconocimiento de la aplicación del artículo 14, en tanto que precepto que no puede invocarse de forma aislada, sino única y exclusivamente en concurrencia con otra cláusula del texto, planteamos su efecto "amplificador" en relación con el reconocimiento del derecho a la vida privada y familiar (artículo 8). En particular, señalamos su aplicación en dos supuestos concretos. En primer supuesto de efecto amplificador se daría cuando el artículo 8 es aplicable, pero el artículo 14 actúa como un factor agravante de

9 STEDH. Kroon y otros c. Países Bajos, n.º 18535/91, de 27 de octubre de 1994.

una violación. En el asunto Sahin contra Alemania[10], el padre demandante reclama poder tener contacto con su hijo biológico nacido fuera del matrimonio. Aunque el contacto se encuentra en el ámbito de aplicación del artículo 8, el Tribunal invoca el margen de apreciación[11] del que disfrutan las autoridades nacionales y concluye que el Estado no violó el artículo 8. Llegados a este punto, aunque la legislación nacional permite un trato diferenciado entre padres solteros y padres divorciado, el Tribunal sí observa una violación del artículo 14 en concurrencia con el artículo 8. El segundo tipo de efecto amplificador se daría, en cambio, cuando partimos de una base discriminatoria para presentar una reclamación que entra en el ámbito de actuación del artículo 8. Un ejemplo sería el caso E.B. contra Francia, en el que se deniega una solicitud de adopción debido a la orientación sexual de la solicitante. En este caso, no se discute que el artículo 8 abarque (o no) el derecho a adoptar o a fundar una familia y, por tanto, no se trata de una injerencia del artículo 8 de forma aislada. En su lugar, el Tribunal analizó este asunto desde la óptica del artículo 14 al considerar que la prohibición de la no discriminación "se aplica también a aquellos derechos adicionales, que entran en el ámbito de aplicación de cualquier artículo del Convenio, en el que el Estado ha decidido voluntariamente proporcionar (…)", es decir, que el Estado francés, al haber ido más allá del estándar garantizado por el Convenio, al crear un "derecho a adoptar", no puede otorgarlo de forma discriminatoria. En relación con este segundo tipo de efecto amplificador, el Tribunal ha comenzado a desarrollar un enfoque contra los estereotipos que atribuyen características y roles específicos a un individuo en función de su pertenencia a un determinado grupo. Esta línea de trabajo trata de evitar que los estereotipos limiten la capacidad de los individuos para moldear sus identidades personales de acuerdo con sus preferencias, condicionando la formulación de la normativa interna de los Estados, reforzando así la discriminación y la desigualdad.

En relación con la paternidad, entendemos que los estereotipos en juego serían básicamente tres: (1) el denominado estereotipo binarista entre hombre proveedor/mujer ama de casa sumisa, según el cual el cuidado es el papel principal de la mujer mientras que el padre sería el responsable de proveer un sustento económico; (2) la creencia de que los padres solteros son irresponsables y desinteresados en relación con sus hijos y (3) la opinión de que las personas homosexuales no son aptas para la crianza. Todos estos supuestos contribuyen a la preservación de una comprensión convencional de la paternidad en la normativa de los Estados y, en consecuencia, las autoridades estatales operan para negar el pleno goce de su derecho al respeto de la vida privada y familiar a los padres "no convencionales". En este contexto, un análisis anti-estereotipos permitirá al

10 STEDH. Sahin c. Alemania, n.º 13279/05, de 8 de julio de 2003.

11 Arai-Takahashi, Y.: *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp/Oxford/New York, 2002, *passim.*

Tribunal presentar una "nueva" definición de paternidad que, en lugar de reflejar supuestos generales sobre lo que implica (o debería implicar) ser padre, se base en una evaluación objetiva de los hechos del caso concreto (*ad hoc*) y permita una consideración de elementos "no convencionales" teniendo en cuenta, en todo momento, el interés superior del menor.

IV. SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR.

La presunción del parentesco biológico dentro del matrimonio tiene su origen en la imposibilidad o falta de medios para determinar la paternidad genética del *nasciturus* o el menor. Por este motivo, tradicionalmente, el Derecho ha intervenido para evitar que el hombre casado pudiese desentenderse de su descendencia. Sin embargo, hoy en día, es relativamente sencillo determinar quién es el padre biológico de un niño gracias a una simple prueba de ADN. Como resultado, en los últimos años, podemos observar toda una línea jurisprudencial en materia de procedimientos de determinación de filiación, en los que un padre biológico trata de impugnar la paternidad atribuida al marido de la madre; o, en caso de crisis familiar, un padre desea comprobar su paternidad biológica o, directamente, señala a un tercero como padre biológico del niño/a. De este modo, se replantea la paternidad en términos extramatrimoniales en tres áreas distintas: (1) tras el divorcio, exparejas de los padres biológicos reclaman adquirir derechos de patria potestad, contacto o custodia respecto de sus hijos (no) biológicos; (2) padres biológicos se oponen a la entrega de sus hijos en adopción sin su consentimiento; o, (3) padres no casados que requieren ser reconocidos como padres de sus hijos biológicos y, por último, hombres casados que exigen que se impugne su reconocimiento legal como padres de aquellos hijos (no biológicos) nacidos dentro del matrimonio[12].

En este ámbito(s), el Tribunal se ha mostrado preparado para superar las percepciones estereotipadas de los padres al aceptar que éstos también pueden estar realmente interesados y en condiciones de cuidar a sus hijos y, al promover la idea de cuidado paterno, además de la mera provisión económica, se refuerza el interés superior del niño. Sin embargo, frente a este mensaje general, el significado que se atribuye al cuidado paterno en cada caso parece variar en función de tres criterios distintos, en ocasiones, superpuestos. En primer lugar, es probable que influya el estado civil del solicitante (soltero, casado o divorciado) en las expectativas del Tribunal hacia el mismo; mientras que, en los procedimientos de paternidad iniciados por padres no casados, su interés y compromiso tienden a ser escrutados en términos de relación directa con el niño, ante una solicitud de impugnación de paternidad planteada por un padre divorciado, el Tribunal

12 Quesada González, M.C.: "La prueba del ADN en los procesos de filiación", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 58, nº. 2, 2005, pp. 493-594.

parece estar satisfecho con la demanda del solicitante. En segundo lugar, también influirá la posición legal del solicitante, en particular, cuando éste sea un padre legal reconocido que aspire a la patria potestad; en estos casos, el Tribunal parece contentarse con apreciar la potencialidad de la relación, más que una realidad fáctica. Sin embargo, en casos de determinación de paternidad, sí se requerirán pruebas científicas. Y, por último, el tercer factor que influye es la figura paterna en relación con la madre del niño. Más específicamente, en situaciones en las que el padre legal esté casado con la madre del niño, el padre biológico (tercero fuera del matrimonio) deberá demostrar un umbral más alto de capacidad para ejercer tareas propias de cuidado paterno.

Además de atestiguar la diversidad de las relaciones paterno-filiales, esta línea jurisprudencial nos dice mucho sobre las experiencias y percepciones actuales entorno a la figura de la paternidad. Por un lado, aquellos casos en lo que los hombres, que erróneamente creían ser los padres biológicos de sus hijos, se alejan tras conocer los resultados de la prueba de ADN, porque simplemente aspiran a impugnar el reconocimiento de la paternidad legal para evitar obligaciones financieras. Por otro lado, también encontramos hombres que recurren a la ciencia para abrazar la paternidad. Aunque, en todos estos asuntos, la biología o la genética sigan jugando un papel muy importante, esta "nueva" forma de usar las pruebas de paternidad nos muestra cómo en numerosas solicitudes también podemos encontrar padres solteros que buscan involucrarse en la vida de sus hijos, incluso después de la ruptura de la relación con la madre del niño, como síntoma de una visión más comprometida de lo que implica para ellos el ser padre.

V. LA PATERNIDAD "NO CONVENCIONAL".

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido a las parejas del mismo sexo como constituyentes de vida familiar[13], planteando varios interrogantes sobre la protección que debe ofrecer el Convenio Europeo de Derechos Humanos a este tipo de parejas en materias tales como: la extensión de las prerrogativas conyugales a parejas no casadas, el acceso a la unión civil o incluso al matrimonio[14]. No obstante, a efectos de nuestro estudio, en esta ocasión, nos centraremos en la protección de las relaciones paterno-filiales ya existentes (de relaciones anteriores) y su derecho a crear una familia mediante el acceso a un proceso de adopción o técnicas de reproducción asistida.

13 STEDH. Schalk & Kopf c. Austria, n.º 30141/04, de 24 de junio de 2010.

14 Para un estudio más detallado de la cuestión véase Cruz Ángeles, J.: *Derechos humanos y nuevos modelos de família. Estudio en el marco de los sistemes europeo e interamericano de protección de derechos humanos*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, *passim*.

1. El reconocimiento de la homoparentalidad.

Atendiendo a la praxis jurisprudencial del Tribunal, podría afirmarse que el derecho a la vida privada del individuo, reconocido en el Convenio, no sólo garantiza el derecho de éste a mantener relaciones (homo)sexuales, sino también su derecho a establecer y desarrollar relaciones afectivas (independientemente del sexo de su pareja)[15]. Sin embargo, este reconocimiento no ha supuesto una extensión automática del estatuto jurídico de las parejas heterosexuales, sino que ha requerido de una labor interpretativa, por parte del Tribunal, para determinar cuál es el estándar mínimo de protección de las familias homoparentales en el continente europeo.

Así las cosas, mientras que las familias monoparentales se desvían del modelo convencional social y de crianza por su naturaleza no marital, el vínculo biológico -independientemente de si es suficiente o no para determinar vida familiar- sirve como un rasgo distintivo de unión entre lo ideal y lo que se considera como la alternativa. De modo similar, cuando se analiza el empleo de técnicas de reproducción asistida por parte de parejas heterosexuales, a pesar de la desviación parcial o total de la biología, se confía en su adhesión a un modelo familiar biparental. Así las cosas, en el ámbito de las parejas homosexuales, las posibilidades de poder imitar a la familia tradicional son significativamente menores. Rara vez se puede confiar en la biología, así como en el matrimonio, como base para asignar el reconocimiento legal de los padres, así como sus derechos y obligaciones. A excepción del asunto Salgueiro[16], lo que pretenden los peticionarios es el reconocimiento o, en la jurisdicción sobre el reconocimiento de la adopción por parte de un segundo progenitor, el reconocimiento de relaciones sociales en las que se aprecia la ausencia de un vínculo jurídico y/o biológico. Por tanto, este contexto es particularmente fructífero para evaluar la relevancia, si la hay, atribuida al cuidado y las interacciones derivadas del mismo. Como suele suceder, la construcción de la paternidad que surge de la jurisprudencia del Tribunal no es clara. Por un lado, el Tribunal parece apreciar el cuidado y las intenciones de cuidado sólo si se complementan con características convencionales, como la biología, el matrimonio y la heterosexualidad. Sin embargo, al mismo tiempo, la conclusión (parcial) de una violación en X. y otros contra Austria[17], abre el camino al reconocimiento legal de dos padres del mismo sexo y, como tal, representa una excepción a la comprensión predominantemente heteronormativa del padre refrendada por el Tribunal.

15 Borrillo, D.: *Le droit des sexualités*, les voies du droit, Paris, 2009, *passim*.

16 STEDH. Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, n.º 33290/96, de 21 de diciembre de 1999.

17 STEDH. X. y otros c. Austria, n.º 19010/07, de 19 de febrero de 2013.

El fallo del Tribunal en el caso Salgueiro transmite -aunque no de forma explícita- el importante mensaje de que no puede existir una presunción legal basada en que el progenitor heterosexual deba ostentar, *a priori*, una posición preferente en la asignación de derechos de guardia y custodia. No obstante, también podría interpretarse que la petición del Señor Salgueiro se acogió como el requerimiento de un padre biológico y divorciado y no tanto como la de un hombre homosexual que vive con otro hombre. De ser así, ello sugeriría que la biología y el matrimonio marcarían la diferencia en el tratamiento legal de los padres homosexuales. En otras palabras, es en virtud de su adhesión a la imagen "convencional" de padre -al margen de su orientación sexual- que la relación del solicitante con su hijo (biológico y nacido dentro del matrimonio) encuentra un apoyo o protección frente a una posible discriminación. Por tanto, Salgueiro no establecería un nuevo derecho, sino que supondría más bien la extensión del principio -asentado en la jurisprudencia del Tribunal- según el cual toda relación entre un padre biológico y su hijo merece protección tras la terminación de la relación entre los padres.

Aunque la relación de los padres homosexuales con sus hijos biológicos esté protegida contra la discriminación, el Tribunal se ha mostrado más reticente a la hora de apoyar las denuncias presentadas por éstos reivindicando su derecho a formar una familia. Uno de los ejemplos más claros es el que encontramos en el caso Frette[18], donde se acepta implícitamente la opinión de que la orientación sexual puede ser un obstáculo para la elegibilidad en los procesos de adopción. En esta decisión, el Tribunal parece sugerir que, cuando se trata de candidatos homosexuales, su aptitud demostrada para la crianza de un niño debe complementarse con otras características convencionales. De hecho, las aptitudes del Señor Frette eran indiscutibles. No obstante, se determinó que tenía "dificultades para prever las consecuencias prácticas del trastorno ocasionado por la llegada de un niño", posiblemente debido al hecho de que era un hombre soltero. De modo que, el Señor Frette se habría convertido en un padre "poco convencional" en todos los aspectos.

Asimismo, en la jurisprudencia sobre la adopción por parte de un segundo progenitor, la "realidad social" y, en particular, la existencia de vínculos concretos entre el niño y la pareja de la madre biológica sólo se tienen en cuenta si la familia en cuestión presenta rasgos convencionales. En el caso de Emonet y otros contra Suiza[19], donde la ruptura del vínculo entre la madre y el hijo se consideró una violación del artículo 8 del Convenio, siendo los solicitantes una pareja que, aunque no estaba casada, sí era heterosexual. En cambio, tanto en Gas y Dubois contra Francia[20] como en X. y otros contra Austria, los peticionarios eran

18 STEDH. Frette c. Francia, n.º 36515/97, de 26 de febrero de 2002.

19 STEDH. Emonet y otros c. Suiza, n.º 39051/03, de 13 de diciembre de 2007.

20 STEDH. Gas & Dubois c. Francia, n.º 25951/07, de 31 de agosto de 2010.

parejas homosexuales y, como tales, no se consideraban comparables con parejas heterosexuales casadas, a las que se reservaba la institución de la adopción por parte de un segundo progenitor. Por tanto, en estos casos, aunque se descarta la orientación sexual *per se* como justificación legítima para establecer una legislación más restrictiva en materia de adopción por parte de un segundo progenitor, se reafirma implícitamente la heterosexualidad como un rasgo convencional de la paternidad y, por tanto, un elemento determinante en el proceso de adopción, en línea con el "estatuto especial" del matrimonio. De este modo, al considerar que el trato diferenciado sufrido por los solicitantes con respecto a las parejas casadas no es discriminatorio, el Tribunal parece sugerir que la existencia de una unión material entre el padre biológico del niño y el futuro adoptante hace que los vínculos concretos desarrollados entre éstos sean dignos de consideración.

Una situación en la que las intenciones y habilidades de cuidado *per se* fueron consideradas como relevantes es la mostrada en el asunto E.B. contra Francia[21]. Se trataba del caso de una mujer abiertamente lesbiana que solicitaba una autorización para poder iniciar un proceso de adopción. A pesar de mostrar un enfoque crítico distintivo de la heterosexualidad, en este fallo se refuerza una comprensión "convencional" de la paternidad al considerarse que la mujer está mejor preparada para cuidar de un niño, reduciendo el papel del hombre a la provisión económica. Por tanto, si se tiene en cuenta la interpretación más amplia de la paternidad que surge de toda esta línea jurisprudencial, sólo X. y otros contra Austria constituye una excepción real a la tendencia anterior. El Tribunal, al sostener que la inaccesibilidad de la adopción por parte de un segundo padre en parejas homoafectivas, mientras que esta opción sí está disponible para parejas no casadas heterosexuales, acepta la idea de que, en determinadas circunstancias, un niño puede tener dos padres legales del mismo sexo. Como tal, comienza a apartarse progresivamente de una comprensión heterosexual y heteronormativa de la paternidad.

Por todo lo anterior, podríamos concluir que el Tribunal, en cierta medida, se ha visto forzado a ir más allá de un paradigma "convencional", descartando la heterosexualidad como un motivo relevante para determinar y asignar los derechos de paternidad y adopción -aunque sea de forma parcial y/o por motivos muy tasados-[22]. Este desvío es atribuible al uso específico, errático y metodológicamente incorrecto de sus doctrinas de interpretación. Piénsese en cómo el artículo 14 se reinterpreta para luchar contra la discriminación de las parejas homosexuales frente a las parejas no casadas heterosexuales, pero no para superar una concepción heteronormativa del matrimonio. Del mismo modo, el consenso europeo ha sido objeto de un uso instrumental similar. En X. y otros,

21 STEDH. E.B. c. Francia, N.º 43546/02, de 22 de enero de 2008.

22 Johnson, P.: *Homosexuality and the European Court of Human Rights,* Routledge, Abingdon, 2013.

la decisión de la mayoría de entrarse en una muestra limitada y la conclusión de su no relevancia reflejan y respaldan la voluntad del Tribunal de someter a un escrutinio estricto el trato diferenciado entre parejas no casadas basado en la orientación sexual. Además de impedir la concesión de un amplio margen de apreciación en X. y otros, la dependencia inconsistente del análisis de consenso también parece ser uno de los principales factores que subyacen a los resultados opuestos entre Frette y E.B. y, por tanto, el apoyo final para una definición de una paternidad basada en una división binarista y sexista del trabajo. En este contexto, podemos observar cómo el Tribunal se sirve de la doctrina para justificar sus preferencias morales: partimos del hecho de que el matrimonio sigue siendo una característica "convencional" adicional, un valor añadido, un *plus*, para determinar la idoneidad en la asignación o el reconocimiento de los derechos y obligaciones ligados al estatus de la paternidad, basándose esta decisión, principalmente, en factores relacionados con la biología o la genética del candidato, así como en su capacidad para sostener económicamente a la unidad familiar.

2. El uso de técnicas de reproducción asistida.

La jurisprudencia del Tribunal en materia de reconocimiento de relaciones de paternidad-filiación derivadas de técnicas de reproducción asistida revela, hasta el momento (2022), la pérdida de una oportunidad para (re)pensar y (re)plantear los parámetros clásicos para determinar el reconocimiento de la paternidad legal. De hecho, el Tribunal se ha limitado a contener el impacto revolucionario de las técnicas de reproducción asistida, reubicando esta nueva forma de paternidad en el marco de los límites convencionales. A pesar de que sí ha tenido en cuenta las aspiraciones de los padres potenciales y, en caso de reclamaciones posteriores al parto, su participación real en la vida del niño, el Tribunal no ha otorgado un reconocimiento incondicional a estos "nuevos" elementos. Este enfoque encuentra su máxima expresión en asuntos como el de Paradiso y Campanelli[23], al considerarse que un proyecto parental de pareja, así como la calidad de su vínculo con el menor no son suficientes para establecer la existencia de "vida familiar", en ausencia de un vínculo biológico. En esta línea, encontramos asuntos en los que las autoridades estatales se han negado a reconocer vínculos sociales o afectivos del padre tanto con la madre como con el menor, basándose en la transexualidad de éste, sin que Tribunal apreciase una incompatibilidad con el artículo 8 del Convenio por ello[24]. Por el contrario, encontramos otros casos como el de Mennesson[25] y Dickson[26], en los que el Tribunal sí se ha basado en su realidad actual para determinar que

23 STEDH. Paradiso y Campanelli c. Italia, n.º 25358/12, de 24 de enero de 2017.

24 Para un estudio más detallado se recomienda la lectura de las fichas temáticas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Más específicamente, aquellas relativas a "identidad de género" y "derechos parentales", disponibles en el apartado de prensa de la página web oficial del TEDH.

25 STEDH. Mennesson c. Francia, n.º 65192/11, de 26 de junio de 2014.

26 STEDH. Dickson c. Reino Unido, n.º 44362/04, de 4 de diciembre de 2007.

éstos se ajustaban a parámetros de "paternidad convencional". Del mismo modo que en Evans[27] se consideró que un menor, al haber nacido y haber sido criado por una madre soltera, vivía en una unidad familiar "no convencional".

A modo de síntesis, parece ser que el Tribunal respalda aquellas intenciones -tanto de ser padre como de no serlo- y prácticas de cuidado que pretendan crear o, como mínimo, se asimilan a lo que se considera una relación de "paternidad convencional". Por tanto, en la construcción emergente de la paternidad coexisten factores de cambio y continuidad. La paternidad se replantea en sus dimensiones biológica, conyugal y heteronormativa, al mismo tiempo que emerge como una relación que debe ser libremente elegida y, siempre que sea posible, practicada. Esta tendencia sugiere que el Tribunal está adoptando lentamente una concepción de "nueva paternidad" que, en lugar de señalar una desviación del paradigma convencional, lo combina con el cuidado o, de una forma más *soft*, con una cierta intencionalidad de cuidado. No se trata de un proceso de "fragmentación de la paternidad" sino, más bien, de un esfuerzo por mantener todos los componentes de la "paternidad convencional" vinculados al mismo individuo y, como resultado, conceptualizar la paternidad como un estado que no es susceptible de desagregación. Esta comprensión unitaria de la paternidad explica por qué las peticiones de Mennesson y Dickson tuvieron éxito, al mismo tiempo que en X., Y. y Z.[28] y Paradiso y Campanelli no se apreció violación alguna de los preceptos del Convenio. Ello se debe a que, mientras que los dos primeros demandantes estaban relacionados biológicamente con la madre del niño, el reconocimiento legal de la paternidad legal tanto de X como del Sr. Paradiso habría supuesto una división de las características paternas convencionales en dos o más individuos. En ambos casos, de hecho, el padre biológico era un tercero y, por tanto, se aprecia la ausencia de uno de los requisitos de la "paternidad convencional".

Como resultado de una serie de cuestiones de naturaleza tanto moral como ética, vinculadas al uso de las técnicas de reproducción asistida, junto a la falta de un enfoque europeo común, el Tribunal se ha mostrado bastante generoso al otorgar un amplio margen de apreciación a los Estados miembros del Consejo de Europa. Por lo tanto, uno podría esperar que los fundamentos de la definición emergente de paternidad fuesen esencialmente doctrinales. Recordemos que cuanto más amplio es el margen, más indulgente es el escrutinio realizado por el Tribunal y, por tanto, menores son las posibilidades de cuestionar la comprensión en gran parte convencional de la paternidad arraigada tanto en la legislación como en la práctica legal nacional. Sin embargo, en realidad, la relación entre las doctrinas y la comprensión de la paternidad del Tribunal han demostrado estar lejos de ser directa o unívoca en relación con la jurisprudencia anterior.

27 STEDH. Evans c. Reino Unidos, n.º 6339/05, de 16 de abril de 2007.

28 STEDH. X., Y. y Z., nº. 21830/93, de 22 de abril de 1997.

Aunque, en X., Y. y Z., el Tribunal basa su enfoque en obligaciones positivas como resultado de fuerzas tanto doctrinales como morales, la falta de datos comparativos que sustenten la supuesta ausencia de un consenso europeo suscita dudas sobre la génesis real del apego del Tribunal a la paternidad convencional. Estas dudas se vuelven aún más sustanciales en los casos prenatales, donde la concepción de un amplio margen de apreciación ha conducido a caminos doctrinales divergentes, pero que eventualmente apuntan a la misma dirección sustantiva: una relación matrimonial, biológica y una concepción unitaria de la paternidad y, más en general, del modelo de familia convencional. Por lo tanto, parece posible sostener que, aunque no fuese así en X., Y. y Z., ciertamente sí lo fue en Dickson, pudiendo observarse una definición emergente de paternidad como resultado de una cuestión de elección. Al igual que en el ámbito de la gestación subrogada, también se puede considerar que la moral, es decir, su comprensión restrictiva del concepto de identidad y la importancia otorgada a la biología, inciden en los efectos de las doctrinas: lo que hizo que el escrutinio fuera más estricto en Mennesson en comparación con Paradiso y Campanelli. Sin embargo, en estos casos, la línea entre la doctrina y la moral es todavía aún más borrosa, ya que la aprobación de una comprensión biológica de la paternidad no está conectada con un uso variable del margen de apreciación, sino que se ha convertido en parte integral de su aplicación de una forma coherente.

VI. EL ESPECIAL DEBER DE CUIDADO PATERNO.

Ante la mayor participación de las mujeres en el mundo laboral, es decir, con un empleo remunerado, el Tribunal ha reconocido y promovido la necesidad de una mayor participación concomitante de los hombres en el cuidado de los hijos/as. En la jurisprudencia relativa a la exclusión de los padres de los derechos relacionados con el cuidado de éstos/as, la imagen del "nuevo padre", que combina la prestación económica con las responsabilidades de cuidado a través del disfrute del permiso parental, ha sustituido gradualmente a la imagen del padre como el mero sostén de la familia. Al hacerlo, el Tribunal rechaza la división del trabajo por género y pide que se extienda la licencia parental a los padres como un medio para mejorar una distribución más equitativa de las responsabilidades de cuidado de los hijos y el sostén familiar entre madres y padres. De modo que la (de)construcción de la "paternidad convencional" se caracterizaría por dos grandes rasgos: por incluir el cuidado en su construcción rediseñada y por aceptar una dimensión particular de la fragmentación de la paternidad.

A nivel sustantivo, esta trasformación se acompaña de un giro asimétrico a nivel doctrinal. La fuerza impulsora que subyace tras esta (re)definición de la paternidad radica, *de facto*, en el establecimiento progresivo de un consenso generalizado hacia la extensión de los derechos relacionados con el cuidado de los

niños por parte de los padres. Más específicamente, la (no) existencia de consenso se ha utilizado como una herramienta de empoderamiento en la jurisprudencia del Tribunal de dos formas distintas pero conectadas entre sí. En primer lugar, al influir en la amplitud del margen de apreciación de la que disfruta el Estado y, como consecuencia, en el estándar de revisión adoptado por el Tribunal. Este primer efecto del consenso se hace particularmente visible si comparamos las decisiones en Petrovic[29] y Markin[30]. Aunque la ausencia de un enfoque compartido en la materia llevó a una evaluación indulgente en Petrovic, en el caso de Markin, las autoridades estatales ya no disfrutaron de un amplio margen de apreciación y, por tanto, se justificó un escrutinio más estricto basado en una desaprobación social de carácter general(izado).

En segundo lugar, además de aumentar la probabilidad de encontrar una violación, la existencia de un terreno común también ha impactado en el tipo de razonamiento utilizado por el Tribunal para fundamentar tal conclusión. En otras palabras, el Tribunal ha comenzado a basarse en realidades sociales y jurídicas modificadas para utilizar el Convenio como un medio para combatir los estereotipos de género y, por tanto, afirmar una nueva definición de la paternidad desvinculada del binarismo entre hombre-sostén de la familia y mujer-ama de casa. Este segundo tipo de influencia ejercida por el consenso surge de la transición de Weller[31] a Markin. En este último, como subproducto de la existencia de un consenso europeo, el Tribunal se sintió dispuesto a adoptar una actitud abiertamente crítica frente a las justificaciones aducidas por el Estado, haciendo así implícito el razonamiento estereotipado que subyace a la constatación de una violación explícita en el caso de Weller.

La sincronía, de carácter muy excepcional, entre la (re)construcción de la paternidad del Tribunal y la doctrina(s) que caracteriza(n) esta jurisprudencia puede observarse también en la evolución de Petrovic a Weller. De hecho, en este último, el Tribunal trata de suplir la falta de un terreno común en la década de los 1980' establecimiento un amplio consenso internacional en 2012 al extender la prohibición de no discriminación a los beneficios relacionados con los derechos de paternidad que reclaman los solicitantes. De este modo, podemos observar cómo el uso amplificador del artículo 14 ha permitido al Tribunal apartarse de la definición "convencional" de la paternidad como un mero sostén de la unidad familiar. Al hacerlo, el Tribunal alivia uno de los peligros inherentes a la (excesiva) confianza en el consenso europeo: ello radica, como muestra Petrovic, en aceptar ciegamente el enfoque actualmente dominante (en la sociedad europea) incluso si ello significa desatender los asuntos de derechos humanos más discutidos o candentes. Ante este fenómeno o problemática, el Tribunal ha optado por fundamentar cada uno

29 STEDH. Petrovic c. Austria, nº. 20458/92, de 27 de marzo de 1998.

30 STEDH. Konstatin Markin c. Rusia, n.º 30078/06, de 22 de marzo de 2012.

31 STEDH. Weller c. Hungría, n.º 44399/05, de 31 de marzo de 2009.

de los avances que marcan su transición desde una "paternidad convencional" hacia la construcción de una "nueva paternidad" en un uso consistente de sus doctrinas de interpretación, tratando de ser percibido, en el marco de este proceso, como un tribunal activista, es decir, "que va demasiado lejos o demasiado rápido", tratando de conservar su apariencia de juez prudente que basa sus decisiones en "buen Derecho". Aunque, en todo este proceso, la confianza en el consenso ha servido para probar el respeto por las opciones nacionales, el artículo 14 en su ámbito reinterpretado ha ayudado al Tribunal a (re)definir la paternidad de una forma más fluida y, por tanto, con una mayor probabilidad de aceptación por parte de las autoridades nacionales que reciben los rasgos definitorios que deben (re) caracterizar a este (nuevo) concepto.

VII. CONCLUSIONES.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es consciente de los problemas que podría conllevar una jurisprudencia activista y, por esta razón, entendemos que trata de mostrar una postura prudente. A fin de cuentas, recordemos que el papel del Tribunal no es el de diseñar un cambio social o el de imponer determinadas opciones morales. Los límites a su propio mandato han sido reconocidos y delineados a través de sus fallos. A modo de ejemplo, en el contexto de la homoparentalidad, algunos de los jueces del Tribunal de Estrasburgo han expresado la opinión de que el papel del Tribunal no es el de dictar juicios morales, ni el de apoyar un modelo de familia en detrimento de otros. El Tribunal, simplemente, está intentando (re)adaptar los preceptos del Convenio a las (nuevas) exigencias de la sociedad europea entorno a la figura del "padre", es decir, como debería comportarse y, de forma más general, sobre el contexto familiar más apropiado para que se críe un niño/a. Mientras que, en algunos de estos casos, la expresión de su fallo se ha basado en la aplicación consistente de doctrina(s), en otros, su fallo va más allá de sus límites habituales y/o de acuerdo con estándares variables.

La teoría del consenso es una herramienta de carácter político de innegable utilidad, aunque a todas luces no deja de ser un "concepto jurídico indeterminado". En este sentido, podemos observar cómo el Tribunal ha recurrido a los mismos argumentos (o fundamentos) para identificar el consenso existente. En este sentido, podríamos identificar cuatro criterios para la identificación de dicho consenso: a) el criterio sustantivo, consistente en el recuento de número de Estados que aplican un mismo estándar; b) el criterio cualitativo, en el que el Tribunal tiene más en cuenta la opinión de reputados expertos en la materia que el número de Estados que siguen dichas opiniones; c) el criterio de la opinión pública, por el que el Tribunal toma en cuenta el parecer de los ciudadanos europeos y d) el criterio jurisprudencial, utilizando su propia doctrina y jurisprudencia como fuente de Derecho.

Esta teoría no sólo se ha utilizado como una herramienta que invita a la reflexión, sino que, en ocasiones, también se ha empleado para provocar una transformación. En estos casos, más allá de tratar de dar la impresión de que se adopta un enfoque bastante cauteloso, el recurso del tribunal a la doctrina del "instrumento vivo" a menudo ha terminado imponiendo nuevos estándares sociales y legales, en lugar de limitarse a reflejar las condiciones actuales. El enfoque evolutivo del Tribunal sobre las obligaciones positivas ha mostrado el potencial de la doctrina para asegurar (o negar) el respeto activo a la vida familiar de una amplia gama de padres "no convencionales". Este enfoque evolutivo también ha servido para producir nuevas tesis entorno a la responsabilidad por parte de ambos progenitores, el cambio social también sugiere un nuevo papel para el Derecho al establecer expectativas normativas, transmitir un mensaje sobre la actitud deseable de los padres hacia sus hijos/as, e incluso, intentar modificar o corregir su comportamiento. Todo ello se aplica también al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que los derechos de la Convención pueden concebirse como medios institucionales y retóricos particularmente importantes para expresar, cuestionar y realzar valores que la sociedad europea considera esenciales para la Humanidad y para la buena vida de sus miembros.

Si el apego persistente del Tribunal a la "paternidad convencional" puede concebirse como una línea jurisprudencial con un gran potencial -todavía en fase de desarrollo y perfeccionamiento-, al mismo tiempo, la inclusión del cuidado como un parámetro relevante para otorgar el reconocimiento de la paternidad legal ciertamente representa un primer paso prometedor. Gracias a su creatividad en la interpretación y aplicación del Convenio, el Tribunal ha llegado a aceptar la naturaleza de las nociones y prácticas de paternidad en las sociedades europeas contemporáneas, muy diferentes a las existentes en el momento en que se redactó el Convenio -hacia mediados del Siglo pasado-. En términos más concretos, aunque dejando de lado las afirmaciones de algunos padres "no convencionales", la jurisprudencia de Estrasburgo, sin duda, ha aportado una serie de ventajas genuinas a un número cada vez mayor de padres en virtud de su grado de interés y compromiso hacia sus hijos. Sin embargo, lo que queda por determinar es hasta qué punto el Tribunal ha tenido en cuenta la interconexión de las relaciones entre hombres, mujeres y niños al desarrollar su construcción de la paternidad. Por tanto, una tarea importante para la investigación futura será de la centrarnos en las implicaciones de la reformulación por parte del Tribunal de la paternidad legal para las posiciones de otras partes potencialmente afectadas, principalmente, la asignación de nuevos roles a las madres (o segundo/a progenitor/a), así como deberíamos plantearnos cómo podría afectar todo ello al interés superior de los hijos/as.

BIBLIOGRAFÍA

Abrisketa Uriarte, J.: "Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de derechos humanos, de juez a legislador", *REDI*, Vol. LXV (1), Madrid, 2013.

Arai-Takahashi, Y.: *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp/Oxford/New York, 2002.

Bernhardt, R.: "Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention of Human Rights", *German Yearbook of International Law*, vol. 42, 1999.

Borrillo, D.: "Adopción, homosexualidad e interés superior del niño. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en AA.VV.: *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 4, (coord. por J. Soroeta Liceras), Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2003.

- *Le droit des sexualités*, les voies du droit, Paris, 2009.

- "Le sexe et le Droit: De la logique binaire des generes et la matrice hétérosexuelle de la loi", *Meritum*, Vol. 5, n.º 2, 2010.

- "De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual", *REJ*, n.º 11, 2011.

- "Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo", Derecho PUCP: *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 71, 2013.

Brems, E.: "The margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Accommodating Diversity Within Europe", en AA.VV.: *Human Rights and Diversity: Area Studies Revisited*, (coord. por D.P. Forsythe & P.C. McMahon), University of Nebraska Press, Lincoln, 2003.

- *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London 2011.

Carozza, P. G.: "Subsidiarity as a structural principle of International Human Rights Law", 97 (1), *AJIL*, 2003.

Carrillo Salcedo, J.A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.

- *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2003.

Cassese, A.: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo,* Ariel, Barcelona, *1993.*

Cruz Ángeles, J.: *Derechos humanos y nuevos modelos de família. Estudio en el marco de los sistemes europeo e interamericano de protección de derechos humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2018.

Díaz Barrado, C.M.: "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: órgano garante de los derechos humanos en Europa", *Diario La Ley*, n.º 7075, 2008.

Distefano, G.: "L'interprétation evolutive de la norme internationale", *RGDIP*, Tomo 115, n.º 2, 2011.

Dzehtsiarou, K.: "Does consensus matter? Legitimacy of European consensus in the case law of the European Court of Human Rights", *Public Law*, 2011.

- "European consensus and the evolutive interpretation of the European Convention of Human Rights", *German Law Journal*, 2011.

Fitzmaurice, M.: "Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties, Part I", *Hague Yearbook of International Law*, 2008.

Forowicz, M.: *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights,* Oxford University Press, Oxford, *2010.*

García Roca, G.: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía* e *integración,* Civitas, Madrid, *2010.*

Gauché Marchetti, X.: *Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos,* Editorial académica española, Saarbrücken, 2011.

Gilbaja Cabrero, E.: "La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Político*, n.º 91, 2014.

Helfer, L.R.: "Finding a consensus on equality: the homosexual age of consent and the European Convention on Human Rights", *New York University Law Review*, vol. 65, 1990.

- "Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime", *EJIL*, vol. 19, n.º 1, 2008.

Jiménez Piernas, C.: "El papel de la noción de consensus en la fundamentación y el concepto del Derecho Internacional Público", en AA.VV.: *O Direito Internacional no terceiro milenio. Estudos em homenagem ao Professor Vicente Marotta Rangel* (coord. por L. Olavio Baptista & J.R. Franco Fonseca, Editora LTr, Sao Paulo, 1998.

Johnson, P.: *Homosexuality and the European Court of Human Rights, Abingdon, Routledge, 2013.*

Kastanas, E.: *UNITÉ ET DIVERSITÉ: Notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996.

Koskenniemi, M.: *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

Lambert-Abdelgawad, E.: "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo", *Revista de Derecho Político*, n.º 69, 2007.

Margaria, A.: *The Construction of Fatherhood. The Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

Mena Parras, F. J.: "Democracy, diversity and the margin of appreciation: a theoretical analysis from the perspective of the International and constitutional functions of the European Court of Human Rights", *REEI*, n.º 29, 2015.

Pastor Ridruejo, J.A.: "Droit international et droit international des droits de l'homme – Unité ou fragmentation?", en VV.AA., *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Nomos, Baden-Baden, 2007.

Presno Linera, M.A.: *El Derecho Europeo de Familia,* Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2008.

Quesada González, M.C.: "La prueba del ADN en los procesos de filiación", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58, n.º 2, 2005.

Ripol Carulla, S.: *El Sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007.

SANZ CABALLERO, S.: *La familia en perspectiva internacional y europea*, Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.

SHANY, Y.: "Toward a general margin of appreciation doctrine in International Law", *EJIL*, Vol. 16, n.º 5, 2006.

WILDHABER, L.: "The European Convention on Human Rights and International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, n.º 2, 2007.

WILLEMS, G.: "La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme: mariage et conjugalité, parenté et parentalité", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*; vol. 24, 2013, pp. 65-96.

- "Derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo", *Revista Derechos Humanos*, Año III, n.º 7, 2014.

WINTEMUTE, R.: *Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

- "Filling the article 14 gap: government ratification and judicial control of protocol n. 12 ECHR: Part 2", *European Human Rights Law Review*, n.º 5, 2004.

LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA *POST MORTEM*. UN CONFRONTO ITALO-SPAGNOLO

POSTHUMOUS ASSISTED REPRODUCTION. AN ITALO-SPANISH COMPARISON

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 576-603

Rosina Elsa DE ROSA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Con il presente articolo si propone di avviare una riflessione in ordine al tema della procreazione medicalmente assistita post mortem, locuzione con la quale s'intende fare riferimento a tre distinte e autonome fattispecie: a) impianto post mortem di embrioni già fecondati; b) fecondazione post mortem di gameti già prelevati; c) prelievo post mortem di gameti ai fini della fecondazione. Tratto caratterizzante dette pratiche è la circostanza che la generazione della prole, mediante processi di laboratorio, avviene dopo il decesso di uno dei partners.

In particolare, il presente lavoro, anche in un'ottica di comparazione con la legislazione spagnola, esamina due questioni ampiamente dibattute: lo status filiationis e le implicazioni successorie per il nato dalle suddette tecniche, individuando nel ruolo del consenso prestato per accedere alle stesse, una possibile chiave di lettura.

PALABRAS CLAVE: Procreazione medicalmente assistita post mortem; Diritto di famiglia e delle successioni; testamento; consenso informato; embrione.

ABSTRACT: *This paper analyzes the so-called "posthumous assisted reproduction". This phrase refers to three different and autonomous practices: a) posthumous implantation of a fertilized embryo; b) posthumous fertilization of a collected gamete; c) posthumous sampling of a gamete for the purpose of fertilization. A characteristic feature of these practices is the fact that the generation of offspring, through laboratory processes, takes place after the death of one of the partners.*

This essay, also in comparison with Spanish legislation, analyses two widely debated questions: the condition of a child, born through the aforementioned techniques, and his/her inheritance rights. However, the consent to access these techniques will constitute a possible interpretation.

KEY WORDS: *Posthumous assisted reproduction; Family and inheritance Law; will; directives for medical decisions; gametes; human embryo.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. NORME A CONFRONTO: L'ARTICOLO 5 DELLA LEGGE N. 40/2004 E L'ARTÌCULO 9 DELLA LEY N. 14/2006.- III. LA GIURISPRUDENZA ITALIANA IN MATERIA DI P.M.A. POST MORTEM.- 1. L'impianto post mortem di embrioni già fecondati.- 2. La fecondazione post mortem di gameti già prelevati.- 3. Il prelievo post mortem di gameti ai fini della fecondazione.- IV. LA CONDIZIONE GIURIDICA DEL NATO DA P.M.A. POST MORTEM.- 1. Il consenso informato nella P.M.A.- V. STATUS FILIATIONIS E CONSEGUENZE SUCCESSORIE PER IL NATO DA P.M.A. POST MORTEM.- 1. In Italia.- A) Applicabilità, in via esclusiva, delle norme contenute nel c.c.- B) Applicabilità, in via esclusiva, delle norme contenute nella l. N. 40/2004.- C) Applicabilità delle norme contenute nella l. N. 40/2004, in concorso, con quelle contenute nel c.c.- 2. In Spagna.- VI. CONCLUSIONI.

I. INTRODUZIONE.

Nonostante siano trascorsi quasi vent'anni dall'introduzione della legge 19 febbraio 2004, n. 40 che regolamenta in Italia l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (in sigla P.M.A.), la stessa continua ad essere al centro di un vivace dibattito.

A far discutere è – tra gli altri – il divieto di accesso alle tecniche di P.M.A. *post mortem*, espressione con la quale si intende far riferimento, *lato sensu*, alla generazione della prole mediante processi di laboratorio, realizzati dopo il decesso di uno dei *partners*[1].

Sebbene le questioni sottoposte all'attenzione dei giudici di merito italiani abbiano riguardato per lo più l'impianto *post mortem* di embrioni già fecondati, il progresso medico-scientifico ben consente le ipotesi di fecondazione *post mortem* di gameti già prelevati e di prelievo *post mortem* di gameti ai fini della fecondazione, sia nell'ipotesi di decesso dell'uomo che della donna. Tuttavia, in tale ultima circostanza la P.M.A. *post mortem* potrebbe essere realizzata solo accedendo alla gestazione surrogata, anch'essa vietata in Italia (*ex* art. 12, co. 6, l. n. 40/2004).

Orbene, il referente normativo del divieto delle tecniche in esame viene tradizionalmente individuato nell'articolo 5 della citata legge che, nel precisare i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche, prescrive la contemporanea esistenza in vita dei membri della coppia[2].

1 Valongo, A.: "Profili evolutivi della procreazione assistita post mortem", *Diritto delle successioni e della famiglia,* 2019, nùm. 2, pp. 525.

2 L'articolo 12, nell'individuare le sanzioni in caso di inosservanza dei divieti posti dall'articolo 5, prevede: "[…]2. Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti *non siano entrambi viventi* o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi

• Rosina Elsa de Rosa
Dottoranda di ricerca in "Diritto delle Persone, delle Imprese e dei Mercati" Università degli Studi di Napoli "Federico II", XXXVI ciclo. E-mail: rosinaelsa.derosa@unina.it

Tuttavia, la possibilità dell'elusione della suddetta norma si presenta oggi piuttosto agevole, giacché è sufficiente recarsi in quegli Stati membri dell'Unione Europea in cui la legislazione è più permissiva[3]. A tal riguardo, si segnala che proprio negli ultimi anni è aumentato in modo esponenziale il numero di cittadini italiani che si è recato in Spagna, ove la *ley* 14 giugno 2006, n. 14 – come modificata dalla legge 13 luglio 2015, n. 19 – consente, a certe condizioni, l'utilizzo dei gameti del defunto ai fini della procreazione.

Ecco, allora, che – lasciando sullo sfondo la questione relativa alla liceità o illiceità di tali tecniche, che potrebbe contaminare il rigore di un ragionamento scientifico – occorre che l'operatore del diritto inizi a riflettere in ordine alla condizione giuridica del nato da P.M.A. *post mortem* e, segnatamente, in ordine al suo *status filiationis* e ai suoi diritti successori, nei confronti del genitore defunto.

All'uopo, significativi spunti di riflessione possono trarsi dalla comparazione della normativa italiana con quella spagnola.

II. NORME A CONFRONTO: L'ARTICOLO 5 DELLA LEGGE N. 40/2004 E *L'ARTÌCULO* 9 DELLA LEY N. 14/2006.

Come si è anticipato, in Italia l'accesso alla P.M.A. *post mortem* sembra precluso dal disposto dell'articolo 5 della legge n. 40/2004, in forza del quale possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita solo le coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, "entrambi viventi".

Tuttavia, detta norma pone non pochi dubbi interpretativi, giacché non precisa quale sia il momento della procedura – e, segnatamente, l'accesso alle tecniche, il prelievo dei gameti, la fecondazione, l'impianto dell'embrione fecondato – nel quale deve sussistere il requisito predetto.

Difatti, proprio alla luce di un dato normativo così incerto la dottrina ha assunto posizioni non univoche. Ad un orientamento più restrittivo che considera preclusa ogni forma di procreazione medicalmente assistita *post mortem*[4] – sul presupposto che dette pratiche siano contrarie al principio di *best interests of the child*, avendo la legge *de qua* inteso riconoscere al nascituro il diritto ad essere cresciuto da due genitori (cd. "principio di bigenitorialità") – se ne contrappone

è punito con la *sanzione amministrativa pecuniaria* da 200.000 a 400.000 euro. […]. 8. Non sono punibili l›uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5".

3 In Europa, è ben noto il fenomeno del "turismo procreativo", agevolato dal principio della libera circolazione delle persone nonché dal riconoscimento del diritto di accesso ai servizi sanitari di altri Stati membri.

4 Naddeo, F.: "Accesso alle tecniche", en AA.VV.: *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40* (a cura di P. Stanzione, e G. Sciancalepore), Giuffrè, Milano, 2004, pp. 37 ss.

uno più permissivo, che – in ragione delle preminenti esigenze di tutela della vita umana sin dalla sua formazione – ammette il solo impianto degli embrioni già fecondati dopo la morte del *partner*[5]. In particolare, si sostiene che il requisito della contemporanea esistenza in vita dei futuri genitori sia richiesto solo fino al momento della fusione del gamete maschile e di quello femminile. A sostegno di tale interpretazione si richiama l'art. 6, co. 3, che – nel sancire l'irrevocabilità del consenso alla P.M.A. dopo la formazione dell'embrione – sembra suggerire l'irrilevanza dei comportamenti e degli avvenimenti successivi a tale momento. Inoltre, si osserva che nessuna sanzione è prevista per la violazione del divieto, posto che l'art. 12 esclude che siano punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche *de quibus*. Di conseguenza, si nega l'ammissibilità delle diverse ipotesi di fecondazione *post mortem* di gameti già prelevati e di prelievo *post mortem* di gameti ai fini della fecondazione.

Orbene, le cose stanno diversamente nell'ordinamento giuridico spagnolo. Difatti, l'articolo 9[6] della citata *ley* n. 14/2006, dopo aver affermato il generale divieto della P.M.A. *post mortem* – stabilendo che il rapporto di filiazione non può essere determinato né può riconoscersi effetto o relazione giuridica tra il nato da siffatte tecniche e il defunto marito o convivente della gestante, quando il materiale riproduttivo non si trova nell'ovulo di questa alla data dell'apertura della successione – pone una significativa deroga. In particolare, ai commi 2 e 3, si prevede che il coniuge (ovvero colui che non è legato alla gestante da vincolo coniugale) possa prestare il consenso, in un atto pubblico ovvero in un testamento, all'utilizzo del proprio maritale riproduttivo, entro dodici mesi dell'apertura della sua successione[7]. Tuttavia, il materiale gametico deve necessariamente provenire

5 Casini, C. - Casini, M. - Di Piero, M. L.: *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 184 ss.; Gazzoni, F.: "Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2005, pp. 198 ss.; Faccioli, M.: "Procreazione medicalmente assistita", *Digesto civ.,* Agg., III, n. 2, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 1063 ss.

6 Artículo 9. Premoriencia del marido. "1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. 3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad".

7 Invero, in Italia i primi tentativi volti a disciplinare le tecniche di procreazione medicalmente assistita di I livello (inseminazione *in vivo*) risalgono alla III legislatura (1958-1963). In particolare, con l'intensificarsi del dibattito *de quo* anche in ambito europeo – in conseguenza della nascita, avvenuta nel 1978, di Louise Joy Brown, la prima bambina al mondo concepita in virtù di fecondazione *in vitro* – il Ministro italiano della Sanità istituì delle Commissioni di studio allo scopo di approfondire le problematiche connesse alla P.M.A.

dall'uomo[8], giacché il successivo articolo 10[9] vieta la maternità surrogata, comminando la sanzione civilistica della nullità al relativo contratto e stabilendo che, nel caso in cui sia praticata, il rapporto di filiazione sarà determinato dal parto, restando salva la possibile dichiarazione giudiziale di paternità da parte del padre biologico[10].

Invero, le fattispecie considerate dal citato articolo 9 si presentano molto ampie. In primo luogo, la vaghezza dell'espressione utilizzata dal legislatore – "varón no unido por vínculo matrimonial" (co. 3) – potrebbe far ipotizzare che il consenso possa essere prestato da un uomo per la riproduzione *post mortem* con qualunque donna[11]. In secondo luogo, il generico riferimento al "material genético del varón", lascia ipotizzare l'ammissibilità sia dell'inseminazione *post mortem* delle donne con gameti del *de cuius* sia del trasferimento intrauterino *post mortem* di embrioni formatisi prima del decesso dell'uomo.

Dunque, quella che nell'intenzione del legislatore spagnolo doveva costituire una norma eccezionale finisce per prevalere sulla regola generale, sostituendosi inevitabilmente ad essa. Di qui, la *ratio* della fuga degli italiani verso la Spagna, come testimoniano i recenti pronunciati giurisprudenziali.

III. LA GIURISPRUDENZA ITALIANA IN MATERIA DI P.M.A. *POST MORTEM*.

Invero, la giurisprudenza italiana di merito ha mostrato un certo *favor* alla prosecuzione delle tecniche di P.M.A., autorizzando diverse donne – nonostante la morte dell'uomo – all'impianto degli embrioni già crioconservati.

Fu la Commissione presieduta da Busnelli a suggerire – analogamente a quanto prevede oggi la normativa spagnola – che in caso di premorienza del marito, fosse riconosciuto alla vedova il diritto di ricevere l›embrione per avviare la gravidanza entro un anno dalla morte, attribuendo al nato lo *status* di figlio della coppia originaria. Tuttavia, tale proposta non fu accolta.

8 Ciò sembra confermato anche dal tenore letterale dell'articolo 9, il quale si riferisce alla premorienza del marito (ovvero dell'uomo non unito da vincolo matrimoniale) alla donna.

9 Artículo 10: "1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales".

10 Per una più ampia disamina della maternità surrogata in Spagna, v. Batuecas Caletrio, A.: "L'iscrizione della nascita nel registro civile spagnolo dei nati da maternità surrogata all'estero", *Rivista di diritto civile,* 2015, nùm. 5, pp. 11153 ss.; Lledó Yagüe, F.: "Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica", en AA.VV.: *Régimen jurídico privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas* (coord. por A. Díaz Martínez), Dykinson, Madrid, 2006, pp. 155 ss.

11 In tal senso, v. Rodríguez Guitián, A. M.: "La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico", *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, pp. 292 ss. Per una più ampia disamina, v. altresì Cobas Cobiella, Mª. E.: "La llamada reproducción asistida post mortem. Algunas reflexiones", *Actualidad civil*, núm. 6, 2017, pp. 68 ss.; De Verda Y Beamonte, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en españa", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, pp. 11 ss.

Si riportano, di seguito, i tratti salienti di tali pronunce che, ai fini di una migliore intelligibilità, sono state raggruppate in tre macrocategorie: 1. pronunce in tema di impianto *post mortem* di embrioni già fecondati; 2. pronunce in tema di fecondazione *post mortem* di gameti già prelevati; 3. pronunce in tema di prelievo *post mortem* di gameti ai fini della fecondazione.

1. L'impianto *post mortem* di embrioni già fecondati.

Con particolare riferimento all'impianto *post mortem* di embrioni già fecondati, il *leading case* italiano risale all'8 gennaio 1999 – ben cinque anni prima dell'introduzione della legge n. 40 – ed è stato deciso, con ordinanza, dal Tribunale di Palermo[12].

Il caso vedeva come protagonista una coppia di coniugi con problemi di infertilità, la quale si era rivolta ad un centro ospedaliero per accedere alle tecniche di P.M.A.

Stipulato il contratto d'opera professionale, venivano prodotti e crioconservati tre embrioni. Senonché, dopo un primo tentativo fallace di impianto, era sopraggiunta la morte dell'uomo, sicché il centro medico aveva interrotto l'esecuzione del contratto, in ossequio all'articolo 11 lettera e) del codice di autoregolamentazione per la P.M.A., approvato e sottoscritto il 2 novembre 1998, in forza del quale si vietava ai centri associati di eseguire tali tecniche dopo la morte di uno dei *partners*.

Dinanzi al rifiuto di adempimento della prestazione, la donna si è rivolta al Tribunale *ex* art. 700 c.p.c. domandando – in ragione della sua libertà di generare prole – che fosse ordinato al centro ospedaliero di procedere all'impianto degli embrioni.

Ritenuti sussistenti il *periculum in mora* ed il *fumus boni iuris* – stante l'elevata probabilità di riduzione della percentuale di successo dell'impianto dell'embrione, in ragione del trascorrere del tempo, con conseguente danno grave ed irreparabile dei diritti personalissimi della ricorrente – il Tribunale ha accolto l'istanza. In particolare, si legge: "Posto che il divieto di eseguire la procreazione medicalmente assistita (P.M.A.) dopo la morte di un *partner*, previsto soltanto da una norma deontologica del codice nazionale di autoregolamentazione della P.M.A., non vale a giustificare, pur in mancanza di una legge in materia, il rifiuto opposto da un centro medico alla richiesta di una donna vedova di procedere all'impianto degli embrioni crioconservati ottenuti in provetta, quando il marito era ancora in vita, dall'unione dei gameti di entrambi i coniugi, va disposto, in via cautelare urgente,

12 Trib. Palermo 8 gennaio 1999, *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, pp. 225 ss., con nota di Palmerini, E.: "*La sorte degli embrioni in vitro: in assenza di regole, il ricorso ai principi*".

che il centro medico proceda al trasferimento in utero degli embrioni (nella specie, uno alla volta fino al successo della gravidanza)".

Or dunque, il Tribunale – secondo quanto sancito dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n. 347/1998 – ha operato un bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti ed è giunto alla conclusione che il diritto del nascituro – garantito dall'art. 30 Cost. – ad essere educato, mantenuto, istruito ed assistito da due genitori non possa giustificare, nel caso di morte di uno dei *partners*, la scelta della soppressione dell'embrione – e, quindi, del sacrificio del diritto alla vita del concepito – né il sacrificio del diritto del coniuge superstite a proseguire il processo vitale innescato con l'apporto dei propri gameti.

Tuttavia, non può ignorarsi la circostanza che il Tribunale di Palermo si sia mosso in un contesto in cui le pratiche in esame non erano espressamente vietate da una legge nazionale.

Su un caso analogo a quello poc'anzi riportato si è pronunciato altresì il Tribunale di Bologna, il 16 gennaio 2015[13]. In particolare, nel 1996, una coppia di coniugi si era sottoposta alle tecniche di P.M.A. Eseguito un primo tentativo di impianto, senza che avesse successo, otto embrioni venivano crioconservati su consenso dei coniugi. Dopo la morte del marito, avvenuta nel 2011, la donna si era rivolta all'ente ospedaliero al fine di ottenere l'impianto dei suindicati embrioni. Dinanzi al rifiuto dello stesso, motivato dal disposto degli articoli 5 e 12 della legge n. 40/2004, ella ha proposto ricorso *ex* art. 700 c.p.c.

Il Tribunale, in particolare, ha rilevato che – avendo i coniugi reso nel 2010 una dichiarazione con la quale avevano manifestato l'interesse alla conservazione degli embrioni già venuti ad esistenza, in vista del futuro impianto – doveva escludersi che essi versassero in stato di "abbandono". Inoltre, avendo i coniugi avuto accesso alla procedura di fecondazione medicalmente assistita prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, il Tribunale ha applicato le Linee Guida del Ministero della Salute, attuative dell'art. 7 della legge stessa, in forza delle quali "in caso di embrioni crioconservati, ma non abbandonati, la donna ha sempre il diritto di ottenere il trasferimento dei predetti".

Dunque, sussistendo il *periculum in mora* – posta la stessa età della reclamante, di anni cinquanta, nonché l'aleatorietà dei risultati della fecondazione assistita e delle maggiori difficoltà proporzionate al progredire dell'età dei genitori – ed il *fumus boni iuris*, il Tribunale ha accolto il ricorso.

13 Trib. Bologna 16 gennaio 2015, *Corriere giuridico*, 2015, pp. 933 ss., con nota di Attademo, L.: "*Il trasferimento intrauterino di embrioni crioconservati anni dopo la formazione degli stessi e la morte del padre*".

Sulla scia di tale ordinanza, due mesi dopo, si è pronunciato il Tribunale di Reggio-Emilia[14]. In particolare, una coppia di conviventi aveva avuto accesso alle tecniche di P.M.A. nel 2012. Dei tre embrioni crioconservati, due venivano impiantati, ma senza successo. Senonché, sopraggiunta la morte dell'uomo, la donna aveva richiesto all'ente ospedaliero di procedere comunque all'impianto dell'ultimo embrione. Vedendosi opposta il rifiuto dello stesso, ella ha proposto ricorso al Tribunale *ex* art. 700 c.p.c. Ebbene, nell'aprile 2015 l'istanza è stata accolta, sul presupposto che: "Nell'ipotesi di embrioni crioconservati ottenuti con consenso di entrambi i componenti della coppia, di cui uno successivamente sia deceduto, gli articoli 5 e 12[2] non costituiscono limite alla esplicazione del diritto della donna ad ottenere il trasferimento degli embrioni".

Invero, non può ignorarsi che il Tribunale di Reggio-Emilia si sia pronunciato rispetto ad un caso solo apparentemente analogo a quelli sopra esposti. Infatti, la coppia protagonista della vicenda *de qua* aveva avuto accesso alla P.M.A. dopo l'entrata in vigore della legge n. 40/2004 e, quindi, vigente il divieto di procreazione *post mortem*. Eppure, la concezione dell'embrione quale entità che ha in sé il principio della vita, ha orientato la decisione del giudice. Del resto, come è stato efficacemente affermato[15], nella fecondazione artificiale *post mortem* l'alternativa è *tranchant*: nascere o non nascere. Proprio perché l'ordinamento italiano favorisce la nascita, si è ritenuto che l'interesse ad evitare il pregiudizio per il figlio, derivante dall'assenza della figura paterna, non potesse prevalere sul diritto alla maternità della donna.

In questa direzione si muove altresì la pronuncia del Tribunale di Lecce del 24 giugno 2019[16].

In particolare, una coppia di coniugi aveva deciso di accedere alle tecniche di P.M.A. e, sottoscritto il consenso informato, erano stati fecondati e crioconservati due embrioni soprannumerari. Deceduto il marito, la donna ne aveva chiesto il trasferimento intrauterino. A seguito del rifiuto dell'ente ospedaliero, ella si è rivolta all'autorità giudiziaria, cui ha chiesto l'autorizzazione a procedere all'impianto nonché, in caso di accoglimento della domanda, il riconoscimento per il nato dello *status* di figlio del coniuge defunto.

Il Tribunale ha accolto il ricorso cautelare in esame e ha ordinato il trasferimento intrauterino degli embrioni, ritenendo che: "In caso di P.M.A. omologa, la donna ha il diritto ad ottenere l'impianto degli embrioni, formatisi in conformità alla

14 Trib. Reggio Emilia,18 aprile 2015, inedita.

15 Cassano, G.: *"Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale* post mortem", *Famiglia e diritto,* 1999, pp. 384.

16 Trib. di Lecce, 24 giugno 2019, *Famiglia e diritto*, 2020, vol.10, p. 949 ss., con nota di Barone, I: "*Procreazione* post mortem e status filiationis".

procedura ai sensi della legge n. 40/2004, anche in un tempo successivo alla morte del marito. L'art. 5 della legge n. 40/2004 dispone la sussistenza in vita di entrambi i componenti della coppia, requisito che deve ritenersi soddisfatto se entrambi sono vivi al momento della fecondazione".

Anche tale soluzione si fonda su un'esigenza di assicurare una vera e propria destinazione alla vita piena dell'embrione ed appare coerente con le disposizioni delle linee guida del 2015 che, per un verso, confermano il diritto della donna ad ottenere l'impianto degli embrioni in qualsiasi momento e, per un altro, non ripropongono il divieto di procreazione medicalmente assistita *post mortem*.

Al caso della procreazione *post mortem* di tipo eterologo si riferisce, invece, l'ordinanza del Tribunale di Bologna del 25 agosto 2018[17]. In particolare, nel 2016 una coppia coniugata aveva avuto accesso alle tecniche di P.M.A. di tipo eterologo, con donazione di ovociti, all'esito delle quali erano stati ottenuti tre embrioni, di cui due soprannumerari. Senonché, deceduto nel 2018 il marito, la donna aveva richiesto all'ente ospedaliero di procedere con il tentativo di impianto degli altri due embrioni congelati. Ottenuta risposta negativa, ella si è rivolta all'A.G *ex* art. 700 c.p.c. Il Tribunale – condividendo l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale secondo cui il divieto espresso dall'articolo 5 attiene soltanto alla fecondazione *post mortem* e non anche all'impianto *post mortem* di embrioni già fecondati – ha accolto il ricorso, affermando che non ha alcun rilievo la circostanza che la coppia, per comprovate ragioni mediche, abbia fatto ricorso a ovociti donati da altri, atteso che il divieto di fecondazione eterologa è venuto meno in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014.

2. La fecondazione "*post mortem*" di gameti già prelevati.

Con particolare riferimento alla fecondazione *post mortem* di gameti già prelevati, si ricorda l'ordinanza del Tribunale di Roma del 19 settembre 2018.

In particolare, una vedova aveva richiesto all'ente ospedaliero, presso il quale aveva avuto accesso con il marito alle tecniche di P.M.A., di ritirare tutti i campioni di liquido seminale ad esso appartenuti, ritenendo che tale facoltà le derivasse dal subingresso, in quanto erede, nel rapporto contrattuale di deposito e crioconservazione stipulato dal marito nonché da un'espressa disposizione testamentaria dello stesso. Orbene, di fronte al rifiuto del centro, la donna si è rivolta al Tribunale, il quale ha ritenuto che – stante la centralità del diritto all'autodeterminazione e la facoltà di espressione, ma anche di revoca, del consenso a qualsiasi trattamento del materiale biologico – la manifestazione della volontà del *de cuius* di affidare alla vedova la disponibilità di questo avesse il duplice

17 Trib. Bologna 25 agosto 2018, *Foro italiano*, 2019, vol.I, pp. 1430 ss., con nota di Casaburi, G.

effetto di risolvere il contratto con la clinica, privandola del potere di compiere qualsiasi operazione sui gameti, al di fuori dell'unica espressamente autorizzata, e di costituire in capo alla vedova il diritto di entrare in possesso dei gameti stessi. Pertanto, il giudice ha ordinato alla clinica di restituire alla reclamante detto materiale.

Si badi, formalmente oggetto del giudizio non era l'uso dei gameti del *de cuius* ai fini della fecondazione *post mortem* – come, invece, nell'istanza rigettata dallo stesso Tribunale di Roma, con ordinanza del 19 novembre 2018[18] – bensì la più complessa questione della natura giuridica dei gameti, della natura e titolarità dei diritti di cui essi possono essere oggetto, e delle modalità e dei limiti della loro circolazione[19].

Tuttavia, una volta riconosciuta al coniuge superstite la possibilità di ottenere la restituzione dei gameti del defunto, nulla impedisce che il progetto di genitorialità sia realizzato all'estero, e segnatamente in Spagna, ove ciò è consentito.

L'ipotesi ora prospettata non pare possa dirsi inattuale e residuale. Difatti, all'attenzione della Suprema Corte di Cassazione Italiana[20] si è recentemente posta la seguente vicenda.

Una coppia aveva deciso di sottoporsi alle tecniche di P.M.A. L'uomo, dopo avere scoperto di essere affetto da una grave malattia terminale, aveva reiterato in forma scritta il proprio consenso, autorizzando la moglie all'utilizzo del proprio seme crioconservato, al fine di ottenere una gravidanza con l'ausilio della fecondazione omologa *post mortem*.

Ebbene, dopo meno di un anno dalla morte del marito, la donna si era recata in Spagna, al fine di attuare tale programma genitoriale e aveva dato alla luce, in Italia, una bambina. In seguito al rifiuto dell'ufficiale dello Stato civile italiano di iscrivere la paternità della minore nel relativo atto di nascita, essendo decorsi più di trecento giorni dalla morte dell'uomo[21], la donna – in proprio e nella qualità di

18 Trib. Roma 19 novembre 2018, *Foro italiano*, 2019, pp. 692 ss.

19 Nell'ipotesi *sub* b) il tema della P.M.A. *post mortem* si arricchisce di spunti di riflessioni. Difatti, esso si intreccia con quello concernete la disciplina giuridica dei gameti, argomento poco approfondito dalla dottrina. In particolare, occorre chiedersi se i gameti e il genoma possano costituire oggetto di atti di disposizione del proprio corpo ammessi *ex* art. 5 c.c. In caso affermativo, si tratterà di verificare se di essi si può disporre mediante testamento o D.A.T. Sul tema, v. Giusti, E.: "Il lascito testamentario dei gameti. A will of gamets", *Rivista italiana di medicina legale*, 2019, vol.4, pp. 1279 ss. nonché v. Galasso, A.: "Biotecnologie ed atti di disposizione del corpo", *Familia*, 2001, nùm. 4, pp. 911 ss.

20 Cass. civ., Sez. I, sent. 15 maggio 2019, n. 13000, *Corriere giuridico*, 2020, vol.6, pp. 748 ss, con nota di Locatello, D. M.: "*L'attribuzione dello* status filiationis *al nato da fecondazione omologa eseguita* post mortem".

21 Art. 231 c.c.: "Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio".
Art. 232 c.c.: "1. Si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio. 2. La presunzione non opera decorsi trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale, o dalla omologazione di separazione consensuale, ovvero dalla data della comparizione dei coniugi avanti al

genitore esercente la responsabilità genitoriale sulla minore – ha proposto ricorso *ex* art. 95 D.P.R. n. 396/2000.

La Corte di Cassazione ha accolto la domanda affermando: "L'articolo 8[22] della legge n. 40/2004, recante lo *status* giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, è riferibile anche all'ipotesi di fecondazione omologa *post mortem* avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo aver prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all'accesso alle tecniche di P.M.A., ai sensi dell'articolo 6 della medesima legge e senza che ne risulti la sua successiva revoca, sia poi deceduto prima della formazione dell'embrione avendo altresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie o la convivente all'utilizzo suddetto; ciò pure quando la nascita avvenga oltre i trecento giorni dalla morte del padre (in applicazione di tale principio, la Suprema Corte ha ritenuto che nell'atto di nascita alla figlia minore della ricorrente, nata a seguito di inseminazione medicalmente assistita *post mortem*, potesse essere attribuito lo *status* di figlia del marito deceduto)".

3. Il prelievo *post mortem* di gameti ai fini della fecondazione.

Con particolare riferimento al prelievo *post mortem* di gameti ai fini della fecondazione, si annovera una pronuncia del Tribunale di Vigevano del 3 giugno 2009[23].

In particolare, il caso sotteso alla decisione *de qua* trae origine dalla volontà di una donna di generare un figlio – avvalendosi delle tecniche di P.M.A. – mediante l'utilizzazione del liquido seminale asportato al marito, mentre questi si trovava in stato di coma vegetativo.

In seguito al prelievo dei gameti, il genitore dell'uomo, nella qualità di suo tutore provvisorio, ha proposto ricorso al fine di essere autorizzato ad esprimere il consenso – in luogo del figlio e previa ricostruzione della volontà di questo – per l'accesso alla P.M.A. Il Tribunale, tuttavia, alla luce dell'articolo 6 della legge n. 40/2004 non ha accolto l'istanza, stante la mancanza di un libero e soprattutto informato consenso di uno dei futuri genitori.

Invero, una simile patica ad oggi non è espressamente regolata ed ammessa neppure Spagna, ma in altri Paesi – si pensi al Regno Unito e all'Australia – il

giudice quando gli stessi sono stati autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione o dei giudizi previsti nel comma precedente".

22 Art. 8 l. n. 40/2004: "I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6".

23 Trib. Vigevano 3 giugno 2009, *Diritto di famiglia e delle successioni*, 2009, pp. 1847 ss.

preventivo stoccaggio dei gameti non è una condizione imprescindibile per la P.M.A., posto che si ammette il prelievo gametico persino da cadavere[24].

IV. LA CONDIZIONE GIURIDICA DEL NATO DA P.M.A. *POST MORTEM*.

Orbene, i problemi concernenti la condizione giuridica del nato da P.M.A. *post mortem*, che il legislatore italiano voleva far uscire dalla porta, rientrano dalla finestra una volta che le tecniche in esame hanno avuto esito favorevole.

Al fine di proporre una possibile soluzione alle questioni di cui sopra, occorre dedicare particolare attenzione alla dichiarazione di consenso informato resa nell'ambito delle procedure di P.M.A., in Italia ed in Spagna.

1. Il consenso informato nella P.M.A.

La P.M.A., come si ricava degli articoli 1, 4 e 6 della legge n. 40/2004[25], è un trattamento sanitario e non è una tecnica di concepimento alternativa a quella naturale.

Pertanto, l'articolo 6 prevede che, prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche, il medico debba informare in maniera dettagliata i partners in ordine non solo ai metodi, ai problemi bioetici, ai possibili effetti collaterali sanitari e psicologici, alle probabilità di successo e ai rischi derivanti dall'applicazione delle tecniche stesse, ma anche e soprattutto in ordine alle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro[26]. Ne consegue, che tale consenso deve essere prestato esclusivamente dai soggetti che accedono a dette tecniche.

24 Giaimo, G.: "Il consenso inespresso ad esser genitore. Riflessioni comparatistiche", *Diritto di famiglia e delle successioni*, 2011, vol. 2, pp. 855 ss.

25 Art. 1: "1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. 2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità".
Art. 4: "1. Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico. 2. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono applicate in base ai seguenti principi: a) gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività; b) consenso informato, da realizzare ai sensi dell'articolo 6. 3. È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo".

26 La necessità del consenso costituisce una regola ormai consolidata, prevista dalla normativa sovranazionale ed internazionale, e precisamente: dalla "Carta dei diritti fondamentali dell'Ue", dalla "Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano con riguardo all'applicazione della biologia e della medicina. Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina".

Giacché si vuole assicurare la formazione di una volontà consapevole e consapevolmente espressa, il consenso di entrambi i soggetti deve essere reso per iscritto al medico responsabile della struttura sanitaria, secondo modalità predeterminate[27].

Inoltre, tra la manifestazione della volontà e l'applicazione delle tecniche deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni.

Dunque, il consenso costituisce anzitutto un imprescindibile requisito di validità del contratto di prestazione d'opera, in forza del quale si instaura la relazione tra il medico, la struttura sanitaria e coloro che si sottopongono alle tecniche di P.M.A.

Invero, il consenso informato di cui all'articolo 6 della legge n. 40/2004 assolve ad ulteriori funzioni: 1) tutela della libertà di autodeterminarsi nelle scelte procreative[28]; 2) attribuzione della genitorialità al nato[29].

Quanto alla prima di dette funzioni, è evidente che affinché il consenso possa essere lo strumento di esercizio della libertà di autodeterminarsi, è imprescindibile che esso sia stato preceduto da un'informazione adeguata: la scelta è veramente libera se la volontà generativa si forma nella piena coscienza e con modalità che assicurino una genitorialità responsabile.

Come ogni libertà, anche quella in questione ha dei limiti. Poiché obiettivo dichiarato della legge n. 40/2004 è di assicurare tutela a tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito (art. 1), l'art. 6, co. 3, sancisce l'irrevocabilità del consenso prestato dopo la fecondazione dell'ovulo e, quindi, dopo la formazione dell'embrione[30].

Invero, la formulazione letterale dell'articolo in commento non sembra distinguere tra la posizione dell'uomo e quella della donna, per cui non sembrerebbe

27 Si precisa che il D.M. 28 dicembre 2016, n. 265 reca le norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell'articolo 6, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40.

28 In tal senso, v: Ricci, A.: "La disciplina del consenso informato all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il D. M. 28 dicembre 2016, n. 265: novità e vecchi problemi", *Nuove leggi civili commentate*, 2018, vol. 1, pp. 40 ss. L'Autrice, richiamando le fonti di diritto internazionale e sovranazionale, individua nel consenso informato la massima espressione del valore di tutela della persona e della sua dignità.

29 Com'è stato affermato, "la centralità del consenso come fattore determinante la genitorialità in relazione ai nati a seguito dell'applicazione di tecniche di fecondazione artificiale, dimostra una sicura preminenza della tutela del nascituro sotto il profilo del conseguimento della certezza dello *status filiationis*". Faccioli, M.: "*La procreazione assistita*", cit. pp. 28.

30 Invero, la norma che prevede l'irrevocabilità del consenso alla P.M.A., una volta formatosi l'embrione, ha destato dubbi di legittimità costituzionale. Difatti, tale prescrizione appare in contrasto con la qualificazione della P.M.A. quale trattamento sanitario. Tuttavia, la Corte Cost. italiana ha sempre ritenuto inammissibili le questioni sollevate.

possibile riconoscere ai membri della coppia un diritto di ripensamento a procedere all'impianto.

Tuttavia, una simile interpretazione è apparsa fin da subito poco convincente, alla luce delle esigenze di tutela della salute della donna, intesa come suo benessere psico-fisico.

In particolare, la dottrina[31] ha ritenuto che il divieto *de quo* si riferisse unicamente al *partner* di sesso maschile e che il consenso della donna fosse revocabile in ogni fase della procedura. Difatti, laddove il consenso della donna fosse irrevocabile, si dovrebbe procedere ad un impianto forzoso dell'embrione; ciò renderebbe la P.M.A. un trattamento sanitario obbligatorio, con conseguente violazione dell'articolo 32 Cost. Inoltre, una simile opzione interpretativa apparirebbe irragionevole anche alla luce del contenuto della legge n. 194/1978, in materia di interruzione volontaria della gravidanza. Difatti, l'embrione non impiantato finirebbe per ricevere una tutela di gran lunga maggiore rispetto a quella che viene riservata al feto nei primi tre mesi di gestazione[32].

Quanto alla seconda delle funzioni riconosciute al consenso informato, si osserva che mentre l'articolo 8 della legge n. 40/2004 precisa che i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di P.M.A. hanno lo stato di figli della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle medesime, l'articolo 9 vieta il disconoscimento della paternità e l'anonimato della madre[33].

Invero, la centralità del ruolo del consenso ai fini ora indicati è emersa in tutta chiarezza a seguito di due recentissime pronunce del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere che hanno riconosciuto ad una donna il diritto di procedere all'impianto di embrioni crioconservati, nonostante l'opposizione del marito e la sopravvenuta crisi familiare, testimoniata dall'instaurazione di un giudizio di separazione[34]. In particolare, il giudice ha individuato nella consolidazione del consenso, a seguito della formazione dell'embrione, la *condicio sine qua non* all'instaurazione del legame genitoriale con il nascituro. In altre parole – enfatizzando la partecipazione volontaristica alla P.M.A. – si è ritenuto che il consenso di cui all'art. 6 fosse

31 Agosta, S.: *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Aracne, Canterano, 2020; Sesta, M.: "Procreazione medicalmente assistita", *Enc. giur. Treccani,* XXVIII, Roma, 2004, pp. 6; Faccioli, M.: "*La procreazione assistita* post mortem *tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. n. 40/2004*", *Rivista di biodiritto*, 2021, nùm. 3, pp. 27 ss.

32 In tal senso, v. Orestano, A.: "Procreazione medicalmente assistita – procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all'impianto dell'embrione", *Giurisprudenza italiana,* 2021, vol. 12, pp. 2610 ss.

33 Mendola, A.: "Inediti modelli di genitorialità nella fecondazione post mortem" (nota a Cass. civ., Sez. I, 15 maggio 2019, n. 13000), *Rivista italiana di medicina legale,* 2019, vol. 4, pp. 1614 ss.

34 De Pamphilis, M.: "Il diritto dell'embrione all'impianto tra consenso informato e genitorialità" (nota a Trib. Santa Maria Capua Vetere, Sez. I, ord. 25 novembre 2020 e Trib. Santa Maria Capua Vetere, Sez. I, ord. 27 gennaio 2021), *Famiglia e diritto*, 2021, vol. 11, pp. 1048 ss. Nel bilanciamento tra il diritto della donna a non perdere la *chance* della maternità e quello dell'uomo a non vedersi imposta la paternità, il Tribunale ha reputato preminente il primo.

espressivo di un riconoscimento del figlio anteriore alla nascita (arg. *ex* art. 8)[35]. Ebbene, tale pronuncia si colloca nel solco di quell'orientamento secondo il quale *consensus facit filium*[36].

Orbene, anche nell'ordinamento giuridico spagnolo il consenso per l'accesso alla P.M.A. è polivalente o polifunzionale[37]: da un lato, autorizza l'effettuazione dei trattamenti sanitari e, dall'altro, è strumentale all'instaurazione dei rapporti di filiazione[38]. Ecco, quindi, che dev'essere preceduto da un'adeguata informazione in ordine agli aspetti biologici, legali, etici ed economici delle tecniche[39].

Con particolare riferimento alla P.M.A. *post mortem*, l'articolo 9 della *ley* n. 14/2006 riconosce al consenso del *partner* la precipua funzione di autorizzare l'utilizzo del suo materiale riproduttivo, per il tempo in cui avrà cessato di vivere. Ebbene, dal tenore letterale della disposizione si ricava anzitutto che detta dichiarazione deve essere resa dall'uomo personalmente e in maniera specifica. Inoltre, è richiesto che risulti espressamente ed inequivocabilmente da un atto formale. A tal riguardo, si prevede che il *de cuius* possa manifestare la sua volontà non solo mediante un atto pubblico o un testamento[40], come del resto già prevedeva la previgente normativa, ma anche mediante le cd. "instrucciones previas", disciplinate dalla *ley* n. 41/2002[41], ovvero in un apposito formulario che

35 In tal senso, v. Pagliaro, A.: "*L'accertamento dello* status *del figlio procreato* post mortem", *Jus civile*, 2022, n. 2, pp. 539 ss.; Faccioli, M.: "*La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita* post mortem", *Nuova giurisprudenza civile commentata,* 2019, pp. 1282 ss.

36 In tal senso, v. Rizzuti, M.: "Diritto successorio e procreazione assistita", *Rivista di biodiritto*, 2015, n. 3, pp. 29 ss.; Del Prato E.: "La scelta come strumento tecnico di filiazione", *Familia*, 2001, pp. 1035 ss.

37 In tal senso, v. Berrocal Lanzarot, A. I.: "Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximacióna su contenido", *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, *Enero de* 2007, pp. 40 ss.; Cabido Iglesias, J.: "Fecundación post mortem. Análisis jurídico de la regulación en España", *Cadernos de Dereito Actual*, núm. 2, 2014.

38 Alkorta Idiakez, I.: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 238 ss.; Artinez De Aguirre, C.: "Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida. El juez civil ante la investigación biomédica"*, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, pp. 262 ss.; Rodríguez Guitián, A. Mª.: "Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem", *Oñati socio-legal series*, vol. 7, núm. 1, 2017, pp. 179 ss.; Álvarez Sarabia, M.: "Alcance y significado del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida", *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, vol. 33, núm. 1, 2015; Villarrasa Clemente, F. - García Garmendia, J. L. - Barrero Almodóvar, A. E. - Maroto Montserrat, F. - Gallego Lara, S. L. - Rufo Tejeiro, O.: "Consentimiento informado por representación en unidades de cuidados intensivos. ¿Necesitan los familiares instrucciones previas?", *Revista española de medicina legal: órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses*, vol. 41, núm. 3.

39 Ramon Fernandez, F.: "Reflexiones acerca del documento indubitado en la fecundación post mortem", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nùm. 9, 2018, pp. 454 ss.

40 La legge non chiarisce se debba trattarsi un testamento notarile.

41 Invero, non possono tacersi talune perplessità in ordine alla idoneità di dette *instrucciones* ad autorizzare la P.M.A. *post mortem*. Esse, infatti, possono essere latamente ricondotte alle cd. D.A.T. (Disposizioni Anticipate di Trattamento) previste dalla legge italiana del 22 dicembre 2017, n. 219, con le quali – in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle proprie scelte – una persona maggiorenne e capace di intendere e di volere può esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto su accertamenti diagnostici; scelte terapeutiche; singoli trattamenti sanitari. Dunque, le *instrucciones* relative all'utilizzo del proprio materiale biologico per il tempo successivo alla propria morte, al pari delle D.A.T., non hanno nulla a che fare con una decisione relativa alla salute del dichiarante. Per una più ampia disamina dell'istituto, v. Gomá Lanzón, I.: "El documento de instrucciones previas", *El*

i *partners* compilano per accedere alle tecniche di P.M.A., come si ricava dal combinato disposto degli articoli 6, co. 3, e 3, co. 4, della *ley* n. 16/2004. Infine, è previsto che il consenso reso abbia una validità temporalmente limitata: l'utilizzo del materiale gametico del defunto potrà avvenire entro 12 mesi dal decesso[42].

Orbene, la ratio di una siffatta previsione potrebbe rinvenirsi nell'esigenza di certezza del diritto e di tutela dei soggetti terzi. Difatti, una nascita postuma potrebbe potenzialmente rimettere in discussione gli assetti successori già delineatisi in precedenza.

Tuttavia, non manca chi sostiene che la limitazione temporale *de qua* sia prevista a tutela del nascituro medesimo, al fine di evitare un significativo *gap* generazionale[43].

VI. STATUS FILIATIONIS E CONSEGUENZE SUCCESSORIE PER IL NATO DA P.M.A. *POST MORTEM*.

1. In Italia.

Venuto ad esistenza il bambino procreato *post mortem*, sorgono due interrogativi. In primo luogo, si tratta di verificarne lo *status filiationis ex latere patris*. In secondo luogo, si tratta di verificarne la titolarità dei diritti successori.

Orbene, sia pure in via di *obiter dictum*, la giurisprudenza italiana ha provato a prospettare qualche soluzione.

In particolare, il Tribunale di Palermo nel 1999 ha affermato: "Un'interpretazione evolutiva degli artt. 234 e 462 c.c. potrebbe ragionevolmente consentire al figlio della ricorrente [autorizzata al trasferimento in utero di embrioni crioconservati *post mortem*] di ottenere sia lo *status* di figlio legittimo sia il riconoscimento della capacità di succedere [*ex latere patris*]".

Si è detto, inoltre, che la Suprema Corte di Cassazione nel 2019 ha ritenuto che l'articolo 8 della legge n. 40/2004, recante lo *status* giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di P.M.A., fosse riferibile anche all'ipotesi di fecondazione *post mortem*.

Notario del siglo XXI. Mayo-Junio, 2010; Quijada González, Mª. C.: *El documento de instrucciones previas en el ordenamiento jurídico español*, tesis doctoral dirigida por G. Mª. Tomás y Garrido, Universidad Católica San Antonio de Murcia, Murcia, 2010.

42 In precedenza, il termine era di 6 mesi dal decesso dell'uomo.

43 In tal senso, v. Corral Talciani, H.: "Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial", *Revista de Derecho Chileno*, 1992, vol. 19, nùm. 3, pp. 458 ss.

Tuttavia, occorre verificare se simili soluzioni siano condivisibili e se siano applicabili indistintamente a tutte e tre le forme di procreazione *post mortem*, sopra esaminate.

All'uopo, occorre stabilire preliminarmente se le norme contenute nel codice civile italiano – scritte in un contesto in cui la P.M.A. non era forse neanche immaginabile dal legislatore – siano applicabili alle nuove forme di filiazione.

Sul punto, la soluzione prospettabile è triplice: A) applicabilità, in via esclusiva, delle norme contenute nel codice civile; B) applicabilità, in via esclusiva, delle norme contenute nella l. n. 40/2004; C) applicabilità delle norme contenute nella l. n. 40/2004, in concorso, con quelle contenute nel codice civile.

A) Applicabilità, in via esclusiva, delle norme contenute nel c.c.

In primo luogo, si potrebbe affermare che, regolando la legge n. 40/2004 le modalità di accesso a dei trattamenti sanitari, essa non è idonea ad escludere l'applicazione delle norme del codice civile in tema di genitorialità e di filiazione, destinate ad operare in via esclusiva.

Seguendo tale impostazione, ai fini del riconoscimento dello *status* di figlio del genitore defunto, occorrerebbe avere riguardo all'esistenza o meno del vincolo coniugale tra i genitori e al momento del concepimento[44].

In particolare, ove la nascita sia avvenuta entro 300 giorni dalla morte del genitore, dovrebbe applicarsi il primo comma dell'art. 232 c.c., a norma del quale "Si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio".

In altre parole, si assisterebbe ad un'attribuzione *ipso iure* dello *status* di figlio del genitore defunto. Dunque, sotto il profilo successorio si applicherebbero le norme generali a tutela dei discendenti del *de cuius*.

Escludendo tale interpretazione l'applicabilità delle norme contenute nella legge n. 40/2004, essa dovrebbe operare indistintamente per tutte e tre le forme di procreazione medicalmente assistita *post mortem*, praticate su coppie coniugate.

44 Marchese, A.: "*La fecondazione* post mortem: *irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto", Rivista di diritto comparato*, 2018, vol. 2, pp. 210 ss.

Diversamente, laddove la nascita sia avvenuta oltre i 300 giorni dalla morte del genitore, troverebbero applicazione sia il secondo comma dell'art. 232 c.c.[45] sia l'art. 234 c.c.[46]

In altre parole, si tratterebbe di dimostrare che il concepimento sia avvenuto in costanza di matrimonio. In tal caso, allora, diventa determinante stabilire cosa si intenda per concepimento.

Orbene, secondo la ricostruzione tradizionale, esso coinciderebbe con l'inizio della gravidanza. Poiché in tutti e tre i casi di procreazione *post mortem* la gravidanza ha inizio quando il matrimonio si è ormai sciolto, per morte di uno dei coniugi, ci si troverebbe dinanzi ad un'aporia.

Secondo un'interpretazione più recente, il concepimento coinciderebbe con il momento di formazione dell'embrione umano. Dunque, nel solo caso di impianto *post mortem* di embrioni già fecondati si potrebbe attribuire al nato lo *status* di figlio del genitore defunto, con conseguente riconoscimento dei relativi diritti successori. Diversamente, nei casi di fecondazione *post mortem* di gameti già prelevati e di prelievo *post mortem* di gameti ai fini della fecondazione, resterebbe la detta aporia.

Dunque, seguendo tale strada, si determinerebbe – come riconosciuto dalla Corte di Cassazione nel 2019 – un'irragionevole disparità di trattamento a seconda del tipo di tecnica di P.M.A. e del momento di formazione dell'embrione.

Ulteriore limite di tale ricostruzione risiede nella circostanza che privi di soluzione resterebbero le questioni dello *status filiationis* e dei diritti successori del nato a seguito di tecniche di procreazione medicalmente assistita *post mortem* praticata su coppie conviventi, non potendosi applicare le norme testé citate.

B) Applicabilità, in via esclusiva, delle norme contenute nella l. n. 40/2004.

In secondo luogo, si potrebbe affermare che la citata legge n. 40/2004, avendo introdotto una nuova forma di filiazione, sia destinata a costituire un sistema normativo autonomo e alternativo rispetto a quello posto dal codice civile.

45 Art. 232, co. 2, c.c.: "La presunzione [del comma 1] non opera decorsi trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale, o dalla omologazione di separazione consensuale, ovvero dalla data della comparizione dei coniugi avanti al giudice quando gli stessi sono stati autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione o dei giudizi previsti nel comma precedente".

46 Art. 234 c.c.: "Ciascuno dei coniugi e i loro eredi possono provare che il figlio, nato dopo i trecento giorni dall'annullamento, dallo scioglimento o dalla cessazione degli effetti civili del matrimonio, è stato concepito durante il matrimonio. Possono analogamente provare il concepimento durante la convivenza quando il figlio sia nato dopo i trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale, o dalla omologazione di separazione consensuale, ovvero dalla data di comparizione dei coniugi avanti al giudice quando gli stessi sono stati autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione o dei giudizi previsti nel comma precedente. In ogni caso il figlio può provare di essere stato concepito durante il matrimonio".

Seguendo tale impostazione, si dovrebbe coerentemente affermare che lo *status filiationis* trovi il suo fondamento nel consenso espresso dai coniugi ovvero dai convenienti ai fini dell'accesso alle tecniche di P.M.A. Del resto l'intero *corpus* normativo della legge n. 40/2004 ruota, come si è detto, attorno al consenso informato.

In tal modo, come avvenuto per i figli nati dall'allora vietata P.M.A. eterologa, si applicherebbe l'articolo 8, a mente del quale "I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli [nati nel matrimonio] o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime, ai sensi dell'art. 6"[47].

Sul piano del diritto successorio, allora, nessuna distinzione sarebbe immaginabile tra i diritti spettanti ai figli nati da un atto naturale di concepimento e a quelli nati attraverso le tecniche di P.M.A.

Tale interpretazione, sarebbe applicabile alle ipotesi di impianto *post mortem* di embrioni già fecondati e di fecondazione *post mortem* di gameti già prelevati, sia che tali tecniche siano applicate su coppie coniugate sia che siano applicate su coppie conviventi. Diversamente, non sarebbe applicabile all'ipotesi di prelievo *post mortem* di gameti ai fini della fecondazione, mancando il presupposto del consenso libero, informato e reso nell'ambito della procedura di P.M.A.

Escludendo tale interpretazione l'applicabilità delle norme contenute nel codice civile, in tale ultima ipotesi di procreazione *post mortem* non troverebbero soluzione i quesiti relativi alla condizione del nato.

C) Applicabilità delle norme contenute nella l. n. 40/2004, in concorso, con quelle contenute nel c.c.

In terzo luogo, si potrebbe prospettare una soluzione intermedia, combinando ed integrando la disciplina contenuta nella l. n. 40/2004, con quella contenuta nel codice civile[48].

Tale ricostruzione, allora, consentirebbe di risolvere il problema dello *status filiationis* e dei diritti successori del nato a seguito del prelievo *post mortem* di gameti ai fini della fecondazione, sia praticate su coppie coniugate sia su coppie conviventi.

47 Una simile interpretazione sembra essere sottesa alla citata pronuncia della Corte di Cassazione del 2019.

48 Favilli, C.: "*Fecondazione* post mortem e *attribuzione dello stato di figlio", Nuova giurisprudenza civile commentata, 2001, pp. 487 ss.*

Difatti, disattivata in tali casi – come si è detto – l'operatività della legge n. 40/2004 e, quindi, del summenzionato art. 8, si potrebbe applicare la disciplina contenuta nel codice civile. Dunque, si potrebbe immaginare che si venga a configurare un'ipotesi di filiazione non riconoscibile[49]. Categoria che neanche la legge n. 219/2012 – la quale ha riformato la disciplina codicistica in materia di filiazione – ha completamente espunto del sistema nazionale. Dunque, ai figli nati da tale tecnica di P.M.A. *post mortem*, sul piano del diritto successorio potrebbero essere riconosciuti i limitati diritti di cui agli artt. 580 e 594 c.c.[50]

In tal caso, la disparità di trattamento non sarebbe irragionevole – a differenza della fattispecie esaminata *sub* a) – giacché sarebbe giustificata dalla circostanza che si è in presenza di situazioni differenti[51].

Piuttosto, in un simile caso più che nei precedenti, si potrebbe essere suggestionati dal voler riconoscere una qualche forma di risarcimento del danno al nato nei confronti del genitore superstite – non solo e non tanto per essere stato messo al mondo orfano dell'altro genitore – ma per essere stato generato in condizione di non poter essere riconosciuto.

Ebbene, il presunto danno da *wrongful life* resta una mera suggestione giacché è inconcepibile che ci si possa lamentare di essere venuti al mondo, laddove l'unica alternativa possibile sarebbe stata quella dell'inesistenza.

2. In Spagna.

La *ley* n. 14/2006 si occupa espressamente della sola questione concernete lo *status filiationis* del nato da P.M.A. *post mortem*. In particolare, l'articolo 9 prevede che – sussistendo il consenso dell'uomo coniugato all'utilizzo del proprio materiale gametico e rispettato il detto termine di 12 mesi dall'apertura della sua successione – si instaura *ope legis* il rapporto giuridico di filiazione tra il nato ed il defunto marito della gestante. Dunque, il legislatore spagnolo ha introdotto una norma derogatoria rispetto all'articolo 116[52] del *Código civil*, il cui contenuto è analogo a quello dell'articolo 232 c.c. italiano, in materia di presunzione di concepimento durante il matrimonio.

49 Stante l'affermata centralità del consenso informato, in simili ipotesi si tratterebbe di tutelare il diritto personalissimo dell'individuo al rifiuto di procreare, ricavabile dagli artt. 2, 29, 30, 31 Cost.

50 Invero, è ormai pressoché pacifico che tali disposizioni si applichino a tutte le categorie di figli non riconoscibili e non solo a quelli cd. incestuosi. V. Cattaneo, G.: "*La vocazione necessaria* e *la vocazione legittima*", en AA.VV.: *Tratt. di diritto pri*vato (diretto da P. Rescigno), Giappichelli, Torino, vol. I, 1997, pp. 464 ss.; Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, 2ª ed., vol. II, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 308 ss.

51 A parere di chi scrive tale ricostruzione risulta decisamente preferibile, in funzione della effettività della tutela del diritto della persona umana alla propria identità.

52 Artículo 116: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges".

Diversamente, ove il defunto non fosse stato legato alla gestante da vincolo matrimoniale, la filiazione nata da P.M.A. *post mortem* è da considerarsi extra-coniugale. Dunque, il consenso prestato dal *de cuius* all'utilizzo dei suoi gameti non determina automaticamente l'insaturazione del rapporto di filiazione, ma costituisce il titolo per avviare la procedura di riconoscimento di cui all'articolo 49[53] della *ley* n. 20/2011.

Il silenzio del legislatore spagnolo in ordine alla seconda questione, ossia quella concernete i diritti successori del nato postumo, potrebbe giustificarsi in ragione della circostanza che dall'attribuzione dello *status* di figlio del defunto non può che derivare il riconoscimento di tutti i diritti connessi a tale condizione, compresi quelli successori. Del resto, una soluzione differente finirebbe per essere tacciata di incostituzionalità, per violazione del principio di uguaglianza (art. 14 Cost.).

VI. CONCLUSIONI.

In conclusione, può dirsi che la circostanza che in Italia sia preclusa la possibilità di generare prole mediante processi di laboratorio realizzati dopo il decesso di uno dei *partner*, non esclude che i cittadini italiani vi abbiano accesso in altri Stati, come ad esempio in Spagna, ove l'articolo 9 della *ley* n. 14/2006 espressamente ammette e regola la P.M.A. *post mortem*.

Non a caso, il problema si sta ponendo sempre più insistentemente all'attenzione di alcuni giudici di merito e, in tempi recentissimi, anche di legittimità.

Dall'analisi di tali pronunce è emersa la tendenza ad una progressiva valorizzazione dell'interesse dell'embrione alla vita e del diritto alla maternità della donna, ritenuti prevalenti rispetto al principio di bigenitorialità.

53 Artículo 49: "1. En la inscripción de nacimiento constarán los datos de identidad del nacido consistentes en el nombre que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación. Constarán asimismo el lugar, fecha y hora del nacimiento y el sexo del nacido. 2. La filiación determina los apellidos. Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor. En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos. El progenitor podrá determinar el orden de los apellidos. El orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación. En esta primera inscripción, cuando así se solicite, podrán constar la preposición "de" y las conjunciones "y" o "i" entre los apellidos, en los términos previstos en el artículo 53 de la presente Ley. 3. También se incorporará a la inscripción el código personal asignado. 4. Constarán, además, y siempre que fuera posible, las siguientes circunstancias de los progenitores: nombre y apellidos, Documento Nacional de Identidad o Número de identificación y pasaporte del extranjero, en su caso, lugar y fecha de nacimiento, estado civil, domicilio y nacionalidad, así como cualquier otro dato necesario para el cumplimiento del objeto del Registro Civil al que se refiere el artículo 2 que se haya incluido en los modelos oficialmente aprobados. Si la madre hubiera renunciado a su hijo en el momento del parto el domicilio de la misma estará sujeto al régimen de publicidad restringida, y no figurará a efectos estadísticos".

In assenza di una specifica presa di posizione da parte del legislatore, i dubbi concernenti la condizione giuridica del nato a seguito di P.M.A. *post mortem* potrebbero essere superati mendante l'applicazione delle norme contenute nella legge n. 40/2004 e, solo in via sussidiaria, nel codice civile.

In particolare, nei casi di procreazione *post mortem sub specie* dell'impianto *post mortem* di embrioni già fecondati e di fecondazione *post mortem* di gameti già prelevati, sia che tali tecniche siano applicate su coppie coniugate sia che siano applicate su coppie conviventi, potrebbe riconoscersi al nato lo status di figlio del genitore defunto, con conseguente riconoscimento dei relativi diritti successori. Orbene, il fondamento di tale interpretazione andrebbe rinvenuto negli articoli 6 e 8 della legge n. 40/2004 e, quindi, nel consenso informato all'accesso alle tecniche di P.M.A.

Diversamente, nell'ipotesi di prelievo *post mortem* di gameti ai fini della fecondazione, mancando il presupposto del consenso libero, informato e reso nell'ambito della procedura di P.M.A., la questione relativa allo *status* del figlio andrebbe risolta applicando le norme contenute nel codice civile, con il conseguente configurarsi di un'ipotesi di filiazione non riconoscibile, cui sono attribuiti – sul piano successorio – i limitati diritti di cui agli artt. 580 e 594 c.c.

Tale soluzione – apparentemente radicata nel sistema normativo attualmente vigente in Italia – non dovrebbe far gridare allo scandalo, essendo costituzionalmente previsto che a fattispecie diverse vada riservato un trattamento diverso.

Ad ogni modo, *de iure condito*, si potrebbe immaginare una modifica della legge n. 40/2004, inserendovi una previsione analoga a quella contenuta nell'articolo 9 della *ley* n. 14/2006, consentendo alla vedova di procedere alla P.M.A. *post mortem* solo in presenza di un'espressa manifestazione di volontà del *de cuius*[54] e, comune, entro un anno dall'apertura della successione. In tal modo, si eviterebbe che le nascite postume stravolgano gli assetti successori delineati alla morte dell'uomo, compromettendo la certezza dei rapporti giuridici e pregiudicando soggetti terzi[55].

Si potrebbe, inoltre, prevedere che al nato a prescindere dall'esistenza di un rapporto di coniugio tra i genitori, stante la previsione dell'articolo 315 c.c. – debba essere riconosciuto lo *status* di figlio dell'uomo premorto, con conseguente attribuzione dei relativi diritti successori.

54 Invero, un valido strumento per manifestare siffatta volontà potrebbe rinvenirsi non solo nel modulo di consenso informato per l'accesso alla P.M.A., ma anche e soprattutto nel testamento, il quale può pacificamente contenere disposizioni atipiche di carattere non patrimoniale. In tal senso, v. Barba, V.: "Il contenuto atipico del testamento", Studio n. 114-2020/C, Approvato dalla Commissione Studi Civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 13 ottobre 2020 (https://www.notariato.it/it/ufficio_studi/studio-n-114-2020c-il-contenuto-atipico-del-testamento/).

55 Invero, la tutela di costoro potrebbe essere rimessa all'operatività delle norme in tema di erede apparente.

BIBLIOGRAFIA.

Agosta, S.: *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Aracne, Canterano, 2020

Alkorta Idiakez, I.: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.

Álvarez Sarabia, M.: "Alcance y significado del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida", *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, vol. 33, núm. 1, 2015.

Ameneiros Lago, E. - Carballada Rico, C. - Garrido Sanjuán, J. A.: "Los documentos de Instrucciones Previas y la planificación anticipada de las decisiones sanitarias", *Galicia Clínica*, vol. 72, núm. 3, 2011.

Artinez De Aguirre, C.: "Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida. El juez civil ante la investigación biomédica", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, pp. 262 ss.

Attademo, L.: "Il trasferimento intrauterino di embrioni crioconservati anni dopo la formazione degli stessi e la morte del padre" (nota a Trib. Bologna 16 gennaio 2015), *Corriere giuridico*, 2015, pp. 933 ss.

Barone, I: "Procreazione *post mortem* e *status filiationis*" (nota a Trib. di Lecce, 24 giugno 2019), *Famiglia e diritto*, 2020, vol. 10, pp. 949 ss.

Batuecas Caletrio, A.: "L'iscrizione della nascita nel registro civile spagnolo dei nati da maternità surrogata all'estero", *Rivista di diritto civile,* 2015, nùm. 5, pp. 11153 ss.

Berrocal Lanzarot, A. I.: "Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximacióna su contenido", *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, *Enero de* 2007, pp. 40 ss.

Cabido Iglesias, J.: "Fecundación post mortem. Análisis jurídico de la regulación en España", *Cadernos de Dereito Actual*, núm. 2, 2014, pp. 73 ss.

Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, 2ª ed., vol. II, Giuffrè, Milano, 2002.

Casini, C. - Casini, M. – Di Piero, M. L.: *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Giappichelli, Torino, 2004.

Cassano, G.: "Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem", *Famiglia e diritto,* 1999, pp. 384.

Cattaneo, G.: "La vocazione necessaria e la vocazione legittima", en A.A.VV.: *Tratt. di diritto priv*ato (diretto da P. Rescigno), Giappichelli, Torino, vol. I, 1997, pp. 464 ss.

Cobas Cobiella, Mª. E.: "La llamada reproducción asistida post mortem. Algunas reflexiones", *Actualidad civil*, núm. 6, 2017, pp. 68 ss.

Corral Talciani, H.: "Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial", *Revista de Derecho Chileno*, 1992, vol. 19, nùm. 3, pp. 458 ss.

De Pamphilis, M.: "Il diritto dell'embrione all'impianto tra consenso informato e genitorialità" (nota a Trib. Santa Maria Capua Vetere, Sez. I, ord. 25 novembre 2020 e Trib. Santa Maria Capua Vetere, Sez. I, ord. 27 gennaio 2021), *Famiglia e diritto*, 2021, vol. 11, pp. 1048 ss.

De Verda Y Beamonte, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en españa", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, pp. 11 ss.

Del Prato E.: "La scelta come strumento tecnico di filiazione", *Familia*, 2001, pp. 1035 ss.

Faccioli, M.: "La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita post mortem", *Nuova giurisprudenza civile commentata,* 2019, pp. 1282 ss.

Faccioli, M.: "La procreazione assistita post mortem tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. n. 40/2004", *Rivista di biodiritto*, 2021, nùm. 3, pp. 27 ss.

Faccioli, M.: "Procreazione medicalmente assistita", *Digesto civ.,* Giappichelli, Torino, 2007, pp. 1063 ss.

Favilli, C.: "Fecondazione post mortem e attribuzione dello stato di figlio", *Nuova giurisprudenza civile commentata,* 2001, pp. 487 ss.

Galasso, A.: "Biotecnologie ed atti di disposizione del corpo", *Familia*, 2001, nùm. 4, pp. 911 ss.

Gazzoni, F.: "Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2005, pp. 198 ss.

Giaimo, G.: "Il consenso inespresso ad esser genitore. Riflessioni comparatistiche", *Diritto di famiglia e delle successioni*, 2011, vol. 2, pp. 855 ss.

Giusti, E.: "Il lascito testamentario dei gameti. A will of gamets", *Rivista italiana di medicina legale*, 2019, vol. 4, pp. 1279 ss.

Gomá Lanzón, I.: "El documento de instrucciones previas", *El Notario del siglo XXI*. Mayo-Junio, 2010.

Lledó Yagüe, F.: "Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica", en AA.VV.: *Régimen jurídico privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas* (coord. por A. Díaz Martínez), Dykinson, Madrid, 2006, pp. 155 ss.

Locatello, D. M.: "L'attribuzione dello status filiationis al nato da fecondazione omologa eseguita post mortem" (nota a Cass. civ., Sez. I, sent. 15 maggio 2019, n. 13000), *Corriere giuridico*, 2020, vol. 6, pp. 748 ss.

Marchese, A.: "La fecondazione post mortem: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto", *Rivista di diritto comparato*, 2018, vol. 2, pp. 210 ss.

Mendola, A.: "Inediti modelli di genitorialità nella fecondazione post mortem" (nota a Cass. civ., Sez. I, 15 maggio 2019, n. 13000), *Rivista italiana di medicina legale,* 2019, vol. 4, pp. 1614 ss.

Naddeo, F.: "Accesso alle tecniche", en AA.VV.: *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40* (a cura di P. Stanzione, e G. Sciancalepore), Giuffrè, Milano, pp. 37 ss.

Orestano, A.: "Procreazione medicalmente assistita – procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all'impianto dell'embrione", *Giurisprudenza italiana,* 2021, vol. 12, pp. 2610 ss.

Pagliaro, A.: "L'accertamento dello status del figlio procreato post mortem", *Jus civile*, 2022, n. 2, pp. 539 ss.

Palmerini, E.: "La sorte degli embrioni in vitro: in assenza di regole, il ricorso ai principi" (nota a Trib. Palermo 8 gennaio 1999), *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, pp. 225 ss.

Quijada González, Mª. C.: *El documento de instrucciones previas en el ordenamiento jurídico español*, tesis doctoral dirigida por G. Mª. Tomás y Garrido, Universidad Católica San Antonio de Murcia, Murcia, 2010.

Ramon Fernandez, F.: "Reflexiones acerca del documento indubitado en la fecundación post mortem", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nùm. 9, 2018, pp. 454 ss.

Ricci, A.: "La disciplina del consenso informato all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il D. M. 28 dicembre 2016, n. 265: novità e vecchi problemi", *Nuove leggi civili commentate*, 2018, vol. 1, pp. 40 ss.

Rizzuti, M.: "Diritto successorio e procreazione assistita", *Rivista di biodiritto*, 2015, nùm. 3, pp. 29 ss.

Rodriguez Guitian A. M.: "La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico", *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, pp. 292 ss.

Rodríguez Guitián, A. Mª.: "Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem", *Oñati socio-legal series*, vol. 7, núm. 1, 2017, pp. 179 ss.

Sesta, M.: "Procreazione medicalmente assistita", *Enc. giur. Treccani,* XXVIII, Roma, 2004, p. 6

Valongo, A.: "Profili evolutivi della procreazione assistita post mortem", *Diritto delle successioni e della famiglia,* 2019, n. 2, pp. 525.

Villarrasa Clemente, F., García Garmendia, J. L., Barrero Almodóvar, A. E., Maroto Montserrat, F., Gallego Lara, S. L., Rufo Tejeiro, O.: "Consentimiento informado por representación en unidades de cuidados intensivos. ¿Necesitan los familiares instrucciones previas?", *Revista española de medicina legal: órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses*, vol. 41, núm. 3, 2015, pp. 117 ss.



LOS LIMITES LEGISLATIVOS AL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE FILIACIÓN

THE LEGISLATIVE LIMITS TO THE EXERCISE OF THE ACTIONS OF FILIATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 605-637

Laura
FERNÁNDEZ
ECHEGARAY

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: El sistema de acciones de filiación implantado por el legislador en nuestro sistema conserva en la actualidad una serie de límites a su ejercicio. De esta forma, cuestiones como el control previo de viabilidad de las demandas de filiación, la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, los plazos preclusivos de las acciones de reclamación o de impugnación, así como su amplia legitimación, entendemos que deben someterse a una lógica revisión legislativa que garantice en mayor medida el cumplimiento del derecho a investigar la paternidad, proclamado en el artículo 39.2 CE.

PALABRAS CLAVE: Acción; filiación; límites; control; negativa.

ABSTRACT: *The system of filiation actions implemented by the legislator in our system currently maintains a series of limits to its exercise. In this way, issues such as the prior control of the feasibility of filiation claims, the defendant's refusal to submit to the biological test, the preclusive periods of the claim or challenge actions, as well as their broad legitimacy, we understand that they must be submitted to a logical legislative revision that guarantees to a greater extent the fulfillment of the right to investigate paternity, proclaimed in article 39.2 CE.*

KEY WORDS: *Action; affiliation; limits; control; negative.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS ACCIONES DE FILIACIÓN EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO.- III. LA PRUEBA BIOLÓGICA EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN.- 1. Concepto y contenido.- 2. Efectos de la prueba biológica positiva.- III. LIMITACIONES LEGISLATIVAS RESPECTO A LA LIBRE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.- 1. El principio de control previo de viabilidad de las demandas de filiación.- 2. La negativa a someterse a la prueba biológica.- 3. La legitimación de los herederos en las acciones de filiación.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Podemos definir la filiación como la relación o vínculo que une a una persona con sus dos progenitores, o con uno solo de ellos[1]. Como idea originaria, la filiación deriva del nacimiento de un hijo a través de un puro hecho biológico. Consiste en un vínculo de unión entre una persona engendrada a partir de otra. Como consecuencia de este punto de partida basado en la procreación nuestro ordenamiento jurídico se encarga de regular la distribución de derechos y obligaciones existentes entre progenitores y procreados o, lo que es lo mismo, entre padres e hijos.

La relación jurídica de filiación, en la mayor parte de los casos, no trae aparejadas grandes complicaciones a la hora de reflejarla de forma oficial en el Registro Civil. Ahora bien, en otras ocasiones, esa determinación puede traer problemas a la hora de fijar el modo de establecerla, determinando en cada caso quién es el padre o quien es la madre del filiado.

En el tratamiento de la institución de la filiación, hasta la creación y aplicación de las técnicas de reproducción de asistida[2] en la década de los setenta, se tomaba como punto de partida únicamente el hecho biológico marcado por un acto sexual. A raíz de una relación íntima entre dos sujetos, el hijo contaba con la determinación legal de una filiación biológica en la que, como mucho, podían derivarse problemas a la hora de constatar si había existido realmente esa relación sexual entre las partes o, si fruto de esa relación afectiva, se había efectivamente

1 Díez Picazo, L: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones,* Tecnos, vol. IV, 2008, p. 223.

2 En opinión de Tamayo Haya, la facultad de acudir a las vías legales de determinación de la filiación ha traído un cambio en relación con los presupuestos sobre los que tradicionalmente vino conceptuándose la filiación. Matiza la autora que la distinción entre "engendramiento" como dato natural, y "filiación" como institución jurídica, arroja que el elemento necesario para determinar la filiación va a variar desde el momento en que será posible determinarla a través de un puro acto de voluntad, alejado ya de la necesidad de relación sexual o vínculo biológico. Tamayo Haya, S.: "Problemática jurídica de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida en el seno de las parejas del mismo sexo", en *Nuevos retos de la paternidad y maternidad en el siglo XXI,* Comares, 2015, p. 1.

• Laura Fernández Echegaray
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil, Universidad de Cantabria. Correo electrónico: laura.fernandez@unican.es

engendrado a ese hijo. De lo anterior, podían desprenderse situaciones dirigidas a la necesidad de encontrar los medios probatorios que pudieran acreditar la real existencia de esa relación sexual o, de la misma manera, si fruto de la misma se había generado ese hijo. La dificultad de lo anterior descansaba en el factor relativo a la intimidad que, por lo general, preside las relaciones sexuales. En otros tiempos, en los procedimientos judiciales de filiación la parte que pretendía la determinación de una filiación a través de la interposición de la correspondiente acción de reclamación de paternidad debía valerse únicamente, más que de prueba directa del acto sexual, de prueba indiciaria consistente en documentos o testimonios de terceros que poseían información relativa a la existencia de esa posible relación afectiva entre los involucrados. Entre la prueba documental es valiosa la aportación de fotografías, facturas de hotel o pasajes de viajes.

En relación con lo anterior, el establecimiento de la filiación partía de dos singulares premisas: la primera, estaba basada en el hecho de que la maternidad siempre es posible determinarla ("mater semper certa est"). Esto descansaba en que, atendiendo al simple hecho del parto, la maternidad quedaba constatada. Tradicionalmente, la mujer que alumbraba era indiscutiblemente la madre de ese hijo. Esta máxima de derecho romano no admitía prueba en contrario. Sin duda, con la aparición de las técnicas de reproducción asistida heterólogas[3], este principio ha entrado en una profunda crisis. El hecho de que, gracias a la tecnología, hoy en día una mujer pueda gestar y alumbrar un hijo partiendo de la previa implantación en su útero de un óvulo aportado por otra mujer explica el decaimiento de este aforismo. La ruptura del nexo entre lo biológico y lo genético ha supuesto que los roles de madre biológica y madre genética puedan atribuirse a mujeres distintas. Por otro lado, la segunda, consistía en la determinación de la paternidad. Esta venía siendo jurídicamente atribuida al varón que había realizado el acto procreador con la parturienta en un momento probable de la concepción del recién nacido. Esto, en realidad, estaba rodeado de un velo de misterio[4], puesto que la certeza no estaba asegurada. De ahí que el legislador partiera de la valoración de lo razonable a la hora de fijar sus reglas de filiación. Nos referimos a la valoración de la estadística consistente en que lo común es que el esposo sea el padre biológico de los hijos de su esposa. De lo anterior, se llegó a la regla de "pater vero is est quem nuptiae demostrant", establecida como la presunción de paternidad del marido. Así lo recoge nuestro Código Civil que, en su artículo 116,

3 Se ha convertido en opinión común la consideración de que la utilización de este tipo de técnicas ha supuesto la crisis del actual sistema basado en dos tipos de filiación: la natural y la adoptiva. Se entiende necesario introducir una nueva forma de filiación basada en la llamada voluntad procreacional, que descansa en un consentimiento informado. Así lo afirman, entre otros, González Pérez de Castro, M: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, 2013 p. 251; Kemelmajer de Carlucci, A, Herrera, M, Lamm, E.: "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2012, p. 5.; Roca Trías, E: "Filiación asistida y protección de derechos fundamentales", *Derecho y Salud*, núm. 7, 1999, p. 3. Tamayo Haya, S: "Problemática jurídica", cit., p. 1.

4 Díez Picazo, L: "Sistema de Derecho", cit., p. 223.

establece que "se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges". A su vez, el artículo 117 CC permite destruir esa paternidad en los supuestos en que el hijo ha nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Para ello, el esposo deberá realizar una declaración auténtica en contrario, formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Respecto a lo anterior, se exceptúa que el esposo hubiera reconocido la paternidad, expresa o tácitamente, o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado con consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento[5].

Hoy en día, con ocasión del avance de la ciencia y la tecnología, tanto el hecho de la maternidad como de la paternidad pueden quedar directamente acreditados a través de una sencilla prueba. Nos referimos a la denominada prueba biológica que despeja la incógnita con efecto de acreditación directa. La fiabilidad de esta práctica, consistente en el contraste de las muestras del material genético del progenitor y el hijo arroja un resultado prácticamente certero[6]. Se trata de la denominada prueba de ADN[7]. El ácido desoxirribonucleico es el tipo de molécula más complejo que se conoce. Es el lugar de nuestro organismo donde reside la información genética[8]. Este material genético es el que se transmite de padres a hijos. Su estructura contiene las instrucciones que necesita un organismo para nacer y desarrollarse a partir de la primera célula. Se organiza en unidades más pequeñas llamadas genes. Fue en el año 1953, cuando Francis Crick y James Watson descubrieron la estructura en doble hélice en la que aparece el ADN. A partir de ese momento el trabajo constante de los científicos ha permitido obtener resultados de enorme valor para la sociedad[9].

En otros tiempos, además de no contar con medios tan avanzados como en la actualidad, España, en materia de filiación, aplicaba una discriminatoria tradición jurídica que partía de la radical distinción de los hijos, dependiendo de la situación civil en la se producía su nacimiento. No se daba el mismo tratamiento jurídico al hijo que nacía dentro del matrimonio de sus padres, que al que nacía fuera de él.

5 Estas redacciones de los artículos 116 y 117 CC fueron introducidas por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que reformó el Texto en materia de filiación.

6 Compartimos con Lorente López que la prueba genética juega un papel fundamental en los procesos civiles de filiación puesto que los avances científicos han conseguido que estas pruebas arrojen resultados certeros. Lorente López, M. C.: "La prueba genética y los derechos fundamentales de la persona en los procesos civiles de filiación, paternidad y maternidad", *Revista Doctrinal Aranzadi*, 2015, p. 4.

7 Ácido desoxirribonucleico.

8 Quesada González, M. C.: "La prueba de ADN en los procesos de filiación", *Anuario de Derecho Civil*, II, 2005, p. 1.

9 http://www.andaluciainvestiga.com/espanol/cienciaAnimada/sites/dna/dna.swf

Dependiendo de una u otra situación, el otorgamiento de derechos era distinto y, por ende, la institución de la filiación también. Al hijo nacido fuera del matrimonio se le consideraba como "ilegitimo" y al nacido dentro como "legítimo". De este dato partía la distinción de la llamada "filiación legítima" o "filiación ilegítima". La ilegitimidad llevaba aparejada una connotación peyorativa que imputaba a los hijos la forma de procreación "pecadora" de sus padres[10]. La mayor consecuencia que esto llevaba aparejado era la diferencia de organización de una serie de medidas de protección de la familia.

A su vez, dentro de la filiación ilegítima, podíamos encontrar subgrupos en los que, además, aparte de estar ya reprochados por haber nacido fuera del matrimonio de sus padres, había que distinguir cuál era el motivo que había llevado a los progenitores a procrear fuera del matrimonio; si esa unión no se podía celebrar por prohibiciones o impedimentos matrimoniales, el reproche de los hijos era aún mayor. Nos referimos a hijos del adulterio o del incesto[11]. La tradición jurídica española denominaba entonces, "hijos naturales" a los que habían nacido de padres habilitados para el matrimonio entre los que no mediaban impedimentos legales, o los "no naturales" en los que si existían esos impedimentos. La discriminación de derechos entre los subgrupos era considerable. Dejando atrás esta antigua concepción de la filiación, se consiguió implantar en nuestro país un nuevo modelo en el que se olvidó el común y habitual vocablo peyorativo de "bastardos", con el que se identificaba a los hijos no matrimoniales.

En nuestro sistema de filiación se implantaron dos principios básicos imperativos:

1. Se instauró como regla básica la igualdad entre todos seres humanos y la inadmisibilidad de cualquier idea de que lleve implícito las discriminaciones basadas en el origen familiar. Esta línea fue la que acogió nuestra Constitución de 1978. El principio básico que reordena esta organización familiar es sin duda alguna el consagrado principio de igualdad del artículo 14 CE. Nadie puede ser discriminado por razón de nacimiento.

Independientemente de lo anterior, nuestro Código Civil conserva la distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial. Hay que indicar que esta distinción no afecta ya a los derechos o efectos para con los hijos, sino únicamente se conserva en relación con el procedimiento de acceso de cada forma de filiación al

10 Díez Picazo, L: "Sistema de Derecho", cit., p. 223.

11 En opinión de Durán Rivacoba, R, ante situaciones como el incesto o aquellas otras en las que se daba una negligencia del padre, se ofrecían una serie de soluciones basadas en el "favor fili", que aminoraban un fundamentalismo fisiológico, a veces más lesivo que beneficioso. Consistía en reconocer como padre a quien se hacía cargo de esa familia. Esto significa que en la órbita jurídica no es necesario reputar siempre como progenitor al ascendiente carnal. En palabras del autor, "la verdad biológica sirve como premisa básica, pero no absoluta o excluyente". Durán Rivacoba, R.: "El anonimato del progenitor", *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 3, Parte Estudio, Pamplona, 2004, pp. 1 y 2.

Registro Civil. De esta forma, el artículo 108 CC establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. Recoge que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial, dependiendo de si el padre y la madre del niño están casados entre sí. Establece que, tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial, como la adoptiva, surten los mismos efectos. Por lo tanto, la única diferencia que se contempla en esa distinción es de carácter exclusivamente funcional. La filiación matrimonial quedará determinada por la inscripción en el Registro Civil del nacimiento del niño, junto la certificación del matrimonio de los padres (queda a salvo el acceso a través de una sentencia firme para los casos en que previamente se haya instado la acción de reclamación matrimonial de paternidad y así lo haya determinado un juez). La determinación de la filiación no matrimonial, contemplada en la tradicional redacción del artículo 120 CC[12], establece que podrá realizarse vía reconocimiento, realizado en formulario oficial documento público, en testamento, o ante el Encargado del Registro Civil, o a través de la tramitación de un expediente iniciado en el Registro Civil. De igual forma, queda abierta la vía de que se determine con ocasión de la sentencia judicial dictada en un procedimiento de reclamación de paternidad extramatrimonial. De igual forma, el artículo 119 CC, relativo a nacimientos acaecidos con anterioridad al momento de la celebración del matrimonio, otorga la posibilidad de que la filiación adquiera el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores, siempre que el hecho de la filiación quede legalmente determinado.

2. En la misma línea, otro de los principios constitucionales protagonistas en materia de filiación fue, sin duda alguna, la inclusión del artículo 39 de la Constitución Española (CE). En él se establece que los poderes públicos asegurarán la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de la filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. Una novedad importantísima fue sin duda la redacción del apartado segundo de este artículo en el que se instauró el principio constitucional de investigación de la paternidad. Con ello se introducía en nuestro sistema la posibilidad de investigar la filiación y, en consecuencia, la opción de desvelar filiaciones anteriormente imposibles. Hasta el momento se impedía la búsqueda de paternidades en defensa de los padres. Se entendía que, si se permitían las investigaciones de paternidad se corría el riego de ver interpuestas numerosas demandas de filiación de carácter injusto, que podían tachar el buen nombre de muchos ciudadanos[13].

12 Con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015), se reformó el antiguo artículo 120 CC y se añadió la modalidad de determinar la filiación no matrimonial "en el momento de la inscripción del nacimiento, por declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil".

13 Durán Rivacoba explica que como consecuencia de la conducta de los progenitores los perjuicios recaían en la descendencia. No había en esa época anterior un margen legal para imponer a esos padres sus obligaciones y responsabilidades respecto de los hijos que sufrían desagravios como víctimas inocentes, triunfando un axioma de poca seriedad en una cultura moderna y avanzada. Durán Rivacoba, R.: "El anonimato", cit., p. 1. En este sentido, al establecer el legislador el requisito de control de viabilidad

La introducción en la CE de los artículos 14 y 39.2, hizo necesaria la implantación de un nuevo sistema de acciones siendo necesaria una profunda revisión del derecho de familia en nuestro país. Esta se llevó a cabo a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se reformaba el Código Civil, no sólo en materia de filiación sino, de igual forma, en materia de patria potestad y de régimen económico matrimonial. Fruto de lo anterior, hoy en día, nuestro ordenamiento jurídico reconoce expresamente el derecho de las personas a investigar sus orígenes biológicos. A pesar de lo anterior, existen algunas cuestiones en su reglamentación que reflejan que ese derecho no puede entenderse como absoluto. Nos referimos a una serie de controles y premisas que podrían calificarse de limitativos de ese derecho. En conclusión, podemos entender que los problemas que pueden limitar el derecho a conocer la verdadera filiación biológica de una persona y, por lo tanto, vulnerar en parte su ejercicio, son los siguientes[14]: el principio de control previo de viabilidad de las demandas de filiación, la negativa del demandado a someterse voluntariamente a la prueba biológica y la legitimación y plazos de caducidad impuestos en relación con las acciones de filiación.

Para analizar lo anterior, entendemos necesario realizar un estudio previo del sistema de acciones de filiación previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

II. LAS ACCIONES DE FILIACIÓN EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO.

Las acciones de filiación en nuestro sistema se dividen en la de reclamación e impugnación. La primera de ellas pretende determinar legalmente una filiación y la segunda, por el contrario, extinguir una legalmente determinada en el Registro Civil. En ocasiones muy comunes, cuando el demandante pretende reclamar una filiación, debe necesariamente impugnar otra ya constatada en el Registro Civil. En este caso ambas acciones podrán acumularse en un único procedimiento en aras de obtener una economía procesal (134 CC).

En relación con las demandas de filiación el sistema jurídico español tiene en cuenta una serie de datos que deben estar presentes a la hora de iniciar un procedimiento judicial. Para ello, por una parte, habrá de distinguir entre las filiaciones matrimoniales y las no matrimoniales y, a su vez, en ambos casos, habrá de valorarse si entre hijo y progenitor medió posesión de estado o no. Lo anterior es determinante a efectos de legitimación, así como para constatar el plazo preclusivo previsto legalmente del que goza el accionante para ejercitar

previo de la demanda de filiación, se exige la aportación de un mínimo indicio de prueba sobre la relación sexual para la admisión de la demanda a trámite. Al respecto, Lorente López entiende que el legislador ha querido desincentivar a personas poco escrupulosas a que interpongan acciones de filiación con el objeto de conseguir otros intereses distintos que no descansen en la búsqueda de la verdad biológica. Lorente López, M, C.: "La prueba genética", cit., p. 2.

14 Lorente López, M. C.: "La prueba genética", cit., pp. 2-5.

su derecho. Lo cierto es que la disciplina de la regulación de estas acciones de filiación, debido, a su carácter incompleto y contradictorio, necesita el uso de herramientas interpretativas[15]. Por ello, están presentes razones de interés general y de orden imperativo. De igual forma, hay que destacar la indisponibilidad de la materia para las partes procesales que quedará sujeta a controles públicos. Téngase en cuenta que, según deriva del artículo 751.1 LEC, en los procesos de filiación no producen efectos el allanamiento del demandado, ni la renuncia a la acción o la transacción de las partes, por lo que pudiera ser discutible que se pudiera otorgar a actos anteriores de carácter extraprocesal, el valor de conducta jurídicamente vinculante[16]. En este aspecto la STS 12 enero 2015[17], da por hecho lo anterior al afirmar que los actos propios de las partes no pueden transcender con la eficacia pretendida a la acción de filiación al ser indisponible.

Hay que recordar que el modelo de filiación que se incorporó con ocasión de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, supuso una rotunda oposición al régimen anterior. Ese antiguo modelo se caracterizaba por la existencia de un orden jerarquizado entre las distintas clases de filiación, así como en los efectos desiguales que provocaba, tanto a nivel personal como patrimonial, entre los hijos. En él se protegía de una forma desmesurada a la familia matrimonial, calificándose la no matrimonial de "ilegítima"[18]. Este sistema se caracterizaba por la limitación de la investigación de la paternidad y la maternidad, prefiriéndose la supremacía de la estabilidad de los estados civiles, en especial, si se trataba del matrimonial. Lo importante en esa época era conseguir una paz familiar y la regulación de la filiación iba en consonancia a ese deseo. Esa desigualdad y esas restricciones legislativas eran los puntos protagonistas de la filiación de la codificación. Durante décadas esa normativa no fue reflejo de la realidad de la sociedad. En consecuencia, en las sucesivas reformas, el sistema fue encaminándose a mitigar esos intolerables efectos.

El posterior modelo de filiación fue contemplado en una época en la que la sociedad española experimentó una gran reforma. Fueron unos años de grandes experiencias sociales y políticas. En la década de los años setenta se implantó nuestro sistema constitucional y, entre sus exigencias constitucionales, se recogió, entre otros, el principio de igualdad, la promoción de la dignidad de la persona, la protección concreta del menor, la tutela de la familia sin considerar su origen y la investigación de la paternidad. Así, el interés del hijo comenzó a estar protegido en tres dimensiones: el interés en su protección, el interés en el conocimiento de sus orígenes biológicos y el interés en la estabilidad de su situación. En cuanto a

15 García Vicente, J.R.: *Los principios de las acciones de filiación*, Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 2

16 Díaz Martínez, A.: "Buena fe, retraso desleal y actos propios en el ejercicio de las acciones de filiación", *Aranzadi*, Civil- Mercantil, núm. 4/2015, Parte Comentario, 2015, p. 1.

17 STS 12 enero 2015 (RJ 2015, 610).

18 García Vicente, J.R.: "Los principios", cit., p. 2.

esta estabilidad, en ocasiones, se sacrifica el realismo y la verdad biológica. Uno de estos casos descansa en los llamados reconocimientos de complacencia en los que, a pesar de ser conscientes de que el reconocedor de la filiación no es el verdadero padre biológico atiende a acciones de filiación[19]. No hay duda de que estos reconocimientos de complacencia pueden servir como mecanismo para que muchas personas huyan de la necesidad de pasar por un proceso de adopción y puedan simplificar los trámites de la determinación legal de la filiación.

Dicho lo anterior, vamos a hacer referencia a una de las cuestiones más polémicas de las acciones de filiación de nuestro sistema: la "titularidad" del derecho a conocer el propio origen. Se discute si ese derecho se otorga sólo a los hijos, o de igual forma, también a los progenitores. Para ello vamos a desglosar los diferentes tipos de acciones procesales:

1) Las acciones de reclamación de filiación:

Es una realidad que el derecho relativo a cuestiones de filiación no juega en nuestro ordenamiento en términos absolutos. De lo contrario carecería de sentido[20] el establecimiento de plazos de caducidad en el ejercicio de las acciones, o las restricciones a la legitimación activa. Ambas cuestiones están claramente respaldadas por el TC. Junto al invocado principio de la verdad biológica, el legislador, a la hora de normar en materia de filiación, ha valorado principios de seguridad jurídica tan importantes como el mantenimiento de la paz familiar, el interés del menor o la necesidad de un principio de prueba junto a la demanda de filiación. Como expresa Quicios Molina: "verdad biológica sí, pero siempre que detrás haya un interés digno de protección, no verdad biológica porque sí"[21].

El artículo 131 CC establece que "cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto de que la filiación que se reclama contradiga otra legalmente determinada". Con estas acciones se pretende obtener un pronunciamiento judicial que determine la filiación de una persona, bien porque anteriormente no tenía ninguna, o porque se pretende una rectificación registral de la ya determinada. Como vemos, la legitimación activa de estas acciones se hace depender de la posesión de estado. La posesión de estado[22] no olvidemos que se refiere a una determinada situación de apariencia. A través de una serie de actos concluyentes se crea entre padre e hijo una apariencia jurídica que sirve para declarar la realidad que refleja. La jurisprudencia ha hecho referencia a estos

19 Ibídem, p. 7.

20 Díaz Martínez, A: "Buena fe", cit., p. 1.

21 Quicios Molina, S.: "Determinación e impugnación de la filiación", *Cuadernos Aranzadi Civil- Mercantil*, 2014, p.33.

22 Diez-Picazo, L.: "Sistema de Derecho", cit., p. 227.

actos de apariencia exigiendo una serie de requisitos: a) "nomen": hecho de llevar el apellido de otra, b) "tractatus": forma que una persona tiene de tratar a otra, coincidiendo con lo usual de las relaciones entre padres e hijos, y c) "fama": opinión general que reconoce a una persona como hijo de un determinado padre.

La reforma del año 1981 exigió que para alegar esa posesión de estado como fondo de una acción de reclamación de filiación debía de ser continua y no interrumpida. Así, en el citado artículo 131CC se contempla una amplísima legitimación para interponer la acción, no matizando que se entiende por interés legítimo. Es evidente que este interrogante deberá ser interpretado por el tribunal correspondiente. En ese sentido, atendiendo al artículo 132 CC relativo a la filiación matrimonial sin posesión de estado, vemos que cuando falta la correspondiente posesión de estado la acción de reclamación de filiación matrimonial, que es imprescriptible, corresponde al padre, a la madre o al hijo.

Es de interés destacar que el polémico artículo 133 CC, en su redacción anterior, se limitaba, sin más, a recoger que la acción de filiación no matrimonial sin posesión de estado, correspondía al hijo durante toda la vida. Hay que indicar que fueron muchas las voces que se alzaron en contra de su discriminatorio contenido en relación con el progenitor. No había razón justificada[23] para atribuir legitimación al progenitor si la filiación era matrimonial, y restringirla en el caso de la no matrimonial. Esta situación quebrantaba claramente el principio de igualdad, dependiendo de si la filiación era matrimonial o no matrimonial. En respuesta a lo anterior, el TC, a través de la STC 273/2005, de 27 de octubre[24], declaró inconstitucional este párrafo. Este criterio jurisprudencial alcanzó finalmente rango de ley con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia[25]. De esta forma se reconoce esta acción de filiación a los progenitores y al hijo, pero con la diferencia de que a éste se le concede toda su vida y al progenitor se le limita al plazo de un año desde que hubiera tenido conocimiento de los hechos en que basa su pretensión. Hay que indicar que en este supuesto el legislador también otorga legitimación a los herederos para el caso de que el hijo falleciera antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase la mayoría de edad o desde que se

23 García Vicente, J.R.: "Los principios", cit., p. 13.

24 STC 273/2005, de 27 de octubre (BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2005).

25 La nueva redacción del art. 133, una vez modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio y por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica, queda de la siguiente forma: "1. La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida. Si el hijo falleciera antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare la mayoría de edad o desde que se eliminaren las medidas de apoyo que tuviera previstas a tales efectos, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos. 2. Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en un plazo contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación. Esta acción no será transmisible a los herederos quiénes solo podrán continuar la acción que el progenitor hubiere iniciado en vida".

eliminaren las medidas de apoyo que tuviera previstas[26], o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que haya de fundar su demanda. En realidad, se les otorga el tiempo que resta hasta cumplir dichos plazos.

La cuestión descansa en plantearse si en cuanto al derecho a conocer los orígenes biológicos del hijo podemos alegar una limitación del plazo de ejercicio de la acción. Como vemos, en el caso de la filiación matrimonial sin posesión de estado el plazo no es un inconveniente para la búsqueda de los orígenes, puesto que se le otorga el carácter de imprescriptible. Esto significa que el hijo tendrá toda su vida para poder ejercitar ese derecho. De igual forma, ante la falta de posesión de estado, en los casos de filiación no matrimonial ocurre lo mismo. Esto significa que el derecho a conocer los orígenes biológicos en los casos de filiación natural está ampliamente protegido por la ley al otorgarle el derecho de por vida. Lo anterior ya fue refrendado por las SSTS 11 y 12 abril 2012[27], así como en la STS 3 diciembre de 2014. El alto Tribunal entiende que no se puede apreciar abuso de derecho o fraude de ley cuando el hijo ejercita tardíamente la acción de reclamación de filiación, aunque sea muchos años después de conocer su origen biológico. Tampoco cuando lo hace el progenitor, conocedor de su condición de padre mucho tiempo antes de la interposición de la demanda. Lo anterior resultaría contrario a los principios protegidos en el ordenamiento jurídico que protege la dignidad de la persona[28]. Es más, por lo que respecta a la interposición de la acción de reclamación por parte del hijo, el TS ha descartado la valoración de una posible vileza del móvil, generalmente económico, por el que el hijo decide accionar ante los tribunales. En la STS 12 enero 2015[29], ya el Tribunal consideró que ni el mantenimiento de un falso estado civil de forma intencionada por parte del hijo, quien conocía el dato de su verdadero progenitor desde años atrás, podía afectar a la interposición retardada con fines sucesorios de las acciones de impugnación y de reclamación de filiación. En este supuesto, a pesar de resultar acreditado que la hija tenía un claro conocimiento de su verdadera filiación materna desde varios años antes del fallecimiento de su madre registral, a la cual sucedió y, en consecuencia, heredó, y que su conducta parecía reflejar que aceptaba la situación jurídica establecida jurídicamente, el TS entendió que tal conducta podría ser objeto de valoración y calificación en otros litigios que se pudieran plantear en materia sucesoria, pero no en el que versa sobre su filiación. La aceptación de una situación jurídica familiar no afecta a la acción de filiación, la cual es indisponible.

26 Esta cuestión responde a la nueva redacción otorgada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica.

27 STS 11 abril 2012 (RJ 2012, 5745), STS 12 abril 2012 (RJ 2012, 5898), STS 3 diciembre 2014 (RJ 2014, 6258).

28 A pesar de ello, en el caso de la STS 11 abril 2012 (RJ 2012, 5745), el Tribunal dejó abierta la posibilidad de apreciar fraude de ley en el ejercicio de la acción de reclamación de filiación si se identifica cumplidamente tanto la norma defraudada como el resultado contrario que se produciría en el ordenamiento jurídico.

29 STS 12 enero 2015 (RJ 2015, 610).

Utilizar los tiempos con fines sucesorios no basta para considerar de abusiva o desleal una acción de filiación, aisladamente considerada[30].

En el caso de que el ejercicio tardío de la acción de reclamación de filiación sea achacable al padre, aún sin negar que, en virtud de lo anteriormente explicado, la demanda haya de prosperar si se prueba la relación biológica, el TS ha aceptado limitar los efectos de la filiación, aunque evidentemente sea declarada. Así se reflejó a través de la STS 17 febrero 2015[31], en la que, en contra de la interpretación literal del artículo 109 CC, se resolvió protegiendo el interés superior del menor y su derecho al nombre y a su propia imagen. El hijo, a pesar de pasar a llevar el apellido del nuevo padre en segundo lugar, continuaría usando de primero el materno, el cual venía determinado desde su nacimiento. En todo caso, esta decisión del Tribunal no puede entenderse como una sanción al padre que ejercita tardíamente la acción de reclamación de filiación, sino como una medida de protección al menor al ser conocido en sus círculos sociales con el primer apellido materno. Así lo constata también el TC[32] quien ha invocado de forma reiterada jurisprudencia del TJUE y del TEDH.

2) Las acciones de impugnación de filiación:

El artículo 136 CC se encarga de las acciones de impugnación de filiación matrimonial ya determinadas en el Registro Civil, y de la legitimación del marido de la madre del hijo correspondiente. De esta forma, al esposo se le otorga el plazo de un año desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Ahora bien, el cómputo de ese año comenzará a contar cuando el marido conozca el nacimiento. A su vez, aunque el marido tuviera conocimiento del nacimiento, pero desconociera su falta de paternidad, el año comenzará a contar desde que tuviere conocimiento. Esta regulación también fue introducida con ocasión de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. En la anterior redacción dada por la Ley de 13 de mayo de 1981 este artículo ya fue objeto de algunas modificaciones. En la original redacción se establecía que el plazo de un año comenzaría a correr, aunque el marido, conociendo el nacimiento, ignorara su falta de paternidad. Este primer párrafo fue anulado a través de la STC, de 26 mayo de 2005[33]. Antes de la reforma de este artículo, ya el TS aclaraba que

30 La SAP Guipúzcoa 3 mayo 2013 (AC 2014, 871) consideraba que la demandante de filiación, a través de sus actos propios, apuntaba al abandono del derecho a impugnar la maternidad registral cuando se llevó a cabo la aceptación de la herencia. De igual manera, su conducta apuntaba a la confianza en el no ejercicio de la reclamación de filiación y que el transcurso del tiempo alimentó esa creencia. Se prevé que la causante de haber conocido la posterior conducta de la demandante hubiera dispuesto su herencia de otra forma. Por lo anterior, la AP reconoció la existencia de un retraso desleal en el ejercicio de la acción mixta de filiación.

31 STS 17 febrero 2015 (PROV 2015, 70609).

32 STC 167/2013, de 7 de octubre (RTC 2013, 167).

33 STC 138/2005, de 26 de mayo (BOE núm. 148, de 22 de junio). Posteriormente la STC 156/2005, de 9 junio (BOE núm. 162, de 8 de julio) estimó la cuestión de inconstitucionalidad 4203-2003, relativa a ese primer párrafo del art. 136 CC, remitiéndose a la STC 138/2005, de 26 de mayo.

el "dies a quo" viene dado por la existencia de un principio de prueba sobre la no paternidad biológica[34]. En este sentido, el TC confirmó que la regla general es que el "dies a quo" de este plazo se sitúe en la fecha de inscripción del nacimiento[35]. En consecuencia, instó al legislador a admitir como excepción la posibilidad de que el marido impugnara en el momento en que extemporáneamente descubriera la falsedad y no hubiera ni negligencia ni conocimiento implícito previo. Se afirma entonces que el "dies a quo" del plazo debe cifrarse, no tanto en el conocimiento de la falsedad como en la cognoscibilidad. De esta forma se tendrá por caduca la acción si el marido se mantuvo pasivo ante signos claros, que no meras sospechas, de su falta de paternidad. Lo anterior, como decimos, adquirió finamente rango con la Ley 26/2015, de 28 de julio. A este respecto hay que tener en cuenta la STS 2 diciembre 2013[36], en la que, con ese planteamiento de fondo, declaró caduca la acción de impugnación de filiación interpuesta por el progenitor legal, aplicando el principio de buena fe en el ejercicio de estas acciones de impugnación de filiación matrimonial. En este supuesto, el esposo, quien pasaba por una profunda crisis matrimonial durante el periodo de gestación del hijo, y teniendo sospechas de que ese hijo era de un tercero, fue advertido por el ginecólogo del cauce para solventar sus dudas sobre su paternidad. El TS consideró en este caso que, dando entrada al principio de cognoscibilidad que exige una conducta activa y diligente por parte del marido, ante su impasividad, la acción debía considerarse extemporánea puesto que únicamente a él podía ser imputable.

En definitiva, el cómputo para el ejercicio de la acción de impugnación matrimonial por parte del esposo no comienza desde que se tuvo prueba completa de la falta de paternidad biológica, sino desde que concurren indicios que no pueden ser ignorados sin incurrir en mala fe.

En cuanto al plazo de ejercicio del hijo para impugnar la filiación ya determinada, se le otorga un año desde la inscripción de la filiación. Este año, en el caso de que el hijo sea menor de edad o discapacitado, comenzará a contar desde que alcance la mayoría de edad o se extingan las medidas de apoyo previamente determinadas. También se le otorga la anterior posibilidad a la madre, representante legal o Ministerio Fiscal, durante la minoría de edad. Independientemente de lo anterior se contempla la posibilidad de que ante todas esas situaciones el hijo no hubiera impugnado la paternidad por desconocerla. En este caso se permite que el año de ejercicio comience desde que éste tuviera conocimiento de la falta de paternidad.

A juicio de parte de la doctrina, la acción impugnatoria correspondiente al hijo debería quedar sometida a los mismos criterios de cómputo de plazo vistos

34 STS 20 febrero 2012 (RJ 2012, 4047).

35 SAP Pontevedra 8 noviembre 2013 (PROV 2013, 381110).

36 STS 2 diciembre 2013 (RJ 2013, 7832).

para el caso del esposo. El artículo 137 CC habrá de ser interpretado en el mismo sentido que el 136 CC en cuanto al criterio de cognoscibilidad. Lo cierto es que, en la práctica, lo usual es la acumulación de esta acción de impugnación con la de reclamación de paternidad respecto del verdadero padre biológico. Esto diluye el tema de la caducidad de la acción, puesto que, como hemos visto esa acción es imprescriptible para el hijo y la acción de impugnación se convierte en accesoria[37] de aquella. Además, como hemos señalado, en esta acción de reclamación de filiación no cabe el planteamiento del retraso desleal de la acción o el abuso del derecho por parte del hijo que reclama la filiación.

Hay que indicar que todo lo anterior se refiere a casos en los que medió posesión de estado entre progenitor e hijo. Para las situaciones en las que, a pesar de tratarse de filiación matrimonial, faltó esa posesión de estado, se les otorga tanto a padre como a hijo la posibilidad de interponer la demanda en cualquier tiempo.

El artículo 140 CC, el cual también experimentó una modificación con ocasión de la Ley 26/2015, contempla que la filiación materna o paterna, no matrimonial, cuando falte la posesión de estado, podrá ser impugnada por quien le perjudique. En el caso de que sí exista posesión de estado, la acción podrá ser interpuesta por quien aparezca como hijo o progenitor en esa filiación, además de por las personas que puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. Se establece para ello un plazo de caducidad de cuatro años desde que el hijo goce de esa posesión de estado, una vez inscrita la filiación en el Registro Civil.

En el caso de las acciones de impugnación, tal y como se ha expuesto, los plazos de interposición de las mimas se refieren a la posibilidad de rectificar la filiación que aparece en el Registro Civil al no entenderse verdadera. En el caso que nos afecta, que no es otro que la limitación de tiempo que le da al hijo, no entendemos que la legislación actual quebrante el derecho a conocer los orígenes biológicos, puesto que, aunque limite ese plazo a un año o cuatro, dependiendo del supuesto de hecho, el cómputo, en todo caso, podrá comenzar desde que el hijo, o su representante legal conozca la ausencia de paternidad de la persona que figura como tal en el Registro Civil, o desde que comience la posesión de estado.

Una vez explicado lo anterior, entendemos adecuado analizar la prueba científica sobre la que actualmente descansa cualquier procedimiento de filiación. No hay duda de que la prueba de ADN es equiparada hoy en día por

37 El TS establece que la acción de impugnación de filiación es accesoria a la de reclamación por ser ambas contradictorias y no poder subsistir conjuntamente. En modo alguno puede admitirse aplicar a la acción de reclamación, que es la principal, el plazo de caducidad que el art. 137 prevé para la de impugnación (STS 17 junio 2004 (RJ 2004, 3618) y STS 14 diciembre 2005 (RJ 2005, 10161)).

nuestros tribunales a la verdad jurídica, atendiendo a una serie de porcentajes de probabilidad obtenidos.

III. LA PRUEBA BIOLÓGICA EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN.

1. Concepto y contenido.

Como decimos, hoy en día, la prueba genética de ADN juega un papel clave en cualquier procedimiento de filiación. Lo anterior se refiere tanto a la reclamación como a la impugnación de una paternidad o maternidad. Anteriormente, los contrastes genéticos entre progenitor e hijo podían realizarse vagamente, únicamente en relación con el grupo sanguíneo[38]. Es evidente que esta prueba no resultaba completamente eficaz. En la actualidad, en cambio, la prueba genética, gracias a los evidentes avances tecnológicos y científicos, ha logrado que sus resultados sean absolutamente reveladores. Tal es el grado de garantía que ya es una realidad que los tribunales de justicia identifican la verdad biológica con la verdad jurídica[39].

No debemos olvidar que esta prueba no deja de ser una diligencia pericial[40] y, como tal, tiene la misma naturaleza que cualquier prueba de este tipo. Los artículos 348 y siguientes de la LEC, prevén su regulación. Al ser una pericial científica es evidente que el juez debe contar con un dictamen facultativo que esclarezca los fines investigados. Esto significa que el juez podrá ajustarse o no a su conclusión. Ahora bien, para ello deberá motivar suficientemente su fallo, puesto que no puede entenderse lo anterior bajo un puro poder arbitrario[41]. En este aspecto, la Audiencia Provincial de Vizcaya, a través de la SAP 6 marzo 2014[42], señaló que "la valoración de la prueba pericial debe realizarse teniendo en cuenta los siguientes criterios: a) la prueba de peritos es de libre apreciación, no tasada y valorable por el juzgador según su prudente criterio, sin que existan reglas preestablecidas que rijan su estimación, por lo que no puede invocarse en casación infracción de precepto alguno en tal sentido. b) las reglas de la sana crítica no están codificadas

38 Lorente López, M.C: "La prueba genética", cit., p. 4.

39 Ibídem.

40 Observa Ordóñez Fernández que hay que tener en cuenta que la última decisión la tendrá el juez y no el perito. El informe pericial debe facilitar al juez un medio objetivo para adoptar la decisión. El perito debe poner en su conocimiento las conclusiones genéticas y estadísticas obtenidas, dejando que sea él quien valore de forma global el informe con el resto de la prueba y determine su decisión final. Ordóñez Fernández, C.: "Pruebas biológicas", cit., p. 995. Respecto a esta cuestión, se pronuncia García Poveda, quien dice que "la prueba pericial biológica en los procesos de filiación no se regirá por los principios de toda prueba pericial habida cuenta de que el juez únicamente tendrá conocimiento sobre la admisión o no de la prueba una vez celebrada la vista prevista en este tipo de procedimientos ya que a la vista de la prueba practicada en la misma será el momento en que el juez tendrá elementos de juicio para decidir sobre la admisión o no de las mismas": García Poveda, C.: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación. Cómo se soluciona la negativa del sujeto a la práctica de las pruebas de ADN", *NJ Bosch*, 2003, p. 2.

41 Ruiz Moreno, J. M.: "El proceso especial de filiación, paternidad y maternidad", *La Ley*, Madrid, 2000, p. 149.

42 SAP Vizcaya 6 marzo 2014 (PROV 2014, 184361).

y han de ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica humana y por ello es extraordinario que pueda revisarse la prueba pericial en casación, sólo impugnarse en el recurso extraordinario la valoración realizada si la misma es contraria en sus conclusiones a la racionalidad, o conculca las más elementales directrices de la lógica. Así debe señalarse que, no existiendo nomas legales sobre la sana crítica, hay que atender a criterios lógico-racionales, valorando el contenido del dictamen y no específicamente su resultado en función de los demás medios de prueba o del objeto del proceso, a fin de dilucidar los hechos controvertidos".

La prueba de ADN funciona con resultados de probabilidad. Su contenido está condicionado en orden a puros porcentajes. En este sentido el TS ha venido acogiendo los llamados "Predicados verbales de Hummel"[43]. Esto significa que, tal y como se recoge en las SSTS 1 septiembre 2014[44] y 4 octubre 2011[45], los porcentajes que arroja la prueba de ADN y sus probabilidades son las siguientes: menor del 80%: no significativo/ entre el 80 y el 89,9%: indicios/ entre el 90 y el 94,9%: probable/ entre el 95 y el 98,9%: muy probable y entre el 99,8 y el 99,9%: prácticamente probada. En relación con estas probabilidades[46], la citada SAP Vizcaya 6 marzo, se refleja como un claro ejemplo de la realidad de muchos procedimientos de reclamación de paternidad en los que se valora la prueba biológica y da credibilidad a la misma en defecto de prueba en contrario[47].

2. Efectos de la prueba biológica positiva.

Ante un informe pericial que arroje un resultado de alta probabilidad de paternidad derivado de un análisis de ADN, instado y practicado con ocasión de una acción de reclamación de paternidad, lo lógico es que la demanda de filiación sea estimada. A través del dictamen de la correspondiente sentencia en la que se declare la paternidad del demandado (en el caso de que el actor sea el hijo),

43 En 1981, K. Hummel describió sus "predicados verbales", que conjugaban distintos intervalos de valores de Probabilidad de Paternidad (W), con sus respectivas interpretaciones, con el objetivo de hacer comprensibles los valores y armonizar las interpretaciones. Consideró que un valor de W igual o superior a 99,73% ya era suficiente para considerar probado una paternidad desde un punto de vista práctico. Estas interpretaciones han sido aceptadas internacionalmente. De igual forma, nuestra jurisprudencia y el TS (Sentencia 24 noviembre 1992), las admiten como fórmulas válidas. ADFTecnoGen, "Fundamentos técnicos de las pruebas de ADN". http://www.adftecnogen.es/informacion/fundamentos-tecnicos.

44 STS 1 septiembre 2014 (RJ 2004, 5470).

45 STS 4 octubre 2011 (RJ 2011, 6699).

46 Con anterioridad a Hummel, Eric Essen-Móller, en 1938, describió una fórmula basándose en el Teorema de Bayes. Esta fórmula servía para calcular la Probabilidad de la Paternidad (W). ADFTecnoGen, "Fundamentos técnicos de las pruebas de ADN". http://www.adftecnogen.es/informacion/fundamentos-tecnicos.

47 Así recoge literalmente ante un caso de reclamación de paternidad: "(…) el índice de paternidad (que es el valor que indica cuántas veces es mayor la probabilidad del presunto padre, con respecto a un hombre tomado al azar de la población española) es 235.516:1. El valor de Probabilidad de Paternidad obtenido en el presente caso se encuentra en el rango considera por Hummel como "paternidad prácticamente probada, sin que le resultado de dicha prueba pericial haya sido desvirtuado por prueba propuesta por la parte demandad, la cual no ha aportado informe pericial contradictorio (ni siquiera solicitó la comparecencia de los autores del único dictamen obrante en autos (…)".

o del demandante (en el caso de que el actor sea el padre), el efecto inmediato y principal es la rectificación del asiento de filiación que consta en el Registro Civil, en relación con el hijo involucrado en el procedimiento. La sentencia es remitida de oficio por el tribunal de referencia al propio Registro Civil. Es a partir de ese momento cuando se lleva a cabo la rectificación registral de su filiación, adecuándose a su nueva situación. En este aspecto, el artículo 112 CC establece que la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no dispusiere lo contrario. A su vez, el artículo 113 CC señala que la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determine legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Por último, el artículo 114 CC establece que los asientos de la filiación podrán ser rectificados conforme a la Ley del Registro Civil.

En conclusión, la nueva determinación legal de filiación que se origina como consecuencia de una sentencia judicial derivada del resultado de la prueba biológica va a producir los efectos que integran el contenido básico de la filiación, recogido por la Ley 11/1981, de 13 de mayo:

1. Derecho de apellidos[48]: la Ley del Registro Civil de 1957, contempla la regulación relativa al nombre y a los apellidos de la persona en el Título V, Capítulo III, artículos 53 a 62. De igual forma, el Reglamento de la Ley del Registro Civil, trata esta materia en el Título V, Sección V, artículos 192 a 219. Por su parte el Código Civil recoge en relación con esta materia, los artículos 109 y 111 CC. A su vez, la Ley del Registro Civil, de 21 de julio de 2011[49], regula la atribución del nombre y el derecho a cambio de apellidos en el Título VI, Capítulo I, Sección 2ª, artículos 49 a 57.

Hay que tener en cuenta la redacción que en su día la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, otorgó al artículo 109 del CC. Fruto de lo anterior se permitió la facultad del hijo de solicitar la alteración de los apellidos materno y paterno[50] y se perdió la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno. En todo caso, como condición, se imponía la implantación del orden de los apellidos otorgados al mayor de los hermanos. A partir de la LRC de 2011, el artículo 49, refuerza el acuerdo de los progenitores a la hora de decidir el orden de los apellidos del hijo. Se introdujo el criterio dirimente en los casos de desacuerdo o

48 Véase Lorente López, quien hace un estudio detallado de la consecuencia de la imposición de los apellidos del progenitor determinado por sentencia y en contra de su voluntad. Lorente López M. C.: "La prueba genética", cit., p.8.

49 (BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011).

50 Linacero de la Fuente, M.: "Derecho a la identidad personal: el nombre y los apellidos", en *Derecho Civil IV. Introducción al Derecho Civil*, Tirant lo Blanch,2013, p. 439.

silencio del Encargado del Registro Civil, en cuya decisión deberá tenerse siempre en cuenta el interés del menor. Esto implica que la nueva filiación derivada de una sentencia de paternidad implica el cambio de apellidos del hijo con el fin de adecuarlo a su nueva realidad. Sin embargo, entendiendo a la complicación que esto puede originar en relación con la identificación habitual y conocida de la persona afectada, ya el artículo 59.3 LRC de 1957, y el 209.3 del RRC de 1958, contemplaban la posibilidad de renunciar a este cambio de apellidos, instando el expediente de conservación de los habituales ante el Registro Civil. El plazo para instar tal expediente quedaba fijado en los dos meses siguientes a la inscripción de la nueva filiación.

La LRC de 2011 mantiene y simplifica este trámite, estableciendo que, en el mismo plazo de dos meses desde la inscripción, la solicitud de conservación de apellidos habituales se podrá realizar a través de declaración de voluntad del afectado. Así lo recoge en el artículo 53.5. Esto en realidad debe entenderse como un derecho del hijo a renunciar a los apellidos de su ya declarado padre. En el Registro Civil constará determinada la filiación legal entre padre e hijo, pero ambos llevaran apellidos distintos. En el caso de que se trate de un hijo menor de edad en el que la maternidad ya estaba legalmente determinada y el niño tenía atribuido los apellidos maternos, se aplicarán reglas generales del orden del apellido paterno y materno. En el caso de discrepancia entre los padres sobre esta cuestión, decidirá el Encargado del Registro Civil, siempre atendiendo al interés del menor. Ante el desacuerdo con su decisión, la problemática podrá terminar en los tribunales de justicia. A modo de ejemplo, citamos la STS 17 febrero 2015[51], por medio de la que se resuelve esta cuestión en un caso relativo a determinación de la filiación, guarda, custodia y alimentos, así como del orden de apellidos de un menor, tras la sentencia que rectificaba su asiento registral. En ese caso concreto, la Sala asienta que: "(…) existe un nacimiento de una sola filiación determinando ésta los apellidos, y a consecuencia de un reconocimiento tardío en el inicio del procedimiento judicial, al que se suma el de duración de éste, el cambio del orden de los apellidos alcanza al menor a una edad en que tanto la vida social como en la escolar es conocido por el primer apellido en su día determinado". (…) Debe subrayarse que las normas registrales del orden de apellidos están dirigidas al momento anterior a la inscripción registral de nacimiento, concediendo a los padres una opción que ha de ejercitarse "antes de la inscripción" y, de no realizarse, se aplica el orden supletorio establecido reglamentariamente. (…) En el caso de la determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por sentencia firme

51 STS 17 febrero 2015 (RJ 2015, 924).

había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona. El menor en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento, sin que hubiera tenido relación personal estable con su padre. En estas circunstancias es identificable el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y, en este caso, su primer apellido materno, al ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar". Está claro que el TS entiende que en estos casos hay que tener siempre en cuenta el interés superior del menor, así como los elementos integradores de su personalidad.

2. Derecho de alimentos: el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, estarán obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos[52]. Así se recoge en el artículo 110 CC. En relación con los procedimientos de filiación, cuando esta haya sido determinada a través de sentencia judicial contra la expresa oposición del progenitor, éste quedará excluido de la patria potestad, en relación con las funciones tuitivas, y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto al hijo, sus descendientes, así como respecto a sus herencias. Independientemente de lo anterior, el progenitor determinado quedará obligado a prestarle alimentos (artículo 111 CC).

3. Derechos sucesorios: en aplicación del citado artículo 111 CC, el progenitor legalmente determinado contra su expresa oposición, no tendrá derechos respecto a la herencia del hijo. Esto se encuentra dentro de la llamada "pérdida de derechos sucesorios". A este respecto, el artículo 807 CC, recoge que los hijos son herederos forzosos de sus padres en las sucesiones testadas y, de igual forma, serán los primeros llamados como herederos legales en el caso de que la sucesión sea "ab intestato, o legal, sin concurrencia de testamento. En relación con lo anterior, el artículo 931 CC, determina que se impondrá sin distinción de sexo, edad o filiación. Esto significa que el padre quedará privado de los derechos de la herencia de su hijo, pero no a la inversa. Con todo, está previsto legalmente, que esa sanción pueda ser levantada por el representante legal del hijo, aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo, una vez alcanzada la plena capacidad[53].

52 Entiende Durán Rivacoba que hay que tener en cuenta que el nacimiento de un hijo, independientemente del "común alborozo" que la nueva criatura provoca, produce también consecuencias que obedecen a la naturaleza de las cosas, una vertiente mínima que garantiza el Derecho como es la provisión de alimentos necesarios para subsistir o que los derechos sucesorios eventuales no se vean omitidos. Durán Rivacoba, R.: "El anonimato del progenitor", cit., p. 1.

53 Diez-Picazo, L: "Sistema de Derecho Civil", cit., p. 310.

III. LIMITACIONES LEGISLATIVAS RESPECTO A LA LIBRE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.

1. El principio de control previo de viabilidad de las demandas de filiación.

Nuestro CC otorga regulación a las correspondientes acciones de filiación, a través de los artículos 131 y siguientes. De igual forma, en relación con los procesos de paternidad y maternidad, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)[54], dedica a esta materia sus artículos 764 y siguientes.

Hay de señalar que, con ocasión de la entrada en vigor de la citada Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia[55], se produjo una reforma legislativa en materia de filiación. Destacamos la restructuración del artículo 9, en sus apartados 4, 6 y 7, relativos a la ley aplicable en relación con la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza o por adopción, así como en materia de protección de menores, que se adecúan al contenido del Convenio de la Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación, en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. De igual forma, quedaron modificados los artículos 133, 136, 137 y 138.

Centrándonos ya en el requisito relativo al control de viabilidad previo de las demandas de filiación[56], partimos siempre de supuestos en los que antecede una relación sexual. El artículo 767.1 LEC, que prácticamente reprodujo el contenido del derogado[57] artículo 127 CC, contempla este consagrado principio aplicable a los procedimientos de filiación y que, sin duda, fue implantado con el objeto de instaurar un sistema equilibrado[58] entre los intereses que se pretenden hacer valer en un procedimiento judicial. La valoración del principio de prueba tiene un inevitable componente subjetivo de apreciación que se encomienda al prudente arbitrio judicial, a través de un pronunciamiento razonado y no arbitrario, que finalmente dará lugar a la admisión o inadmisión de la demanda[59]. Su contenido literal recoge que "en ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde". Con este requisito el legislador ha pretendido claramente desalentar a posibles litigantes cuyos intereses reales no descansan

54 (BOE núm. 7, 8 de enero de 2000).

55 (BOE núm. 180, 29 de julio de 2015).

56 Véase, de mi propia autoría, Fernández Echegaray, L.: "El control de viabilidad previo de las demandas de filiación: necesaria modificación del artículo 767.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 34, 2022, pp. 168-197.

57 El art. 127 CC fue derogado con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

58 Ruiz Moreno, J. M.: "El proceso especial de filiación, paternidad y maternidad", *La Ley*, Madrid, 2000, p.93.

59 Ibídem. p. 98.

en la investigación de la verdad biológica. Este es el objetivo principal de estos procedimientos de filiación, pero, por el contrario, pueden darse situaciones en las que las intenciones de los litigantes descansen en otro tipo de intereses.

En este sentido, el TS, a través del Auto 4 febrero 2015[60], recogió que el reconocimiento de la libre investigación de la paternidad genera el riesgo de la tramitación en procesos inspirados en propósitos no merecedores de protección jurídica. En relación con una demanda de acción de reclamación de paternidad, el Tribunal expresó en su fallo que "La jurisprudencia, en el cumplimiento de la función que le atribuye el artículo 1 del Código Civil, ha entendido que la norma actualmente contenida en el artículo 767, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto impone un requisito de procedibilidad, ha de ser objeto de interpretación flexible, pues no trata de condicionar la admisión de la demanda a una prueba anticipada de los hechos en los que la misma se funde, ni siquiera a la inicial demostración de su verosimilitud o apariencia de buen derecho-como se exige para el otorgamiento de una medida cautelar- sino establece un instrumento-en forma de exigencia de principio de prueba, que está destinado a preservar la seriedad de este tipo de procesos; y que sin embargo, no se considera deficientemente utilizado por el hecho de que, finalmente, la demanda no resulte estimada".

En este sentido, estamos de acuerdo en que el control de viabilidad previo de la demanda de filiación no puede consistir, de ninguna manera, en una prueba absoluta que busque la plena convicción de juzgador sobre la petición instada en la demanda. Para lo anterior ya existen fases procedimentales concretas en la que se instaura el mecanismo contradictorio de la fase probatoria[61].

Hay que destacar que ha sido una práctica común necesaria durante las últimas décadas que, junto a la demanda, se acompañen como prueba documental fotografías[62], facturas de hotel, reservas de viajes y, sobre todo, el anuncio previo de la realización de prueba testifical en el plenario. En este aspecto, es usual que se anuncien los datos de identificación personal de los testigos propuestos sobre los que se interesa testimonio. De igual forma, es recomendable que se ofrezca información relativa a los hechos de los que pueden ser conocedores estos sujetos. Otra forma habitual de cumplir con ese anuncio testifical se realiza a través de declaraciones notariales[63], realizadas por los testigos propuestos, consistentes básicamente en recoger por escrito los hechos de los que son conocedores.

60 ATS 4 febrero 2015 (PROV 2015, 43487).

61 Artículos 281 y ss. de la LEC.

62 SAP Málaga 3 enero 2014 (PROV 2014, 277887)

63 SAP Asturias 20 enero 2015 (PROV 2015, 69915)

Sin perjuicio de lo anterior, otra opción cada vez más más utilizada es la aportación de pruebas biológicas realizadas por laboratorios privados. Es evidente que estas serán admitidas con la demanda de filiación, aunque esto no impide a las partes y al propio juez encargado del asunto, instar las correspondientes pruebas biológicas ante el Instituto de Medicina Legal, adscrito a los juzgados.

El juez decide sobre la admisión de la demanda si entiende que hay acreditado un principio mínimo de "posibilidad de prueba" de relación sexual entre los implicados, en el momento de la concepción de la persona respecto a la que se insta la demanda.

Independientemente de lo anterior, este control previo de viabilidad de la demanda, en la práctica real, no es estricto ni inflexible, salvo excepciones muy concretas. Como decimos, a pesar de esta flexibilidad generalizada que se da a la aplicación de este principio, el TS, ha fallado a favor de la falta de admisión de la demanda de paternidad, en relación con algunos asuntos de gran repercusión mediática e institucional[64], por razón de la persona demandada.

Lo cierto es que, con independencia de las anteriores excepciones, hoy en día está jurisprudencialmente asentado que bastará con el ofrecimiento de la realización de determinada prueba[65], con el fin de reiterarla en el momento procesal oportuno. En nuestros tiempos, lo usual ya se ha convertido en anunciar en la demanda la solicitud de la prueba pericial biológica.

Entendemos la lógica de lo anterior. En realidad, el principio de prueba al que se refiere el artículo 767.1, debe ser valorado por el juzgador de instancia. Pensemos en casos de personas adultas, de treinta o cuarenta años[66], que deciden interponer la acción de reclamación de paternidad contra el que piensan que es

64 Uno de estos asuntos de referencia fue el relativo a la interposición de una demanda de paternidad contra el Monarca, Juan Carlos I de Borbón, por un ciudadano español. El TS dictó Auto desestimando la admisión de la demanda alegando que no se acompañaba a la misma ningún principio de prueba. Lo anterior, fue acordado a pesar de que se acompañaban una serie de cartas enviadas a la Casa Real, así como una prueba de ADN parcial, realizada por un perito criminalista. En este caso, a pesar de solicitarse la realización de la prueba biológica, el TS determinó la inadmisión de la demanda por no aportarse principio de prueba. Con posterioridad, se interpuso recurso de amparo ante el TC que desestimó el mismo alegando que el recurrente no había agotado debidamente los medios de impugnación en la vía judicial, precisando que debía haber interpuesto antes el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 241. de la Ley del Poder Judicial. Además de lo anterior, se da un dato añadido; por la vecindad civil del demandante, en realidad resultaba de aplicación el Código Civil Catalán, que no exige este control de viabilidad previo para la admisión de las demandas de filiación. "El Constitucional rechaza la demanda de paternidad de Solá contra el rey Juan Carlos", Publicado el 15 de mayo de 2015. http://www.publico.es/politica/constitucional-rechaza-demanda-paternidad-sola. html.

65 Señala Ocaña Rodríguez que la prueba biológica nunca va a ser impertinente. No es inútil desde el momento en que puede lograr el resultado apetecido. Se refiere a los hechos alegados y controvertidos. Podrá en todo caso ser superflua o abundante, motivo nunca suficiente para excluirla. Ocaña Rodríguez, A.: "La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 sobre filiación, desde una perspectiva procesal", *PJ*, núm. 36, 1994, p. 129.

66 La acción de reclamación de filiación en el caso de ser extramatrimonial y sin posesión de estado, es imprescriptible para el hijo (art. 133 CC).

su padre. En este supuesto podrían existir dos cuestiones que, de no ser por la flexibilidad otorgada a este principio de prueba, impediría a muchas personas acceder al procedimiento. Pensemos en casos en que la madre de esta persona ya adulta ha fallecido, está ausente o sencillamente no quiere que su hijo interponga dicha acción judicial, y en consecuencia no presta su colaboración. ¿Qué principio de prueba podría aportar ese hijo que refleje una posibilidad de relación sexual o efectiva llevada a cabo treinta años atrás? Sin duda la posibilidad probatoria sería excesivamente complicada.

Hoy en día la tecnología es muy avanzada. La toma de fotografías es una práctica reiterada en nuestra sociedad. Rescatar todos los momentos de nuestra vida es un hecho normal. Contamos con numerosos medios tecnológicos, telemáticos y de comunicación que hacen que la difusión de nuestras fotografías sea muy sencilla. Por el contrario, hace treinta o cuarenta años, esto era mucho más remoto en uso. Entendemos que sería una labor altamente complicada para estas personas, hacerse con pruebas sentimentales relativas a tantos años atrás. La solución a estos supuestos descansa precisamente en la posibilidad jurídica de que en la demanda se anuncie la solicitud de la prueba biológica, sin perjuicio de ratificar su petición en el momento procesal oportuno.

En conclusión, entendemos que este requisito de control de viabilidad previo de las demandas de filiación no atenta ni vulnera en la práctica el ejercicio del derecho de los hijos a investigar la paternidad. Lo anterior, lo decimos teniendo en cuenta que nuestros tribunales aceptan con carácter general la admisión de la demanda, bastando el ofrecimiento de realización de la prueba biológica, siempre que se reitere en el momento procesal oportuno.

En este aspecto, entendemos que la admisión de la demanda debe ser automática siempre que se obre este dato. Existiendo prueba directa que esclarece la verdad biológica, no compartimos que, en algunos casos, especialmente fallados por el TS[67], se haya inadmitido a trámite la demanda a pesar de anunciarse la prueba de ADN en la misma, simplemente por considerarse que no había indicio ninguno en relación con los hechos instados.

En realidad, lo que defendemos es una necesaria modificación legislativa del artículo 767.1 LEC al objeto de que se eleve a rango de ley ese criterio jurisprudencial asentado, al objeto de evitar posibles arbitrariedades a la hora de admitir a trámite las demandas de filiación.

67 En relación con una de las demandas de paternidad instadas contra el Monarca, Juan Carlos I de Borbón. "El Constitucional rechaza la demanda de paternidad de Solá contra el rey Juan Carlos", Publicado el 15 de mayo de 2015. http://www.publico.es/politica/constitucional-rechaza-demanda-paternidad-sola. html.

2. La negativa a someterse a la prueba biológica.

En la práctica judicial es bastante habitual encontrar supuestos en los que, ante la petición de prueba pericial biológica, el demandado rechaza o se niega a someterse a la misma. Esta situación provoca la limitación del ejercicio de los derechos del hijo en la búsqueda de su verdad genética.

El TS ya ha declarado de forma reiterada que, para la investigación de la paternidad, se admiten dos clases de prueba[68]: la directa (biológica y de reconocimiento), y las indirectas o presuntivas. Entre estas últimas es donde se encuadra la negativa a someterse voluntariamente a la prueba biológica. A este respecto, el artículo 767.4 LEC marca que "la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan indicios de esa paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios". Esto significa que la simple negativa no tiene directamente un valor de "ficta confessio"[69] sino que, junto a este dato, debe estar presente algún indicio de paternidad o maternidad. La negativa a someterse a la prueba será valorada por el tribunal como un indicio, pero, junto a este, en consecuencia, debe existir algún dato acreditativo de la "oportunidad" de relación sexual en la época de la concepción del hijo[70]. La presencia de todo lo anterior, ya podrá llevar aparejado el convencimiento del juzgador sobre la realidad que se pretende acreditar.

En conclusión, la negativa injustificada a someterse a la prueba tendrá que ser valorada en contra del supuesto progenitor[71]. La pregunta determinante en esta cuestión entendemos que descansa en clarificar qué motivos pueden ser considerados como justificados para negarse a someterse a la prueba biológica. En esta cuestión, la doctrina ha descartado como razón justificada la que tenga su origen en motivos religiosos o de conciencia, o descanse en la falta de credibilidad o confianza en los resultados que pueda arrojar la misma, así como en su procedimiento de desarrollo. Por último, no pueden alegarse la imposibilidad física de acudir a la celebración de su práctica, o la llamada "exceptio plurium concubentium", consistente en la afirmación o posibilidad de que la madre hubiera mantenido relaciones sexuales con más de un hombre en la época de la concepción. Este hecho podrá ser valorado como indicio, pero no descarta automáticamente que la acción triunfe al restar otros medios de prueba, biológicos, o de otra índole.

68 Véase SAP Madrid 17 septiembre 1999 (AC 1999, 1828).

69 El art. 304 LEC señala que "Si la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio, el tribunal podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial (…).

70 STS 23 septiembre 1988 (RJ 1988, 6855) y STS 18 mayo 1990 (RJ 1990, 3740).

71 SAP Ciudad Real 22 abril 2014 (PROV 2014, 163172).

Con independencia de lo anterior, existen otras causas que merecen distinta valoración. Nos referimos a los supuestos en los que el demandado alega como justificación a la no realización de la prueba biológica un atentado contra su honor o intimidad. En este aspecto ha resultado decisiva la argumentación esgrimida por el TC al concluir que "en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de filiación"[72]. Esto significa que la supuesta vulneración de derechos fundamentales del artículo 18.1 CE no es razón suficiente para la negativa[73] y, en consecuencia, el tribunal podrá considerar la negativa como un indicio de paternidad[74]. Además de esto, hay que tener en cuenta que en el caso de que la negativa esté fundada en la vulneración del derecho a la intimidad del demandado, la jurisprudencia[75] ha entendido que el sometimiento a la prueba supone un sacrificio nimio de ese derecho que permite desarrollar otro derecho de la personalidad no menos relevante como es el derecho del menor a conocer su origen biológico y, de igual forma, que los progenitores asuman sus obligaciones legales de alimentos, formación etc…

En realidad, podemos decir que el TC[76] constriñe a causas justificadas para no someterse a la prueba biológica "el quebranto gravísimo para la salud o no existencia de indicios serios de la conducta que se atribuye al demandado". En nuestra opinión la primera de ellas resulta de carácter absolutamente excepcional puesto que hoy en día la prueba biológica no produce ningún riesgo ni agresión al obtenerse con la toma de una pequeña muestra saliva. En cuanto a la segunda, creemos que no cualquier obstrucción del demandado será relevante en aras

72 STC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994, 7) y STC 177/2007, de 23 de julio (RTC 2007, 177). Hay que destacar que entre los autores que han analizado esta sentencia se encuentran Rubido de la Torre, C: "La investigación de la paternidad en el derecho vigente. La prueba biológica y las consecuencias de su negativa", *RGD*, 1995, p. 4847; Bujosa Vadell, L: "El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación (en torno a la STC 7/1994, de 17 de enero)", *RGD*, 1996, p. 179; Moro Almaraz, M.J: "Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero", *CCJC*, núm. 34, 1994, p. 325.

73 Como advierte la STS 25 abril 1991 (seguida, entre otras, por la 29 marzo y 8 octubre 1993), la "realización de las pruebas biológicas y antropomórficas conforme al (antiguo) art. 127 CC, cuya justificación ético-social ha de buscarse en el carácter prioritario y fundamental que es el derecho de toda persona a determinar su origen biológico, con independencia de la clase de filiación, encuentra su práctica ante los tribunales oposiciones y reticencias que tratan de buscar amparo legal en preceptos constitucionales, como son el art. 15 (derecho a la vida e integridad), art. 18 (derecho a la intimidad), y art. 20.4. Pues bien, ante esto, nuestro TS tiene establecido con reiteración la prevalencia de toda persona a determinar su origen biológico sobre los supuestos derechos a la vida e integridad física, o la intimidad. La cuestión se circunscribe en dilucidar cuál de los derechos que pueden verse afectados en el conflicto ha de prevalecer como prioritario; si el de la investigación de la paternidad o el derecho al honor o a la intimidad personal o familiar; debiéndose decir a este respecto que no puede considerarse que la investigación de la paternidad tenga un fin injurioso o difamatorio, aunque obviamente pueda suponer molestias en la intimidad familiar de las personas. Es más, dicho derecho a conocer el propio origen, como emanación de la dignidad humana, es indudablemente un derecho de la personalidad inviolable que se encuadra en el art. 10 CE y alcanza el rango de derecho fundamental de la persona, no siendo legítimo, por tanto, a otros seres humanos privar al sujeto de ese conocimiento de su origen y de su verdadera filiación. En conclusión, ha de prevalecer el interés social y de orden público que subyace en la investigación de la paternidad.

74 Cordero Cutillas, I.: "La impugnación de la paternidad matrimonial", *Colección de Estudios Jurídicos de la Universidad Jaime I*, núm. 6, Castellón, 2001, p. 92.

75 SAP Las Palmas 8 julio 2013 (PROV 2013, 318838).

76 STC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994, 7).

a provocar la determinación de la filiación[77]. Únicamente cuando esa negativa lleve implícito un evidente ánimo caprichoso e injustificado podrá entenderse su carácter de indicio valioso o muy cualificado. La vinculación del afectado a la práctica de la prueba biológica no constituye propiamente un deber sino, una carga procesal[78]. Su incumplimiento no puede dar lugar a imponer su realización mediante medios coactivos[79] sino que únicamente determina que, en caso de ser justificada, recaigan sobre la persona renuente las consecuencias de la falta de prueba, siempre que concurran los requisitos determinados por la doctrina constitucional y jurisprudencia civil: indicios suficientes para conjuntamente con la consideración de dicha negativa como indicio muy cualificado, considerar determinada presuntivamente la paternidad reclamada[80]. Esto significa que ante demandas en las que no exista ningún tipo de indicio de relación efectiva entre las partes, o se entienda que existen en el trasfondo otros intereses insolidarios, se podrá desestimar la demanda denegando incluso la práctica de la prueba biológica solicitada o, habiéndose acordado por el tribunal, que el demandado se niegue a someterse por entender que de la propia demanda o hechos narrados no hay indicio, seriedad o posibilidad alguna de filiación biológica entre el demandado y el hijo.

Un ejemplo de lo anterior fue lo ocurrido precisamente en un citado asunto de enorme repercusión pública, dada la importancia institucional de la persona demandada[81]. El TS admitió inicialmente la demanda de filiación, junto a la que se acompañaba un acta declaración notarial firmada por la madre de la demandante,

77 Ruiz Moreno J. M: "El proceso especial de filiación", cit., p. 158.

78 Entiende Etxeberría Guridi, a través de la STC 95/1999, 31 mayo, que se consolida el definitivo abandono de la pretensión de atribuir a la negativa de afectado por la prueba de ADN, el carácter de obligación procesal, con las consecuencias que ello podría acarrear. Etxeberría Guridi, J. F.: "La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación y la STC 95/1999, de 31 de mayo, ¿una renuncia a postulados anteriores?", *AC*, 2000, núm. 1, p. 485.

79 Quesada González se plantea, en relación con la posible imposición forzosa del sometimiento al análisis de ADN en los procesos de filiación, permitida, por ejemplo, en Alemania, que podría imponerse siempre que se hiciera de una forma comedida y cumpliendo con determinados requisitos. La autora estima conveniente su imposición forzosa en protección del interés el menor. Establece que podría resultar más efectivo que la imposición de multas o delitos de desobediencia. De igual forma, en su parecer, para lograr dicho fin debería siempre ser regulado a través de una Ley Orgánica, observándose los principios de proporcionalidad y de necesidad ("debería prever la duración de la privación de libertad, limitándose al estrictamente necesario para la toma de muestras"), siempre que esa prueba resultase indispensable para el esclarecimiento de los hechos que se tratan en el supuesto. Asemeja la imposición a otras figuras coercitivas como los casos en que se detiene a una persona contra su voluntad, cuando se embarga una propiedad, o se desahucia a alguien de su vivienda: Quesada González, M.C.: "La prueba de ADN". cit., p. 582. En este sentido, apoyando esta postura, se pronuncia Bujosa Vadell., quien manifiesta que "sería necesario una nueva norma habilitante con rango de ley orgánica, que fijara los criterios de proporcionalidad y permitiera la lícita coacción de esta prueba". El autor cree que esta norma no sería inconstitucional si respetara ese principio de proporcionalidad en el caso concreto. Bujosa Vadell, L.: "El alcance de la obligación", cit., p. 192.

80 STS 7 septiembre 2005 y STS 2 febrero 2006.

81 Se trata de la segunda demanda de paternidad presentada por una ciudadana belga contra el Monarca, Juan Carlos I de Borbón. Como decimos, la demanda, aunque previamente fue admitida, finalmente fue rechazada en aras del recurso de reposición interpuesto por el demandado, y admitido a través del Auto de 11 de marzo del TS. Rincón, R.: "El Supremo ve "frívola" la demanda de paternidad contra Juan Carlos I", El País, Publicado el 9 de abril de 2015. http://politica.elpais.com/politica/2015/04/09/actualidad/1428578974_886700.html.

una mujer con la que el demandado supuestamente había mantenido una relación afectiva en el pasado y que aseguraba que era el padre de su hija. La parte demandada recurrió esa admisión y solo dos meses después, el TS, a través del Auto 11 marzo 2015, acogió el recurso y rechazó la admisión de la demanda a través del oportuno Auto[82]. Como fundamento a esa inadmisión a trámite el TS alegó que el demandado había aportado datos relacionados con intervenciones en prensa y demás medios de comunicación en los que la demandante había participado y en las que aparentemente se contradecía con lo narrado en el acta notarial aportado al procedimiento y en el que precisamente, el Tribunal, se había basado para admitir la demanda y dar por cumplido el requisito de viabilidad previo. Hay que indicar que esta inadmisión a trámite basada en el incumplimiento del control previo de viabilidad se dictó a pesar de que la demandante había instado y ofrecido en la demanda la práctica de la pericial biológica. En este caso, ni siquiera fue necesario valorar una negativa a someterse a la prueba de ADN. Directamente no se dio lugar a su práctica al inadmitirse la demanda. En concreto, el TS manifestó literalmente que la demanda "carece por completo de verosimilitud o seriedad" y es "lisa y llanamente falsa, frívola y torcidera". Siete magistrados (frente a tres), se mostraron en contra de la admisión de la demanda y tuvieron en cuenta esas declaraciones públicas que, con posterioridad a la admisión inicial de la demanda, la demandante realizó a varios medios de comunicación. Entre las contradicciones alegadas se hablaba del supuesto modo en las partes implicadas se habían conocido en el pasado, o del momento en que la demandante supuestamente había sido fue informada de la identidad de su padre.

Contra citado Auto de archivo se presentó un voto particular de parte de dos magistrados[83]. Manifestaron su rechazo a la inadmisión al entender que era la primera vez que la Sala Primera del TS dejaba sin efecto la decisión de admitir a trámite una demanda de paternidad previamente admitida, y con las mismas pruebas con las que se había aceptado originalmente. Entendieron que no se había valorado correctamente el principio de prueba y que el recurso de reposición interpuesto por el demandado contra la demanda no constituía en realidad un "medio apto" para posibilitar una valoración de pruebas aportadas o practicadas después de haberse dictado la resolución recurrida.

En conclusión, después de todo lo dicho, dejamos asentado que el ordenamiento jurídico español valora como un indicio valioso y muy cualificado la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica. No cualquier causa caprichosa exonera al demandado de su práctica. Nuestra jurisprudencia mayoritaria acepta únicamente causas que produzcan un perjuicio físico en la integridad de la persona afectada, o que no exista en el procedimiento ningún dato serio que arroje la

82 ATS 11 marzo 2015.

83 Magistrados, Sres. Ferrándiz y O´Callaghan.

sospecha de que hay veracidad en los hechos pretendidos. Independientemente de lo anterior, este indicio de negativa infundada al sometimiento debe ir acompañado de otros datos que arrojen la posibilidad de relación sexual entre los intervinientes en la época de la concepción del pretendido hijo. Ahora bien, teniendo en cuenta que la prueba de ADN arroja prácticamente la verdad material y biológica, creemos que lo conveniente sería que, siempre que se solicite su realización en el procedimiento la demanda deba ser admitida a trámite tal y como sucede en el caso de cualquier otra demanda civil que cumple con los requisitos formales y procesales. De igual forma, defendemos que lo apropiado debe ser que siempre que se solicite su práctica el tribunal deba acordarla, con independencia de que de los hechos alegados por el peticionario no sean reveladores. Decimos esto por el nimio sacrificio que para cualquier persona resulta el sometimiento a la misma y, al tiempo, la gran veracidad que arroja su resultado. Con esto se respetaría absolutamente el derecho a investigar y a conocer la paternidad que protege el artículo 39.2 CE.

Dejando asentado lo anterior, debemos poner de manifiesto que otro de los problemas que se presentan en relación con la prueba biológica, descansa en los casos en que, ante la interposición de la acción de reclamación de filiación por parte del supuesto padre, la madre demandada se niega a colaborar y, en definitiva, se opone a llevar al menor a la toma de muestra de saliva. El contraste de muestras es necesario para obtener la prueba directa. La negativa a someter al menor[84] a esta prueba cuando la razón alegada es entender que puede ser perjudicial para él, también creemos que debe ser rechazada. Esta diligencia no presenta ningún sacrificio de relevancia, físico o psíquico para el menor. Lo cierto es que, en este sentido, los tribunales españoles están aplicando la valoración de la negativa de igual forma que hace cuando el que se opone es un adulto[85].

Por último, decir que ante casos en los que el supuesto padre es el que pretende que se determine legalmente la filiación de un hijo, es evidente que estamos ante un dato revelador. El hecho de que una persona de forma libre y voluntaria pretenda conseguir que se constate oficialmente una situación legal que, sin duda, le va a generar consecuencias económicas importantes, debe ser valorado como una presunción de veracidad. Entendemos que es poco probable que un hombre, si no lo cree realmente, decida reclamar una paternidad de un hijo que inevitablemente le va a generar una serie de obligaciones perpetuas, la

84 Entre los autores que consideran procedente el nombramiento de un defensor judicial al menor en los procesos de filiación, cuando los intereses de este no coinciden con los de su representante legal, se encuentran Mayor del Hoyo, M.V.: "Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad (comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio)", *ADC*, 1998, p. 924; Moreno Martínez, J.A: "Comentario a la sentencia del TS de 5 de junio de 1997", *CCJC*, núm. 45, 1997, p. 1098, y Carbajo González, J: "Las acciones de impugnación de la filiación en la jurisprudencia (a propósito de la sentencia del TS de 5 de junio de 1997)", *AC*, doctrina VIII, 2000, p. 175.

85 STS 17 junio 2004 (RJ 2004, 3618).

mayor parte de tipo alimenticio y económico. Los tribunales españoles ya valoran positivamente este tipo de situaciones y, de igual forma, además de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica, deben estar presentes otro tipo de indicios que arrojen una posibilidad de relación sexual en la época de concepción del hijo.

3. La legitimación de los herederos en las acciones de filiación.

En cuanto a la titularidad del derecho a conocer los orígenes biológicos se discute si este derecho es referible únicamente al hijo o también al progenitor. En realidad, se centra en la legitimación que nuestro ordenamiento jurídico les otorga para el ejercicio de las acciones de filiación. En el caso de la filiación natural, nuestro legislador entendió que tanto el hijo como el progenitor tienen derecho a investigar la verdad biológica. De igual forma, puede entenderse que el interés del progenitor en esa búsqueda puede hallarse en otros principios y razones, como puede ser encontrar un medio eficaz para cumplir su deber de prestación de asistencia[86] y, de igual forma, poder disfrutar de los derechos respecto de ese hijo.

Creemos que, teniendo en cuenta que en definitiva estamos tratando el derecho a conocer los orígenes biológicos, la perspectiva de actuación debiera limitarse al círculo de protagonistas implicados en esa relación de filiación. Decimos esto desde un punto de vista crítico respecto a la legitimación otorgada por nuestro legislador a los "herederos" en materia de acciones de filiación. Como hemos visto, los artículos 132, 133, 136, 137 y 140 CC, mencionan como titulares de este interés a los herederos del hijo, al Ministerio Fiscal o incluso a los legitimarios del progenitor. Además de lo anterior, es importante constatar que el CC habla indistintamente de herederos, de herederos forzosos y de legitimarios.

De esta forma, respecto a las acciones de reclamación de paternidad, el artículo 132 CC habla de los herederos del hijo que fallece como legitimados para interponer la acción de reclamación de filiación. De igual forma, el artículo 133 CC legitima a los herederos del hijo por el tiempo que faltare de plazo legal y, a su vez, incluso a los herederos del progenitor, aunque en este caso se exige que la acción ya fuera interpuesta en vida por aquél. Respecto a las acciones de impugnación, el artículo 136 CC designa legitimación a los herederos del esposo fallecido y el 137 CC a los herederos del hijo. En este punto, si aceptamos la procedencia del derecho a conocer los orígenes biológicos, el círculo de legitimados, tal y como defiende García Vicente[87], debe establecerse debido a lazos biológicos y no debido a lazos sucesorios[88], puesto que, esto último implica un claro contenido

86 García Vicente, J.R.: "Los principios de las acciones", cit., p. 8.

87 Ibídem.

88 En este aspecto debemos mencionar la STEDH 5 mayo 2009 (TEDH 2009, 49), relativa al caso Rocío Menéndez García contra España. La actora presentó demanda frente al Juzgado de Primera Instancia

patrimonial. Al menos, si el Código no establece una restricción entendemos necesario que hable de "descendientes" y no de "herederos", puesto que en este concepto pueden claramente encuadrarse personas ajenas a la propia familia. ¿Qué sentido tiene otorgar legitimación para la búsqueda de orígenes biológicos a una serie de personas que no guardan relación consanguínea con los implicados?

Aun restringiendo la legitimación a los puros lazos de sangre, podríamos imaginar los efectos que puede producir la muerte del actor respecto a la legitimación de otros familiares. Nos encontramos ante el supuesto de que otros descendientes (en el caso de herederos descendientes) sean titulares del mismo derecho. Esto significa que se extiende la posibilidad de conocer los orígenes más allá del propio progenitor. En palabras de García Vicente "(…) esta cuestión está afectada por tintes patrimoniales, o mejor, sucesorios, que deberían expulsarse de la regulación de esta materia"[89]. Los herederos pueden encuadrarse dentro de la línea sucesoria descendiente, pero también en la línea ascendiente. Dentro del concepto de "heredero" podemos encontrar también al cónyuge, tanto en la sucesión testada si así lo designó el causante para el tercio de libre disposición, o como heredero legal ab intestato para el caso de que muriera intestado y sin línea descendiente o ascendiente. Dentro del derecho sucesorio, también podemos encontrarnos con supuestos en los que resultan sucesores, primos, tíos, sobrinos, o demás familiares de distinto grado de parentesco, o incluso amigos o demás terceros designados por la libre voluntad por el testador.

¿Debe tener cualquier heredero legitimación para interponer una acción de filiación, basada en el fin jurídico de la búsqueda de la verdad biológica? Respondemos a esta pregunta claramente en negativo. Si el legislador no pone restricción a esta legitimación, al menos debería limitarlo al término "descendientes" o, no yendo más allá, a hermanos.

IV. CONCLUSIONES.

No hay duda de que en nuestro sistema existen límites impuestos a la hora de ejercitar el derecho a la investigación de la paternidad y, en consecuencia, a la hora de ejercitar las acciones de filiación. En cuanto al control de viabilidad

de Oviedo solicitando que su padre, fallecido en 1974, fuera reconocido como hijo biológico de V.T.A, igualmente fallecido. Señaló que su padre era hijo extramatrimonial de V.T.A y de una de sus empleadas. La demanda se basó en la posesión de estado aportando a tal fin elementos de prueba como fotografías y declaraciones de vecinos del pueblo que afirmaban que era sabido que el señalado era padre del menor. La demandante solicitó la exhumación del cadáver de su supuesto abuelo para la realización del análisis de ADN. En este caso, el Tribunal consideró que el interés por el conocimiento de la identidad varía en función del grado de parentesco de los ascendientes. Reconociendo que es de suma importancia conocer el origen de los ascendientes directos su peso en relación con otros intereses disminuye en función del alejamiento en grado de parentesco. El Tribunal entendió que no es igual el impacto en la vida privada del derecho a conocer a su padre que a su abuelo.

89 García Vicente, J.R: "Los principios de las acciones", cit., p. 9.

previo que el legislador exige para la interposición de cualquier demanda de paternidad, entendemos que queda salvado desde el momento en que nuestros tribunales aceptan, de forma casi unánime, la oferta de la prueba biológica como garante de posibilidad de concepción. Creemos, por tanto, que siempre que se ofrezca la realización de prueba biológica en el momento procesal oportuno del procedimiento, el juez o tribunal correspondiente debería admitir la demanda de forma imperativa. Esto supone la necesidad de una modificación legislativa (art. 767.1 LEC) que recoja lo que ya aplica la jurisprudencia, pero elevado a rango de ley.

De igual forma, en relación con los efectos de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, el conflicto queda salvado con la conceptuación de esta negativa como un indicio valiosísimo y muy cualificado que, junto a otros indicios de posibilidad de relación sexual en la época de la concepción, puede determinar la filiación a través de sentencia. Teniendo la posibilidad de prueba directa y de que el propio demandado acredite la verdad con una muestra simple de saliva, creemos que debería ser acordado de forma ineludible en los procesos de filiación. Como no puede imponerse el sometimiento a la misma de forma coercitiva, el demandado deberá asumir esa negativa como un valioso indicio de paternidad.

En cuanto a los plazos preclusivos de las acciones de reclamación de filiación, tanto para los supuestos de filiación matrimonial como no matrimonial sin posesión de estado, el plazo para el hijo es imprescriptible. En consecuencia, se protege el derecho a la búsqueda de la paternidad. Respecto a los plazos para las acciones de impugnación, aunque se limita su ejercicio a uno y a cuatro años, el hijo queda protegido desde el momento en que se permite que el cómputo comience en el momento en que éste conoce la falta de paternidad real del progenitor filiado, o desde que, una vez inscrito, comienza la situación relativa a la posesión de estado.

Por último, en relación con la legitimación de los herederos del hijo, o del progenitor implicado, entendemos necesaria una reforma de los preceptos relativos a la filiación (132-140 CC) en los que se modifique el término "herederos" por "descendientes" o, no yendo más allá, también hermanos. Creemos que el conocimiento de la búsqueda de la paternidad no debe quedar en manos de una amplia legitimación, sino que debe limitarse a un círculo unido por lazos de sangre en línea recta descendiente o colateral próxima. De lo contrario se permite que el fin de las acciones de filiación quedé reflejado en el interés por los derechos sucesorios, más que por la búsqueda de la verdad biológica.

BIBLIOGRAFÍA

Bujosa Vadell, L.: "El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación (en torno a la STC 7/1994, de 17 de enero)", *RGD*, 1996.

Carbajo González, J.: "Las acciones de impugnación de la filiación en la jurisprudencia (a propósito de la sentencia del TS de 5 de junio de 1997)", *AC*, doctrina VIII, 2000.

Cordero Cutillas, I.: "La impugnación de la paternidad matrimonial", *Colección de Estudios Jurídicos de la Universidad Jaime I*, núm. 6, Castellón, 2001.

Díaz Martínez, A.: "Buena fe, retraso desleal y actos propios en el ejercicio de las acciones de filiación", *Aranzadi*, Civil- Mercantil, núm. 4/2015, Parte Comentario, 2015.

Díez Picazo, L: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones,* Tecnos, vol. IV, 2008.

Durán Rivacoba, R.: "El anonimato del progenitor", *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 3, Parte Estudio, Pamplona, 2004.

Fernández Echegaray, L.: "El control de viabilidad previo de las demandas de filiación: necesaria modificación del artículo 767.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 34, 2022

García Poveda, C.: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación. Cómo se soluciona la negativa del sujeto a la práctica de las pruebas de ADN", *NJ Bosch*, 2003.

García Vicente, J.R.: *Los principios de las acciones de filiación*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

González Pérez de Castro, M: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, 2013.

Kemelmajer de Carlucci, A, Herrera, M, Lamm E.: "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2012.

Linacero de la Fuente, M.: "Derecho a la identidad personal: el nombre y los apellidos", en *Derecho Civil IV. Introducción al Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, 2013.

Mayor del Hoyo, M.V.: "Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad (comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio)", *ADC*, 1998.

Moreno Martínez, J.A: "Comentario a la sentencia del TS de 5 de junio de 1997", *CCJC*, núm. 45, 1997.

Moro Almaraz, M.J: "Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero", *CCJC*, núm. 34, 1994.

Lorente López, M. C.: "La prueba genética y los derechos fundamentales de la persona en los procesos civiles de filiación, paternidad y maternidad", *Revista Doctrinal Aranzadi*, 2015.

Ocaña Rodríguez, A.: "La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 sobre filiación, desde una perspectiva procesal", *PJ*, núm. 36, 1994.

Ordóñez Fernández, C.: "Pruebas biológicas de paternidad. Estudio crítico de la prueba pericial. Garantías de la prueba y su incidencia en la determinación de la decisión judicial", *La Ley*, núm. 2, 1995.

Quicios Molina, S.: "Determinación e impugnación de la filiación", *Cuadernos Aranzadi Civil- Mercantil*, 2014.

Quesada González, M. C.: "La prueba de ADN en los procesos de filiación", *Anuario de Derecho Civil*, II, 2005.

Roca Trías, E: "Filiación asistida y protección de derechos fundamentales", *Derecho y Salud*, núm. 7, 1999.

Rubido de la Torre, C: "La investigación de la paternidad en el derecho vigente. La prueba biológica y las consecuencias de su negativa", *RGD*, 1995.

Ruiz Moreno, J. M.: "El proceso especial de filiación, paternidad y maternidad", *La Ley*, Madrid, 2000.

Tamayo Haya, S.: "Problemática jurídica de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida en el seno de las parejas del mismo sexo", en *Nuevos retos de la paternidad y maternidad en el siglo XXI,* Comares, 2015.

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN A PARTIR DE LOS NUEVOS CRITERIOS JUDICIALES EN MÉXICO

GESTATION BY SUBSTITUTION BASED ON THE NEW JUDICIAL CRITERIA IN MEXICO

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 638-661

Gisela María
PÉREZ
FUENTES

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: El sistema jurídico mexicano está conformado por 32 Códigos Civiles y aproximadamente once leyes familiares, pero no todas se detienen en el tema de la Gestación por sustitución, aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ido sentando pautas para resolver situaciones ocurridas en Estados donde no existe legislación al respecto. Pero uno de los Estados donde si está regulada y a partir del año 2016 se produjeron hechos que implicaban trata de niños ha sido Tabasco, por eso, - a su manera- el Gobierno en turno dictó un Decreto que trataba de frenar el comercio de las criaturas. Lo cierto es, que desde su incorporación al Código Civil no ha existido un orden pre-establecido y ello ha provocado muchos problemas. Lo anterior provocó la reforma que se dio a partir del Decreto 265/2016 que a su vez provocó varios amparos, destacando en este trabajo, la acción de inconstitucionalidad 16/2016.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución; legislaciones civiles y familiares; Ley de Salud; acción de inconstitucionalidad 16/2016.

ABSTRACT: *The Mexican legal system is made up of 32 Civil Codes and eleven family laws, but not all of them treat the issue of surrogate gestation although the Mexican Supreme Court of Justice has established guidelines to resolve situations that occur in some states lacking legislation on the matter. Tabasco is one of the few states that regulate this issue since 2016, but they also suffer events regarding child trafficking. For this reason, the Government, in turn, issued a Decree trying to stop child trade. The truth is that since its incorporation into the Civil Code there has not been a pre-established order and this has caused many problems. The foregoing caused the reform that was given from Decree 265/2016, which in turn caused several protections, highlighting in this work, the action of unconstitutionality 16/2016.*

KEY WORDS: *Gestation by substitution; civil and family legislation; Health Law; unconstitutionality action 16/2016.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PROBLEMÁTICA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN MÉXICO.- 1. Caso estado de Tabasco.- III. UNA SOLUCIÓN LEGISLATIVA PARTIR DEL DECRETO 265 DE 13 DE ENERO DE 2016.- IV. UNA SOLUCIÓN JUDICIAL EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016.- 1. Invalidez por distribución de competencias en materia de salubridad general.- 2. Violación a los principios de seguridad y legalidad jurídica.- 3. Concepto de invalidez por violación a los principios del interés superior del menor.- 4. Violación al libre desarrollo de la personalidad y autonomía reproductiva de la mujer.- 5. Violación al principio de igualdad y no discriminación con motivo de la orientación sexual y el estado civil.- 6. Omisión legislativa.- V. CONSECUENCIAS JUDICIALES DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El análisis de la legislación del estado de Tabasco sobre maternidad subrogada o sustituta, tal y como aparece aún en el Código Civil del Estado de Tabasco ha tenido un desarrollo modificado a partir del Decreto 265 de 13 de enero de 2016, provocó la presentación de una acción de inconstitucionalidad por la Procuraduría General de la República, conocida como la acción 16/2016, en las que se analiza fundamentalmente la competencia del Congreso del Estado para legislar sobre temas vinculados con la Ley de Salud, se analizan posibles categorías sospechosas derivadas de la desigualdad para ejercer las técnicas que llevan a la gestación por sustitución a distintas personas y que quedan limitadas a los matrimonios heterosexuales y concubinos.

El objetivo de este trabajo es valorar si con esta sentencia que declara la acción de inconstitucionalidad 16/2016 es suficiente para organizar el sistema jurídico del nacimiento de niños por la gestación por sustitución.

La hipótesis de este trabajo considera que con la acción de inconstitucionalidad se resuelve judicialmente algunas violaciones de derechos humanos y fundamentales pero no se garantiza totalmente lo requerido para que se protejan el nacimiento de niños en la Entidad de una forma sistemática y organizada.

La viabilidad del trabajo implica la necesidad de analizar que el sistema jurídico mexicano no es propio del sistema anglosajón y las condiciones de contratación entre personas por lograr una persona nueva, es decir, un nuevo nacimiento, aunque así lo haya señalado la Corte, en esta acción no es suficiente para garantizar los derechos que se implican en esta forma científica de creación humana con las que estamos de acuerdo, siempre que se garanticen los derechos de los débiles sociales.

• **Gisela María Pérez Fuentes**
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Correo electrónico: giselapef@hotmail.com

II. PROBLEMÁTICA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN MÉXICO.

El tema no sólo implica el nacimiento de un nuevo paradigma, sino que además es multidisciplinar, y controvertido en lo ético, médico, político y por supuesto, la política pública que debía concluir con una solución jurídica. Sin embargo, esto no ha ocurrido así en México, no existe en la legislación federal regulación alguna que determine principios para la gestación por sustitución. En algunos Estados se han establecido ciertas normas que aparecen en los Códigos Civiles y en las Legislaciones familiares, tal es el caso del Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, que dispone en el artículo 149, 2° párrafo: "…Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley correspondiente, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido por los cónyuges[1]. En el mismo sentido se expresa el Código Civil del Estado de Zacatecas[2].

En otros Estados como el de San Luis Potosí, se regula en el Código Familiar con mayor amplitud los diferentes tipos de reproducción asistida, reconociendo como modalidades: a) la transferencia intratubaria de cigoto o transferencia tubárica de embriones; b) fertilización in vitro; c) la modalidad de fertilización cuando los espermatozoides son muy pocos, denominada ICSI. A nuestro entender en el Código Familiar de San Luis se abre una puerta a la prohibición absoluta existente con anterioridad, de acuerdo al artículo 239 del Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí[3].

Es curioso que la Ley de Salud del Estado de San Luis Potosi haya traspasado facultades federales para fijar en su normativa, determinados principios e indicaciones para realizar la reproducción humana asistida, y pronunciarse en temas meramentes del orden civil como es el caso de los siguientes artículos, que han quedado redactados en los siguientes términos:

1 Código Familiar para el estado de Michoacán de Ocampo, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 30 de septiembre de 2015, última reforma publicada el 5 de abril de 2021.

2 Artículo 123. Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, así como a emplear cualquier método de procreación asistida para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges en los términos establecidos por la Ley. *Cfr.* Código Familiar del Estado de Zacatecas, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 10 de mayo de 1986, última reforma publicada el 18 de junio de 2022.

3 Artículo 239. Se entiende por inseminación homóloga, aquélla en la que el material genético ha sido aportado por ambos cónyuges o concubinos y, por inseminación heteróloga, en la cual al menos uno de los gametos ha sido donado por un tercer extraño.
Podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida, quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato y derivado de cuestiones de esterilidad o infertilidad, así diagnosticadas, no hayan podido engendrar o concebir.
Sólo se permitirá la reproducción heteróloga cuando ha sido médicamente diagnosticada, y se compruebe fehacientemente que no existe otra opción para realizarla.
Cfr. Código Familiar para el Estado de San Luis Potosi, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 18 de diciembre de 2008. Última reforma publicada el 20 de Junio de 2022.

"Artículo 57 Ter. Previo al inicio del tratamiento, las o los cónyuges, o las o los concubinos, debeán dar su consentimiento por escrito ante un Notario Público con la asistencia de dos testigos, anexándose el certificado médico de un especialista en la materia, de una institución pública de salud.

Artículo 57 Quater. El consentimiento a que se refiere el artículo anterior, quedará revocado de pleno derecho con la muerte de quien lo otorgó, si antes no se hubiere producido la fecundación"[4].

En otros Estados como el de Querétaro se prohibe, sólo en los Estados de Sinaloa y Tabasco ha sido permitido. En el Código Familiar del Estado de Sinaloa se explica el significado de las técnicas de reproducción asistida en el artículo 282 y en el artículo 283, se define en qué consiste, con respecto a este último artículo, se señala:

"Artículo 283. La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto por un hombre y una mujer, cuando la mujer padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero…" es decir, se establecen requisitos de incapacidad[5].

En Sinaloa no obstante, se permite la subrogación total, es decir que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante. Se permite además la subrogación parcial, que se da, cuando la mujer gestante es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado.

En el Estado de Sinaloa es donde aparece la única legislación que permite la subrogación onerosa, que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, como si se tratara de un servicio, fijando que se pagará una cantidad cierta y determinada, los gastos de la gestación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 284 fracción III del Código Familiar. Se admite además la subrogación altruista.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha delineado en México un camino de análisis en cuanto al respeto de ciertos derechos fundamentales.

4 *Cfr.* Ley de Salud del Estado de San Luis Potosí, publicada en el Periódico Oficial el 23 de diciembre de 2004, última reforma publicada el 13 de mayo de 2022.

5 Código Familiar del Estado de Sinaloa publicado en el Periódico Oficial el 6 de febrero de 2013, última reforma publicada el 23 de septiembre de 2022.

1. Caso Estado de Tabasco.

En abril de 1997 se aprobó un nuevo Código Civil en el Estado de Tabasco, que incorporó tanto la maternidad subrogada como la maternidad sustituta en el Código Civil, se hizo de forma dispersa en catorce artículos[6].

El artículo 92 perteneciente al Libro Primero, del Título Quinto sobre Registro Civil, se señala aún en el tercer párrafo: "En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso".

En esta etapa, los contratos que se celebraban sobre maternidad subrogada, contenían cláusulas sobre gastos médicos antes y después del parto, algún tipo de pago de alimentos durante el periodo de gestación[7], así como que la madre gestante sustituta no se reservaría ninguna acción para reclamar daño moral o filiación en virtud de otorgar su consentimiento. Este tipo de contratos en definitiva patrimonializaban al ser humano al equipararlo a un objeto material.

A partir del año 2014 empezaron a incrementarse este tipo de contratos por parejas extranjeras en cuyos países se encuentra prohibida esta práctica. En tal realidad se les pedía a los padres contratantes que en su país de origen presentaran un procedimiento judicial no contencioso en la vía de jurisdicción voluntaria, y por ejemplo se exhibiera el mismo ante el Registro Civil español de forma que se emitiera entonces el acta de nacimiento respectiva.

III. UNA SOLUCIÓN LEGISLATIVA PARTIR DEL DECRETO 265 DE 13 DE ENERO DE 2016.

La situación en el Estado se convirtió en una especie de comercio de niños, obviando los principios de indisponibilidad del cuerpo humano e indisponibilidad

6 Las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada se ubicaban en los artículos: 31, 92, 165, 272 fracción XVIII, 324, 327, 329, 330, 340, 347, 349, 360, 365 y 399 fracción III, todos del Código Civil para el Estado de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial el 9 de abril de 1997. Última reforma sobre la gestación por sustitución publicada en el Periódico Oficial el 13 de enero de 2016, en adelante CCT.

7 Datos obtenidos a partir de contratos revisados en los cuales se protegen los datos personales de las partes.

del estado civil a efectos de que se considere nulo de pleno derecho un acto jurídico que permita establecer como objeto de contrato el cuerpo humano[8]. Por lo que el Poder Legislativo del Estado promulgó el Decreto 265 de 13 de enero de 2016.

Las características principales de este Decreto se pueden resumir en las siguientes: 1. Se adiciona el Capítulo VI BIS denominado "De la gestación asistida y subrogada" que se extiende de los artículos 380 BIS al 380 Bis 7 y al Título Octavo "De la filiación".

1. Se incorporó el concepto de reproducción humana asistida, en la que se precisa que este tipo de técnicas son autorizadas por la legislación en materia de salud, que es el lugar que realmente le corresponde, así como la posibilidad de que los cónyuges o concubinos puedan realizar la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga. Se incorporó además la posibilidad de la fecundación post mortem en un procedimiento de inseminación.[9]

2. Se define la gestación por contrato como aquella práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.[10]

3. Se incorporaron las modalidades que admite la gestación por contrato: subrogada y sustituta,[11] además sigue considerándose que en caso de gestación subrogada la entrega del recién nacido a la madre contratante será mediante adopción plena.

4. Se enumeran las condiciones que debe cumplir una mujer para intervenir como gestante, tales como tener entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad. Así también se establecen las siguientes obligaciones:

a) Será la Secretaría de Salud la institución que determinará el perfil clínico, psicológico y social de la madre gestante;

b) el consentimiento deberá otorgarse por escrito, de forma indubitable y expresa ante un notario público, quien tiene la obligación de informar la celebración de este contrato en un plazo de veinticuatro horas a la secretaría de Salud y al Registro Civil;

8 Pérez Fuentes, G. M. y Cantoral Domínguez, K.: "La dignidad el menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho Mexicano, una propuesta legislativa desde la academia", *Revista Boliviana de Derecho,* Bolivia, año X, núm. 17, enero 2014, pp. 230 - 251

9 *Cfr.* Artículo 380 bis del CCT.

10 *Cfr.* Artículo 380 bis 1 del CCT.

11 Artículo 380 bis 2 del CCT.

c) las clínicas de reproducción asistida deben estar previamente acreditadas y autorizadas por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado de Tabasco;

d) las instituciones que brinden atención obstétrica deberán dar aviso a la Secretaría de Salud del nacimiento durante las primeras veinticuatro horas de ocurrido el mismo.

5. Se establecen como requisitos para el contrato de gestación los siguientes:

- Ser ciudadano mexicano.

- Poseer plena capacidad de goce y ejercicio;

- La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que tiene entre 25 y 40 años de edad;

- La mujer gestante debe otorgar su consentimiento de forma pura y simple[12], para que se lleve a cabo en su útero la implantación de la mórula, así como que cumpla con los requisitos que establece el Código Civil.

- La mujer gestante, el padre y la madre contratantes, deberán someterse a los estudios que establezca la Secretaría de Salud;

- Se permite la implantación de hasta dos embriones fecundados en un mismo procedimiento.

IV. UNA SOLUCIÓN JUDICIAL EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016.

La Procuraduría General de la República promovió acción de inconstitucionalidad en contra del Poder Ejecutivo y Legislativo del Estado de Tabasco, alegando que se vulneraron los artículos 14[13] y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Se señalaron como preceptos impugnados los artículos 380 Bis 3, párrafo cuarto, quinto y sexto adicionados a partir del Deecreto 265 de 13 de enero de 2016.

12 Se entiende que este consentimiento deberá manifestarse por escrito ante el instrumento que se firme ante notario público.

13 Artículo 14: A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna…En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá de ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 18 de noviembre de 2022.

La Procuraduría sostuvo los siguientes argumentos:

A) Inconstitucionalidad del artículo 380 Bis del Código Civil del Estado de Tabasco, por incompetencia de la legislatura local en temas federales como es la salubridad general, pues corresponde a la Secretaría de Salud el control y vigilancia de trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos y el dirigir las políticas de salud en materia de donación, procuracion y trasplantes de tejidos, órganos y células en las que se incluyen las germinales, esto significa tanto las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión.[14]

B) Inconstitucionalidad del artículo 380 Bis, párrafo tercero, CCT por violación a los principios de seguridad y legalidad, al crear de acuerdo a los atículos 14 y 16 Constitucional inseguridad jurídica en la contradicción que se crea entre el requisito del consentimiento expresado en vida por algún cónyug o concubino para que sus gametos puedan ser utilizados en un procedimiento de inseminaci´òn después de su muerte en el Código Civil de Tabasco y lo que establece el artículo 241 párrafo segundo , de la Ley de Salud Local que fija los requisitos, circunstancias, prohibiciones para disponer de su cuerpo están previstas en la Ley General de Salud.

C) Inconstitucionalidad del artículo 380 Bis 3, cuarto, quinto y sexto párrafo, del Código Civil de Tabasco, por vulneración a los principios del interés superior del menor, legalidad y seguridad jurídica en cuanto establece: "En caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación unicamente cuando se acredite la incapacidad o muert de la madre o padre contratantes.." Esta disposición viola el artículo 1º en relación con el 9.1 de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, así como el cuarto constitucional en los párrafos primero y noveno. Lo anterior en virtud que al utilizar la conjunción "o" se puede provocar que si uno sólo de los cónyuges contratantes queda incapacitado o muere el otro queda excluido del ejercicio de la patria potestad. De igual forma en los incisos mencionados se prohibe como regla general que la mujer participe en un contrato de gestación si ha estado embarazada en los últimos 365 días, los preceptos impugnados desconoce los avances que en materia de igualdad de género ha tenido el Estado Mexicano, siguiendo un mensaje estereotipado de inferioridad de la mujer que lo convierte en categoría sospechosa, esto es, vulnera derechos fundamentales.

14 Artículo 314 de la Ley General de Salud publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, última reforma publicada el 16 de mayo de 2022.

D) Omisión legislativa del legislador del Estado de Tabasco, al considerar que el artículo 380 Bis 5 del Código Civil porque el Congreso del Estado de Tabasco emitió la norma de manera incompleta pues no reguló el elemento económico de dicho contrato.

En este trabajo sólo se analizan los casos de invalidez que tomó en cuenta la Suprema Corte de Justicia de la Nación para declarar la inconstitucionalidad del Decreto que provocó la reforma al Código Civil en cuanto a la maternidad subrogada[15].

1. Invalidez por distribución de competencias en materia de salubridad general.

En representación del órgano que promovió la acción de inconstitucionalidad, la Procuradora alegó incompetencia del Congreso del Estado de Tabasco para legislar en materia de gestación por sustitución, razón por la que promueve la inconstitucionalidad del artículo 380 Bis, redactado en la reforma en los términos siguientes:

"Se entiende por reproducción humana asistida, el conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la legislación en materia de salud…"

El Pleno del Tribunal analizó este primer concepto de invalidez. Los argumentos principales se basaron en:

Existen posiciones de fondo que el Pleno resolvió que la salubridad general es el campo que comprende tanto la salud, como los servicios y controles sanitarios y que es el artículo 13 de la Ley General de Salud, inciso A, fracción I el que determina que corresponde al Ejecutivo Federal dictar las Normas Oficiales mexicanas que se aplicarán reglamentariamente en todo el territorio nacional en cuanto a lo referente a los servicios de salud, pero no obstante existen determinadas áreas que no pueden quedar limitadas a las Normas Oficiales, sino al Ejecutivo Federal, se destacan:

A) planificación familiar.

Si es cierto que la Ley General de Salud reconoce a los gobiernos de las entidades federativas administrar los servicios de salud en materia de planificación familiar, esta función debe estar definida y estructurada por la Ley General de Salud, con fundamento al artículo 67 que reconoce con carácter de prioritario

15 Acción de inconstitucionalidad 16/2016, resuelta mediante sesión de fecha 7 de junio de 2021 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

la planificación familiar, significando ello que los servicios que se presten en esta materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, con pleno respeto a su dignidad.

Lo anterior parte del principio constitucional fijado en el artículo 4º sobre el derecho a fundar una familia. Lo servicios en torno a la planificación familiar se guían por las políticas establecidas por el Consejo Nacional de Población en el que destaca el fomento a la investigación sobre biología de la reproducción humana, de lo anterior se desprende que la planificación familiar, en términos de la Ley General de Salud es una materia que corresponde a la Secretaría de Salud y al Consejo Nacional de Población, en razón que se garantiza de manera homogénea en el país, a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de hijos.

B) Disposición de células fetales y gametos.

En la Ley General de Salud se fija en los artículos 3 y 13 que el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y células corresponde a las autoridades federales, para la prestación de estos servicios, así como velar el buen funcionamiento de los mismos. En este contexto jurídico el Pleno del Tribunal Constitucional ratifica que de acuerdo con el artículo 313 de la Ley General de Salud, corresponde a la Secretaría de Salud el control y vigilancia de las disposiciones de células germinales en la que se incluye extracción, análisis, conservación, preparación, suministro y utilización de las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión.

El Tribunal Constitucional mexicano consideró que el artículo 380 Bis incorporada en la reforma al Código Civil de Tabasco, con el Decreto 265/2016, no sólo se estableció una definición abstracta de la reproducción humana asistida sino se definieron condiciones sustantivas de la gestación por sustitución al establecer: 1º Cuestiones relativas al desarrollo embrionario y 2º Regular la condición médica de quienes pueden tener acceso a esta técnica, por lo que la reforma excedió la competencia propia de la legislación civil, pues si es cierto que el artículo 124 constitucional, tienen competencia para regular las consecuencias civiles y familiares que se derivan del uso de las técnicas de reproducción asistida, no les corresponde las cuestiones técnicas/sustantivas relativas a las células para lograr cualquier proceso de reproducción humana.

Por otra parte, el artículo 380 Bis, en el párrafo primero del artículo 380 Bis, a parejas infértiles o estériles, el Congreso del Estado de Tabasco determinó la condición médica de aquellos que pueden acceder a esta técnica de reproducción asistida, invadiendo competencias federales en materia de planificación familiar.

Por las razones anteriores, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declara inválido el párrafo primero del artículo 380 Bis del Código Civil para el Estado de Tabasco.

2. Violación a los principios de seguridad y legalidad jurídica.

La Suprema Corte considera que la accionante parte de una premisa inexacta en tanto la seguridad jurídica es la base sobre la cual descansa el orden jurídico, así que el gobernado no viva una situación de incertidumbre, por lo que se convierten en inexactos los argumentos alegados. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación identifica una categoría sospechosa, basada en alguno de los criterios previstos en el último párrafo del artículo 1° Constitucional, por lo que el Tribunal en ejercicio de suplencia de la queja considera que tercer párrafo del artículo 380 Bis del Código Civil es inconstitucional en la porción normativa que establece "por algún cónyuge o por algún concubino" al excluir de manera injustificada a las mujeres de la posibilidad de expresar su consentimiento para que sus gametos sean fecundados post mortem.

El concepto de Reproducción Humana Asistida aparece en los siguientes términos:

"… Sólo será válido el consentimiento expresado en vida por algún cónyuge o por algún concubino, con las formalidades que este Código exige, para los efectos de que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación"

Como se puede observar, la norma excluye a las mujeres de la posibilidad de expresar su consentimiento para la inseminación de sus parejas. De acuerdo con lo antes expresado el Tribunal Constitucional realizó un escrutinio de constitucionalidad basado en el principio de igualdad, previsto en el último párrafo constitucional, de forma que se incurra en discriminación por motivos de género, todo lo anterior en Jurisprudencia fijada por el mismo órgano Jurisdiccional, como es la Jurisprudencia 92/2016, con el rubro "Principio de igualdad y no discriminación. Algunos elementos que integran el parámetro general" En la actualidad para evitar la desigualdad y no discriminación, hay otras modalidades de técnicas de reproducción asistida post mortem, por ejemplo, el deseo de los hombres de ser padres a través del uso del material genético de su esposa, o el deseo de una pareja homoparental constituida por dos mujeres de utilizar el óvulo previamente extraído. Por lo anterior el tribunal Constitucional, consideró que la parte normativa donde se establecía algún cónyuge o algún concubino prevista en el párrafo tercero del artículo380 Bis, del Código Civil para el Estado de Tabasco, no encuentra ninguna justificación constitucionalmente válida, por lo que vulnera el principio de igualdad y no discriminación, violando los artículos 1°

y 4º Constitucionales, declarando por el tribunal la invalidez del artículo 380 Bis; esto significa entonces que el artículo declarado inconstitucional es el 380 Bis.

3. Concepto de invalidez por violación a los principios del interés superior del menor.

El artículo 380 Bis 3, párrafo 5º es considerado violatorio de los principios del interés superior del menor, legalidad y seguridad jurídica, en cuanto a lo siguiente:

"En caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratante".

El argumento esgrimido es que esta regulación violenta el interés superior del menor en relación con el derecho a no ser separado de las personas que ejerzan la patria potestad. En este contexto el quinto párrafo del artículo 380 Bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco prevé lo relativo a quién tendrá la custodia del producto de la inseminación, limitando la posibilidad de que esa acción prospere sólo cuando el padre o la madre contratantes sufran incapacidad o hayan fallecido.

El Tribunal Constitucional mexicano ha comprendido el papel primordial que ejerce el interés superior del menor dentro de un proceso de reproducción asistida, un proceso de carácter científico que rompe parámetros legales tradicionales, así que como señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación, este interés exige contar con un marco legal que brinde completa salvaguarda respecto al derecho a la identidad y a las relaciones familiares, previsto tanto en el artículo 4º Constitucional como en los Tratados firmados por México, en los que destaca, el artículo ocho de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto a que los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, el nombre, la nacionalidad y las relaciones familiares.

4. Violación al libre desarrollo de la personalidad y autonomía reproductiva de la mujer.

Se plantea por la parte accionante, el cuestionamiento a los párrafos cuarto y sexto, del criticado 380 Bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco, en ello se destaca el texto siguiente:

"… El contrato de gestación lo firmarán la madre y el padre contratantes con la gestante y, si fuera el caso, su cónyuge o concubino…"

En este sentido, se coincide con la SCJN, que es fundado el concepto de invalidez en el que se cuestiona la inconstitucionalidad alegada, por vulnerar el derecho de la mujer gestante al libre desarrollo de la personalidad en cuanto a su derecho de tomar las decisiones relacionadas con las disposiciones de su cuerpo con fines reproductivos.

Se coincide con el criterio judicial que cualquier limitación o intervención en la decisión de la mujer, sea del Estado o de terceros, afecta prima facie el libre desarrollo de la personalidad en cuanto a su autonomía reproductiva.

5. Violación al principio de igualdad y no discriminación con motivo de la orientación sexual y el estado civil.

El Tribunal Constitucional mexicano en esta acción de inconstitucionalidad declarada advierte que el párrafo sexto del artículo 380 Bis 3 impugnado, deberá ser firmado por la madre y el padre contratantes, resulta discriminatorio con motivo de la orientación sexual y el estado civil; al reducir el acceso de esta técnica de reproducción asistida únicamente a parejas constituidas por un hombre y una mujer. Lo anterior provoca una discriminación con respecto a las parejas del mismo sexo que deseen acceder a un procedimiento de gestación por sustitución, o en el caso de cualquier mujer u hombre solteros.

En este caso se acude al análisis del 1° constitucional, 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2 y 26 (segunda parte) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prohíben la discriminación considerando las categorías sospechosas[16].

6. Omisión legislativa.

Es alegada por la parte accionante porque no se define si el contrato tendrá un fin económico. En este sentido, el más alto Tribunal Constitucional mexicano, no reconoce una omisión legislativa pues les corresponde a las legislaturas locales la determinación de establecer sistemas comerciales o altruistas. En este sentido el Tribunal constitucional considera que rige la autonomía de la voluntad y, como consecuencia el derecho de cobrar o no por el procedimiento de gestación le corresponde a la mujer gestante pues es ella la que se somete al procedimiento en cuestión.

El Tribunal insiste que el origen en la protección del interés superior del menor es instrumental para evitar la trata de personas, y en función de los derechos

16 Pérez Fuentes, G. M.: "Las categorías sospechosas en la constitucionalización del sistema jurídico mexicano", en AA.VV.: *Libro Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio*, *Tópicos Actuales del mundo jurídico.* Editorial Tirant lo Blanch, México, Julio 2022, pp. 285-295.

humanos, todos los Estados están obligados a prohibir la venta de niños y a crear salvaguardas para su prevención de conformidad con el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

V. CONSECUENCIAS JUDICIALES DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016.

A partir de la postura fijada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México con relación a la gestación por sustitución, se empiezan a resolver casos judiciales en torno a este tema vinculado al derecho de familia, por ejemplo, sus consecuencias en cuanto a la celebración del matrimonio entre parejas del mismo sexo. A continuación, se destacan algunos de estos criterios emitidos como consecuencia de la doctrina fijada por la Corte:

1. Criterio judicial bajo el rubro: Gestación subrogada o por sustitución. Pautas mínimas de actuación dirigidas a las autoridades encargadas de supervisar la validez de un contrato de esta naturaleza.

A) Hechos.

Dos mujeres promovieron juicio de amparo indirecto en contra de la regulación del contrato de gestación subrogada y por sustitución establecida en el Código Civil para el Estado de Tabasco por considerar que vulnera, entre otros, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

B) Criterio jurídico.

En estricto apego al derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación, la Primera Sala considera necesario precisar las siguientes pautas mínimas de actuación dirigidas a las autoridades encargadas de supervisar la validez de un contrato de esta naturaleza: a) Verificar que el contrato explicite los riesgos que podrían o deberían asumir los padres o las madres potenciales en caso de incumplimiento por parte de la gestante; b) Garantizar que, de pactarse una sanción por incumplimiento de la gestante, ésta sea razonable, tomando en cuenta su condición particular, como su situación socioeconómica o la severidad de un eventual impacto psicológico; c) Corroborar que el contrato reparta proporcionalmente las cargas del incumplimiento entre las partes, protegiendo a la parte que se encuentra en desventaja por razones económicas; d) Verificar que la gestante y los padres o madres intencionales estén perfectamente conscientes de estas eventuales sanciones e implicaciones en caso de incumplimiento de la gestante; e) Supervisar que no se pacten cláusulas que denieguen la posibilidad de la gestante de conducirse de acuerdo con su proyecto de vida, o que pongan

en riesgo su salud; y, f) En caso de pactarse una prestación económica, vigilar la forma en que ésta debe entregarse y las consecuencias de no hacerlo, con el fin de garantizar el bienestar de la gestante.

C) Justificación.

El carácter sui generis del contrato de mérito, así como, principalmente, el grave contexto de desigualdad de género que actualmente prevalece en nuestra sociedad, son dos razones fundamentales para que a juicio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resulte indispensable implementar determinadas salvaguardas respecto al consentimiento expresado por las mujeres o personas gestantes en este tipo de contrato, así como con respecto a las posibles consecuencias que podría generar su incumplimiento[17].

2. Criterio judicial bajo el rubro: Gestación subrogada o por sustitución. La imposición de un rango de edad para ser madre contratante es discriminatoria y vulnera el derecho humano a la autodeterminación reproductiva.

A) Hechos.

Dos mujeres promovieron juicio de amparo indirecto en contra del requisito previsto en la última parte de la fracción III del artículo 380 Bis 5 del Código Civil para el Estado de Tabasco, consistente en que la madre contratante debe acreditar tener entre veinticinco y cuarenta años.

B) Criterio jurídico.

La imposición de un rango de edad para estar en posibilidad de convertirse en madre mediante el contrato de gestación subrogada o por sustitución es una medida discriminatoria y vulnera el derecho humano a la autodeterminación reproductiva.

C) Justificación.

Debido a que la medida legislativa emplea la edad como criterio de distinción y a que ésta constituye una de las categorías especialmente protegidas en el quinto párrafo del artículo 1o. constitucional, la validez constitucional de la medida depende de que supere el test de proporcionalidad bajo un escrutinio estricto de constitucionalidad. En el análisis de la primera etapa, la Primera Sala advierte que la medida no se encuentra encaminada a satisfacer algún propósito constitucional de carácter imperioso, razón por la que no supera el test de proporcionalidad.

17 Tesis: 1a. XX/2022, Undécima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 14, Junio de 2022, tomo V, p. 4661.

Contrario a ello, se advierte que la medida legislativa contraviene directamente el mandato constitucional previsto en el artículo 4o. constitucional sobre la libertad y la autonomía reproductiva, en tanto que vulnera el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de los hijos(as)[18].

3. Criterio judicial bajo el rubro: Gestación subrogada o por sustitución. El asentamiento de una persona recién nacida sólo se hará mediante adopción plena cuando se trate de la modalidad de gestación subrogada, no así cuando se trate de la modalidad de gestación por sustitución.

A) Hechos.

Dos mujeres promovieron juicio de amparo indirecto en contra del segundo párrafo del artículo 380 Bis 6 del Código Civil para el Estado de Tabasco por considerar que vulnera el principio del interés superior de la infancia, así como el de igualdad y no discriminación, al otorgar el mismo tratamiento jurídico a dos situaciones distintas, ya que impone que el asentamiento de la persona recién nacida sea mediante la adopción plena tanto cuando la mujer o persona gestante esté genéticamente vinculada con el producto de la fecundación (gestación subrogada), como cuando no lo esté (gestación por sustitución).

B) Criterio jurídico.

La Primera Sala determina que, a partir de una lectura armónica e integral de los artículos 380 Bis 2 y 380 Bis 6, el asentamiento de la persona recién nacida deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por la autoridad judicial competente únicamente en el caso de la modalidad de gestación subrogada, esto es, cuando la mujer o persona gestante esté genéticamente vinculada con el producto de la fecundación.

C) Justificación.

De manera preliminar, conforme a los precedentes de la Primera Sala, se toma en consideración el criterio según el cual la voluntad procreacional es un factor preponderante para la determinación de la filiación de una persona. Por otra parte, la Primera Sala considera conveniente tener presente que las situaciones descritas por la parte quejosa tienen como punto de referencia –para efectos del tratamiento diferenciado– la existencia (o no) de un vínculo genético entre las partes contratantes y la persona nacida con motivo del contrato de gestación asistida. Asimismo, es preciso advertir que las situaciones descritas por las quejosas se encuentran clasificadas en la propia regulación como modalidades o formas del

18 Tesis: 1a./J. 86/2022, Undécima Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 14, Junio de 2022, Tomo V, p. 4459.

contrato de gestación en términos del artículo 380 Bis 2 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

De dicho precepto, es posible apreciar que la autoridad legislativa, contrario a lo planteado por la parte quejosa, sí otorgó un tratamiento diferenciado para cada una de las modalidades del contrato bajo análisis, pues expresamente dispuso que, en la modalidad de gestación subrogada (cuando la mujer o persona gestante aporta su óvulo) procede la adopción plena, mientras que en la modalidad de gestación sustituta (cuando la mujer o persona gestante no aporta su óvulo), al no haber vínculo genético con la persona gestada, la legislación no prevé la misma norma. Así, la legislación dispone que sólo cuando la gestante se encuentre genéticamente vinculada con el producto de la fecundación se torna pertinente la figura de adopción plena, pues sólo en tal escenario se hace necesario el desplazamiento de los derechos de filiación de la gestante a favor de la madre intencional, de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato. Por tanto, a partir de una lectura integral del artículo 380 Bis 2 y del artículo 380 Bis 6, segundo párrafo, ambos del Código Civil para el Estado de Tabasco, es posible determinar que la regulación sí establece un tratamiento jurídico diferenciado para cada una de las modalidades contempladas, por lo que no se actualiza la vulneración al principio de igualdad y no discriminación en los términos reclamados[19].

4. Criterio judicial bajo el rubro: Gestación subrogada o por sustitución. El requisito de corroborar que la mujer o persona gestante no tiene ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional debe interpretarse conforme a los derechos de las mujeres y de las infancias.

A) Hechos.

Dos mujeres promovieron juicio de amparo indirecto en contra del requisito previsto en el segundo párrafo del artículo 380 Bis 5 del Código Civil para el Estado de Tabasco, en el que se establece la necesidad de corroborar que la mujer o persona gestante no tienen ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional, por considerar que vulnera los derechos de las mujeres al hacer prevalecer el bienestar del feto sobre la propia salud, vida e integridad de las mujeres o personas gestantes.

B) Criterio jurídico.

La Primera Sala determina que la obligación dirigida al personal de salud involucrado de corroborar que la mujer o persona gestante no posee ningún

19 Tesis: 1a. XIX/2022, Undécima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 14, junio de 2022, tomo V, p. 4656.

padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional es constitucionalmente válida, siempre que sea interpretada en el sentido de que la norma, prima facie, supone la necesidad de verificar que la mujer o persona gestante posee las condiciones de salud idóneas para llevar a cabo la labor reproductiva, de tal manera que se evite poner en riesgo su bienestar integral, así como también, en vía de consecuencia, el bienestar y sano desarrollo del feto.

C) Justificación.

Los derechos humanos de la gestante y aquellos que progresivamente vaya adquiriendo el producto de la fecundación deben ser interpretados a la luz de los principios de indivisibilidad e interdependencia consagrados en el artículo 1o. constitucional. Dichos principios hermenéuticos prohíben interpretar los derechos humanos como mutuamente excluyentes tanto en el plano jurídico, como en el plano material.

De ahí que el ordenamiento jurídico prevea que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a garantizar ambos derechos de manera proporcional con el fin de lograr maximizar el respeto y protección adecuado para ambas partes. Por tanto, no existe posibilidad constitucionalmente válida de interpretar la norma en el sentido de que se deba dar prioridad a la salud del feto sobre la salud de la mujer o persona gestante, pues de ser el caso, tal como lo sostiene la parte quejosa, esa interpretación implicaría colocar en un plano de jerarquía la protección de los derechos del producto de la fecundación sobre los derechos de las mujeres o personas gestantes, lo cual, a su vez, representaría una forma de violencia de género y, por ende, incidiría gravemente en el respeto y protección de sus derechos fundamentales[20].

5. Criterio judicial bajo el rubro: Gestación subrogada o por sustitución. El rango de edad permitido para participar como gestante, previsto en el artículo 380 bis 3 del código civil para el estado de Tabasco, supera el test de proporcionalidad.

A) Hechos.

Dos mujeres promovieron juicio de amparo indirecto en contra del requisito previsto en el tercer párrafo del artículo 380 Bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco, consistente en que la mujer o persona gestante acredite tener entre veinticinco y treinta y cinco años.

B) Criterio jurídico.

20 Tesis: 1a. XXII/2022, Undécima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 14, junio de 2022, tomo V, p. 4660.

La Primera Sala determina que la imposición de un rango de edad para poder participar como gestante en una gestación subrogada o por sustitución supera el test de proporcionalidad por lo que resulta una medida constitucionalmente válida.

C) Justificación.

La imposición de un rango de edad para poder participar como gestante en un contrato de gestación asistida efectivamente persigue una finalidad constitucional imperiosa como es la protección a la salud de las mujeres o personas con capacidad reproductiva, así como la protección a su derecho a una vida libre de violencia, en específico, violencia obstétrica.

Además, la medida es idónea pues, si bien no se trata de un rango de edad idéntico al comúnmente clasificado por la medicina reproductiva como la etapa fértil de las mujeres, lo cierto es que sí forma una parte considerable del intervalo de edad catalogado como de menor riesgo, por lo que se estima que tiene una estrecha relación de instrumentalidad para garantizar de manera efectiva el estado de bienestar físico, mental y emocional de la mujer o persona gestante, lo cual intrínsecamente conlleva, a su vez, la prevención de la actualización de alguna forma de violencia obstétrica. Finalmente, la Primera Sala no advierte la existencia de una medida alternativa menos lesiva para lograr dicho propósito constitucional y estima que es una medida proporcional respecto del mismo[21].

6. Criterio judicial bajo el rubro: Gestación subrogada o por sustitución. El perfil de salud de la madre contratante es una cuestión que, al ser materia de salubridad general (en particular, de planificación familiar), corresponde ser determinada por la autoridad federal.

A) Hechos.

Dos mujeres que manifestaron ser personas homosexuales solteras promovieron juicio de amparo indirecto en contra del requisito consistente en que la madre contratante acredite que posee una imposibilidad física o médica para llevar a cabo la gestación en su útero, previsto en el artículo 380 Bis 1 y en la fracción III del artículo 380 Bis 5 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

B) Criterio jurídico.

El perfil de salud de la madre contratante en una gestación subrogada o por sustitución es una cuestión que se encuentra comprendida dentro de la materia

21 Tesis: 1a. XXI/2022, Undécima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* libro 14, junio de 2022, tomo V, p. 4658.

de salubridad general (y en particular de planificación familiar) por lo que, en todo caso, es a la autoridad federal a quien corresponde decidir sobre tales aspectos, de manera que es una medida que resulta inválida al exceder las facultades de la autoridad tabasqueña.

C) Justificación.

De conformidad con lo resuelto por el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación al fallar la acción de inconstitucionalidad 16/2016, estableció que las condiciones de salud requeridas para quienes participen de cualquier técnica de reproducción humana asistida es materia de salubridad general, específicamente, de una política nacional de salud reproductiva y planificación familiar. En ese sentido, la medida impugnada resulta inválida, en virtud de que fue emitida por una autoridad que no cuenta con facultades para regular dichos aspectos[22].

VI. CONCLUSIONES.

La disímil legislación existente en el país sobre la gestación por sustitución, existente tanto en los Códigos Civiles como leyes familiares, no ha logrado ni una denominación única y por supuesto un objetivo protegido a partir de una verdadera política pública en cuanto a la protección de la niñez y de las mujeres que por necesidades económicas hacen este acto, de gran relevancia científica pero también humana y social.

No obstante, ante la inercia de los legisladores, ha sido la Suprema Corte de Justicia de la Nación la que ha ido delineando los principios que deben considerarse para salvaguardar en lo posible los derechos humanos en cuanto a la niñez y la mujer gestante.

La resolución de la acción de inconstitucionalidad 16/2016, que ha sido procedente y parcialmente fundada, trata de garantizar los derechos fundamentales que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado violentados por el Decreto 265 publicado en el Periódico Oficial del Estado de Tabasco y que marca una importante pauta para todos los estados.

La acción de inconstitucionalidad antes señalada protege el mandato constitucional previsto en el artículo 4º constitucional sobre la libertad y la autonomía reproductiva, en tanto que vulnera el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de los hijos. Lo anterior

22 Tesis: 1a./J. 87/2022, Undécima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* libro 14, junio de 2022, tomo V, p. 4457.

significa que el derecho a ser madre o padre corresponde a cualquier persona y tipo de familia, por lo que cuando la norma se refiere a cónyuges o concubino y que ha sido declarada en varios artículos parcialmente inconstitucional, implica que se está refiriendo a los contratantes, sin importar el estado civil ni distinguir en cuanto el tipo de pareja si es homosexual o heterosexual.

El Decreto 265/2016, deja en vigor la posibilidad de maternidad subrogada que también aparece en el artículo 92 del Código Civil de Tabasco. En cuanto a la forma jurídica que el Tribunal ratifica de acuerdo con el Decreto 265/2016, será el contrato. No se considera por el alto tribunal un pronunciamiento sobre la gratuidad o el carácter económico del mismo, de acuerdo a que es la autonomía de la voluntad de las partes la que debe fijar la modalidad.

Desde la perspectiva académica y social, considero que hay muchos temas que no se convierten en fundamentales en este análisis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, favorecer a cualquier tipo de pareja, no implica o coincide con la garantía del interés superior de la niñez ni la vulnerabilidad en las que quedan las mujeres que deciden ser gestantes por necesidad. Por ejemplo, en Tabasco los casos estudiados han sido realizados por mujeres que necesitan bienes materiales, una vivienda o constituir una empresa. Lo anterior no garantiza el seguimiento de las criaturas tabasqueñas que han nacido.

Se insiste en este artículo que si es cierto el trabajo que ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en trazar un camino, por cierto, alejado de la psicología y sociología tabasqueña pero con legalidad a través de sus sentencias, este no es el camino jurídico único, y el tema por la sensibilidad que tiene necesita de un cuidado de políticas públicas nacionales que escapan del poder judicial.

BIBLIOGRAFÍA

PÉREZ FUENTES, G. M. y CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: "La dignidad el menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho Mexicano, una propuesta legislativa desde la academia", *Revista Boliviana de Derecho,* Bolivia, año X, núm. 17, enero 2014.

PÉREZ FUENTES, G. M.: "Las categorías sospechosas en la constitucionalización del sistema jurídico mexicano", en AA.VV.: *Libro Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio*, *Tópicos Actuales del mundo jurídico.* Editorial Tirant lo Blanch, México, Julio 2022.



ACCORDI SULLA SORTE DI EMBRIONI E GAMETI CRIOCONSERVATI IN CASO DI CRISI FAMILIARE

AGREEMENTS ON CRYOPRESERVED EMBRYOS AND GAMETES IN CASE OF FAMILY BREAKDOWN

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 662-683

Marco RIZZUTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Alcune recenti vicende giurisprudenziali, sia europee che americane, hanno riproposto all'attenzione degli interpreti il contenzioso relativo alla sorte degli embrioni crioconservati in caso di crisi della coppia aspirante alla genitorialità, con un intreccio di problematiche che coinvolgono l'autodeterminazione riproduttiva della donna, il valore del consenso prestato e le chances di vita del nascituro. Risulterà dunque assai rilevante indagare, con particolare riferimento all'ordinamento italiano, quale ruolo possa avere l'autonomia privata, beninteso con differenti gradi di disponibilità a seconda che si tratti di embrioni o di meri gameti, nell'elaborazione di possibili soluzioni preventive, o anche nella successiva costruzione di nuovi rapporti, che consentano di superare tali conflittualità.

PALABRAS CLAVE: Embrioni; gameti; crisi familiari; accordi.

ABSTRACT: *Recent caselaw, both in Europe and America, shows an increasing litigation with regard to cryopreserved human embryos and gametes in case of family breakdown. It involves issues such as free reproductive choices of the woman, binding value of the consent to assisted procreation, chances of life for the unborn child. Therefore, we will take into consideration, having specific regard to the Italian legal order and distinguishing between embryos and mere gametes, the possible role of private autonomy in elaborating preventive solutions and/or new relationships in order to overcome the mentioned conflicts.*

KEY WORDS: *Embryos; gametes; family breakdown; agreements.*

SUMARIO.- I. PREMESSE.- II. EMBRIONI E CRISI FAMILIARI.- III. IL POSSIBILE RUOLO DELL'AUTONOMIA PRIVATA.

I. PREMESSE.

L'ipotesi di un conflitto fra le comparti di un rapporto familiare in ordine alla sorte, in caso di crisi del rapporto stesso, di quelle peculiarissime entità che ricadono non più nell'ambito del patrimonio ma non ancora in quello della filiazione, ovvero i gameti o gli embrioni crioconservati, solleva oggi non poche problematicità giuridiche. Invero, non si tratta nemmeno di questioni imprescindibilmente connesse ai moderni sviluppi tecnologici, in quanto possono darsi, e si sono sempre potuti dare, casi limite in cui la crisi familiare deflagra proprio durante la gravidanza e si litiga anche sull'affidamento del nascituro, oppure in cui nella stessa fase già emergono gravissime carenze della gestante come genitrice, tali da indurre qualcuno ad attivarsi subito perché si possa arrivare all'adottabilità del concepito.

Al riguardo possiamo rinvenire anche precedenti antichissimi: basti pensare alla vicenda, ben nota alla tradizione romanistica, di un *pater* che dopo il divorzio chiedeva l'emissione di un *interdictum de liberis exhibendis et ducendis* contro la ex-moglie incinta, ed al quale un celeberrimo rescritto imperiale rispose negativamente, disponendo che la donna venisse ispezionata e custodita sino al parto, ma ritenendo impossibile prendere provvedimenti su ciò che era ancora una mera "*portio mulieris vel viscerum*"[1], definizione che sarebbe nei secoli divenuta tralatizia e del tutto svincolata dalle peculiarità di un siffatto caso. Beninteso, la soluzione romanistica non limitava i poteri paterni per una qualche considerazione della posizione della donna incinta, che rilevava essenzialmente solo in quanto *venter*, ed era come tale assoggettata a quei meccanismi di controllo e curatela che del resto sarebbero sopravvissuti sino a tempi storicamente a noi vicinissimi[2]. Tantomeno assumeva rilievo una qualche soggettivizzazione dell'embrione, che anzi veniva esplicitamente negata proprio nella fortunata formuletta consegnata ai posteri dal rescritto in discorso. Piuttosto, si prendeva atto che la peculiare natura

1 Il riferimento è al noto passo di Ulpianus, *ad Edictum,* 24, in *D.25.4.1*. Sugli *interdicta de liberis exhibendis et ducendis* si veda, anche per ulteriori riferimenti, Rabello, A.M.: *Effetti personali della "patria potestas". Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano, 1979, p. 274 ss.

2 Sulla donna come *venter* cfr. Cantarella, E.: *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano, 2003, pp. 107-113. Del resto, la figura del *curator ventris* che nel passo citato alla nota che precede trova una delle sue radici è sopravvissuta negli ordinamenti di tradizione romanistica fino a tempi recentissimi, tanto che, com'è noto, campeggiava anche nel testo originario dell'art. 339 del Codice Civile del 1942, in vigore sino alla riforma del 1975. E ancora ai nostri giorni non è impossibile trovare delle, sia pur isolate, voci dottrinarie favorevoli ad una sua reintroduzione (cfr. Baccari Vari, M.P.: *Curator Ventris. Il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Torino, 2012).

• Marco Rizzuti
Ricercatore in Diritto Privato, Università degli Studi di Firenze. E-mail: marco.rizzuti@unifi.it

dell'entità oggetto di causa, ancora priva di una sua esistenza autonoma, impediva il normale esercizio dei poteri fatti valere dall'attore: in altri termini una siffatta casistica rappresentava già allora una sfida per il funzionamento degli ordinari meccanismi giuridici di soluzione dei conflitti.

In tempi molto più recenti altre ipotesi, comunque ancora non condizionate dall'applicazione delle biotecnologie riproduttive, hanno riproposto problematicità per certi versi analoghe. Così, la giurisprudenza dei nostri tribunali minorili ha avuto occasione di manifestare sia una posizione sostanzialmente fedele all'antica impostazione, per cui si è ritenuto comunque impossibile provvedere in anticipo in ordine all'adottabilità ed all'affidamento del nascituro, nonostante la situazione potenzialmente molto pericolosa in cui versava la gestante[3], sia un diverso orientamento che ha invece considerato percorribile la via di una tutela giudiziaria della salute del concepito contro la irresponsabile condotta di vita della madre, con prescrizioni congegnate in maniera tale da comportare, in caso di inottemperanza, l'immediata adottabilità dello stesso dopo il parto[4]. Tornando quindi allo specifico dei conflitti fra le ex comparti del rapporto familiare, potremmo poi menzionare, in tempi ancora più vicini a noi, una decisione di merito che ha ritenuto omologabile l'accordo raggiunto in sede di separazione consensuale con riferimento alla disciplina dei rapporti con il figlio ancora nascituro[5].

Dunque, come sovente accade, la tecnologia non ha creato e*x nihilo* il problema giuridico, ma lo ha piuttosto riconfigurato e, verrebbe fatto di dire, lo ha reso molto meno episodico. Invero, in una società in cui il ricorso alla procreazione assistita è sempre più diffuso, l'eventualità che al deflagrare di una crisi familiare sussistano per qualche ragione gameti e/o embrioni crioconservati suscettibili di essere oggetto di conflitto, è evidentemente molto più significativa di quella, tipica dei casi storici, di una crisi che scoppi proprio durante la gravidanza. D'altronde, l'ipotesi tecnologica, oltre ad essere potenzialmente più frequente, può anche presentare maggiori complessità in ragione della relativa autonomia fisica che tali entità presentano al di fuori del corpo femminile, nonché della ben più ampia durata della loro possibile esistenza nel limbo della criopreservazione.

Invero, dal momento che il ricorso alle tecniche riproduttive è regolato e procedimentalizzato, non sarebbe stato incongruo attendersi una disciplina legislativa di siffatte ipotesi. Nella fase dell'acquisizione del consenso si sarebbe, infatti, potuto anche opportunamente collocare un momento procedimentale dedicato proprio alla regolamentazione preventiva in ordine a certe sopravvenienze sostanzialmente fisiologiche quali per l'appunto la rottura del rapporto familiare

3 Trib. Min. Trieste, 26 novembre 1997, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 110, con nota di Zatti, P.: "Diritti del non-nato e immedesimazione del feto nella madre".

4 Trib. Min. Firenze, 24 agosto 2004, in *MinoriGiustizia*, 2005, pp. 200-203.

5 Trib. Mantova, 4 aprile 2017, in *www.ilcaso.it*.

(matrimoniale o unionale o di convivenza non cambia molto), oppure anche, ad esempio, la morte o l'incapacità di una o entrambe le comparti. Si potrebbero quindi prospettare scenari improntati ad una maggiore o minore autonomia ovvero eteronomia a seconda di più generali opzioni di politica del diritto, nel senso cioè di dare spazio alla recezione di preventive indicazioni delle comparti oppure invece a meccanismi di revocazione legale del consenso, con le più differenziate ulteriori combinazioni e variabili, alcune delle quali avremo modo di prendere in considerazione più avanti in una, sia pur limitata, disamina dei profili comparatistici della problematica.

Ad ogni modo, almeno per quanto riguarda l'ordinamento italiano, di una siffatta ipotizzabile disciplina positiva non vi è traccia, anche perché la base legislativa della nostra regolazione interna risente di una originaria sistemazione in cui tutta la vicenda avrebbe dovuto svolgersi immediatamente con l'unico e contemporaneo impianto di un numero limitato di embrioni e senza ricorrere alla crioconservazione. Il punto è che i successivi interventi notissimi giurisprudenziali[6] hanno radicalmente alterato tale quadro senza poterne definire uno organicamente sostitutivo, di talché spetta all'interprete integrare i frammenti tuttora vigenti della vecchia disciplina, caducata in alcune sue parti essenziali, con il nuovo contesto ordinamentale. Anche l'impostazione della questione che ci occupa in questa sede risente, come del resto quella di molte altre nella medesima materia, di questa situazione di fondo che, oltretutto, si appalesa come tutt'altro che provvisoria, stante la forte improbabilità di un nuovo riordino complessivo, quasi come se, in termini più generali, il nostro legislatore fosse rimasto scottato dal sostanziale fallimento della precedente normativa e preferisse in sostanza lasciare la soluzione dei problemi ad una giurisprudenza, che a sua volta però non può farsi carico di tutto e finisce quindi per invocare invano interventi che non arrivano[7].

II. EMBRIONI E CRISI FAMILIARI.

Restringendo, beninteso, il nostro campo di osservazione alla specifica problematica che qui ci interessa, possiamo dunque osservare come stia ultimamente emergendo nella nostra giurisprudenza di merito, chiamata ormai più di una volta a risolvere questo genere di conflitti, un'impostazione abbastanza netta, in base alla quale ogni decisione sull'eventuale impianto compete solo all'ex partner di sesso femminile senza che quello di sesso maschile abbia alcuna

6 Si allude, ovviamente, a tutta la complessa vicenda giurisprudenziale che ha avuto il suo punto di partenza in Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *www.biodiritto.org*

7 Si considerino, ad esempio, i recenti moniti di Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 32 e n. 33, in *Foro it.*, 2021, 6, I, c. 1923, le quali hanno riconosciuto come il livello di tutela attualmente attingibile, tramite la via pretoria della cosiddetta *stepchild adoption*, per il figlio nato da una coppia omosessuale che abbia fatto ricorso all'estero alla procreazione assistita, può risultare inadeguata, ma hanno anche dovuto rimettere ad un, invero un po' improbabile, intervento del legislatore ordinario l'elaborazione di una soluzione diversa.

voce in capitolo[8]. Un sopravvenuto dissenso di quest'ultimo rispetto all'impianto viene financo equiparato alla volontà, evidentemente immeritevole di qualsivoglia tutela nell'attuale contesto assiologico, di chi volesse imporre alla propria donna di abortire. Nelle motivazioni si affaccia, invero, anche il profilo della protezione delle *chances* di vita dell'embrione, ma il punto fondamentale è evidentemente l'autodeterminazione della donna, in quanto se fosse stata costei a denegare l'impianto la posizione del nascituro perderebbe ogni rilievo.

Il valore del consenso inizialmente prestato dai partners all'avvio del procedimento procreativo assume dunque un valore del tutto peculiare che occorre tentare di inquadrare. A tal fine lasciamo, beninteso, in disparte il profilo tranquillamente contrattuale del rapporto professionale con il centro che pratica la procreazione assistita, per concentrarci piuttosto su quell'ulteriore manifestazione di consenso che ha evidentemente un oggetto distinto. Non si tratta però del mero consenso informato necessario per legittimare l'effettuazione di un trattamento sanitario, che sarebbe sempre revocabile mentre questo lo rimane solo fino alla fecondazione per espressa disposizione di uno di quei frammenti normativi che dobbiamo cercare di inquadrare nel sistema odierno[9]. Al tempo stesso tale consenso assume, infatti, anche un valore direttamente costitutivo dello *status filiationis*, come tale per l'appunto irrevocabile, che sarebbe uno dei tratti caratteristici di un nuovo paradigma della genitorialità.

In effetti, nella procreazione naturale il preventivo consenso in sostanza non rileva, in quanto a rilevare sono semmai, da un lato, il fatto biologico della riproduzione, che ovviamente può benissimo avvenire senza alcuna procedimentalizzazione ed esplicitazione di consensi di sorta, riducendosi alla felice inconsapevolezza dell'atto sessuale, ovvero può anche avere luogo in circostanze segnate, ad esempio,

8 Si vedano dapprima Trib. Roma, 19 luglio 2013, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*, quindi più di recente Trib. Perugia, 28 novembre 2020, in *Giur. it*., 2021, 12, p. 2610 ss., con nota di Orestano, A.: "Procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all'impianto dell'embrione", e soprattutto la più nota e discussa Trib. Capua, 27 gennaio 2021, in *Corr. giur*., 2021, 7, p. 937 ss., con nota di Mendola, A.: "Tutela della vita prenatale e limiti all'autodeterminazione procreativa nella crisi coniugale", ed in *Fam. e dir*., 2021, 11, p. 1048 ss., con nota di de Pamphilis, M.: "Il diritto dell'embrione all'impianto tra consenso informato e genitorialità imposta", nonché la ancora successiva App. Perugia, 12 aprile 2022, segnalata in *www.giustizia.umbria.it*. Specie con riferimento alla decisione capuana non sono mancati commenti critici: cfr. Faccioli, M.: "Procreazione assistita omologa, separazione dei coniugi e revoca del consenso da parte dell'uomo", *Persona e mercato*, 2021, 2, p. 361 ss.; Villani, R.: "Trasferimento di embrioni crioconservati e separazione personale tra coniugi", *Nuova giur. civ. comm*., 2021, 3, p. 586 ss.; Meola, F.: "Il consenso informato al trattamento di P.M.A. e la sua irrevocabilità a proposito di alcune recenti ordinanze… da ignorare", *Corti supreme e salute*, 2021, 2, p. 331 ss.; Trezza, R.: "La fecondazione omologa post matrimonio: l'embrione crioconservato è "concepito"?", in *www.familia.it*, 15 febbraio 2022.

9 Alludiamo all'ultimo periodo dell'art. 6, comma 3, della ben nota l. 19 febbraio 2004, n. 40, disciplina che ebbe a suo tempo un impatto innovativo sulla questione che qui ci occupa: se infatti in precedenza una giurisprudenza di merito aveva ritenuto che la moglie separata non avesse diritto a procedere unilateralmente all'impianto embrionario contro la volontà del marito (Trib. Bologna 9 maggio 2000, in *Fam. e dir*., 2000, p. 487 ss., con nota di Cassano, G.: "Brevi riflessioni sul destino degli embrioni *in vitro*"), invece in seguito alla sua entrata in vigore autorevole dottrina ha avuto modo di osservare che una decisione del genere non sarebbe più stata possibile (Sesta, M.: "Commento agli artt. 1-11, l. 19 febbraio 2004, n. 40", in *Codice della famiglia, Addenda di aggiornamento* (a cura di M. Sesta), Milano, 2015, p. 2584), così in effetti anticipando gli sviluppi giurisprudenziali più recenti cui abbiamo fatto riferimento.

da ipotesi di violenza o di incapacità che di per sé nulla tolgono allo *status* del nascituro, e, dall'altro lato, l'operare di ulteriori meccanismi quali le presunzioni nascenti dallo stato coniugale ovvero la successiva manifestazione di volontà che si estrinseca nell'atto di riconoscimento. A tutto ciò si contrapporrebbe invece la nuova genitorialità fondata solo sul previo consenso, senonché è proprio questo tipo di casistiche a mostrare come la formula rischi paradossalmente di rovesciarsi nel suo opposto se l'esito è proprio quello di imporre di diventare genitore ad un soggetto che esplicitamente dissente. Sembra piuttosto emergere anche qui la tendenza per cui le odierne riconfigurazioni della genitorialità si basano sempre più sullo schiacciante predominio del dato genetico, divenuto incomparabilmente più facile da accertare rispetto al passato, di talché nella procreazione naturale la sussistenza o meno del rapporto matrimoniale non incide più sullo *status* ed il mancato riconoscimento può essere superato senza i limiti e le preclusioni del passato dalla dichiarazione giudiziale della paternità, mentre in quella artificiale è appunto la provenienza del materiale biologico che vale a superare ogni dissenso[10].

Ulteriore peculiarissima caratteristica del consenso in discorso è la sua vincolatività unilaterale, a seconda del genere dei soggetti coinvolti, in quanto la sua irrevocabilità sancita a livello legislativo si atteggia però in maniera radicalmente diversa nei due casi. La donna non potrà formalmente revocare il consenso dopo la fecondazione ma non può nemmeno, ovviamente, subire un impianto coattivo ed in caso di rottura del rapporto il suo dissenso risulta preclusivo di ogni prosecuzione del progetto genitoriale della controparte. Al contrario, il dissenso sopravvenuto dell'uomo non solo non impedisce alla donna di procedere materialmente all'impianto ma nemmeno vale a preservare il dissenziente dall'instaurazione di un rapporto giuridico di genitorialità con tutti i suoi effetti personali e patrimoniali[11]. Anche questa divaricazione, a ben vedere, non è tipica della riproduzione artificiale in quanto tale, ma ripropone tratti essenziali dell'odierna riconfigurazione di quella naturale, con il padre che ha perso gli antichi poteri che facevano del riconoscimento un atto di libera volontà e non, com'è invece oggi, un atto dovuto a fronte della responsabilità nascente dal mero fatto della procreazione, mentre la donna può sempre insindacabilmente avvalersi del diritto a partorire in anonimato e, ove successivamente interpellata sulla base delle più recenti elaborazioni pretorie[12], di quello a non revocare tale scelta.

10 Si possono vedere in proposito le considerazioni di Hendricks, J.: "Genetic Essentialism in Family Law", *Health Matrix*, 2016, 1, pp. 109-122; Douglas, T., Devolder, K.: "A conception of genetic parenthood", *Bioethics*, 23 luglio 2018; nonché Rizzuti, M.: "Parenthood and genetic manipulation", *Católica Law Review*, 2019, 2, p. 65 ss.

11 Si richiama al riguardo Cass., 18 dicembre 2017, n. 30294, in *Fam. e dir.*, 2019, 1, p. 21 ss., con nota di Figone, A.: "Revoca del consenso alla fecondazione eterologa", secondo la quale ai sensi dell'art. 9, comma 1, della l. n. 40 del 2004, una revoca successiva alla fecondazione e precedente all'impianto non legittima ad esperire il disconoscimento di paternità.

12 Si allude naturalmente ai ben noti sviluppi che hanno portato da Corte Cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Corr. giur.*, 2014, 4, p. 471 ss., sino a Cass. sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro it.*, I, 2017, c. 477.

Né, d'altra parte, le proposte intese all'istituzione di una sorta di simmetrico anonimato paterno sembrano destinate a particolare fortuna, in quanto si tende a vedere questo come un caso paradigmatico in cui il principio di eguaglianza, in maniera almeno apparentemente paradossale, impone bensì il diverso trattamento di situazioni diverse[13]. Invero, sia la *ratio* di prevenire l'aborto, che sta alla base dell'anonimato materno, sia quella di evitare un impianto coattivo, che a dispetto della *littera legis* consente alla donna di revocare nella sostanza il consenso alla procreazione assistita, non possono evidentemente trovare una posizione corrispondente a livello maschile, per cui un sindacato in termini di eguaglianza ben difficilmente potrebbe condurre ad esiti concretamente apprezzabili.

Ad ogni modo, occorre senz'altro rilevare come la costruzione che si è tentato di riassumere appaia come tutto sommato piuttosto peculiare del nostro ordinamento[14], mentre una considerazione comparatistica, sia pur limitata ad alcuni fra gli ordinamenti occidentali a noi più vicini, fa emergere soluzioni notevolmente distanti, che non possiamo certamente esimerci dal considerare, oltretutto in ragione della frequente natura transnazionale delle vicende inerenti alla procreazione assistita che non di rado pongono il problema della diretta rilevanza di discipline straniere anche per il nostro ordinamento. La legislazione francese, ad esempio, anche prima della recente riforma, espressamente considerava e tuttora considera fra le ragioni impeditive dell'impianto embrionario sia una revoca formalizzata dell'originario consenso da parte dell'una o dell'altra parte sia, a prescindere da ulteriori manifestazioni di volontà, le ipotesi di decesso o di rottura del rapporto familiare[15]. D'altronde, nella giurisprudenza sia europea sia soprattutto americana non è affatto raro imbattersi in espliciti riconoscimenti della legittimità della richiesta dell'uomo di ottenere la distruzione dei suoi embrioni crioconservati dopo la fine del rapporto con la madre, nonostante la di lei volontà di procedere invece all'impianto[16]. Non stupisce dunque che in siffatti contesti

13 Di recente in tal senso si veda Cass., 26 novembre 2021, n. 37023, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 388 ss., con nota di Renna, M.: "Dichiarazione giudiziale di paternità e anonimato materno".

14 A quanto pare il consenso sarebbe irretrattabile dopo la fecondazione soltanto in Italia ed in Germania, almeno secondo la rassegna comparatistica prospettata da Corte EDU, 10 aprile 2007, n. 6339/05, *Evans vs. United Kingdom*, §§ 39-42.

15 Il riferimento è all'*article L. 2141-2* del *Code de la santé publique*, sia nella versione rimodellata dalla nuova *Loi de bioéthique* del 2 agosto 2021, sia nella versione previgente. Anche nel nuovo *Código Civil y Comercial Nacional* argentino del 2014 troviamo all'art. 561 una previsione che esplicitamente permette la revoca del consenso fino al momento dell'impianto dell'embrione, per cui la giurisprudenza del Paese sudamericano, modificando un precedente orientamento, nega oggi l'ammissibilità della richiesta dell'ex moglie di procedere all'impianto per divenire "madre unilaterale" contro la volontà dell'ex marito (cfr. "Fallo judicial: impiden a una mujer implantarse los embriones que había congelado junto a su expareja", in *www.lanacion.com.ar*, 21 aprile 2021).

16 Quanto al nostro continente si veda anzitutto la già richiamata Corte EDU, 10 aprile 2007, *Evans vs. United Kingdom*, ma anche Supr. Court Ireland, 15 dicembre 2009, *Roche vs. Roche*, mentre oltreoceano si possono vedere Supr. Court Tennessee, 1° giugno 1992, *Davis vs. Davis*, nonché Missouri Court Appeals, 15 novembre 2016, *McQueen vs. Gadberry*, e sulla medesima linea di tendenza sembrerebbe collocarsi, in assenza a quanto pare di casi decisi, pure la dottrina sudafricana (cfr. van Niekerk, C.: "When a relationship has reached its expiration date, does the same apply to the embryos under South African law?", *Obiter Law Journal*, 2017, pp. 165-180). Per un'ulteriore significativa variante della casistica segnaliamo poi una

ordinamentali si siano anche concretamente aperti degli spazi per una prospettiva di regolazione in termini di autonomia privata, e si sia insomma posto il problema della rilevanza di accordi che le stesse comparti del rapporto familiare concludano, in vista di un eventuale crisi dello stesso, al fine di regolare anticipatamente questo genere di evenienze.

Chiariamo subito che il nostro ricorso ad un lemma abbastanza generico, per quanto tecnico, come quello di "accordi" non è certo casuale ma mira ad evitare una diversa terminologia più specificamente contrattuale, o negoziale, che implicherebbe una apodittica presa di posizione in ordine alla vincolatività degli stessi, che è invece quanto occorrerà analiticamente valutare. Al riguardo assumono un notevole valore paradigmatico le impostazioni nettamente differenziate fra di loro che sono state elaborate dalla giurisprudenza di due Paesi che pure possono senz'altro essere entrambi considerati rappresentativi, a livello giuridico e prima ancora culturale, di un approccio liberale alle tematiche inerenti alla riproduzione assistita, quali sono Israele e gli Stati Uniti d'America[17].

Da una parte, occorre infatti prendere in considerazione il non recentissimo, ma tuttora assai significativo ai nostri fini, caso israeliano[18] di due coniugi che avevano concordato di avviare in patria una procedura di fecondazione *in vitro* omologa allo scopo di poter ricorrere successivamente alla maternità surrogata all'estero, in ragione dell'impossibilità per la donna di portare la gravidanza a causa di un intervento chirurgico cui si era dovuta sottoporre. In seguito alla rottura del rapporto familiare, ed al costituirsene di uno nuovo fra l'ex marito e un'altra donna che gli aveva anche dato un figlio per vie naturali, l'ex moglie adiva le vie giudiziali chiedendo, nonostante la di lui opposizione, che le venissero consegnati gli embrioni in maniera tale da poter procedere appunto con la programmata surrogazione, istanza inizialmente accolta a livello di giurisdizione distrettuale. A fronte del ricorso dell'ex marito la Corte Suprema ha adottato, però, un approccio diverso, ritendo giuridicamente impossibile accogliere la richiesta della donna. Nello specifico i supremi giudici hanno argomentato che il diritto a divenire genitore, pur essendo indubbiamente un diritto fondamentale della persona, non può essere

recente decisione di merito spagnola che, a fronte della lite fra ex partner che chiedevano rispettivamente di destinare gli embrioni alla ricerca scientifica o di donarli con finalità riproduttive ad altre coppie, ha ritenuto che scelte unilaterali dell'uno o dell'altra fossero comunque inammissibili ai sensi dell'art. 11 della *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, per cui ha salomonicamente deciso di lasciare gli embrioni a disposizione del centro di procreazione assistita, investito di ogni potere al riguardo, che a quanto pare ha scelto di distruggerli senza farne altro utilizzo (cfr. "Disputa por los embriones congelados después del divorcio", in *www.diariodesevilla.es*, 20 luglio 2020, e poi "La clínica decide destruir los embriones en disputa tras un divorcio", in *www.diariodesevilla.es*, 27 luglio 2020).

17 Da un lato, infatti, com'è noto, gli Stati Uniti, o forse meglio quelli fra gli Stati caratterizzati da un orientamento più *liberal*, rappresentano uno dei contesti giuridici in cui nella materia dei diritti riproduttivi maggiore spazio è stato riconosciuto all'*autonomy*. Dall'altro, Israele può essere assunto come paradigma di un sistema in cui a livello sociale e anche religioso, prima che giuridico, l'approccio nei confronti del ricorso alla procreazione assistita è tendenzialmente di netto favore.

18 Israeli Supr. Court, *Nahmani vs. Nahmani*, 30 March 1995. I protagonisti della vicenda erano i coniugi Ruth e Daniel Nahmani.

considerato *enforceable* nei confronti della comparte del rapporto familiare, come dimostra la, oggi incontestata, regola per cui, nell'ambito della riproduzione naturale, il rimedio all'inadempimento del *debitum coniugale* non va certo trovato nel ricorso alla coercizione bensì eventualmente nel divorzio, ed insomma non sussiste, né potrebbe sussistere nel quadro assiologico proprio delle nostre società liberaldemocratiche, una tutela in forma specifica. Analogamente anche nella riproduzione assistita non sarà possibile costringere la comparte dissenziente a divenire genitore facendo leva sul consenso precedentemente espresso, proprio come il consenso al matrimonio non legittima l'esecuzione forzata dei doveri che dallo stesso erano nati.

Il passaggio della motivazione per noi più interessante sul piano della qualificazione giuridica è quindi quello che definisce il consenso prestato dal marito all'avvio del procedimento riproduttivo come "*a weak agreement*" insuscettibile di produrre gli effetti vincolanti propri del contratto. Peraltro, i supremi giudici segnalano anche come nella manifestazione di un consenso al ricorso alla procreazione assistita in costanza di matrimonio non possa di per sé considerarsi implicito pure quello alla sua prosecuzione nonostante la rottura del rapporto familiare, il che vale oltretutto a confutare il principale argomento della *dissenting opinion*, tutta incentrata sulla necessità di tutelare proprio il ragionevole affidamento della moglie, evidentemente fondato proprio su tale ipotetico nesso di implicazione.

Nel contesto giuridico statunitense possiamo invece incontrare le ricostruzioni più esplicitamente contrattualistiche in ordine alla natura di questo genere di accordi e quindi più propense a riconoscere loro i caratteri di una vera propria vincolatività. In un primo caso[19], a fronte del consueto contrasto fra gli ex partners in ordine all'impianto degli embrioni, i giudici nordamericani hanno riconosciuto alla donna il diritto di procedervi nonostante la contrarietà dell'uomo, ma non già in ossequio alla di lei autodeterminazione riproduttiva come avrebbero probabilmente fatto i nostri, in quanto tutt'al contrario abbiamo già ricordato come in ambito angloamericano pure la volontà della controparte di ottenere la distruzione degli embrioni dopo la crisi familiare viene tutelata[20], bensì in considerazione della valorizzazione di un'intesa in tal senso che sarebbe stata a suo tempo conclusa tra gli interessati, vincolandoli quindi in termini sostanzialmente contrattuali. Il medesimo ragionamento può tuttavia valere anche a parti radicalmente invertite, per cui è stato deciso[21] che l'accordo che a suo tempo aveva vincolato la coppia a

19 Illinois Appeal Court, 12 giugno 2015, *Szafranski vs. Dunston*.

20 Si considerino in particolare i casi *Davis vs. Davis*, e *McQueen vs. Gadberry*, già menzionati in precedenza.

21 New York Court of Appeals, 7 maggio 1998, *Kass vs. Kass, 696 N.E.2d 174, 180 (N.Y. 1998)*, su cui cfr. Summers, K.: "Kass v. Kass, Blazing Legal Trails in the Field of Human Reproductive Technology", *Cleveland State Law Review*, 2000, 3, p. 637 ss., nonchè più di recente Arizona Supr. Court, 23 gennaio 2020, *Terrel vs. Torres*., che si richiama espressamente al predetto *leading case* per sancire che gli "*agreements between*

donare gli embrioni in caso di rottura del rapporto deve prevalere sulla pretesa della donna di ottenerne invece l'impianto contro la volontà dell'ex marito.

Come indice del medesimo approccio va soprattutto segnalata una vicenda californiana più recente, e più celebre in ragione della notorietà delle parti[22], in cui dopo la rottura del rapporto familiare era l'uomo a chiedere l'impianto degli embrioni in una gestante surrogata, pratica di per sé pienamente lecita nell'ordinamento in questione, mentre la donna si opponeva facendo valere le clausole dell'accordo a suo tempo intervenuto fra i due, che subordinava l'ammissibilità di una siffatta vicenda all'espresso consenso scritto della comparte. Coerentemente con l'approccio che abbiamo visto prevalere nella mentalità giuridica d'oltreoceano, il decidente[23] ritiene valido ed *enforceable* tale vincolo contrattuale, escludendone l'invocato contrasto con l'ordine pubblico, e considera d'altra parte non provate le ulteriori eccezioni fondate su di un preteso successivo accordo orale modificativo, nonché sull'asserito vizio di *duress* del contratto in questione. Com'è evidente, tutta la tematica viene dunque inquadrata senza esitazioni nei termini del diritto dei contratti, in maniera perfettamente coerente con le più generali tendenze di un ordinamento che ha pienamente legittimato il ricorso ai *prenuptial agreements* per la regolazione preventiva, in via di autonomia privata, della vita familiare e delle conseguenze della sua eventuale crisi[24].

couples regarding the disposition of their embryos" dovranno *"generally be presumed valid and binding, and enforced in any dispute between them"*. Sempre nel mondo di *common law*, ritroviamo il medesimo approccio anche in Western Australian Family Court, 22 giugno 2007, *G and G [2007] FCWA 80*.

22 Alludiamo, infatti, alla vicenda di cui sono protagonisti la nota attrice Sofia Vergara, star della serie *Modern Family*, ed il suo ex partner Nick Loeb. Può essere interessante notare come lei sia nata in una famiglia cattolica, mentre lui è noto anche per aver diretto nel 2020 un film di orientamento *pro-life* dedicato a *Roe v. Wade*, il che determina una sorta di rovesciamento dei posizionamenti cui saremmo abituati in quanto la parte antiabortista è al tempo stesso *pro-surrogacy*. Il tutto potrebbe però apparire meno sorprendente se consideriamo che in ambo i casi si tratta pur sempre di una prospettiva mirante al controllo neo-patriarcale sul corpo della donna (secondo uno spunto che dobbiamo ad un intervento di Barbara Pezzini nel webinar "*Il nodo del consenso nella procreazione medicalmente assistita. Riflessioni a margine delle recenti pronunce del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere*", del 26 aprile 2021).

23 In seguito al fallimento di un tentativo di Nick Loeb di portare la questione dinanzi ai giudici della Louisiana per il tramite di una sorta di *forum shopping*, che mirava a trarre vantaggio dalle peculiarità di quell'ordinamento (cfr. Catchings, H.C.: "A "Modern Family" Issue: Recategorizing Embryos in the 21st Century", *Louisiana Law Review*, 2020, p. 1521 ss.), a decidere è stata invece la Los Angeles Superior Court, 28 gennaio 2021, nella persona del giudice Rafael Ongkeko, noto magistrato di origine filippina e di orientamento *liberal*, già assurto agli onori delle cronache hollywoodiane per essere stato ricusato dal tradizionalista e cattolico tridentino Mel Gibson in occasione della sua causa di divorzio. Per l'accesso al testo della pronunzia californiana su *Loeb vs. Vergara*, e di ulteriori atti del procedimento, dobbiamo un sentito ringraziamento alla disponibilità dell'amico e collega Giacomo Pailli. La decisione in parola ci risulta peraltro essere stata successivamente confermata anche in grado di appello (cfr. "Sofia Vergara's Ex-Fiancé Can't Revive Pre-Embryo Suit", in *www.law360.com*, 22 settembre 2022).

24 In passato anche oltreoceano i *prenuptial agreements* erano stati ritenuti invalidi per contrasto con la *public policy* (cfr. Supr. Court Kansas, *Neddo vs. Neddo*, in *56 Kan. 507, 52 44 P. 1, 2, 1896*), ma l'apertura giurisprudenziale nei confronti dell'istituto risale ormai a Supr. Court California, *In re Marriage of Dawley*, 29 giugno 1976, in *17 Cal.3d 342*, per cui ad oggi non si dubita della loro ammissibilità ma si tratta semmai di verificare che in concreto i patti non risultino *unconscionable*.

III. IL POSSIBILE RUOLO DELL'AUTONOMIA PRIVATA.

Possiamo dunque tornare a valutare come analoghe vicende assumerebbero una eventuale rilevanza nell'ambito nel nostro ordinamento, rispetto al quale è ragionevole ipotizzare che questo genere di casistiche, oggi forse ancora percepibili come assai peculiari, lo diverranno in progresso di tempo assai meno, nel contesto di una società in cui sia il ricorso alla procreazione assistita sia una certa frequenza della rottura dei rapporti familiari, sia quindi una combinazione delle due vicende, sono da tempo fenomeni avviati a poter rappresentare, se si vuole ricorrere ancora ad un termine recentemente abusato, la nuova normalità.

Verso una faticosa normalizzazione si va, del resto, avviando anche la stessa prospettiva di un'apertura agli accordi in vista delle crisi familiari che superi il dogma del presunto divieto dei patti prematrimoniali. Da un lato, infatti, in giurisprudenza si sono aperti degli spiragli con quelle, non più recentissime, decisioni che, recuperando un'operazione argomentativa ben nota nel finitimo campo dei patti successori[25], mirano a sottrarre all'operatività di tale divieto tutti quei patti in cui la crisi familiare operi come mera condizione e non come causa[26]. Dall'altro, il legislatore ha aperto alla diretta disponibilità negoziale dello *status* coniugale per il tramite del cosiddetto divorzio degiurisdizionalizzato[27], così rendendo assai discutibile la riconducibilità all'ordine pubblico di un principio che ne vieterebbe una disponibilità solo indiretta[28]. Ciò nondimeno, le proposte di

25 Alludiamo alla ben nota tesi (risalente quantomeno a Giampiccolo, G.: *Il contenuto atipico del testamento: contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37 ss.), per cui l'accordo non va considerato inammissibilmente *mortis causa*, ogniqualvolta l'evento morte operi invece come condizione o termine. Tale impostazione, com'è noto, ha ricevuto un'ottima accoglienza in dottrina, in giurisprudenza e nella prassi notarile, anche perché rende possibile riqualificare in questi termini, con un po' di sforzo interpretativo, una vasta porzione delle pattuizioni in discorso, o almeno di quelle dotate di un qualche rilievo non solo scolastico. Ci sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti a Rizzuti, M.: "Patti successori prematrimoniali", in *Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, Mantova, 2017, II, p. 187 ss.

26 Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Foro it*., 2013, 3, I, c. 864, ha ritenuto ammissibile l'accordo con cui un nubendo si sia impegnato a ritrasferire alla comparte la proprietà di un immobile "in caso di fallimento di matrimonio", a titolo di corrispettivo per le spese sostenute per la ristrutturazione di un ulteriore locale che era stato adibito a residenza familiare (cfr. Oberto, G.: "Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il *distinguishing* finisce nella *haarspaltemaschine*", *Fam. e dir.*, 2013, pp. 323-334). Quindi Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm*., 2014, p. 54, ha analogamente ritenuto valida la scrittura privata che prevedeva l'obbligo di un coniuge di restituire all'altro in caso di separazione le somme ricevute a titolo di prestito.

27 Il riferimento è all'art. 12 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni in l. 10 novembre 2014, n. 162, in base al quale, in assenza di figli minori o non autosufficienti, la separazione consensuale o il divorzio congiunto, o la relativa modifica delle condizioni precedentemente pattuite, possono prodursi per effetto di un atto dei coniugi ricevuto dall'ufficiale di stato civile ed inserito nei registri di sua competenza, un negozio dunque, che, in linea con la regola generale del *contrarius actus*, appare fondamentalmente analogo all'atto di matrimonio, nonché all'art. 6 del medesimo d.l. 132 del 2014, in base al quale, anche in presenza di figli minori o non autosufficienti, le predette vicende possono inoltre prodursi anche per effetto di un accordo negoziato dai coniugi con l'assistenza di almeno un avvocato per parte.

28 Si possono vedere al riguardo, anche per ulteriori riferimenti: Rimini, C.: "I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari", *Dir. fam. pers*., 2015, p. 207 ss.; Palazzo, M.: "Epicedio per la nullità dei contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio", *Vita not*., 2016, pp. 1429-1522; Ballerini, L: "Gli accordi preventivi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo il d. l. n. 132 del 2014", *Rass. dir. civ*., 2016, p. 1 ss.; Palazzo, M.: "I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio", *Giust. civ*., 2017, p. 93 ss.; Montinaro, R.: "Marital Contracts

un'organica regolamentazione del nuovo istituto, convintamente propugnate dal ceto notarile e più volte approdate anche nelle aule parlamentari, non hanno al momento condotto a risultati concreti[29], per cui rimane tuttora ineliminabile un'impressione di complessiva incertezza circa gli effettivi spazi per l'autonomia privata *in subiecta materia*[30].

Beninteso, ancor più complessa potrebbe farsi la valutazione se restringiamo il campo agli accordi che ci interessano in questa sede, cioè a quelli intesi a regolare in vista della crisi familiare la sorte delle peculiarissime entità di cui stiamo discutendo, e su cui si riflettono inevitabilmente anche le ulteriori incertezze di fondo circa l'odierno assetto giuridico della procreazione assistita cui pure abbiamo già fatto qualche riferimento. Riterremmo, però, che qualche ipotesi di soluzione possa essere costruita in maniera ragionevolmente equilibrata solo se distinguiamo nettamente le due categorie di ipotesi che possono venire in rilievo[31]: altro è avere a che fare con i gameti, o al limite con gli ootidi prima della singamia, e quindi con entità fondamentalmente qualificabili come parti staccate del corpo e dunque come *res* suscettibili di formare oggetto di diritti e dei relativi atti di disposizione; altro è avere invece a fare con gli embrioni, rispetto ai quali occorre parlare di una, sia pur relativa e contingente, soggettività giuridica[32] ed occorre di conseguenza escludere una prospettiva totalmente reificante.

and Private Ordering of Marriage from the Italian Family Law Perspective", *The Italian Law Journal*, 2017, 1, p. 75 ss.; Avagliano, M.: "Famiglia e accordi per la crisi, tra matrimoni, unioni civili e convivenze", *Riv. not.*, 2017, 2, p. 251 ss.

29 Si possono ricordare le vicende della proposta elaborata in occasione del XLVI Congresso Nazionale del Notariato del 13-15 ottobre 2011, cui si è quindi largamente ispirato il d.d.l. *bipartisan* n. 2669, presentato alla Camera dei Deputati in data 15 ottobre 2014, ed infine quelle del più ampio d.d.l. delega n. 1151 per la revisione del Codice Civile, presentato dal Governo Conte I al Senato della Repubblica il 30 luglio 2019.

30 Si possono vedere al riguardo, anche per ulteriori riferimenti: Aa. Vv.: *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari* (a cura di M. Palazzo, S. Landini), Milano, 2018; Gorgoni, A.: "Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti", *Persona e mercato*, 2018, 4, p. 236 ss.; Semprini, A.: "Gli accordi in vista della crisi della convivenza", *Familia*, 2019, 5, p. 597 ss.; Basini, G.F.: "I così detti "patti prematrimoniali": note *de iure condendo*", *Fam. e dir.*, 2019, 12, p. 1153 ss.; Barba, V.: "Patti in previsione della crisi familiare. Proposta per una riforma", *Dir. succ. fam.*, 2020, 2, pp. 407-466; Salanitro, U.: "Accordi prematrimoniali e sopravvenienze", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 3, p. 645 ss.; Donadio, G.: *Gli accordi per la crisi di coppia tra autonomia e giustizia*, Torino, 2020; Nanna, C.M.: *Accordi in vista del divorzio*, Pisa, 2021; Sartoris, C.: "Pre-nuptial Agreements. New Challenges in the Italian and European Context", in *Los nuevos retos del derecho de familia* (a cura di G. Berti de Marinis, A.A. Estancona Pérez, A. Gallardo Rodríguez), Valencia, 2021, p. 363 ss.; Liberati Buccianti, G.: "Autonomia privata e ordine pubblico familiare", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 16, pp. 46-79; Ventura, L.: "Gli accordi prematrimoniali, tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale, all'esame della *feminist relational contract theory*", *Contr. impr.*, 2022, 1, p. 317 ss.

31 Alla medesima *summa divisio* si siamo già ispirati in altra sede per quanto riguarda l'autonomia testamentaria: cfr. Rizzuti, M.: "Diritto successorio e procreazione assistita", *BioLaw Journal*, 2015, 3, p. 29 ss.

32 Senza voler entrare nel complesso dibattito sul tema, ricordiamo solo che importanti riferimenti normativi sono rappresentati dagli artt. 1, 254, 462, 643, 687, 715, 784 c.c., dall'art. 578 c.p. e dai rispettivi artt. 1 della l. 29 luglio 1975, n. 405, della l. 22 maggio 1978, n. 194 e della citata l. 40 del 2004. In giurisprudenza Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, c. 141, ha riconosciuto la risarcibilità dei danni causati al nato dai farmaci teratogeni assunti dalla madre in gravidanza, mentre Cass., 8 agosto 2014, n. 17811, in *Riv. not.*, 2014, p. 970, ha dichiarato nullo lo scioglimento del fondo patrimoniale convenuto dai coniugi senza l'intervento di un curatore speciale del concepito.

Nel primo caso, invero, nulla osta in linea di massima a configurare atti dispositivi anche tecnicamente contrattuali, per cui non vedremmo insormontabili ostacoli alla redazione di una clausola che, ad esempio, preveda che in caso di rottura del rapporto familiare i gameti già crioconservati debbano essere distrutti, ovvero donati per finalità di fecondazione eterologa o anche di ricerca scientifica. Incontrerebbero specifici ostacoli normativi solo quelle clausole che prevedano utilizzi non leciti, come la vendita dei gameti oppure, per il profilo che più ci interessa in questa sede, l'avvio di un procedimento fecondativo con riferimento a quella sarebbe ormai una persona *singl*e, e non già una coppia come tale legittimata ad accedere alla procreazione assistita[33]. D'altra parte, ciò non toglie che anche siffatte clausole potrebbe avere un rilievo nelle, non così improbabili, ipotesi transnazionali che coinvolgano ordinamenti dove, poniamo, i gameti possono circolare anche a titolo oneroso ovvero alle tecniche in questione possano accedere anche le persone *singl*e.

Nel secondo caso, invece, l'ostacolo di principio alla configurazione degli embrioni in termini di oggetto trova una sostanziale conferma nella considerazione che le eventualmente ipotizzabili clausole che direttamente incidano sulla loro destinazione finirebbero tutte per scontrarsi con divieti di carattere imperativo. Così non potremmo certo ritenere valide clausole che ne prevedano la distruzione o l'utilizzo a fini di ricerca o l'impianto in una gestante surrogata, tutte ipotesi sanzionate persino a livello penale[34]. Anche con riferimento all'ipotesi senz'altro lecita dell'impianto nel grembo della stessa madre occorre d'altra parte ricordare come la nostra giurisprudenza abbia configurato l'ipotesi in termini di massima valorizzazione dell'autodeterminazione della donna, per cui sarebbero senz'altro invalide le ipotetiche clausole che proibiscano siffatto impianto ovvero lo qualifichino, tutt'al contrario, come obbligatorio.

Un ristretto margine per il ricorso all'autonomia negoziale potrebbe forse ravvisarsi soltanto con riferimento ad un accorto utilizzo di meccanismi condizionali che, ferma restando la piena libertà per l'interessata di procedere o meno all'impianto, prevedano conseguenze patrimoniali favorevoli qualora lo stesso si realizzi effettivamente, in linea con la finalità, senz'altro meritevole di tutela, di agevolare la nascita del nuovo soggetto, e di sovvenire al contempo agli oneri economici che la stessa inevitabilmente comporterà. Il rispetto per la libertà e la dignità della donna passerebbe dunque in sostanza dalla nota regola

33 Si allude naturalmente ai requisiti soggettivi di cui all'art. 5 della legge 40 del 2004: in proposito cfr., anche per ulteriori riferimenti, Rizzuti, M.: "Le esclusioni soggettive dalla procreazione assistita nell'odierno contesto ordinamentale", in *La comunità familiare tra autonomia e riform*e, (a cura di D. Carusi), Rimini, 2019, pp. 173-200.

34 Il riferimento è al disposto degli artt. 12, 13 e 14 della legge 40 del 2004.

per cui la condizione sospende ma non obbliga[35]. Il tutto, beninteso, sempre che si considerino più in generale, nell'ambito del quadro evolutivo più sopra richiamato, in una qualche misura ammissibili pattuizioni che per l'appunto regolino in via preventiva aspetti della crisi familiare tramite il ricorso a strumenti condizionali.

Fra le ipotizzabili pattuizioni relative agli embrioni che dovremmo ritenere inammissibili parrebbe allo stato rientrare anche quella di un accordo con cui, in vista dell'eventuale crisi familiare ovvero anche a crisi già deflagrata, si decida di metterli a disposizione di altre coppie. Invero, non solo sarebbe ovviamente inammissibile una vendita, o comunque cessione a titolo oneroso, degli embrioni, palesemente reificante per gli stessi, ma, in assenza di previsioni normative che la legittimino, non sembrerebbero esservi i margini nemmeno per una loro messa a disposizione puramente solidaristica, che potremmo definire in termini di donazione oppure di adozione a seconda che si voglia inclinare più verso il parallelismo con la donazione dei gameti o invece porre l'accento sulla dimensione della soggettività dell'embrione abbandonato[36], senza che ad ogni modo la scelta per l'una o l'altra opzione linguistica, o per ulteriori possibili mediazioni terminologiche che risultino ideologicamente meno problematiche, sposti nella sostanza i termini del problema. Il punto è infatti che la tenuta di una siffatta regola, peraltro in fondo deducibile come dicevamo da un mero silenzio legislativo, suscita oggi fortissimi dubbi sul piano assiologico. La regola poteva avere una sua razionalità nel contesto dell'originario sistema che ammetteva soltanto la fecondazione omologa e dunque postulava come sempre imprescindibile un nesso biologico con entrambi i genitori.

Attualmente, però, una volta ammessa persino la doppia eterologa[37], che porta ad esiti biologici identici a quelli dell'ipotetica adozione embrionaria, risulta ormai irragionevole ai limiti dell'incostituzionalità che quest'ultima continui a non essere prevista, in un panorama che vede donatrici di gameti soggette ad invasive biopsie precedute da stimolazioni ormonali, coppie in attese che tali donatrici si facciano avanti e, nella migliore delle ipotesi, la prospettiva di produrre nuovi embrioni, molti dei quali destinati a residuare come soprannumerari, mentre rimane inibito l'utilizzo di quelli che già esistono e non hanno alcuna possibilità di venire impiantati dalla coppia che li ha generati, in quanto è venuto meno ogni interesse in tal senso. D'altra parte, non ci sembra irrilevante considerare che anche in contesti in cui la donazione di gameti è regolata secondo paradigmi più restrittivi dei

35 Lo avevamo argomentato, con riferimento alle vicende *post mortem*, anche in Rizzuti, M.: "Patti successori prematrimoniali", *cit.*, p. 209, nt. 65.

36 Di embrioni abbandonati si parla nella disciplina di cui al decreto del 4 agosto 2004, emanato dal Ministro della Salute, in base al quale la conservazione degli embrioni che si considerano per l'appunto abbandonati, in seguito all'espressa rinuncia all'impianto da parte della coppia ovvero all'attestata irreperibilità della stessa, non è più onere del centro di procreazione assistita presso cui sono stati prodotti, ma di una Biobanca Nazionale, con spese a carico del bilancio dello Stato.

37 L'indicazione è stata espressamente inserita nelle Linee Guida del Ministero della Salute, emanate nel luglio 2015.

nostri, autorevoli istanze favorevoli ad ammettere invece quella degli embrioni non sono affatto mancate[38]. E a questo punto, però, il discorso travalica il nostro tema degli accordi, in quanto una regolamentazione di questo genere di vicende dovrebbe certamente includere, per certi aspetti addirittura *a fortiori*, le ipotesi in cui l'abbandono si verifichi pure a prescindere da una volontà donativa degli aspiranti genitori, ad esempio anzitutto in caso di decesso degli stessi.

Tornando, dunque, in maniera più specifica alle ipotizzabili manifestazioni di accordo che si possono inserire nel contesto in esame, ci sembra di dover valutare anche un'altra eventuale variabile. Poniamo infatti che in seguito alla rottura del rapporto familiare sia l'ex partner maschile ad avere interesse a che l'impianto abbia luogo e che la sua nuova compagna sia disponibile ad accogliere uno degli embrioni in questione nel proprio grembo con il consenso anche della precedente partner. Se dunque l'ipotesi cui abbiamo prima fatto cenno rassomiglia, al livello embrionario, all'adozione piena del minore in stato di abbandono, qui ci troveremmo di fronte ad una vicenda comparabile a quella della cosiddetta adozione in casi particolari o adozione aperta, suscettibile cioè di dare luogo ad una configurazione in cui i genitori giuridici siano più di due[39].

Invero, anche una siffatta possibilità non risulta prevista, ed anche in tal caso non riusciamo a ravvisare alcuna giustificazione razionale di tale mancata previsione. Beninteso, lo schema prospettato non avrebbe nulla a che fare con la maternità surrogata, e quindi con i relativi divieti penali, dal momento che qui sarebbe proprio la donna che riceve l'impianto dell'embrione altrui a divenirne legalmente anch'essa madre. D'altra parte, si tratterebbe dell'unica configurazione suscettibile di valorizzare anche la volontà dell'uomo di proseguire nel progetto genitoriale, con un effetto di riequilibrio rispetto a quell'odierno assetto fortemente divaricato su cui ci siamo prima soffermati, e conseguentemente di offrire anche in tal caso delle *chances* di vita all'embrione. Beninteso, abbiamo in quest'ultimo passaggio delineato una casistica meramente ipotetica, e prescindiamo qui totalmente da eventuali, ed invero improbabili, nuovi disegni di ri-regolamentazione *de jure condendo* al riguardo, ma non ci sentiamo affatto di escludere che una vicenda del genere possa affacciarsi anche nella realtà pratica, e riterremmo in proposito che una giurisprudenza, giocoforza creativa come già tante altre volte *in subiecta*

38 Si allude in particolare alla posizione espressa dal Deutscher Ethikrat, 22 marzo 2016, un autorevole organismo indipendente comparabile al nostro comitato nazionale di bioetica, nel contesto dell'ordinamento tedesco, di un Paese cioè dove pure, a differenza di quanto accade da noi, non è ammessa l'ovodonazione ma solo la donazione del seme. Quanto alla dottrina italiana favorevole all'ammissibilità dell'adottabilità degli embrioni, prima ancora che la fecondazione eterologa tornasse ad essere lecita, cfr. Carusi, D.: "La "donazione per la nascita" dell'embrione soprannumerario", *Biodiritto*, 2012, 5 ss.

39 Sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a Rizzuti, M.: "Adozioni e poligenitorialità", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 13, pp. 646-681, nonché Rizzuti, M.: *Adozione aperta e rapporti successori*, Napoli, 2021.

materia, potrebbe per le esposte ragioni superare l'irragionevole silenzio legislativo e riconoscerne alfine la meritevolezza di tutela.

BIBLIOGRAFIA.

Aa. Vv.: *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari* (a cura di M. Palazzo, S. Landini), Milano, 2018

Avagliano, M.: "Famiglia e accordi per la crisi, tra matrimoni, unioni civili e convivenze", *Riv. not.*, 2017, 2, p. 251 ss.

Baccari Vari, M.P.: *Curator Ventris. Il concepito, la donna* e *la res publica tra storia* e *attualità*, Torino, 2012

Ballerini, L: "Gli accordi preventivi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo il d. l. n. 132 del 2014", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1 ss.

Barba, V.: "Patti in previsione della crisi familiare. Proposta per una riforma", *Dir. succ. fam.*, 2020, 2, pp. 407-466

Basini, G.F.: "I così detti "patti prematrimoniali": note *de iure condendo*", *Fam. e dir.*, 2019, 12, p. 1153 ss.

Cantarella, E.: *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano, 2003

Carusi, D.: "La "donazione per la nascita" dell'embrione soprannumerario", *Biodiritto*, 2012, 5 ss.

Cassano, G.: "Brevi riflessioni sul destino degli embrioni *in vitro*", *Fam.* e *dir.*, 2000, p. 487 ss.

Catchings, H.C.: "A "Modern Family" Issue: Recategorizing Embryos in the 21st Century", *Louisiana Law Review*, 2020, p. 1521 ss.

de Pamphilis, M.: "Il diritto dell'embrione all'impianto tra consenso informato e genitorialità imposta", *Fam.* e *dir.*, 2021, 11, p. 1048 ss.

Donadio, G.: *Gli accordi per la crisi di coppia tra autonomia* e *giustizia*, Torino, 2020

Douglas, T., Devolder, K.: "A conception of genetic parenthood", *Bioethics*, 23 luglio 2018

Faccioli, M.: "Procreazione assistita omologa, separazione dei coniugi e revoca del consenso da parte dell'uomo", *Persona* e *mercato*, 2021, 2, p. 361 ss.

FIGONE, A.: "Revoca del consenso alla fecondazione eterologa", *Fam. e dir.*, 2019, 1, p. 21 ss.

GIAMPICCOLO, G.: *Il contenuto atipico del testamento: contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954

GORGONI, A.: "Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti", *Persona e mercato*, 2018, 4, p. 236 ss.

HENDRICKS, J.: "Genetic Essentialism in Family Law", *Health Matrix*, 2016, 1, pp. 109-122

LIBERATI BUCCIANTI, G.: "Autonomia privata e ordine pubblico familiare", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 16, pp. 46-79

MENDOLA, A.: "Tutela della vita prenatale e limiti all'autodeterminazione procreativa nella crisi coniugale", *Corr. giur.*, 2021, 7, p. 937 ss.

MEOLA, F.: "Il consenso informato al trattamento di P.M.A. e la sua irrevocabilità a proposito di alcune recenti ordinanze… da ignorare", *Corti supreme e salute*, 2021, 2, p. 331 ss.

MONTINARO, R.: "Marital Contracts and Private Ordering of Marriage from the Italian Family Law Perspective", *The Italian Law Journal*, 2017, 1, p. 75 ss.

NANNA, C.M.: *Accordi in vista del divorzio*, Pisa, 2021

OBERTO, G.: "Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il *distinguishing* finisce nella *haarspaltemaschine*", *Fam. e dir.*, 2013, pp. 323-334

ORESTANO, A.: "Procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all'impianto dell'embrione", *Giur. it.*, 2021, 12, p. 2610 ss.

PALAZZO, M.: "Epicedio per la nullità dei contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio", *Vita not.*, 2016, pp. 1429-1522

PALAZZO, M.: "I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio", *Giust. civ.*, 2017, p. 93 ss.

RABELLO, A.M.: *Effetti personali della "patria potestas". Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano, 1979

RENNA, M.: "Dichiarazione giudiziale di paternità e anonimato materno", *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 388 ss.

Rimini, C.: "I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari", *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 207 ss.

Rizzuti, M.: "Diritto successorio e procreazione assistita", *BioLaw Journal*, 2015, 3, p. 29 ss.

Rizzuti, M.: "Patti successori prematrimoniali", in *Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, Mantova, 2017, II, p. 187 ss.

Rizzuti, M.: "Parenthood and genetic manipulation", *Católica Law Review*, 2019, 2, p. 65 ss.

Rizzuti, M.: "Le esclusioni soggettive dalla procreazione assistita nell'odierno contesto ordinamentale", in *La comunità familiare tra autonomia e riforme*, (a cura di D. Carusi), Rimini, 2019, pp. 173-200

Rizzuti, M.: "Adozioni e poligenitorialità", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 13, pp. 646-681

Rizzuti, M.: *Adozione aperta e rapporti successori*, Napoli, 2021

Salanitro, U.: "Accordi prematrimoniali e sopravvenienze", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 3, p. 645 ss.

Sartoris, C.: "Pre-nuptial Agreements. New Challenges in the Italian and European Context", in *Los nuevos retos del derecho de familia* (a cura di G. Berti de Marinis, A.A. Estancona Pérez, A. Gallardo Rodríguez), Valencia, 2021, p. 363 ss.

Semprini, A.: "Gli accordi in vista della crisi della convivenza", *Familia*, 2019, 5, p. 597 ss.

Sesta, M.: "Commento agli artt. 1-11, l. 19 febbraio 2004, n. 40", in *Codice della famiglia, Addenda di aggiornamento* (a cura di M. Sesta), Milano, 2015

Summers, K.: "Kass v. Kass, Blazing Legal Trails in the Field of Human Reproductive Technology", *Cleveland State Law Review*, 2000, 3, p. 637 ss.

Trezza, R.: "La fecondazione omologa post matrimonio: l'embrione crioconservato è "concepito"?", in *www.familia.it*, 15 febbraio 2022

van Niekerk, C.: "When a relationship has reached its expiration date, does the same apply to the embryos under South African law?", *Obiter Law Journal*, 2017, pp. 165-180

VENTURA, L.: "Gli accordi prematrimoniali, tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale, all'esame della *feminist relational contract theory*", *Contr. impr.*, 2022, 1, p. 317 ss.

VILLANI, R.: "Trasferimento di embrioni crioconservati e separazione personale tra coniugi", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 3, p. 586 ss.

ZATTI, P.: "Diritti del non-nato e immedesimazione del feto nella madre", *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 110 ss.



ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI E MODELLI FAMILIARI, TRA EFFETTIVA EQUIPARAZIONE DELLO *STATUS FILIATIONIS* E LEGAMI PARENTALI

SIMPLE ADOPTION AND FAMILY MODELS, BETWEEN EFFECTIVE EQUALISATION OF STATUS FILIATIONIS AND PARENTAL TIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 684-715

Federico
RUGGERI

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: A quasi dieci anni dall'ultima importante riforma in tema di filiazione, in Italia – o più precisamente, nella società civile e nelle aule giudiziarie d'Italia – è particolarmente acceso il dibattito in tema di c.d. adozioni in casi particolari, disciplinate dagli artt. 44 ss. della l. 184/1983.

L'istituto risulta infatti contrastare l'obiettivo della totale equiparazione, al centro della riforma della filiazione del 2012, dei figli nati all'interno o fuori del matrimonio e adottivi. Ciò, sostanzialmente, in ragione della mancata costituzione di un rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, e viceversa.

L'intervento, recentissimo, della Corte costituzionale con la sentenza 79/2022, che si è finalmente pronunciata nel senso di garantire a pieno i diritti dei figli adottivi, costituisce dunque l'occasione per ragionare su questi profili tanto delicati quanto centrali nella prospettiva di dare adeguato riconoscimento anche a quei contesti familiari, dalle famiglie "allargate o ricomposte" a quelle c.d. arcobaleno, ai cui appelli il legislatore stenta a dare risposte.

PALABRAS CLAVE: Adozione; modelli familiari; parentela.

ABSTRACT: *After almost a decade has passed since the last significant reform concerning filiation, in Italy – or rather, in the civil society and in the courts of law in Italy – the debate concerning the so-called adoptions in particular cases, as set forth in Arts. 44 et seq. of Law 184/1983 is particularly lively.*

Indeed, the juridical institute appears to be in contrast with the aim of complete equivalence of children born within or outside of marriage and of adopted ones, that constituted the focus of the 2012 reform of filiation. This finds its reason in the lack of a civil law relation among the adopted and the parents of the adoptee, and vice versa.

The most recent intervention by the Constitutional Court, in its judgment 79/2022, that has finally ruled in favour of the full enjoyment of rights for adopted children, thus constitutes the occasion to reflect upon these issues delicate as well as crucial for granting an adequate recognition to those family contexts, ranging from "extended" families the so-called "rainbow" ones, to whose appeals the Italian legislator struggles to provide answers.

KEY WORDS: *Adoption; family models; family relations.*

SUMARIO.- I. PLURALITÀ DEI MODELLI FAMILIARI E DISCIPLINE DELL'ADOZIONE.- II. L'INTERVENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE E IL RINNOVATO RAPPORTO TRA ADOZIONE PIENA E ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI.- III. (SEGUE) LO STATO DI FIGLIO E I RAPPORTI DI PARENTELA.- IV. GPA, RAPPORTI DI PARENTELA E ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE. SPUNTI PER LE SEZIONI UNITE?.- V. CONSIDERAZIONI COMPLESSIVE SUI LIMITI DELL'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI.

I. PLURALITÀ DEI MODELLI FAMILIARI E DISCIPLINE DELL'ADOZIONE.

I cambiamenti della società sono spesso in grado di orientare la sensibilità degli interpreti già prima che i tempi vengano considerati maturi per nuove stagioni del diritto positivo. Specie in quei settori, come il diritto famiglia[1], in cui si osserva la ricorrente ritrosia del legislatore tanto ad approcciarsi, prima, quanto a provvedere, poi, relativamente alle esigenze proprie di contesti la cui eterogeneità rende innegabilmente arduo il compito di decidere se ed eventualmente in che modo intervenire.

L'ambito delle relazioni familiari, in particolare, risulta indicativo dell'evidenza, progressivamente crescente, di quanto il diritto vigente risulti inadeguato nella rappresentazione della realtà e, di riflesso, nella sua regolazione. Il passaggio da una visione univoca della famiglia a una sua concezione in ottica plurale, nel corso di un processo avviato dalle riforme degli anni Settanta, appare un dato acquisito, non potendosi negare che accanto all'idea della famiglia per così dire tradizionale, che trova fondamento nel matrimonio quale società naturale significativamente impressa nell'art. 29 Cost., abbiano oramai trovato posto molteplici modelli alternativi[2]. Dalle famiglie c.d. allargate o ricomposte a quelle costituite da persone

1 Zatti, P.: "*Familia*, *familiae* – Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia", *Familia*, 2022, n. 1, p. 15. Sul necessario confronto tra Costituzione, anche sul piano dei rapporti di diritto privato, e realtà sociale, Scalisi, V.: "Complessità e sistema delle fonti di diritto privato", in AA.VV.: *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto* (a cura di M. Lobuono), Cacucci, Bari, 2009, pp. 52 ss.

2 L'esigenza di superare la concezione del "modello familiare" a favore di quello più moderno, adatto alla società occidentale attuale, di "modelli affettivi" viene avvertita e sostenuta da Messinetti, D.: "Diritti della famiglia e identità della persona", *Riv. dir. civ.*, 2005, n. 2, p. 147. Netto in questo senso anche l'approccio di Scalisi, V.: "Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte prima. Dalla «famiglia-istituzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del «rapporto» e primato della «persona»", *Riv. dir. civ.*, 2013, n. 5, pp. 1052-1053, secondo cui, stante la posizione di *favor* per la famiglia fondata sul matrimonio, "sarebbe eccessivo e sostanzialmente eversivo della effettiva portata sistematica della previsione costituzionale scorgere in essa anche l'espressione della supremazia o addirittura della esclusività di un modello o ancora peggio l'indice di un *disvalore* verso altre e diverse realtà familiari". Ancora, Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 95, per cui "ben possono coesistere diversi concetti di famiglia, tutti giuridicamente plausibili", nonché Rossi Carleo, L.: "*Status* e contratto nel mosaico della famiglia", *Dir. fam. pers.*, 2016, n. 1, p. 221, che si riferisce a "una pluralità di costellazioni familiari" che "si esprime attraverso una molteplicità di modi di essere". Da ultimo, Barba, V.: "Tecniche procreative, genitorialità e interesse del minore", in AA.VV.: *Diritto civile minorile* (a cura di A. Cordiano, R. Senigaglia), ESI, Napoli, 2022, p. 125, che rappresenta il generale "passaggio da un modello esclusivo e singolare,

• Federico Ruggeri
Assegnista di ricerca in Diritto Privato, Università degli Studi di Palermo. E-mail: federico.ruggeri@unipa.it

dello stesso sesso (c.d. arcobaleno), non si può non riconoscere l'esistenza di un vero e proprio mosaico di famiglie, distinguibili in considerazione della loro di volta in volta diversa composizione, ma non anche rispetto alla loro invece comune idoneità a costituire una formazione sociale costituzionalmente rilevante e in quanto tale meritevole di vedersi adeguatamente riconosciute tutela e dignità[3].

In questa prospettiva, in tema di filiazione, emerge la necessità di riconsiderare le modalità di funzionamento dell'istituto dell'adozione semplice o in casi particolari (a.c.p.), disciplinata dagli artt. 44 ss. della l. 4 maggio 1983, n. 184 (nel prosieguo, l. ad.), che, di fronte alla trasformazione dei rapporti e delle dinamiche familiari, dimostra di non riuscire a realizzare il fine ultimo a cui è preposto: la realizzazione degli interessi del minore.

In linea generale, l'a.c.p. si qualifica, al pari dell'adozione ordinaria o piena del minore (artt. 6 ss. l. ad.), per consentire la crescita equilibrata di un minore all'interno di un contesto familiare idoneo a garantire il migliore sviluppo della sua personalità[4]. Tuttavia, mentre nell'adozione piena l'inserimento del minore nel nuovo nucleo familiare comporta l'interruzione di tutti i rapporti civili già intercorrenti con la propria famiglia d'origine, l'a.c.p. si conforma in forza del rinvio operato dall'art. 55 l. a.d. alla disciplina prevista dal codice civile per l'adozione del maggiorenne. Un istituto, quest'ultimo, che adempie ad una funzione opposta, che trova spiegazione non nella prospettiva di tutela della persona, l'adottato, bensì attorno a un interesse, dell'adottante, alla trasmissione di un patrimonio e di un cognome. Trattasi infatti di un rapporto che si aggiunge, senza per ciò comprometterli, a quelli esistenti: l'adottante non subentra nel ruolo dei genitori dell'adottato; l'adottato ne antepone il cognome al proprio (art. 299 c.c.) e non

unicamente centrato sull'idea borghese di famiglia matrimoniale ed eterosessuale, a un sistema plurale e aperto, nel quale perdono importanza i caratteri della matrimonialità e della eterosessualità".

3 Così, Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, anticipando di diversi anni il legislatore, si è pronunciata rispetto alle coppie non coniugate di sesso uguale o diverso nel senso del "diritto di vivere liberamente una condizione di coppia […] ottenendo il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri". Già Perlingieri, P.: "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", *Rass. dir. civ.*, 1982, n. 1, pp. 72 ss., considerava meritevole di tutela anche la famiglia non fondata sul matrimonio perché comunque di per sé funzionale allo sviluppo della personalità e della dignità umana. Sulla famiglia, anche adottiva, come formazione sociale, Rescigno, P.: "La comunità familiare come formazione sociale", in Id: *Matrimonio* e *famiglia*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 348 ss.

4 Battelli, E.: "I diritti dei minori nell'ordinamento italiano, europeo e internazionale", in AA.VV.: *Diritto privato delle persone minori di età* (a cura di E. Battelli), Giappichelli, Torino, 2021, pp. 26 ss.

instaura un vincolo di parentela con la sua famiglia (art. 300 c.c.)[5]. E, addirittura, precario: il legame instaurato da tale adozione non risulta indissolubile, perché eventualmente revocabile per indegnità rispettivamente dell'adottato (art. 306 c.c.) o dell'adottante (art. 307 c.c.).

Ebbene, se ben si comprende perché siffatti effetti possano rivolgersi a un soggetto di maggiore età, meno condivisibile ne appare l'applicazione alla persona minore, rispetto alla quale risulta invece una significativa incongruenza: l'a.c.p., in quanto rivolta a una platea di minori in specifiche condizioni di difficoltà, dovrebbe prevedere una forma di tutela almeno pari, se non anche rafforzata, rispetto a quanto previsto per l'adozione piena e non, al contrario, seguire una disciplina di cui non condivide, sotto alcun aspetto, la natura[6].

Le ipotesi di accesso all'a.c.p. sono tassativamente previste all'art. 44, comma 1, l. ad. e includono a) l'adozione del minore orfano di entrambi i genitori da parte di persone che abbiano con lui un legame di parentela entro il sesto grado oppure un "preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento"; b) l'adozione da parte del coniuge del genitore anche adottivo del minore; c) l'adozione del minore orfano di entrambi i genitori che presenti "una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione" (art. 3, comma 1, l. 5 febbraio 1992, n. 104); d) l'adozione del minore a seguito di "constatata impossibilità di affidamento preadottivo". Se nelle ipotesi di cui alle lettere a) e b) spicca l'esigenza di valorizzare l'effettività di un rapporto già esistente tra una persona adulta e una persona minore, nelle successive rileva quale ragione giustificativa dell'istituto speciale la difficoltà o, peggio, l'impossibilità dell'accesso ad una adozione piena. La condizione di cui alla lettera d), in particolare, costituisce pertanto una vera e propria norma di chiusura, una "valvola di sicurezza"[7], funzionale a pervenire comunque al risultato dell'adozione quando non si possa raggiungere altrimenti l'obiettivo di migliore tutela del minore[8].

5 Barba, V.: "Variazioni critiche sull'art. 300 c.c.", *Fam. pers. succ.*, 2008, n. 6, p. 489, spiega quanto questa scelta nello specifico sia coerente con la *ratio* complessiva dell'istituto: la creazione di un legame di famiglia che per natura è inesistente "non può essere 'imposto' anche ai parenti dell'adottante, che quel vincolo non vogliono o, addirittura, possono anche avversare. Su costoro non sarebbe razionale imporre l'esistenza del vincolo".

6 Ferrando, G.: "Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?", *Questione Giustizia*, 2022, p. 2.

7 Ferrando, G.: *Diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologna, 2015, p. 318. Nei termini di "ulteriore 'valvola' per i casi che non rientrano in quelli più specifici previsti dalle lettere" precedenti della norma, anche l'approccio della Corte costituzionale già in Corte cost., 7 ottobre 1999, n. 383.

8 Tale profilo è non a caso evidenziato da Pane, R.: *Le adozioni tra innovazioni e dogmi*, ESI, Napoli, 2003, p. 162, per cui proprio "la varietà delle ipotesi nelle quali è possibile il ricorso a tale forma di adozione, infatti, nel rivelare la variabilità di finalità che possono, in concreto, essere realizzate dall'istituto, accentua il suo

Benché distinte e tipiche, le quattro ipotesi così descritte rivelano un apprezzabile minimo comune denominatore non "nella situazione (negativa) di 'carenza' di cure, ma in quella (positiva) di esistenza di relazioni significative già vissute in una dimensione familiare"[9], da cui emerge la preoccupazione di assicurare, nel complesso, una risposta quanto più pronta ed efficace possibile rispetto alla necessità urgente di un minore di poter contare su una famiglia che si impegni per lui. Sicché vengono coinvolti anche soggetti mancanti dei requisiti di cui all'art. 6 l. ad., dunque le persone singole oppure oltre i limiti di età, purché (siano) disponibili e (siano ritenute) idonee, e si rinuncia alla fase dell'affidamento preadottivo, per una maggiore celerità della procedura. D'altra parte, in un'ottica di bilanciamento, è richiesto l'assenso, se presente/i, del/i genitore/i del minore, comunque superabile dal giudice.

Tali accorgimenti, pur esprimendo l'attenzione del legislatore ad occuparsi di vicende altre da quelle che ammettono l'adozione piena, contrastano tuttavia con la precarietà di un legame che, per quanto solido, difetta della formazione di un vincolo che presenti valore giuridicamente rilevante.

Non troppo tempo addietro, una siffatta conclusione sarebbe potuta apparire, e in effetti appariva, inevitabile, nella misura in cui il dogma dell'esclusività della famiglia non ammette la costituzione dello stato di figlio a chi non solo è nato al di fuori del matrimonio – che a ben guardare è tuttora presupposto essenziale per l'adozione ordinaria – e dunque della famiglia di cui entra a far parte, ma nemmeno interrompe i rapporti civili con quella da cui proviene. E ciò, a costo di sacrificare sull'altare del vincolo coniugale gli interessi dei più vulnerabili, in forza di una prescritta coincidenza del concetto di filiazione con quello di generazione[10]. Il fondamento della genitorialità è unico: per il principio di derivazione biologica, si determina che, per il diritto, le funzioni di padre e di madre non possono che trovare attribuzione in coloro che, per la natura, hanno generato un figlio.

Con l'istituzione dell'adozione semplice, può dirsi che la capacità conformativa di questa regola abbia subìto una graduale erosione, trovando spazio accanto alla filiazione dei coniugi quella rete di legami, anche descritta con la felice espressione di "famiglia degli affetti"[11], costruita a partire da una volontà che si manifestata con l'assunzione di responsabilità e l'accoglienza.

fondamento personalistico, enunciato solennemente dall'art. 57, [comma 1,] n. 2, [l. ad.,] che subordina la pronuncia di adozione in casi particolari alla verifica del preminente interesse del minore".

9 Così, Ferrando, G.: "A Milano l'adozione del figlio del *partner* non si può fare", in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, n. 2, p. 174.

10 Si veda Barba, V.: "Variazioni critiche sull'art. 300 c.c.", cit., p. 488, spec. nota 7, che, riferendo del pensiero di Irti, sottolinea il "carattere artificiale e performatore del diritto che, pur sopraggiungendo su una realtà ontologicamente data, la plasma, ai suoi fini e per il suo scopo, perché essa risulti al giurista come esso pretende che giuridicamente sia".

11 Mantovani, M.: "La filiazione legittima e naturale", in AA.VV.: *Filiazione* (a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani), nel *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 10-11.

Il cambio di prospettiva è significativo, ma non definitivo. Emergono a loro volta, in tempi più recenti, le contraddizioni e i limiti dell'a.c.p. in relazione al ricorso da parte di coppie coniugate alle pratiche di procreazione medicalmente assistita (PMA), nella cornice normativa della l. 19 febbraio 2004, n. 40, nonché, sebbene indirettamente, a fronte dell'istituzione delle unioni civili, da cui l'affioramento di contesti che palesano il distacco tra le vicende della vita reale e la disciplina astratta della filiazione[12]. La trasformazione delle dinamiche della famiglia, a maggior ragione una volta (anche insufficientemente) regolate, esalta quel concetto di genitorialità di intenzione in cui trova espressione la totale dissociazione tra il ruolo biologico e quello sociale di almeno uno dei genitori e che conferisce massima centralità all'autodeterminazione della coppia nell'aspirazione alla genitorialità[13].

Nel mezzo, l'impatto della riforma della filiazione che, incentrata sull'unificazione dello *status filiationis*[14] in quanto "complesso di posizioni soggettive, attive e passive, che ad un soggetto competono, in quanto figlio, in un determinato contesto familiare"[15], ha introdotto un vero e proprio criterio interpretativo, che si rivolge inevitabilmente anche alle discipline dell'adozione, mettendole in discussione. La rinnovata concezione della famiglia che ne deriva, estesa alle relazioni parentali, afferma infatti l'incidenza dell'apporto dei parenti sull'armonico sviluppo psico-fisico dei minori e così il valore delle funzioni dirette e vicarie che questi esercitano, in una apprezzabile "saldatura generazionale" dei rapporti affettivi[16]. In questo senso, l'adozione semplice, se mantenuta aderente allo schema proposto dalla disciplina codicistica, si scontra con l'incapacità di tutelare il soggetto a cui è rivolta, un minore del quale non possono dirsi perseguiti gli interessi senza la pienezza dei rapporti familiari. La sua collocazione presso un ambiente sano e stabile in cui può crescere e sviluppare la propria personalità non può infatti prescindere dalla sua

12 Palmeri, G.: "Rapporti con i figli", in AA.VV.: *Legami di coppia* e *modelli familiari* (a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello), nel *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme* diretto da P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 87 ss.

13 Cfr. Calderai, V.: "Ordine pubblico internazionale e *drittwirkung* dei diritti dell'infanzia", *Riv. dir. civ.*, 2022, n. 3, pp. 478 ss., spec. p. 490.

14 Sesta, M.: "La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare", *Fam. dir.*, 2016, n. 10, p. 882, riepiloga in questo senso che se "prima della riforma della filiazione vi era una pluralità di *status filiationis* – legittima, naturale riconosciuta, naturale non riconosciuta o non riconoscibile – ed un unico modello legale regolante la relazione di coppia, cioè il matrimonio; ora, il rapporto di filiazione si conforma ad un unico stato di figlio, mentre quello di coppia è divenuto plurale, potendo assumere le diverse forme del matrimonio, dell'unione civile, delle – a loro volta multiformi – convivenze". In argomento, *amplius*, Bianca, M.: "L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012", *Giust. civ.*, 2013, n. 5-6, pp. 205 ss.

15 Basini, G.F.: "Lo stato di figlio", in AA.VV.: *La filiazione* e *l'adozione*, nel *Trattato di diritto di famiglia* diretto da G. Bonilini, Utet, Milanofiori Assago (MI), 2016, p. 3355.

16 Ballarani, G., Sirena, P.: "Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, n. 3, pp. 543-544. Dell'avviso che l'istituzione delle unioni civili abbia poi dato ulteriore spazio alla centralità dei sentimenti nella disciplina degli istituti familiari, dando dignità a ogni forma di relazione affettiva, Sesta, M.: "Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia", in AA.VV.: *Unioni civili* e *convivenze di fatto: la legge* (a cura di P. Rescigno, V. Cuffaro), in *Giur. it.*, 2016, p. 1793.

contestuale integrazione nella rete di parenti e affetti che di quello stesso nucleo familiare sono giuridicamente parte[17].

Le relazioni con il genitore sociale e con la sua famiglia, che nella realtà fattuale esistono e trovano quotidiana estrinsecazione, reclamano in sostanza riconoscimento giuridico proprio nella prospettiva mai trascurabile del *best interest of the child*.

II. L'INTERVENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE E IL RINNOVATO RAPPORTO TRA ADOZIONE PIENA E ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI.

Nell'ambito di un contesto in progressivo divenire si inserisce dunque la recente pronuncia della Corte costituzionale, n. 79 del 23 febbraio 2022[18].

In breve, il fatto. Due cittadini italiani dello stesso, uniti civilmente a seguito della trascrizione dell'atto di matrimonio formato all'estero, ancora all'estero avviavano un percorso di fecondazione assistita tramite surrogazione di maternità che si concludeva con la nascita di una figlia geneticamente legata a uno soltanto tra loro. Tornati in Italia, il genitore intenzionale non genetico della minore presentava domanda di adozione *ex* art. 44, comma 1, lett. d), l. ad., per impossibilità di affidamento preadottivo, la quale veniva in effetti accolta dal Tribunale per i minorenni di Bologna, previa prestazione dell'assenso da parte del genitore genetico già esercente la responsabilità genitoriale.

La questione. Il giudice *a quo* rilevava tuttavia di non potere riconoscere l'instaurazione di un vincolo giuridicamente rilevante tra la minore e i parenti del genitore adottivo sulla base del rinvio che l'art. 55 l. ad. opera all'art. 300, comma 2, c.c., per cui l'adozione non induce alcun rapporto civile tra adottato e famiglia dell'adottante. Rimetteva pertanto la questione di legittimità della norma speciale alla Corte costituzionale.

La decisione. Il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 31 e 117, comma 1, Cost., dell'art. 55 l. ad., nella parte in cui opera il rinvio alla citata disposizione codicistica. Ne discende che, nei limiti di tale effetto, quanto avviene è la dichiarata equiparazione tra l'a.c.p. e l'adozione piena.

17 Pone l'attenzione sull'emersione della figura del genitore sociale, "che si prende cura del minore in senso morale e materiale, svolgendo un ruolo genitoriale e costituendo per il minore una persona significativa di riferimento affettivo ed educativo", Bellelli, A.: "La filiazione nella coppia omosessuale", in AA.VV.: *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge* (a cura di P. Rescigno, V. Cuffaro), in *Giur. it.*, 2016, p. 1821.

18 Per delle prime riflessioni sulla pronuncia, Chiricallo, N.: "Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma", *Familia*, 2022, pp. 1 ss.; Ferrando, G.: "Adozione in casi particolari", cit., pp. 1 ss.

In forza di questa pronuncia, infatti, le differenze tra i due istituti non riguardano più tanto il tipo di rapporto che scaturisce dal provvedimento giudiziale, che diviene sostanzialmente identico, quanto le condizioni necessarie ad accedervi: per la disciplina speciale, le circostanze previste dall'art. 44 l. ad.; per quella ordinaria, lo stato di abbandono[19], sia da parte dei genitori che dei parenti del minore, che non risulti derivante da una causa di forza maggiore di carattere meramente transitorio (art. 8 l. ad.)[20]. Nonché le procedure da seguire per ottenere una o l'altra forma di adozione.

La disciplina di adozione del minore si propone quindi, definitivamente, unica, costruita sulla previsione di molteplici fattispecie che perseguono uno scopo comune[21].

Tale conclusione richiede però una precisazione. Perché se è vero che il minore acquista lo stato di figlio dell'adottante in modo ormai sempre pieno ed uguale, è pur vero d'altra parte che tale esito trova compimento o con la totale sostituzione dei suoi legami familiari preesistenti o con l'aggiunta ad essi di legami nuovi. La tensione tra modello ordinario e modello speciale di adozione, in sostanza, permane e permette alcune considerazioni.

Il rapporto tra i due è stato ideato in un contesto in cui la concezione dei rapporti di famiglia tiene ancora in scarsa considerazione la prospettiva del minore, da cui la regola dell'interruzione dei rapporti esistenti e l'eccezione dei casi particolari e dei loro effetti. D'altra parte, l'applicazione dei rispettivi istituti ha portato negli anni al suo completo rovesciamento: il modello speciale risulta ad oggi più diffuso di quello ordinario, che a sua volta è divenuto in un certo senso residuale[22]. Le maglie

19 Da individuarsi in quel contesto familiare in cui i genitori non sono oggettivamente e definitivamente in grado di prestare al figlio minore le cure necessarie, quell'assistenza morale e materiale necessaria alla sua migliore maturazione sul piano fisico e psichico (così già Trib. Min. Roma, 23 dicembre 1974, in *Foro it.*, 1975, n. 12, pp. 2814 ss.); né di assicurare l'adempimento degli obblighi di mantenimento, educazione ed istruzione *ex* art. 147 c.c. In argomento, Venditti, P.: "Stato di abbandono ed interesse del minore nel procedimento di adozione", *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, n. 3, pp. 331 ss. Si consideri che in questa determinazione a nulla rileva l'eventuale situazione di indigenza in cui versi la famiglia d'origine. Lo stato di abbandono si realizza peraltro anche quando talune cure materiali essenziali vengono pur prestate dai genitori o dai parenti entro il quarto grado, ma l'ambiente familiare non si mostra adeguato a garantire "un equilibrato ed armonioso sviluppo della personalità del minore, il quale potrebbe risultare in concreto pregiudicato" (Ballarani, G.: "Brevi note sulle valutazioni dello stato di abbandono del minore ai fini della dichiarazione di adottabilità", *Dir. fam. pers.*, 2006, n. 1, p. 69). In questa prospettiva, Cass., 1 dicembre 1999, n. 13419. Per l'ipotesi di un genitore che soffre di malattie mentali, del quale occorre verificare la capacità di comprendere le proprie funzioni e responsabilità e se del caso accertare una incapacità assoluta ad allevare ed educare i figli perché tale da produrre dei danni irreversibili al loro sviluppo, Cass., 9 gennaio 1998, n. 120; Cass., 13 febbraio 2001, n. 210; Cass., 18 febbraio 2005, n. 3389.

20 In tal caso, viene precisato in Cass., 28 marzo 2002, n. 4503, la durata soltanto temporanea di tale situazione non potrebbe essere considerata direttamente idonea a pregiudicare il corretto sviluppo psico-fisico del minore.

21 Ferrando, G.: "Adozione in casi particolari", cit., p. 1.

22 In termini di "inversione del rapporto tra regola ed eccezione", Long, J.: "Il triangolo dell'adozione", in AA.VV.: *Relazioni, Famiglie, Società* (a cura di B. Agostinelli, V. Cuffaro), Giappichelli, Torino, 2020, p. 215. Riflette sul rapporto tra "caso particolare a fattispecie residuale", Tuccari, E.: "L'adozione non può essere

più larghe della disciplina dei casi speciali hanno infatti permesso agli interpreti di far fronte all'imprevedibilità delle dinamiche familiari nelle modalità di volta in volta ritenute più idonee per la tutela del minore rispetto al caso concreto[23]. E nella realizzazione dei suoi *best interest* l'interruzione dei legami parentali esistenti non è apparsa più la soluzione preferibile di fronte all'opzione alternativa di mantenerli in vita, di guisa che il ricorso all'adozione piena interviene ormai soltanto in quelle situazioni in cui la famiglia d'origine risulta del tutto irrecuperabile[24].

Più nello specifico, l'a.c.p. si distingue per l'idoneità ad intervenire nelle situazioni di c.d. semi-abbandono permanente, rispetto alle quali procedere con un'adozione c.d. mite appare, se non necessario, certamente più opportuno[25]. Nonché in quelle situazioni in cui, pure in mancanza di un rapporto di coniugio, si miri a formalizzare una relazione di fatto già esistente tra un minore e il/la partner del genitore, con esso convivente o unito/a civilmente. A tale scopo si presta un'interpretazione estensiva della nozione di "impossibilità di affidamento preadottivo" di cui alla lett. d) dell'art. 44 l. ad., da intendersi non solo quale impossibilità di fatto, il cui scenario prevede che un minore si trovi in quello stato di abbandono che consente il ricorso all'adozione piena, ma, in concreto, manca una famiglia disposta ad accoglierlo[26]; ma anche come impossibilità di diritto dovuta alla mancanza dei presupposti giuridici: in particolare, la dichiarazione di adottabilità del minore ovvero, in generale, l'esistenza di condizioni per cui anche se il minore

sempre «mite»", in AA.VV.: *I nuovi orientamenti della Cassazione Civile* (a cura di C. Granelli), Giuffrè, Milano, 2020, pp. 137 ss.

23 Morozzo della Rocca, P.: "Il nuovo *status* di figlio e le adozioni in casi particolari", *Fam. dir.*, 2013, n. 8-9, p. 840.

24 Battelli, E.: "Minori e relazioni familiari", in AA.VV.: *Diritto privato delle persone minori di età* (a cura di E. Battelli), Giappichelli, Torino, 2021, p. 52, puntualizza peraltro come debba in ogni caso valorizzarsi il diritto a crescere nella propria famiglia d'origine, che impone di considerare i provvedimenti di adozione, affidamento e allontanamento del minore sempre in una prospettiva di *extrema ratio*. Cfr. anche Thiene, A.: "La Cassazione difende con fermezza il diritto dei bambini di crescere nella propria famiglia", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2020, n. 3, pp. 636 ss.

25 Con questa espressione ci si riferisce a quella situazione in cui versa il minore che, pur non abbandonato, si trova in un contesto familiare in cui i genitori non sono – né saranno in futuro – in grado di esercitare la responsabilità genitoriale. In questo senso, l'adozione in casi particolari *ex* art. 44, comma1, lett. d), l. ad., poiché la mancanza di un abbandono in senso stretto rende impossibile ricorrere all'adozione piena, risulta l'istituto più adeguato a tutelare tanto il minore quanto il diritto al rispetto della vita familiare dei genitori biologici. Così, nella giurisprudenza europea, Corte EDU, sentenza 21 gennaio 2014, ricorso n. 33773/11, *Zhou contro Italia*; Corte EDU, sentenza 13 ottobre 2015, ricorso n. 52557/14, *S.H. contro Italia*; Corte EDU, grande camera, sentenza 10 settembre 2019, ricorso n. 37283/13, *Strand Lobben e altri contro Norvegia*). Si rinvia, *amplius*, a Battelli, E.: "Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU", *Dir. fam. pers.*, 2021, n. 2, pp. 838 ss. Per la giurisprudenza di legittimità, Cass., 16 aprile 2018, n. 9373; Cass., 13 febbraio 2020, n. 3643; Cass. 25 gennaio 2021, n. 1476. Si veda, Montecchiari, T.: "Adozione 'mite': una forma diversa di adozione dei minori od un affido senza termine?", *Dir. fam. pers.*, 2013, n. 4, pp. 1581 ss.

26 Che il legislatore del 1983 intendesse l'impossibilità di affidamento preadottivo soltanto in questo senso "di fatto" emerge dai lavori preparatori della legge, ove è possibile leggere che "la lettera [d] s riferisce alla constatata impossibilità di un affidamento preadottivo del minore dichiarato adottabile", come nei casi di minori "grandicelli o handicappati che non si riesce a dare in affidamento preadottivo".

non riceve l'assistenza morale e materiale dei genitori non risulta in alcun modo utile a tutelarne gli interessi una situazione di affidamento preadottivo[27].

Con un approccio elastico, motivato da un proposito di salvaguardia dei rapporti di fatto consolidatisi all'interno di un contesto familiare senza per ciò rinnegare quelli di sangue[28], la giurisprudenza ha adeguato la portata della fattispecie alle correnti esigenze di tutela delle famiglie di oggi[29]. In modo particolarmente significativo, specie per la valenza sociale delle relative pronunce, l'interpretazione estensiva della disposizione ha permesso la c.d. *stepchild adoption* da parte delle coppie dello stesso sesso[30], anche a seguito dell'istituzione delle unioni civili.

Infatti, l'art. 1, comma 20, l. 76/2016, nonostante escluda espressamente l'applicazione alle parti dell'unione civile delle discipline di adozione dei minori relativamente a ciascuna ipotesi riferita ai rapporti di coniugio – si consideri in questa sede l'art. 44, comma 1, lett. b), l. ad., ma i casi sono chiaramente di più – fa pur salvo "quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti". Da cui si ritiene che il legislatore, non potendo intervenire direttamente per ragioni di carattere squisitamente politico[31], abbia comunque inteso mantenere impregiudicati gli approdi giurisprudenziali già raggiunti in materia con riferimento al convivente e *a fortiori* applicabili, in virtù delle maggiori garanzie di stabilità dell'ambiente familiare prestate da questa nuova formazione sociale, anche all'unito

27 Long, J.: "L'adozione in casi particolari del figlio del *partner* dello stesso sesso", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2015, n. 2, p. 118. Cfr. App. Milano, 9 febbraio 2017, in *De Jure*; Trib. Min. Bologna, 31 agosto 2017, in *De Jure*; Trib. Min. Bologna, 4 gennaio 2018, in *De Jure*. L'apertura a tale interpretazione è da attribuire al giudice delle leggi, con la citata Corte cost., 7 ottobre 1999, n. 383, secondo cui "il legislatore ha voluto favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo la possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella 'legittimante', ma con presupposti necessariamente meno rigorosi di quest'ultima. Ciò è pienamente conforme al principio ispiratore di tutta la disciplina in esame: l'effettiva realizzazione degli interessi del minore". Nell'ottica di evitare lo sradicamento del minore dal contesto familiare in cui è inserito, e dunque di valorizzare piuttosto la conservazione dei rapporti esistenti, Corte EDU, sentenza 27 aprile 2010, ricorso n. 16318/07, *Moretti* e *Benedetti contro Italia*. Meno risalenti le prime posizioni favorevoli all'estensione dello strumento alla genitorialità omosessuale, soprattutto da parte della dottrina. In termini di idoneità a rispondere alla "aspirazione delle coppie *gay* o lesbiche di crescere figli propri e dunque di stabilire legami giuridici con il figlio del *partner*", Ferrando, G.: *Diritto di famiglia*, cit., pp. 318-319. Cfr. anche Ead: "L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza", *Dir. succ. e fam.*, 2017, n. 1, pp. 79 ss.

28 Giorgi, G.: "Adozione in casi particolari e rapporti familiari di fatto: l'interesse concreto del minore", *Corr. giur.*, 2018, n. 11, p. 1400. Cfr. anche l'attenta riflessione di Cinque, M.: "La continuità affettiva nella legge n. 184/1983 e la posizione dei "parenti sociali"", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2016, n. 5, pp. 673 ss.

29 Cinque, M.: "Adozione in casi particolari: parentela tra "fratelli acquisiti"?", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2021, n. 1, pp. 79-80. L'Autrice richiama però l'attenzione sulla limitata flessibilità dell'istituto speciale, che, per quanto inevitabilmente soggetto all'evoluzione interpretativa, non dovrebbe poter giungere al punto di contraddire quanto tassativamente ed espressamente indicato dalla lettera dell'intero art. 44 l. ad., e in particolare dall'ipotesi *sub* lett. a) riferita al minore abbandonato ma non orfano accudito dai parenti fino al quarto grado. In argomento, per una ricostruzione di poco successiva all'emanazione della l. ad., Carlini, G.: "Adozione 'nei casi di constatata impossibilità di affidamento preadottivo' (art. 44 lett. c. l. 4 maggio 1983 n. 184)", *Giur. merito*, 1984, n. 2, pp. 458 ss.

30 L'apertura alla *stepchild adoption* da parte del convivente (anche) dello stesso sesso del genitore è sancita da Cass., 22 giugno 2016, n. 12962.

31 Sul processo normativo si veda la ricostruzione di Lenti, L.: "L'adozione", in AA.VV.: *Il nuovo diritto della filiazione* (a cura di L. Lenti, M. Mantovani), nel *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme* diretto da P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 407 ss.

civilmente[32]. Sicché, combinato al ricorso alla valvola di sicurezza dell'art. 44 l. ad., il diritto vivente è riuscito a dare dignità e veste giuridica a tutti quei rapporti tra i genitori intenzionali di coppie omosessuali e i loro figli nati all'estero per mezzo di fecondazione eterologa o di surrogazione di maternità[33].

La duttilità insita alla disciplina speciale continua quindi a distinguerla da quella ordinaria, nella misura in cui rivela l'imprescindibile bisogno, allo stato, della sua previsione per l'effettiva tutela dei minori adottabili, nell'uno o nell'altro modo. In questo senso, riconoscere il definitivo conseguimento di una disciplina unitaria dell'adozione del minore sembra insoddisfacente. Il risultato finora raggiunto, innegabile e significativo a garanzia di tutti i componenti delle famiglie coinvolte nell'adozione, appare ancora sbiadito laddove il rapporto tra i due modelli esistenti, che non possono certamente essere stravolti dalla sola azione degli interpreti, è configurato sulla perdurante distinzione tra le famiglie fondate sul matrimonio e tutte le altre.

Ecco allora che, in una prospettiva *de iure condendo*, la disciplina dell'adozione del minore, più che tendere all'uno, potrebbe mantenere binari distinti, ma in forza di un criterio completamente diverso, non fondato sul tipo familiare, bensì sulla sussistenza o meno di rapporti terzi rispetto a quelli vantati con i componenti della famiglia d'origine, e per un legame di sangue e per uno d'intenzione. Ne conseguirebbe una regolazione dei rapporti di famiglia più matura e inclusiva, riflesso di una società delle famiglie al plurale, ma anche più coerente con se stessa, che riconosca davvero pari dignità a tutte le formazioni sociali già riconosciute

32 Ferrando, G.: "Il problema dell'adozione del figlio del partner", cit., p. 1218, che condivisibilmente rileva come tale inciso non risulti altrimenti spiegabile. Sul punto, significativamente, Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, ove si sostiene che l'orientamento sessuale del genitore non può essere valutato in quanto elemento ostativo al riconoscimento di un rapporto di filiazione. D'altronde, a prescindere dalla scelta in concreto presa dal legislatore nazionale, si osserva costante giurisprudenza che esclude convintamente, anche tenuto conto della letteratura scientifica in materia psicologica, che crescere in una famiglia omogenitoriale possa di per sé costituire una fonte di pregiudizio per il minore. Quale *leading case* in Europa, Corte EDU, sentenza 21 dicembre 1999, ricorso n. 33290/96, *Salgueiro da Silva Mouta contro Portogallo*. Cfr. anche Corte EDU, sentenza 19 febbraio 2013, ricorso n. 19010/07, *X e altri contro Austria*, di condanna alla discriminazione fondata sul sesso, lo stesso, degli adottanti, nonché di affermazione del dovere degli Stati di attivarsi affinché il legame familiare possa, anche in questi contesti, svilupparsi al meglio. Per la giurisprudenza di merito, Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014, in *Rass. dir. civ.*, 2015, n. 2, pp. 679 ss., con nota di Salvi, G.; Trib. Min. Roma, 22 ottobre 2015, in *Foro it.*, 2016, n. 1, I, pp. 339 ss., con nota di Casaburi, G.; per l'espressa considerazione della coppia dello stesso sesso unita civilmente quale "famiglia" in grado di offrire al minore un "substrato relazionale solido, sicuro, giuridicamente tutelato", Trib. Min. Bologna, 6 luglio 2017, in *Corr. giur.*, 2018, n. 11, pp. 1396 ss., con nota di Giorgi, G.; per l'affidamento al genitore parte di una coppia omosessuale, Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Fam. dir.*, 2013, n. 6, pp. 570 ss., con nota di Ruscello, F.; nonché, più di recente, la già ricordata Cass., 22 giugno 2016, n. 12962. Per il riconoscimento dell'adozione piena effettuata all'estero da una coppia omosessuale, Cass., SS.UU., 31 marzo 2021, n. 9006.

33 La soluzione dell'a.c.p. veniva peraltro già suggerita da Marella, M.R.: "Adozione", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. I, Utet, Torino, 2000, pp. 1 ss. Più di recente, Bellelli, A.: "La filiazione nella coppia omosessuale", cit., pp. 1821-1822, per cui a prescindere che la nascita segua all'utilizzo di tecniche di PMA ovvero sia il frutto di una precedente relazione di uno dei due componenti della coppia, l'adozione costituisce uno strumento utile a garantire il diritto del minore "ad uno stato giuridico di figlio corrispondente ad una situazione di fatto creatasi all'interno di un nucleo familiare omogenitoriale fondato sugli affetti, sull'assistenza materiale e sulla cura del minore". Con riferimento specifico alla gestazione per altri, anche Calderai, V.: "Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, n. 7-8, p. 992.

per legge, superando quella che appare a tutti gli effetti una oramai intollerabile disparità di trattamento e di anacronistico *favor* per il vincolo matrimoniale e in funzione dell'orientamento sessuale dei potenziali adottanti[34]. Per altro verso, una corrispondente valorizzazione del rapporto tra minori e parenti sociali, che affermi la giuridicizzazione del fenomeno della multi-parentalità, diffuso nella quotidianità di tante famiglie e, a ben vedere, tutt'altro che ignorato dal diritto: l'adozione del maggiorenne[35], che plasma la disciplina dell'a.c.p., è da circa due millenni istituto proprio della tradizione giuridica occidentale.

III. (SEGUE) LO STATO DI FIGLIO E I RAPPORTI DI PARENTELA.

Si diceva che accogliendo il motivo di illegittimità dell'art. 55 l. ad., la Corte ha considerato la privazione dell'instaurazione del rapporto di parentela tra adottato e adottante una forma di discriminazione del minore in relazione al principio di unicità dello stato di figlio e alla sua condizione giuridica, in contrasto in particolare con gli artt. 3, 31 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU. In particolare, riportando le parole della sentenza, in quanto la norma censurata "impedirebbe al minore inserito nella famiglia costituita dall'unione civile di godere pienamente della sua 'vita privata e familiare' intesa in senso ampio, comprensiva di ogni espressione della personalità e dignità della persona ed anche del diritto alla identità dell'individuo". Anche sotto questo profilo gli spunti di riflessione non mancano.

Al centro dell'ultima riforma della filiazione e al principio della parità di trattamento di tutti i figli, che siano nati all'interno o fuori dal matrimonio oppure adottivi, è infatti la rinnovata nozione di parentela di cui all'art. 74 c.c., che, da un lato, rimuove le classificazioni del vincolo di parentela che scaturisce dallo *status filiali* e, dall'altro, trova fondamento non più sul matrimonio, come poteva ammettersi in un quadro normativo ordinato sulla distinzione tra figli naturali e figli legittimi, bensì sulla filiazione-genitorialità[36].

34 In questa direzione, Long, J.: "L'adozione in casi particolari", cit., p. 119, afferma che "il grado di tutela da riconoscere al minore non può dipendere dal dato astratto dello stato civile del genitore (sposato o convivente)".

35 Long, J.: "Adozione in casi particolari e dissenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2019, n. 1, p. 10, individua proprio nella "situazione di plurigenitorialità" derivante dalla mancata rottura dei rapporti dell'adottato con la famiglia di origine un fondamentale aspetto comune tra a.c.p. e adozione dei maggiori di età.

36 Per una ricostruzione del dibattito dottrinale in materia di rapporti parentali, Velletti, M.: "La nuova nozione di parentela", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, n. 3, pp. 441 ss. Sesta, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Fam. dir.*, 2013, n. 3, p. 233, dà riscontro di questo netto cambio di prospettiva, rilevando come "il matrimonio non si configuri più quale necessario presupposto per dar vita a relazioni *legalmente* familiari, che sorgono oramai indipendentemente dalla sussistenza del vincolo, cosicché può affermarsi che esso dispieghi ora effetti esclusivamente con riguardo al rapporto tra coniugi e non impinga sui rapporti giuridici della loro discendenza".

La lettera della norma si presenta in realtà chiara: nei casi di adozione del maggiorenne il vincolo di parentela non sorge. Tuttavia, per concludere che l'ultimo periodo dell'art. 74 c.c. non si estende all'a.c.p. è stato necessario, a dieci anni esatti dalla riforma, un intervento netto della Corte costituzionale a determinare che l'adottato in casi particolari è figlio alla stregua del figlio generato, anche con tecniche di PMA, e del figlio adottato con adozione piena[37].

Il principale indice normativo a favore di questa lettura è rappresentato dall'art. 48 l. ad., che attribuisce all'adottante la responsabilità genitoriale sull'adottato, trovando applicazione le norme di cui agli artt. 315 ss. c.c., nonché gli obblighi di mantenimento, istruzione, educazione e assistenza *ex* art. 147 c.c.[38]. Non a caso, al giudice cui è rivolta la domanda di a.c.p. è richiesto di valutare l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore, oltre l'ambiente familiare degli adottanti[39]. Inoltre, è la Corte costituzionale in commento ad evidenziarlo, in materia di adozione piena l'art. 27 l. ad. prevede che all'adottato sia riconosciuto lo "stato di figlio nato nel matrimonio degli adottanti". E ciò, spiega, ai fini dell'identificazione dei vincoli di parentela va inteso nel senso di considerare l'adozione piena in quanto filiazione "avvenuta all'interno del matrimonio", sicché quando l'art. 74 c.c. fa riferimento al figlio adottivo, provvedendo al contempo ad escludere l'adozione del maggiorenne, non può che rivolgersi al minore adottato con a.c.p.

Qualsiasi diversa interpretazione non potrebbe che vanificare la portata della riforma, privando il solo minore adottato in casi particolari della "rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami

37 Con la pronuncia di incostituzionalità del rinvio *ex* art. 55 l. ad. all'art. 300 c.c. relativamente all'adozione in casi particolari, la Corte supera il contrasto esistente tra le due tesi sorte a seguito della riforma della filiazione. Per un verso, chi sosteneva che il nuovo art. 74 c.c. avesse tacitamente abrogato la parte dell'art. 55 l. ad. che opera il suddetto rinvio; per l'altro, chi riteneva che la condizione dell'adottato in casi particolari dovesse essere (ancora) assimilata a quella dell'adottato maggiorenne. La tesi dell'abrogazione tacita si fonda principalmente su due argomenti: quello letterale, per cui se l'unica eccezione espressa dalla norma sia quella dell'adottato maggiore di età non è possibile ricercare ulteriori eccezioni; quello della volontà del legislatore, dovendosi considerare che la *ratio* della riforma in cui la modifica dell'art. 74 c.c. si inserisce consiste nella realizzazione dello stato unico di figlio, specie eliminando le disuguaglianze ancora esistenti. In questo senso, Morozzo della Rocca, P.: "Il nuovo *status* di figlio", cit., pp. 838 ss.; Giacobbe, E.: "Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma 'Bianca'", *Dir. fam. pers.*, 2014, n. 2, p. 838; Dossetti, M.: "Dopo la riforma della filiazione", cit., pp. 941 ss.; Lenti, L.: "L'adozione", cit., pp. 410 ss.; nonché, Cinque, M.: "Adozione in casi particolari", cit., pp. 81 ss., nonostante una posizione iniziale in senso opposto espressa, con l'esclusione dell'ipotesi *sub* lett. c) dell'art. 44 l. ad., in Ead: "Profili successori nella riforma della filiazione", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2013, n. 2, p. 663. Per la giurisprudenza di merito in favore si segnala in particolare, Trib. Bologna, 3 luglio 2020, in *articolo29.it*. Per la tesi opposta, invece, Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, n. 1, p. 2, per cui "il vincolo di parentela con la famiglia degli adottanti deve egualmente escludersi quando si tratti di adozione in casi particolari"; Sesta, M.: "L'unicità dello stato di filiazione", cit., pp. 235-236.

38 Critico sul mantenimento dell'art. 147 c.c. a seguito della riforma del 2012, Lenti, L.: "La sedicente riforma della filiazione", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2013, n. 4, p. 207. Per una prospettiva sistematica, per cui la norma si rivolge effettivamente allo specifico contesto della famiglia fondata sul matrimonio in forza della reciprocità dei diritti e dei doveri dei coniugi tanto nel rapporto tra loro quanto rispetto figli, senza che ciò metta in alcun modo in discussione la scissione, consolidata, tra lo stato di figlio e la pluralità dei modelli familiari, Bellelli, A.: "I doveri dei genitori e i doveri dei figli nell'evoluzione legislativa", in AA.VV.: *La riforma della filiazione* (a cura di C.M. Bianca), Cedam, Padova, 2015, pp. 150 ss.

39 Ferrando, G.: "Adozione in casi particolari", cit., pp. 4-5.

parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni. E nello stesso tempo [ledendo] il minore nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo". Una discriminazione evidentemente contraria all'intenzione del legislatore, che non appare sostenibile da alcun criterio di ragionevolezza e dunque, finalmente, superata attraverso l'affermazione della parentela quale strumento di tutela personale e patrimoniale dell'individuo, a maggior ragione se minore in fase di formazione e sviluppo della propria identità[40].

Anche da questo punto di vista rileva peraltro il profilo del superamento del dogma dell'esclusività della famiglia. La Corte stessa si esprime infatti in questo senso, arrivando ad affermare che l'aggiunta di nuovi rapporti ai precedenti altro non sia che "la naturale conseguenza di un tipo di adozione che può pronunciarsi anche in presenza dei genitori biologici", così proponendo in modo molto netto un capovolgimento di prospettiva assolutamente innovativo che vede il nuovo genitore affiancarsi *in toto*, con eguale dignità, al/ai precedente/i.

Si prende atto che un'effettiva attuazione del principio di unicità dello stato di figlio, espresso nello stesso art. 315 c.c. che costituisce la chiave interpretativa dell'intera materia della filiazione[41], non può arrestarsi di fronte alla condizione di un minore che, a seguito dell'adozione *ex* art. 44 l. ad., mantiene legami con la famiglia di origine. Difatti, l'eventualità che un minore si trovi a far parte di una famiglia ricomposta appare tutt'altro che remota, e che per ciò soltanto debba rinunciare ai nuovi rapporti per la conservazione dei vecchi appare in netto contrasto con il principio, altrettanto valido, del *best interest of the child*, equivalendo a disconoscere in contrasto alla Costituzione, afferma la Corte, la sua stessa identità legittimamente connotata da una doppia appartenenza. È d'altronde rispetto al perseguimento dei suoi interessi che, nel caso concreto, viene preferita perché considerata maggiormente idonea la strada dell'a.c.p., per cui escludere l'acquisizione dello stato comporta necessariamente un vuoto di tutela che però dipende dalla mera mancanza dei presupposti dell'adozione piena, rispetto alla quale la questione non avrebbe sin dall'origine modo di porsi. La soluzione appare

40 Attenta dottrina, in particolare, Bessone, M., Ferrando, G.: "Minori e maggiori di età (adozione dei)", in *Novissimo dig. it.*, app. V, Utet, Torino, 1984, p. 90, già a margine dell'approvazione della l. ad., riconosceva che escludere gli adottati in casi particolari dalla produzione di effetti legittimanti significasse collocarli in una posizione deteriore, di minor tutela, rispetto ai beneficiari di un'adozione piena.

41 Dossetti, M.: "L'unicità dello stato di figlio e i modi diversi di accertamento dello *status*", in M. Dossetti, M. Moretti, C. Moretti: *La nuova filiazione*, Zanichelli, Bologna, 2017, p. 2. Cfr. anche Iadecola, A.M.: "Il principio di unificazione dello *status* di figlio", *Dir. fam. pers.*, 2014, n. 1, p. 382, che riflette sulla centralità dell'art. 315 c.c. nell'equiparazione dello stato legale di tutti i figli secondo una concezione fortemente personalistica insieme al nuovo art. 315 *bis* c.c. che descrive efficacemente quale norma che "attribuisce nuova veste alla relazione figli-genitori, atteso che pone al centro del rapporto dialettico la posizione del figlio, specificandone diritti e doveri, in una prospettiva di reciproco e connesso interscambio, basato sul principio della responsabilità".

peraltro coerente con il citato rinvio operato dall'art. 48 l. ad. che colloca lo stesso minore nel perimetro del Titolo IX del Libro I del codice civile, per cui sembra che già da un approccio sistematico sul dato testuale niente osti alla sua qualificazione di figlio rispetto all'adottante, pure nell'ambito della conservazione dello stato in rapporto al genitore genetico.

Occorre in sostanza rimarcare che il minore che può essere adottato in casi particolari si trova in una posizione di bisogno di tutela almeno uguale se non superiore rispetto a quella che viene riconosciuta nell'adozione ordinaria, esattamente per la peculiarità delle situazioni in cui si trova e che giustificano l'esistenza di una disciplina *ad hoc*. Immaginare di poter negare la contestuale esistenza di rapporti civili con i componenti di più di due famiglie, magari ipotizzando una posizione di favore del minore così adottato rispetto a qualsiasi altro suo pari[42], non sembra un'opzione percorribile. Più che nella addizione di molteplici e contemporanee appartenenze, una reale forma discriminazione si ritrova infatti nell'equiparazione del minore adottato con a.c.p. al maggiorenne che in virtù dell'adozione acquista un terzo genitore, e non anche una famiglia, in funzione di logiche che nulla hanno a che vedere con la necessità di garantire a un soggetto fragile in considerazione della sua età la crescita e la formazione della propria identità personale all'interno di un ambiente stabile e solido, da misurarsi in quanto tale anche in considerazione dei legami che permette di costruire con tutti gli altri parenti che ne fanno parte.

La condizione del minore adottato che si lega ad una famiglia ulteriore rispetto a quella d'origine non sembra poi così difforme da quella del nato fuori dal matrimonio, nella misura in cui anche il figlio riconosciuto da uno o entrambi i suoi genitori genetici può dirsi discendente da contesti formalmente distinti e non comunicanti se non per il fatto della sua esistenza, che in ogni caso non è sufficiente ad instaurare rapporti di affinità[43]. Pur mancando di punti di contatto sotto il profilo strettamente giuridico, però, nella prospettiva della prevalenza del rapporto tra figlio e genitore su quello che coinvolge i genitori, il minore è soggetto alla responsabilità genitoriale di chi lo abbia riconosciuto, con effetti anche sui rispettivi parenti (art. 258, comma 1, c.c.)[44]. E se ad esserne interessate sono entrambe le famiglie dei genitori, esse concorrono nel dovere di farlo crescere nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni,

42 Così, Velletti, M.: "La parentela a seguito della riforma (art. 74 c.c., come modificato dall'art. 1, comma 1, della l. n. 219/2012", in AA.VV.: *La riforma della filiazione* (a cura di C.M. Bianca), Cedam, Padova, 2015, pp. 178-179, per la quale "ritenere che l'adottato in casi particolari acquisisca vincoli parentali con la famiglia dell'adottante significherebbe porre questo minore in posizione più favorevole rispetto alle altre categorie di figli, in quanto sarebbe l'unico ad avere un doppio legame parentale".

43 Ferrando, G.: "Adozione in casi particolari", cit., p. 6.

44 Sul ruolo dei parenti fino al sesto grado nell'eventuale limitazione della responsabilità genitoriale, ad esempio con riferimento all'art. 317 *bis* c.c., quale ulteriore espressione del superamento della concezione famiglia in senso esclusivamente nucleare, Dogliotti, M.: "Famiglia (dimensioni della)", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., Utet, Torino, 2019, p. 12.

garantendo il suo diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con tutti i parenti che, dunque, costituiscono la sua esclusiva rete di rapporti parentali nonostante la mancanza di reciprocità tra i due rami, tra le due famiglie.

In questo senso, il passaggio ulteriore che è stato possibile compiere con l'intervento della Corte costituzionale si pone in continuità con un atteggiamento, tanto del legislatore quanto degli interpreti, disposto a prestare sempre più attenzione al fatto, alle dinamiche della vita reale che meglio permettono di comprendere quali siano, in concreto, i bisogni di tutela dei minori[45]. Valorizzando in questo modo quei rapporti sociali che esistono, fanno parte della sua quotidianità e ricoprono determinati ruoli nel corso della sua crescita e dello sviluppo della sua identità[46]. Non si vede così come, nell'ottica di una maggior tutela – anche sotto il profilo patrimoniale[47] – in risposta a condizioni tipiche di indubbio pregiudizio, non possa considerarsi positivamente l'apertura alla pluralità di appartenenze familiari, a questa, nella pratica, forma di multi-parentalità che altro non deve realizzare che i migliori interessi del minore.

IV. GPA, RAPPORTI DI PARENTELA E ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE. SPUNTI PER LE SEZIONI UNITE?

Dalle considerazioni che precedono è già emerso come la soluzione fatta propria dalla Corte costituzionale possa impattare in modo significativo sulla specifica condizione delle coppie dello stesso sesso che ricorrono alle tecniche di PMA all'estero, in particolare nei casi di maternità surrogata o gestazione per altri (GPA).

Senza indugiare in questa sede sulla tormentata storia della ricordata l. 40/2004[48], si rileva che i limiti e i divieti da essa imposti non hanno completamente disincentivato l'impiego di tali pratiche per esaudire un desiderio di genitorialità. Da qui la necessità di comprendere come qualificare i rapporti civili del nato.

Innanzitutto, lo stato di figlio del genitore intenzionale genetico, previo riconoscimento della filiazione, con il conseguente ingresso formale nella sua famiglia. Nessun vincolo sorge invece nei confronti di chi abbia donato il proprio

45 Sulla più generale tendenza, nella relazione tra categorie giuridiche e fatto, verso una "fattualità del diritto", che incide sul diritto riuscendo anche a plasmarlo, Grossi, P.: "Sull'odierna fattualità del diritto", *Giust. civ.*, 2014, n. 1, pp. 11 ss.

46 Sembrano qui contestualizzabili le parole di Giacobbe, E.: "Il prevalente interesse del minore", cit., p. 839, per cui "se il minore ha diritto a crescere in famiglia, ha necessariamente anche diritto a far parte della famiglia in cui cresce".

47 In giurisprudenza, si segnala la recentissima Cass., 5 aprile 2022, n. 10989, che si incentra proprio sull'idoneità della coesistenza dei legami familiari, nel caso di specie la famiglia del padre biologico e quella del padre adottivo marito della madre, a realizzare il preminente interesse del minore.

48 Si rinvia per una precisa ricostruzione a Barba, V.: "Tecniche procreative", cit., pp. 135 ss.

gamete (altro genitore genetico) ovvero portato a termine la gravidanza (madre biologica), i cui ruoli potenzialmente possono anche coincidere. Più complessa la soluzione che interessa il secondo genitore intenzionale (non genetico) del nato: l'unica, l'applicazione dell'art. 44, lett. d), l. ad., non appare pienamente soddisfacente in considerazione di quanto si cercherà di argomentare nel prosieguo del discorso.

Il maggiore ostacolo, la mancata formazione di un rapporto di parentela con la famiglia dell'adottante, può ormai dirsi superato dall'intervento della Corte costituzionale, sebbene resti ancora attuale, oltre che auspicabile, immaginare un ruolo del legislatore a disciplinare la materia nel senso di estendere simmetricamente al genitore intenzionale non genetico tutti gli effetti che interessano l'altro, che gode sotto questo profilo del *favor veritatis*. Si tratterebbe invero di una valutazione, anche – se non soprattutto – politica, di riconoscimento sul piano giuridico di pari dignità ai membri della coppia che vogliano realizzare un progetto comune di filiazione, che non può che interessare entrambi allo stesso modo, sia personalmente sia in relazione alle rispettive famiglie di origine[49]. La creazione di legami affettivi si presenta infatti connaturata all'inserimento di fatto all'interno di un ambiente familiare al quale tutti i parenti contribuiscono, instaurando delle relazioni già esistenziali, a costituire il naturale contesto, per cui appare incompatibile con gli interessi del minore limitare gli effetti giuridici al genitore e al ramo familiare da cui discende geneticamente[50].

Occorre tuttavia procedere per gradi. Il primo nodo da sciogliere consiste infatti nella rilevanza nell'ordinamento nazionale del provvedimento straniero che accerta la costituzione di un rapporto filiale.

Il diritto vivente ha sinora proposto diverse chiavi di lettura, peraltro in rapida successione tra loro, il cui principale elemento distintivo si individua nel sesso della coppia interessata. A fronte dell'apertura rispetto al riconoscimento della filiazione di due madri, che più difficilmente si rivolgono ad una gestante terza potendo procedere ad una fecondazione eterologa rispetto alla quale entrambe sono legate al nato, una perché donatrice, l'altra perché partoriente[51], oppure una è madre sia

49 Si pensi in particolare alla situazione in cui uno o entrambi i componenti la coppia abbiano figli nati nel corso di altre relazioni. Nel senso di ammettere l'instaurazione di rapporti di parentela almeno tra fratelli, già la giurisprudenza di merito: Trib. Min. Bologna, 3 luglio 2020, in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2021, n. 1, pp. 78 ss., con nota di Cinque, M.

50 Così, Morozzo della Rocca, P.: "Il nuovo *status* di figlio", cit., p. 841. In questo senso, Trib. Livorno, 14 novembre 2017, in *articolo29.it*, secondo cui vanno "valorizzati i legami familiari di fatto come modo lecito di realizzazione della personalità dell'individuo: il diritto all'identità non è più necessariamente correlato alla verità biologica, quanto piuttosto a quelle relazioni personali sviluppatesi all'interno di una famiglia che garantiscono uno sviluppo armonico del minore '[…] da un punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale (sent. Cass. 22 dicembre 2016, n. 26767), legami affettivi che acquistano rilevanza giuridica e che si fondano su un'assunzione consapevole della responsabilità genitoriale, dei doveri di accudimento e di cura nei confronti dei bambini nati in conseguenza di un progetto di coppia, consentito e riconosciuto nel paese straniero, dal quale origina lo *status* di figlio, che esige di essere mantenuto in Italia, nel rispetto dei diritti fondamentali del minore alla vita familiare e all'identità personale'".

51 Così, Cass., 30 settembre 2016, n. 19599.

genetica e biologica e l'altra in via intenzionale[52]; si rileva un atteggiamento di chiusura verso l'omogenitorialità di due padri, che sono invece costretti a ricorrere alla surrogazione di maternità[53]. Rispetto a tale pratica infatti, che per completezza occorre dirsi preclusiva – almeno in queste prime battute – rispetto non solo alla coppia di uomini, ma anche a quella formata da due donne oppure eterosessuale, la giurisprudenza di legittimità ha negato la costituzione del rapporto con il genitore intenzionale non genetico. In tal senso si orientavano peraltro le note Sezioni Unite del 2019[54], che negavano il riconoscimento della sentenza del giudice canadese che accertava il rapporto di filiazione tra un padre di intenzione e i figli in considerazione della violazione di un divieto, quello di maternità surrogata, ritenuto espressione di limiti di ordine pubblico internazionale poiché rivolto a una pratica che, riportando le parole della Corte costituzionale[55], "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane". D'altra parte, ammetteva che il limitato riconoscimento alla genitorialità del padre genetico non fosse di impedimento alla richiesta di adozione semplice per impossibilità (giuridica) di affidamento preadottivo da parte del padre d'intenzione[56], ritenendo di adeguarsi in questo modo all'indirizzo della giurisprudenza europea[57].

La soluzione che sembrava così cristallizzata dalla pronuncia del Supremo Collegio ha mostrato però presto i propri limiti. Appena due anni dopo, infatti, si pronunciava sul punto la Corte costituzionale, le cui altrettanto note sentenze

52 In questo senso, evidentemente più controverso in rapporto alla corrispettiva genitorialità omosessuale maschile, Cass., 15 giugno 2017, n. 14878.

53 Salanitro, U.: "L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca… e apre alla maternità surrogata", *Corr. giur.*, 2020, n. 7, p. 912. Critico nel senso di una discriminazione tra coppie omo-affettive maschili e femminili, Barba, V.: "Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019", *GenIUS*, 2019, n. 2, p. 21, nella misura in cui, spiega, se la gestazione per sostituzione avviene da parte di un soggetto terzo, cioè una donna estranea alla coppia, l'effetto risulta lo stesso ovvero il mancato riconoscimento della genitorialità, anche se certificata da un atto straniero di nascita o giurisdizionale; laddove nel caso di scissione tra genitorialità biologica (della partoriente) e genetica (della donatrice) all'interno della stessa coppia omosessuale femminile non può parlarsi di vera e propria surrogazione di maternità poiché la donna che porta a termine la gravidanza dell'embrione formato a seguito di fecondazione degli ovociti dell'altra contestualizza questa condotta nell'ambito di un progetto di filiazione condiviso per cui, fin dall'inizio, non intende che adempiere con pienezza di effetti alla propria funzione genitoriale.

54 Cass., SS.UU., 8 maggio 2019, n. 12193. In commento alla decisione della Corte, e*x multis*, Dogliotti, M.: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri", *Fam. dir.*, 2019, n. 7, pp. 667 ss.; Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", *Fam. dir.*, 2019, n.7, pp. 677 ss.; Perlingieri, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata", *Dir. succ. fam.*, 2019, n. 2, pp. 337 ss.; Salanitro, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2019, n. 4, pp. 737 ss.

55 Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272.

56 Cfr. Barba, V.: "Ordine pubblico", cit., p. 20.

57 Corte EDU, Grande Camera, parere 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001, con cui, richiamati i precedenti della stessa Corte, viene fissata la linea generale da seguire in materia di GPA, determinando, per un verso, che la decisione se ammetterla o meno rientra nella discrezionalità legislativa degli Stati; per l'altro, il dovere di riconoscere il rapporto giuridico di filiazione nei confronti del/i genitore/i genetico e, nel superiore interesse del minore, di individuare strumenti adeguati che consentano un rapporto di filiazione anche con il/i genitore/i di intenzione "della stessa natura della trascrizione dell'atto di nascita straniero", oltre che in modo effettivo e celere. Il parere trova da ultimo conferma in Corte EDU, sentenza 18 maggio 2021, ricorso n. 71552/17, *Valdís Fjölnisdóttir e altri contro Islanda*.

nn. 32 e 33 del 9 marzo 2021 hanno ammesso l'inadeguatezza dell'a.c.p. a soddisfare l'interesse, tanto sociale quanto giuridico, del minore alla creazione di rapporti civili con il ramo della famiglia da cui discende l'adottante. Da un lato rilevando una ancora controversa interpretazione dell'art. 74 c.c.; dall'altro lo stato di incertezza che è proprio dell'istituto, in particolare in considerazione della necessaria prestazione dell'assenso e del consenso all'adozione nell'ipotesi di una sopravvenuta crisi di coppia. Si tornerà sul punto. Allo stesso tempo, però, il giudice delle leggi riscontrava la necessità di un bilanciamento tra il principio del *best interest* e il legittimo scopo, espresso all'art. 12 della l. 40/2004, di disincentivare, peraltro con sanzione penale, la pratica della GPA. E di conseguenza ammoniva il legislatore affinché, nella sede più opportuna, venisse indicata una soluzione di equilibrio tra interesse del minore da un lato e finalità sanzionatoria e preventiva dell'ordinamento dall'altro.

Nel suo immobilismo, ancora una volta, la Corte costituzionale. La sentenza 79/2022 infatti, con l'equiparazione dell'adozione ordinaria e di quella speciale quanto all'effetto di costituzione dei rapporti di parentela, può di riflesso interessare anche la questione relativa alla trascrivibilità in Italia dell'atto di nascita straniero del nato da maternità surrogata. E si inserisce con apprezzabile tempismo nell'ambito della questione rimessa alle Sezioni Unite con l'ordinanza della prima sezione della Cassazione n. 1842 del 21 gennaio 2022, ovvero se il riconoscimento di un provvedimento straniero da cui risulta la doppia paternità di un bambino nato da GPA all'estero sia contrario o meno all'ordine pubblico internazionale (o.p.i.).

Ciò in quanto il riconoscimento di effetti pieni all'a.c.p. sembra a primo impatto sufficiente a consentire il recupero dell'autorevole pronuncia di legittimità e così risolvere i connessi dubbi di costituzionalità nel senso di considerare la disciplina *ex* artt. 44 ss. l. ad. adeguata a tutelare il minore rispetto agli altri interessi in gioco: dignità della donna; prevenzione e sanzione dei reati. Tuttavia, in questa delicatissima ricerca di un equilibrio, che sconta inevitabilmente l'inerzia del legislatore, non si ritiene ancora possibile una soluzione definitiva proprio – ma non solo – in considerazione del limite, l'o.p.i. appunto, disposto dalla normativa di diritto internazionale privato[58].

Pur non costituendo il contenuto centrale della relativa pronuncia, le citate Sezioni Unite lo descrivevano in quanto insieme dei valori fondanti di un ordinamento in un determinato momento storico, e dunque, relazione a quello nazionale, dei principi fondamentali individuati dal diritto internazionale e comunitario, dalla Costituzione e dalle leggi ordinarie, nonché dal diritto vivente, dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria. Trattandosi in sostanza di un criterio di valutazione elastico il cui significato trova di volta in volta concretizzazione attingendo ai

58 Artt. 16 e 65 della l. 31 maggio 1995, n. 218.

principi dell'ordinamento giuridico, il controllo di conformità all'ordine pubblico svolge dunque la funzione di evitare che, nell'ambito del riconoscimento di un atto giuridico straniero, giudiziale o negoziale, o anche dell'applicabilità di una legge straniera, si realizzi un fallimento giuridico attraverso la lesione, anche solamente parziale, dei principi fondamentali e irrinunziabili del sistema ordinamentale[59].

Ebbene, per comprendere se e in che misura la maternità surrogata possa contrastare con l'ordine pubblico, si richiede innanzitutto di considerare tale tecnica di PMA quale è: un fenomeno estremamente eterogeneo, tanto nell'applicazione quanto nella regolazione. Si richiede, cioè, di procedere secondo una valutazione caso per caso. Che individui chi, nella coppia, ha apportato il proprio materiale genetico: se entrambi, nella coppia di sesso opposto; nessuno dei due[60]; ovvero uno soltanto dei genitori intenzionali[61]. Nonché il ruolo della gestante, ovvero se è anche donatrice del gamete o se si è limitata a portare a termine la gravidanza a seguito della fecondazione e dell'impianto dell'ovulo di un'altra donna, una componente della coppia o una donatrice terza[62]. La natura della pratica, se commerciale o altruistica. E ancora, in generale, gli specifici requisiti previsti dalla normativa del Paese in cui è ammessa e vi si ricorre[63].

In questa prospettiva, che il divieto di rilevanza penale si fondi nell'ordinamento nazionale sul proposito di preservare la dignità della donna[64] e di evitarne ogni forma di mercificazione, sfruttamento e commercializzazione[65], appare poterne impedire la violazione nei casi di più pura solidarietà[66], ovvero quando la gestante sia una donna estranea oppure nota alla coppia e non ci sia alcuna finalità lucrativa, volendosi soddisfare genuinamente l'altrui desiderio di genitorialità, altrimenti

59 Barba, V.: "Ordine pubblico", cit., pp. 23 ss.

60 In questa particolare ipotesi, invero considerata utile ad aggirare la legge sull'adozione, in considerazione del mancato consolidarsi di una situazione familiare anche solo di fatto, Cass., 26 settembre 2014, n. 24001 ha giustificato il rifiuto di riconoscimento dell'atto di nascita straniero e l'apertura del procedimento di adozione del minore. Si veda, Benanti, C.: "La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2015, n. 3, pp. 241 ss. Non in disaccordo con questa soluzione, purché non si leda in questo modo un rapporto sociale consolidato, Salanitro, U.: "Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?", *Giur. it.*, 2022, n. 8-9, p. 1831.

61 Sulla rilevanza del rapporto genetico con uno o entrambi i genitori, Lucchini Guastalla, E.: "Maternità surrogata e *best interest of the child* ", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, n. 12, pp. 1722 ss.

62 In quest'ultimo caso, si parla di maternità surrogata c.d. relazionale quando sussiste con la donatrice un rapporto di parentela o amicizia. Cfr. già Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Fam. dir.*, 2000, n. 2, pp. 151 ss., con note di Dogliotti, M. e Cassano, G.

63 Per una ricognizione, Grasso, A.G.: *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello* status, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 15 ss.

64 Artt. 2 e 3 Cost.; art. 3 Carta di Nizza; art. 21 Convenzione di Oviedo.

65 In questa direzione, specie in considerazione della necessaria tutela delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale, numerose recenti pronunce della Corte costituzionale. In particolare, le sentenze n. 272 del 2017, n. 221 del 2019, n. 33 del 2021.

66 Cfr. Grasso, A.G.: "Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata", *Teoria e critica reg. soc.*, 2018, n. 2, pp. 153 ss., a sostegno della rilevanza costituzionale degli interessi della coppia che voglia accedere alla maternità surrogata come emergente a seguito di Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, sui profili di incostituzionalità della l. 40/2004.

irrealizzabile[67]. Se nei limiti definiti da questi parametri è dunque possibile assicurare la tutela della donna, ponendo al centro la sua libertà di autodeterminazione, e privare di contenuto il fatto penalmente rilevante, ecco prospettarsi l'ipotesi del diretto riconoscimento della filiazione anche del genitore intenzionale non genetico e, così, il migliore perseguimento degli interessi del minore.

Il controllo di conformità all'o.p.i. può in sostanza offrire una risposta all'esigenza di bilanciare i diversi, ma non del tutto contrapposti, interessi del minore, della gestante e della collettività. D'altra parte, non ci si può però non chiedere in che modo, in effetti, la dignità della donna possa dirsi tutelata dall'ordinamento nazionale attraverso la negazione del riconoscimento dell'atto di nascita straniero, laddove il mancato accertamento dello stato di filiazione produce la sola conseguenza del sacrificio del nato, non potendo di riflesso risanare una lesione ormai sofferta[68]. Dalla ricerca di un equilibrio, a onor del vero probabilmente impossibile, si arriva così alla conclusione di privilegiare l'interesse alla prevenzione e alla sanzione dei reati, al prezzo non condivisibile di rinunciare alla realizzazione del *best interest of the child*.

V. CONSIDERAZIONI COMPLESSIVE SUI LIMITI DELL'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI.

Dell'inadeguatezza dell'a.c.p. per la costituzione del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale non genetico, anche a seguito della certa applicazione dell'art. 74 c.c., è stato fatto in più occasioni cenno. Resta ancora da considerare la presenza di taluni fattori di criticità che sembrano necessariamente escludere questo istituto dal tracciato definito dalla Corte EDU per una tutela celere ed effettiva del minore nato da maternità surrogata. Emergono, in particolare, due ordini di motivi, strettamente connessi poiché concorrono a generare una condizione di incertezza.

In primo luogo, le tempistiche. La procedura di adozione sconta inevitabilmente i tempi non immediati della giustizia[69]. In secondo luogo, i genitori. La disciplina dell'a.c.p. richiede infatti l'assenso, da un lato, del genitore genetico e il consenso, dall'altro, dell'adottante, la cui figura in questo caso coincide con quella del genitore

67 Più precisamente, la richiamata ordinanza di rimessione alle SS.UU. n. 1842/2022 puntualizza doversi tenere conto, per il riconoscimento di tale situazione, di diversi elementi, quali "[l']adesione libera e consapevole e non determinata da esigenze di ordine economico della donna alla gestazione, [la] revocabilità del consenso alla rinuncia all'instaurazione del rapporto di filiazione fino alla nascita del bambino, [la] necessità di un apporto genetico alla procreazione da parte di uno dei due genitori intenzionali, [la] valutazione in concreto degli effetti dell'eventuale diniego del riconoscimento sugli interessi in conflitto".

68 Ferrando, G.: "Adozione in casi particolari", cit., pp. 12-13.

69 Grasso, A.G.: "Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione?", *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, n. 3, p. 724, riporta un dato statistico medio emergente dalle sentenze analizzate di circa un anno e mezzo che trascorre tra la presentazione del ricorso e la sentenza di adozione.no

intenzionale non genetico, al quale spetta a monte anche la presentazione della domanda. I rispettivi comportamenti trovano infatti origine nel necessario esercizio di un potere discrezionale, per cui è possibile, specie in conseguenza alla crisi della coppia, che il genitore genetico esercente la responsabilità genitoriale neghi l'assenso all'adozione[70]; che l'altro la domandi proprio o, una volta presentata la domanda, non presti il proprio consenso. Allo stato, il mancato assenso risulta superabile soltanto da parte del giudice, che dovrebbe però previamente pronunciarsi, nella misura in cui "ritenga il dissenso fonte di un grave pregiudizio per il minore", sulla la decadenza del genitore dalla responsabilità genitoriale[71]. Rispetto al genitore d'intenzione non ci sarebbe invece modo di superare la relativa condizione di incertezza.

In entrambi i casi, situazioni del tutto indipendenti dal minore. Da cui il rischio, tutt'altro che inverosimile, che l'istituto non realizzi la sua funzione, che resta però centrale: assicurare la realizzazione degli interessi del minore attraverso il suo inserimento in un ambiente familiare in cui possa crescere e sviluppare la propria identità personale. Il ricercato bilanciamento con altri interessi, chiaramente altrettanto meritevoli di attenzione e tutela, non può cioè tradursi in una rinuncia

70 Sul punto, Long, J.: "Adozione in casi particolari" cit., pp. 10 ss., ripercorre l'evoluzione giurisprudenziale attorno alla locuzione di "genitori esercenti la responsabilità genitoriale", giunta a limitare l'effetto preclusivo dell'adozione al solo dissenso opposto da quel genitore che effettivamente, ovvero nell'ambito di una riconoscibile vita di relazione tra genitore e figlio, ne faccia esercizio. Un potere di veto assoluto, infatti, impedirebbe al giudice di verificare quale soluzione possa in concreto realizzare gli interessi del minore. In questo senso, Cass., 21 settembre 2015, n. 18575. In continuità, Cass., 16 luglio 2018, n. 18827, secondo cui il dissenso ha efficacia preclusiva anche in mancanza della convivenza tra genitore e figlio, purché il giudice non accerti l'esistenza di "una situazione di disgregazione del contesto familiare di origine del minore in conseguenza del protratto venir meno del concreto esercizio di un rapporto effettivo con il minore stesso da parte del genitore esercente la responsabilità". Tale posizione assunta dai giudici di legittimità si presenta peraltro fondata sulle considerazioni di Corte cost., 18 febbraio 1988, n. 182, ove, riassume l'Autrice a p. 14, la *ratio* dell'assenso richiesto a chi esercita la [responsabilità] genitoriale veniva identificato "nel diritto individuale del genitore a non essere pregiudicato *nella relazione familiare esistente* a causa del 'turbamento' o anche solo dall''interferenza non gradita' che dall'adozione della stessa da parte di altri potrebbero derivargli".

71 Long, J.: "Adozione in casi particolari", cit., p. 10. Ciò in quanto, viene spiegato dalla Corte cost., 18 febbraio 1988, n. 182, la necessità dell'assenso all'adozione del minore si spiega, al pari di quanto avviene *ex* art. 297 c.c. per l'adozione del maggiorenne, al quale questa pronuncia si riferisce, nella protezione dei "valori costituzionalmente garantiti, quali quello della conservazione della compagine familiare e della società coniugale […] che prevalgono anche in presenza degli opposti consensi manifestati dall'adottante e dall'adottando", per cui esso potrebbe essere negato laddove si tema di ricevere un pregiudizio o di soffrire un turbamento rispetto alla propria vita di relazione con l'adottando. Evidentemente, però, se si guarda al funzionamento dell'a.c.p. in applicazione della lett. d) dell'art. 44 l. ad., la *ratio* della norma richiede una diversa considerazione, in quanto difficilmente contestualizzabile rispetto al legame con un genitore sociale non coniugato con il genitore del minore ovvero al rapporto con il nato con pratiche di PMA. In questi casi, Favilli, C.: "Stato filiale e genitorialità sociale: dal fatto al rapporto", *Giur. it*., 2022, n. 2, p cit., pp. 319-320, sottolinea che il mancato assenso del genitore genetico "non rischia solamente di vanificare l'acquisto di un legame ulteriore rispetto a quello o quelli che il minore ha con la famiglia di origine, ma proprio di sacrificare uno dei rapporti intessuti all'interno della famiglia nella quale è cresciuto; non è in gioco un'aggiunta, insomma, ma una perdita […]. In quest'ottica, il diritto del genitore esercente la responsabilità di decidere della sorte dei rapporti intessuti all'interno della famiglia, ed eventualmente di privare il minore di un apporto fondamentale per la crescita e lo sviluppo, […] deve essere guidato, e eventualmente sindacato, alla luce dell'interesse del minore". In alternativa, infatti, si finirebbe per tutelare non il minore interessato dalla procedura di adozione, bensì "l'interesse del genitore biologico a escludere l'altro dalla vita del figlio e a proseguirne autonomamente la crescita e l'educazione, rinnegando l'impegno preso nei confronti dell'altro".

in partenza a seguire la prospettiva che deve guidare ogni ragionamento riferito al minore di età. La quale si riconosce, rispetto al nato, nel diritto ad avere dei genitori che, insieme alle rispettive famiglie di provenienza, se ne prendano cura nell'ambito di una relazione basata su diritti e doveri reciproci, da considerare a prescindere e dal contesto familiare (genitori di sesso opposto o dello stesso; sposati, uniti o conviventi) e dalle forme di costituzione della filiazione (procreazione naturale o medicalmente assistita), nella piena valorizzazione del rapporto tra volontà e responsabilità[72].

E in effetti, che l'assunzione di responsabilità costituisca di per sé fondamento della filiazione è confermato espressamente anche dalla Corte costituzionale n. 272 del 2017, secondo cui "il dato della provenienza genetica non costituisce un requisito imprescindibile della famiglia, non essendo esso un valore di rilevanza costituzionale assoluto"[73].

In questo senso, dunque, spostare di nuovo l'attenzione sulla figura del nato, e in generale del minore, quale soggetto da tutelare è operazione centrale. Dovendosi applicare, peraltro nel senso indicato dalla legge stessa, la prospettiva della genitorialità fondata non sullo stato della coppia ma sulla filiazione. Con la riforma del 2012, quello giuridico di figlio si rende infatti autonomo e indipendente rispetto allo *status familia*e, per ciò assumendo il rapporto di filiazione un significato proprio ed intimo, slegato dallo stato del genitore[74]. L'impostazione da seguire è mutata radicalmente, e così richiede di essere applicata: il figlio acquista il diritto fondamentale allo *status filiationis*, non tanto nell'ottica di una condizione sociale quale persona (figlio) all'interno di un contesto (famiglia unita o meno

72 Nettamente in questo senso, App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Corr. giur.*, 2017, n. 7, pp. 935 ss., con nota di Tuo, C.E. L'ordinanza della Corte affermava che la mancanza di un legame genetico tra i minori nati con maternità surrogata e uno dei padri non fosse di ostacolo al riconoscimento di efficacia al provvedimento straniero che accertava la genitorialità di entrambi i componenti della coppia omogenitoriale. Ciò in quanto si esclude che l'ordinamento italiano riconosca un unico modello di genitorialità, ovvero quello formato sul legame biologico tra genitore e figlio, rilevando piuttosto la centralità della famiglia fondata sulla responsabilità manifestata nella consapevole decisione di allevare e accudire il nato indipendentemente dal dato genetico. Per una ricostruzione, Longo, F.: "Le 'due madri' e il rapporto biologico", *Fam. dir.*, 2018, n. 1, pp. 9 ss.

73 Gorgoni, A.: "Il rapporto di filiazione", in AA.VV.: *Diritto civile minorile* (a cura di A. Cordiano, R. Senigaglia), ESI, Napoli, 2022, p. 83, che ravvisa anche diversi indici normativi che depongono in tal senso: la disciplina dell'adozione; la parziale legittimità della procreazione eterologa a seguito di Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162; la previsione del diritto del minore alla continuità affettiva (l. 19 ottobre 2015, n. 173); l'azione di disconoscimento della paternità (art 244 c.c.); l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.).

74 Bianca, M.: "Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, n. 3, pp. 507 ss. Palmeri, G.: "Rapporti con i figli", cit., p. 93, ricorda in questo senso come i diritti e i doveri discendenti dalla relazione genitoriale trovino esclusivo fondamento nel legame verticale genitore-figlio, indipendente da qualsiasi tipo di legame possa esserci o non esserci tra i genitori. A favore dell'assoluta eguaglianza tra i figli, a prescindere dalla sussistenza di un vincolo coniugale che leghi i genitori, si era già da tempo espressa la giurisprudenza europea: in particolare, Corte EDU, sentenza 1 febbraio 2000, ricorso n. 34406/97, *Mazurek contro Francia*, a seguito della quale il legislatore francese era intervenuto con la legge n. 1135 del 3 dicembre 2001, che ha permesso il superamento delle residue differenze di stato tra i figli ancora vigenti nel proprio ordinamento, in particolare relativamente alle diverse quote ereditarie spettanti ai figli naturali e ai figli legittimi, giudicate dalla Corte contrarie agli artt. 8 e 14 CEDU.

in matrimonio), bensì di una condizione di persona umana (in quanto tale), che può cedere solo ed esclusivamente di fronte a un concreto accertamento di un interesse contrario a che ciò accada[75]. E non alla mera discrezionalità del genitore intenzionale.

Ne discende che, nel momento in cui i limiti insiti nell'a.c.p. gli attribuiscono una posizione di vantaggio tale da renderlo in sostanza libero di decidere se e quando, in concreto, assumere tale ruolo[76], risulta insostenibile individuare in questo istituto un adeguato bilanciamento tra interessi di tutela del minore, da un lato, e di dignità della donna e prevenzione e sanzione dei reati, dall'altro. Anche in quanto, a ben vedere, la disciplina dell'a.c.p. interviene rispetto alle peculiari condizioni di cui all'art. 44 l. ad. in funzione di ampliare le tutele con l'aggiunta di legami nuovi rispetto ad una famiglia di cui si fa già parte[77]. Che nel caso di filiazione da GPA, però, manca: qui, la famiglia genetica del nato e quella (potenzialmente) adottiva, coincidono in forza di un originario e comune progetto di genitorialità[78].

La negazione del riconoscimento della filiazione accertata all'estero, pure nel fine ultimo di preservare tali ulteriori interessi, personali e collettivi, finisce per essere una soluzione che incide in modo del tutto sproporzionato sul minore. Legarne la tutela all'insuperabile incertezza del procedimento adottivo significa inevitabilmente accettare il rischio della lesione del diritto del minore, che sorge per il solo fatto della nascita, alla costituzione di un rapporto di filiazione che dia sostanza alla sua identità e dignità di persona, in quanto tale da garantire a tutti i figli in modo eguale, prescindendo da qualsiasi considerazione legata alla loro origine. In ciò, il riconoscimento diretto dell'intenzione alla genitorialità, peraltro

75 Iadecola, A.M.: "Il principio di unificazione dello *status* di figlio", cit., p. 831. Nel senso che l'applicazione del principio di uguaglianza formale e sostanziale nella parificazione dello stato di figlio non debba significare impedire la diversificazione dei modi di instaurazione del rapporto di filiazione, in particolare con riferimento alla fecondazione artificiale, Bianca, M.: "L'unicità dello stato di figlio", in AA.VV.: *La riforma della filiazione* (a cura di C.M. Bianca), Cedam, Padova, 2015, pp. 13 ss. Cfr. anche Carbone, V.: "Riforma della famiglia: considerazioni introduttive", *Fam. dir.*, 2013, n. 3, pp. 226 ss., secondo cui se uno *status* si riferisce tanto alla posizione giuridica del soggetto rispetto a un certo contesto quanto all'insieme delle prerogative giuridicamente rilevanti che a tale posizione conseguono, delle situazioni giuridiche soggettive attive e passive legate alla filiazione non può che essere titolare ciascun figlio in quanto tale, senza che possa ammettersi alcuna distinzione.

76 Salanitro, U.: "Maternità surrogata", cit., p. 1830.

77 Ed è per questo che, come sottolineato da Long, J.: "Adozione in casi particolari" cit., p. 13, "è nell'interesse del minore che il modello di plurigenitorialità che questo tipo di adozione realizza abbia luogo nell'accordo tra le diverse 'genitorialità' presenti". Di contro, nella filiazione per PMA non si esce dai binari della genitorialità di coppia nella misura in cui l'accordo che consente la costituzione dello stato di figlio del minore non coinvolge altri che i due genitori intenzionali.

78 Salanitro, U.: "Ripensando l'adozione particolare, tra limiti funzionali e integrazione analogica", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 16 bis, p. 1543, spiega come l'idea di modellare la disciplina della filiazione per PMA sulla disciplina dell'adozione abbia avuto successo "solo perché, da un punto di vista fattuale, l'adozione ha rappresentato il modello tradizionale di costituzione del rapporto genitoriale in assenza di legame genetico […]. Ma la similitudine resta sul piano del fatto e non può essere efficacemente trasposta in diritto".

già necessariamente manifestata nel ricorso alla GPA[79], non può che rappresentare la soluzione più adatta allo scopo.

79 Sulla funzione del consenso si veda la riflessione di Venuti, M.C.: "Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente", *GenIUS*, 2018, n. 1, pp. 85 ss.

BIBLIOGRAFIA

Ballarani, G.: "Brevi note sulle valutazioni dello stato di abbandono del minore ai fini della dichiarazione di adottabilità", *Dir. fam. pers.*, 2006, n. 1.

Ballarani, G., Sirena, P.: "Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, n. 3.

Barba, V.: "Variazioni critiche sull'art. 300 c.c.", *Fam. pers. succ.*, 2008, n. 6.

Barba, V.: "Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019", *GenIUS*, 2019, n. 2.

Barba, V.: "Tecniche procreative, genitorialità e interesse del minore", in AA.VV.: *Diritto civile minorile* (a cura di A. Cordiano, R. Senigaglia), ESI, Napoli, 2022.

Basini, G.F.: "Lo stato di figlio", in AA.VV.: *La filiazione* e *l'adozione*, nel *Trattato di diritto di famiglia* diretto da G. Bonilini, Utet, Milanofiori Assago (MI), 2016.

Battelli, E.: "I diritti dei minori nell'ordinamento italiano, europeo e internazionale", in AA.VV.: *Diritto privato delle persone minori di età* (a cura di E. Battelli), Giappichelli, Torino, 2021.

Battelli, E.: "Minori e relazioni familiari", in AA.VV.: *Diritto privato delle persone minori di età* (a cura di E. Battelli), Giappichelli, Torino, 2021.

Battelli, E.: "Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU", *Dir. fam. pers.*, 2021, n. 2.

Bellelli, A.: "I doveri dei genitori e i doveri dei figli nell'evoluzione legislativa", in AA.VV.: *La riforma della filiazione* (a cura di C.M. Bianca), Cedam, Padova, 2015.

Bellelli, A.: "La filiazione nella coppia omosessuale", in AA.VV.: *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge* (a cura di P. Rescigno, V. Cuffaro), in *Giur. it.*, 2016.

Benanti, C.: "La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2015, n. 3.

Bessone, M., Ferrando, G.: "Minori e maggiori di età (adozione dei)", in *Novissimo dig. it.*, app. V, Utet, Torino, 1984.

Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, n. 1.

Bianca, M.: "L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012", *Giust. civ.*, 2013, n. 5-6.

Bianca, M.: "Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, n. 3.

Bianca, M.: "L'unicità dello stato di figlio", in AA.VV.: *La riforma della filiazione* (a cura di C.M. Bianca), Cedam, Padova, 2015.

Calderai, V.: "Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, n. 7-8.

Calderai, V.: "Ordine pubblico internazionale e *drittwirkung* dei diritti dell'infanzia", *Riv. dir. civ.*, 2022, n. 3.

Carbone, V.: "Riforma della famiglia: considerazioni introduttive", *Fam. dir.*, 2013, n. 3.

Carlini, G.: "Adozione 'nei casi di constatata impossibilità di affidamento preadottivo' (art. 44 lett. c. l. 4 maggio 1983 n. 184)", *Giur. merito*, 1984, n. 2.

Chiricallo, N.: "Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma", *Familia*, 2022.

Cinque, M.: "Profili successori nella riforma della filiazione", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2013, n. 2.

Cinque, M.: "La continuità affettiva nella legge n. 184/1983 e la posizione dei "parenti sociali"", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2016, n. 5.

Cinque, M.: "Adozione in casi particolari: parentela tra "fratelli acquisiti"?", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2021, n. 1.

Dogliotti, M.: "Famiglia (dimensioni della)", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., Utet, Torino, 2019.

Dogliotti, M.: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri", *Fam. dir.*, 2019, n. 7.

Dossetti, M.: "Dopo la riforma della filiazione", *Fam. dir.*, 2015, n. 10.

Dossetti, M.: "L'unicità dello stato di figlio e i modi diversi di accertamento dello *status*", in M. Dossetti, M. Moretti, C. Moretti: *La nuova filiazione*, Zanichelli, Bologna, 2017.

Favilli, C.: "Stato filiale e genitorialità sociale: dal fatto al rapporto", *Giur. it.*, 2022, n. 2.

Ferrando, G.: *Diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologna, 2015.

Ferrando, G.: "L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza", *Dir. succ. e fam.*, 2017, n. 1.

Ferrando, G.: "A Milano l'adozione del figlio del *partner* non si può fare", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, n. 2.

Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", *Fam. dir.*, 2019, n. 7.

Ferrando, G.: "Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?", *Questione Giustizia*, 2022.

Giacobbe, E.: "Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma 'Bianca'", *Dir. fam. pers.*, 2014, n. 2.

Giorgi, G.: "Adozione in casi particolari e rapporti familiari di fatto: l'interesse concreto del minore", *Corr. giur.*, 2018, n. 11.

Gorgoni, A.: "Il rapporto di filiazione", in AA.VV.: *Diritto civile minorile* (a cura di A. Cordiano, R. Senigaglia), ESI, Napoli, 2022.

Grasso, A.G.: "Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata", *Teoria e critica reg. soc.*, 2018, n. 2.

Grasso, A.G.: "Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione?", *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, n. 3.

Grasso, A.G.: *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello* status, Giappichelli, Torino, 2022.

Grossi, P.: "Sull'odierna fattualità del diritto", *Giust. civ.*, 2014, n. 1.

Iadecola, A.M.: "Il principio di unificazione dello *status* di figlio", *Dir. fam. pers.*, 2014, n. 1.

Lenti, L.: "La sedicente riforma della filiazione", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2013, n. 4.

Lenti, L.: "L'adozione", in AA.VV.: *Il nuovo diritto della filiazione* (a cura di L. Lenti, M. Mantovani), nel *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme* diretto da P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2019.

Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

Long, J.: "L'adozione in casi particolari del figlio del *partner* dello stesso sesso", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2015, n. 2.

Long, J.: "Adozione in casi particolari e dissenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2019, n. 1.

Long, J.: "Il triangolo dell'adozione", in AA.VV.: *Relazioni, Famiglie, Società* (a cura di B. Agostinelli, V. Cuffaro), Giappichelli, Torino, 2020.

Longo, F.: "Le 'due madri' e il rapporto biologico", *Fam. dir.*, 2018, n. 1.

Lucchini Guastalla, E.: "Maternità surrogata e *best interest of the child* ", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, n. 12.

Mantovani, M.: "La filiazione legittima e naturale", in AA.VV.: *Filiazione* (a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani), nel *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2012.

Marella, M.R.: "Adozione", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. I, Utet, Torino, 2000.

Messinetti, D.: "Diritti della famiglia e identità della persona", *Riv. dir. civ.*, 2005, n. 2.

Montecchiari, T.: "Adozione 'mite': una forma diversa di adozione dei minori od un affido senza termine?", *Dir. fam. pers.*, 2013, n. 4.

Morozzo della Rocca, P.: "Il nuovo *status* di figlio e le adozioni in casi particolari", *Fam. dir.*, 2013, n. 8-9.

Palmeri, G.: "Rapporti con i figli", in AA.VV.: *Legami di coppia e modelli familiari* (a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello), nel *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme* diretto da P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2019.

Pane, R.: *Le adozioni tra innovazioni e dogmi*, ESI, Napoli, 2003.

Perlingieri, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata", *Dir. succ. fam.*, 2019, n. 2.

Perlingieri, P.: "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", *Rass. dir. civ.*, 1982, n. 1.

Rescigno, P.: "La comunità familiare come formazione sociale", in Id: *Matrimonio e famiglia*, Giappichelli, Torino, 2000.

Rossi Carleo, L.: "*Status* e contratto nel mosaico della famiglia", *Dir. fam. pers.*, 2016, n. 1.

Salanitro, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2019, n. 4.

Salanitro, U.: "L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca… e apre alla maternità surrogata", *Corr. giur.*, 2020, n. 7.

Salanitro, U.: "Ripensando l'adozione particolare, tra limiti funzionali e integrazione analogica", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 16 bis.

Salanitro, U.: "Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?", *Giur. it.*, 2022, n. 8-9.

Scalisi, V.: "Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte prima. Dalla «famiglia-istituzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del «rapporto» e primato della «persona»", *Riv. dir. civ.*, 2013, n. 5.

Sesta, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Fam. dir.*, 2013, n. 3.

Sesta, M.: "La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare", *Fam. dir.*, 2016, n. 10.

Sesta, M.: "Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia", in AA.VV.: *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge* (a cura di P. Rescigno, V. Cuffaro), in *Giur. it.*, 2016.

Thiene, A.: "La Cassazione difende con fermezza il diritto dei bambini di crescere nella propria famiglia", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2020, n. 3.

Tuccari, E.: "L'adozione non può essere sempre «mite»", in AA.VV.: *I nuovi orientamenti della Cassazione Civile* (a cura di C. Granelli), Giuffrè, Milano, 2020.

Velletti, M.: "La nuova nozione di parentela", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, n. 3.

Velletti, M.: "La parentela a seguito della riforma (art. 74 c.c., come modificato dall'art. 1, comma 1, della l. n. 219/2012", in AA.VV.: *La riforma della filiazione* (a cura di C.M. Bianca), Cedam, Padova, 2015.

Venditti, P.: "Stato di abbandono ed interesse del minore nel procedimento di adozione", *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, n. 3.

Venuti, M.C.: "Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente", *GenIUS*, 2018, n. 1.

Zatti, P.: "*Familia*, *familiae* – Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia", *Familia*, 2022, n. 1.

PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA ETEROLOGA E PREMINENTE INTERESSE DEL NATO

HETEROLOGOUS MEDICALLY ASSISTED PROCREATION AND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 716-737

Emilia
SENATORE

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il saggio analizza il problema relativo al riconoscimento dello "status filiationis" in Italia di un bambino nato, non in Italia, a seguito di una tecnica di procreazione medicalmente assistita tra due persone dello stesso sesso.

Ricostruita l'evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea sul tema, l'attenzione è tesa ad individuare una possibile tutela giuridica.

PALABRAS CLAVE: PMA; il miglior interesse del bambino; filiazione.

ABSTRACT: *The essay analyses the problem regarding to the recognition of the "filiationis status" in Italy, of a child born, not in Italy, following a medically assisted procreation technique between two persons of the same sex.*

Reconstructed the evolution of the case-law in Europe and in Italy, the Author attemps to give a solution to the protection of the best interests of the child.

KEY WORDS: *PMA; best interest of the child; filiation.*

SUMARIO.- I. IL RICONOSCIMENTO DELLO "*STATUS FILIATIONIS*".- II. IL PREMINENTE INTERESSE DEL NATO NEL DIRITTO VIVENTE: IL RICONOSCIMENTO DELLO "*STATUS FILIATIONIS*" ALL'ATTENZIONE DELLE CORTI.- III. RIFLESSIONI CONCLUSIVE SU UNA POSSIBILE TUTELA GIURIDICA.

I. IL RICONOSCIMENTO DELLO *STATUS FILIATIONIS*.

Molteplici e recenti sono le pronunce giurisprudenziali[1] che analizzano un tema tanto sensibile quanto dibattuto, ovvero il riconoscimento, nell'ordinamento italiano, dello "status filiationis" del nato, non in Italia, a séguito di una tecnica di procreazione medicalmente assistita tra due soggetti dello stesso sesso.

Con i significativi progressi scientifici che si sono avuti nel campo della riproduzione umana, il tema della filiazione[2] ha acquistato un rinnovato interesse

1 Cass., 23 agosto 2021 n. 23320, *Dejure online*; Cass, 23 agosto 2021, n. 23321, *Foro it*., 2022, 1, I, c. 293; Cass., 20 ottobre 2021 n. 23319, *ivi*; Cass., 22 aprile 2020, n. 8029, *Dir. giust*., 2020; Cass., 3 aprile 2020, n. 7668, *Dejure online*. In tema si v. altresí, Cass., Sez. un., 08 maggio 2019, n. 12193, *Pluris online*; Cass., 23 agosto 2021, n. 23319, *Foro it*., 2022, 1, I, c. 293, in tale pronuncia gli Ermellini affermano che "può essere trascritto nei registri di stato civile l'atto di nascita straniero di un minore (nella specie, maltese), indicato come figlio di due donne, una cittadina straniera (inglese) e una cittadina italiana, nato dalla prima a mezzo di pratiche di procreazione assistita eterologa, effettuata nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa con la seconda, in quanto tale indicazione non si pone in contrasto con l'ordine pubblico internazionale (nella specie, la trascrizione era stata disposta dall'ufficiale di stato civile del comune di residenza delle parti; la Suprema Corte, quanto al giudizio di impugnazione, ha escluso la legittimazione attiva del sindaco quale legale rappresentante del comune, in quanto egli agisce come ufficiale di stato civile, organo periferico dello Stato, nonché la legittimazione ad intervenire di una associazione di tutela delle persone LGBTI)", con nota di Montalcini, G.: "Genitore sociale: sí alla trascrizione dell'atto straniero di riconoscimento di un minore da parte della madre intenzionale", *ilfamiliarista.it*, 2021; con nota di Mendicino, S.: "Trascrivibilità dell'atto di nascita: fecondazione assistita e diritti dei minori", *Dir. giust*., 161, 2021, p. 7; in senso conforme Trib. Milano, 23 settembre 2021, *ilfamiliarista.it*, 2022; Trib. Milano, 25 ottobre 2018, n. 2935, *Dejure online*; Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, *ivi*; App. Bari, 13 febbraio, 2009, *ivi*. In senso difforme, Cass., 25 febbraio 2022, n. 6383, *giustiziacivile.com*, 2022, invece non accoglie la domanda di rettificazione dell'atto di nascita volta ad ottenere l'indicazione, quale madre della bambina, anche della donna che abbia fornito l'ovulo poi impiantato artificialmente nella partoriente, poiché in contrasto con il principio di ordine pubblico vigente nel nostro ordinamento consistente nel divieto di doppia maternità dal momento che trattasi di un minore concepito all'estero mediante l'impiego di tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo ma nato in Italia.

2 Sesta, M.: *Filiazione*, in AA.VV., *Enc. dir.*, *(dir. civ.)*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 569 ss.; Grassetti, C.: *Diritto di famiglia*, in AA.VV., *Noviss. dig. it*., VII, Torino, 1961, p. 48; Chiappetta, G.: *Famiglie e minori. Nella leale collaborazioni tra le Corti*, Napoli, 2011, p. 323; Porcelli, M.: *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, *Quad. dir. succ. fam*., Napoli, 2016, *passim*; Valongo, A.: *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, *Quad. dir. succ. fam*., Napoli, 2017, pp. 13 ss.; Prisco, I.: "I rapporti di filiazione nelle unioni omosessuali. Uso e abuso del criterio del best interest del minore", *For. nap*., 2017, pp. 679 ss.; Sassi, A.: "Filiazione intenzionale e interesse allo status", *Dir. succ. fam*., 2018, pp. 531 ss.; Gorgoni, A.: "La rilevanza della fliazione non genetica", *Dir. succ. fam*., 2018, pp. 123 ss.; Bianca, M.: "La genitorialità d'intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 230/2020", *giustiziainsieme.it*; Bozzi, L.: "Maternità surrogata, le ragioni del divieto e le proposte di regolamentazione: un cerchio che non si chiude", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, p. 3320; Salanitro, U.: "I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete", *Nuova giur. civ. comm*., 2016, p. 1364; Oppo, G.: "Diritto di famiglia e procreazione assistita", *Riv. dir. civ*., 2005, p. 334; Busnelli, F.D.: "Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti", *Riv. dir. civ*., 2016, n. I, p. 1467.

• Emilia Senatore
Dottore di ricerca in Diritto Privato - Università degli Studi di Salerno, e-mail: esenatore@unisa.it

per il giurista: significativamente è stato affermato che il "nuovo protagonista del fenomeno famiglia è il figlio"[3].

È noto che oggi, con l'evoluzione delle tecniche di fecondazione medicalmente assistita, la fecondazione può avvenire anche fuori dal corpo della donna, in laboratorio, con successivo impianto dell'embrione all'interno dell'utero. Comprensibilmente, svariate sono le problematiche giuridiche sviluppatesi intorno al tema della filiazione nelle famiglie omogenitoriali.

La titolarità sostanziale dello stato di figlio nasce, come detto, dal fatto della procreazione, dalla quale discendono tutti i diritti e i doveri del genitore verso il figlio[4]; mentre ai fini dell'esercizio di tali diritti e doveri è necessario l'accertamento della titolarità in senso formale del rapporto di filiazione, la quale viene avviene mediante un pubblico riconoscimento che può consistere sia nell'atto di nascita, quale atto dello stato civile, sia attraverso un'azione giudiziale di riconoscimento della maternità o della paternità.

Storicamente, il processo che ha iniziato a modificare la disciplina dello "status filiationis" è iniziato con la riforma del diritto di famiglia del 1975, quando è stata superata la distinzione tra figlio legittimo e figlio illegittimo[5] attraverso la parificazione delle due categorie di figli sia nei rapporti personali (art. 261 c.c.), sia successori (art. 468, 536 comma 3, 537 comma 3 c.c.), nonché aboliti quei divieti che di fatto impedivano l'accertamento della verità biologica. Eppure, affinché la disciplina della filiazione fosse realmente informata al principio di uguaglianza, bisogna attendere la L. 10 dicembre 2012, n. 219 e il conseguente d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154, nonché il D.P.R. 30 gennaio 2015, n. 16, che ha introdotto il c.d. stato unico di figlio in virtú dell'attuale formulazione dell'art. 315 c.c.[6].

3 Senza pretesa di esaustività si v., Cicero, C.: *Filiazione (riforma del)*, in AA.VV., *Dig. disc. priv.*, Agg., Torino, 2016, pp. 287 ss.; Paradiso, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare: Itaca non c'è", *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1036 ss.; Gorassini, A.: "Un nuovo fonema giuridico: Figlio. Lo stato unico di figlio nel tempo dell'eclissi del diritto civile", *Eur. dir. priv.*, 2018, pp. 385 ss.; Federico, A.: "Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore", *Giust. civ.*, 4, 2020, pp. 647 ss.; Sesta, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Fam. dir.*, 2013, p. 231 ss.; Id.: *Filiazione (diritto civile)*, in AA.VV., *Annali*, VIII, Milano, 2015, pp. 445 ss.

4 Bianca, C.M.: *Diritto civile. 2. La famiglia, le successioni*, 6ª ed. riveduta ed agg., Milano, 2017, p. 274.

5 La discriminazione del figlio illegittimo si esprimeva nel divieto di riconoscimento dei figli adulterini (figli nati dal genitore unito in matrimonio con persona diversa dall'altro genitore), figli incestuosi (figli nati da genitori uniti dal vincolo di parentela non dispensabile), di donazioni fatta in loro favore (ai sensi del vecchio art. 780 c.c.) e nelle limitazioni della capacità successoria legittima e testamentaria gravanti sui figli naturali (ai sensi dei vecchi artt. 574, 592, 593 c.c.), cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile. 2. La famiglia, le successioni*, cit., p. 275.

6 Sul tema dello status unico di figlio si v. *ex multis*, Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo i figlii", *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1 ss.; Amagliani, R.: "L'unicità dello stato giuridico di figlio", *ivi*, 2015, pp. 554 ss.; Amagliani, R.: "La nuova disciplina della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia)", *Giust. civ.*, 2018, pp. 1023 ss.

Tuttavia, sebbene tale riforma abbia modificato la disciplina delle azioni di accertamento e di contestazione dello stato di filiazione, non è intervenuta sul fenomeno procreativo. Il legislatore non ha tenuto conto, infatti, che il rapporto di filiazione può essere fondato tanto su un legame biologico quanto su un contributo genetico di un soggetto terzo rispetto alla coppia che "invece si assume la responsabilità dell'evento procreativo"[7]. Come accennato, oggi è possibile procreare anche concependo un essere umano indipendentemente dalla congiunzione fisica dell'uomo con la donna[8].

Ciò nonostante, la liceità della fecondazione artificiale è riconosciuta e dichiarata ammissibile nell'ordinamento italiano soltanto allorquando siano rispettate le condizioni e le modalità previste dalla L. 19 febbraio 2004, n. 40[9], ossia soltanto se trattasi di una coppia coniugata o convivente in età potenzialmente fertile e alla stessa siano stati accertati problemi riproduttivi derivanti da sterilità o infertilità ovvero la presenza di gravi malattie genetiche trasmissibili al feto[10]. Il consenso informato e rilasciato dalla coppia per l'accesso alle pratiche di PMA, può essere revocato fino al momento della fecondazione dell'ovulo.

Dunque, il consenso in tale pratiche assume un ruolo centrale, poiché, una volta avvenuta la fecondazione, il padre non può piú opporsi all'impianto nell'utero della donna anche se il rapporto con quest'ultima sia cessato o entrato in crisi. Ed ancora: non è ammessa l'azione di disconoscimento di paternità[11], né la madre può chiedere di rimanere anonima[12]. Quindi, accedendo alle tecniche di PMA, l'acquisizione dello "status filiationis" deriva direttamente dall'assenso prestato dalla coppia[13].

La descritta legge, inoltre, poneva, come limite, il divieto di ricorrere alla PMA di tipo eterologo, allorquando il seme utilizzato fosse di una persona diversa dal marito o dal di lei convivente mentre la richiesta veniva avanzata da due soggetti di sesso diverso colpiti da infertilità assoluta o irreversibile. Oggi tale divieto è

7 Caggia, F.: "Il linguaggio del "nuovo" diritto di filiazione", *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 250.

8 Si v. Flamigni, C.: *Il libro della procreazione*, Milano, 1998, *passim*.

9 Stanzione, P. e Sciancalepore, G.: *Procreazione assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, *passim*; Sciancalepore, G.: *La procreazione medicalmente assistita, Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. V. IV – La filiazione. La potestà dei genitori. Gli istituti di protezione del minore*, Torino, pp. 277-323; Brunese, P.: *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge mal riuscita*, Napoli, 2022, p. 10.

10 Inizialmente la P.M.A. si configurava come strumento residuale, utilizzabile soltanto in caso di sterilità o infertilità, successivamente con il D.M. 1 luglio 2015, che ha dettato le Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la stessa può essere impiegata anche se sussistano malattie genetiche gravi trasmissibili al feto, in *gazzettaufficiale.it*

11 Art. 9 della l. n. 40 del 2004.

12 Art 9, comma 2, della l. n. 40 del 2004.

13 Art. 8 della l. n. 40 del 2004.

stato superato in seguito all'intervento della giurisprudenza costituzionale[14]: la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale "del comma 3 dell'art. 4 della L. n. 40 del 2004, nella parte in cui vietava alla coppia destinataria di tale legge, ma assolutamente sterile e infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa"; però, appare necessario precisare che il donatore di gameti non acquista alcuna relazione giuridica parentale con il nato[15]. La Corte Costituzionale[16], poi, è intervenuta anche per superare il divieto relativo alla selezione a scopo eugenetico degli embrioni al sol fine di selezionarli o predeterminare caratteristiche genetiche, con la soppressione degli embrioni sopranumerati[17]. Oggi tale pratica è ammessa per evitare che nell'utero della donna vengano impiantati embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti a criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. *b*), L. 194 del 1978.

Quanto, invece, alla maternità surrogata, nell'ordinamento italiano, oggi, deve escludersi la validità di qualsiasi accordo con il quale una donna, rinunziando ai suoi diritti di madre, si obblighi, verso corrispettivo o a titolo gratuito, a lasciarsi impiantare un embrione e a portare a termine una gravidanza in favore di un terzo: si ritiene che un simile contratto sia nullo per illiceità e impossibilità dell'oggetto

14 Cort. cost., 10 giugno 2014, n. 162, *Rass. dir. farm*., 2014, 4, p. 768; *Eur. dir. priv*., 2014, p. 1105, con nota di Castronovo, C.: "Fecondazione eterologa: il passo (falso) della corte costituzionale", *ivi*, p. 1117; *Foro it*., 2014, 9, 1, c. 2324, con nota di Casaburi, G.: "La Corte europea apre (con riserve) alla maternità surrogata (Osservaz. a Corte eur. diritti dell'uomo 26 giugno 2014, M.)- Parte IV", *ivi*, 2014, 139, XXI, c. 561; *Giur. costit.*, 3, 2014, p. 2593D, con nota di Tripodina, C.: "Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere", *ivi*. La Consulta ha statuito che "[l]a illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, l. n. 40 del 2004 ("Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"), nella parte in cui vieta alla coppia destinataria di tale legge, ma assolutamente sterile e infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa, non determina incertezze in ordine alla disciplina applicabile a tale tecnica; invero, a quest'ultima sono applicabili direttamente (e non in via di interpretazione estensiva) tutte le norme della l. 40/2004 già applicabili alla PMA di tipo omologo (nelle parti non incise da pronunce della Corte Costituzionale), concernendo il "genus" PMA, di cui quella di tipo eterologo costituisce una "species". Pertanto, alla PMA di tipo eterologo possono fare ricorso esclusivamente le "coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi" (art. 5, comma 1, l. n. 40 del 2004), "qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità" (art. 1, comma 2, l. n. 40 del 2004) e sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo siffatte circostanze essere "documentate da atto medico" e da questo certificate, ai sensi dell'art. 4, comma 1, l. n. 40 del 2004".

15 Art. 9, comma 3, della l. n. 40 del 2004.

16 Cort. cost., 11 novembre 2015, n. 229, *Dir. fam. pers*., 2016, n. 1, v. I, p. 36; *Foro it*., 2015, n. 12, v. I, c. 3749; in *ilfamiliarista.it*, 2016, p. 15; *Foro amm*., 2015, n. 11, p. 2736; *Dir. giust.* 2015, p. 12; *Guid. dir*., 2015, n. 48, p. 16; *Cass. pen*., 2016, 2, p. 551.

17 Cort. cost., 8 maggio 2009, n. 151, *Foro it*., 2009, n. 9, v. I, c. 2301, con nota di Manetti, M.: "Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata", *Giur. cost*., 3, 2009, p. 1688; Tripodina, C.: "La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale piú la pena difendere"?", *ivi*, 2009, p. 1696. La Corte ha statuito che "[è] costituzionalmente illegittimo l'art. 14, comma 3, l. 19 febbraio 2004 n. 40, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna. La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, limitatamente alle parole "ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre", se mantiene fermo il principio per cui non devono essere creati embrioni in numero superiore a quello necessario, secondo accertamenti demandati al medico, nella fattispecie concreta, esclude tuttavia l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare, cosí introducendo una deroga al principio generale del divieto di crioconservazione di cui al comma 1 dello stesso art. 14, con conseguente necessità del ricorso alla tecnica di congelamento degli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica".

ai sensi degli artt. 1418, comma 2, c.c. e 1346 c.c., e per illiceità della causa ai sensi dell'art. 1343 c.c., in presenza del corrispettivo[18].

Ciò posto, la disciplina dettata nell'ordinamento italiano deve misurarsi con il c.d. fenomeno del turismo riproduttivo, che consente di svolgere, in altri Stati, le pratiche riproduttive in Italia vietate.

II. IL PREMINENTE INTERESSE DEL NATO NEL DIRITTO VIVENTE: IL RICONOSCIMENTO DELLO *STATUS FILIATIONIS* ALL'ATTENZIONE DELLE CORTI.

Sul tema, il dibattito è molto vivace e riguarda svariati profili. Addirittura, a tal proposito c'è chi[19] discorre di una nuova categoria di nati: i c.dd. figli irriconoscibili.

Il primo ordine di problemi afferisce alla possibilità, per le coppie omosessuali, di accedere alle tecniche di PMA. Sul punto, è stato invocato l'interesse delle coppie omosessuali a non essere discriminate sia per ragioni basate sull'orientamento sessuale, ai sensi della l. 20 marzo 2016, n. 76[20], sia per ragioni di natura economica, dal momento che solo le coppie piú abbienti possono 'permettersi' di accedere a dette tecniche in altri Paesi. Tuttavia, la giurisprudenza ha affermato in varie occasioni che è proprio la diversità di orientamento sessuale che giustifica la differenza di trattamento[21], non essendo ammissibile che una coppia omogenitoriale possa accedere a tale tecnica: si tratterebbe "di fenomeni ontologicamente distinti"[22].

18 Perlingieri, P. e D'Addino, P.: *Atti di disposizione del corpo*, in Aa. Vv., *Istituzione di diritto privato*, 7ª ed. riveduta e rivisitata, Napoli, 2020, p. 333. Si è discusso se la madre genetica abbia un titolo per far valere la maternità in luogo della madre uterina, poiché poziore: tale quesito è stato risolto negativamente dal momento che è "la gestazione che crea l'essenziale e concreto rapporto materno in cui si realizza l'accoglimento dell'essere umano. La forzata sottrazione del minore alla madre uterina appare inammissibile in ragione del preminente interesse del minore a mantenere il rapporto materno già naturalmente vissuto e costituito", Bianca, C.M.: *Diritto civile. 2. La famiglia, le successioni*, cit., p. 445; in senso conforme si Trabucchi, A.: "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", *Riv. dir. civ.*, n. I, 1986, p. 501.

19 Corte cost., 09 marzo 2021, n. 32, *Giur. cost.*, 2021, n. 2, p. 306; in dottrina Chiappetta, G.: "Le sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.", *giustiziainsieme.it.*

20 l. 20 maggio 2016, n. 76.

21 Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, *Dir. fam. pers.*, 2020, p. 97, la Consulta ha affermato che la *ratio* della legge PMA emerge chiaramente: da un lato, essa funge da rimedio "alla sterilità o infertilità umana patologica e non altrimenti rimovibile — e non da strumento per la realizzazione del desiderio di genitorialità in generale —" e, dall'altro lato, limita la procreazione assistita alle sole coppie formate da un padre e una madre di sesso diverso, atteso il contesto storico e culturale in cui si è innestata la norma, nel rispetto della dignità della persona umana. Di conseguenza nessuna discriminazione è configurabile in relazione alle coppie omosessuali dal momento che l'infertilità fisiologica di queste non può essere paragonata con l'infertilità delle coppie eterosessuali. Ma si v. anche, Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, *Giur. cost.*, 2020, p. 2749, che conferma la precedente decisone e statuisce che il riconoscimento della omogenitorialità non è imposto da alcun precetto costituzionale ma è il frutto di una scelta discrezionale del Legislatore di non estendere le norme sulla filiazione alle coppie omosessuali, "che riguarda anche ponderazioni su contenuti etici e valoriali, e che deve essere effettuata bilanciando i valori fondamentali in gioco e tenendo conto anche degli orientamenti e delle istanze piú radicate, in quel momento storico, nella coscienza sociale".

22 Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, cit., p. 97.

Ciò posto, una seconda tipologia di problemi riguarda il riconoscimento in Italia dei 'nati' in altri Stati, nei quali l'impiego di PMA eterologa con soggetto dello stesso sesso – si pensi alle coppie di donne – o di maternità surrogata – si pensi alle coppie di uomini – sono consentiti.

La questione richiama la disciplina dettata in tema di diritto internazionale privato, ai sensi dell'art. 65, l. 31 maggio 1995, n. 218: bisogna verificare se sia possibile riconoscere efficacia in Italia a un provvedimento straniero dal quale risulti la doppia genitorialità omosessuale, al fine di costituire un rapporto di filiazione tra due soggetti dello stesso sesso e il minore.

In via generale, ogni Stato è libero di determinare i limiti della propria autonomia derivante dalle regole e dai princípi che sono espressione del proprio ordine pubblico[23]. Tuttavia "le istanze protezionistiche dei singoli ordinamenti devono essere bilanciate con la c.d. armonia internazionale delle soluzioni e la continuità delle situazioni giuridiche"[24]: pertanto, allorquando uno Stato decida di dare esecuzione a un provvedimento straniero, dovrà verificare che quel provvedimento non sia contrario all'ordine pubblico internazionale[25], inteso come l'insieme di príncipi e valori che identificano quel dato ordinamento giuridico, in quel preciso momento storico, in difetto dei quali l'ordinamento perderebbe la sua identità. Operando come limite concreto e successivo, l'ordine pubblico internazionale diviene criterio di ragionevolezza in virtú del quale si sviluppa la gerarchia assiologica. In generale, il riconoscimento di un provvedimento straniero può creare un punto di frattura con l'ordinamento interno, comportando anche la disapplicazione della legge italiana; in ogni caso, il riconoscimento di un provvedimento straniero non può mai spingersi fino a porsi in contrasto con i princípi ispirati alla tutela della persona umana e della sua dignità.

23 L'ordine pubblico viene inteso come "il complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria", in dottrina si v., *ex multis*, Barile, G.: *Ordine pubblico (dir. internaz. priv.)*, in AA.VV., *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1107; Ferri,G.B.: *Ordine pubblico (dir. priv.)*, *ivi*, XXX, Milano, 1980, p. 1125; Rodotà, S.: "Ordine pubblico o buon costume?", *Giur. merito*, 1970, n. 1, pp. 104-107; Liberati Buccianti, G.: "Ordine pubblico e relazioni familiari. Evoluzione della tecnica e conflitti culturali", *Quad. dir. succ. fam*., Napoli, 2021, *passim*; Ferri, G.B.: *Illiceità di convenzioni elettorali*, ora in AA.VV., *Studi in memoria di R. Bracco*, Padova, 1976, p. 123 s.; Ferrando, G.: "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis", *Corr. giur*., 2017, pp. 190 ss; Bilotti, E.: "Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni", *Dir. fam. pers*., 2017, p. 870; Stefanelli, S.: "Filiazione intenzionale, ordine pubblico e diritto allo status", *Giur. cost*., n. 5, 2018, p. 2176; Perlingieri, G. e Zarra, G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, pp. 15 ss.; Salanitro, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *Nuova giur. civ. comm*., 2019, p. 740.

24 Perlingieri, G. e Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., pp. 53-54.

25 Giova precisare che la distinzione tra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale rimanda alla distinzione tra i princípi fondamentali o disposizioni legislative espressione di princípi identificativi della Repubblica Italiana – e come tali non derogabili né da fattispecie interne, né da fattispecie con profili di estraneità – e princípi o norme imperative pur conformi alla Costituzione ma non espressione di princípi fondamentali e quindi derogabili dalla legislazione straniera.

La Suprema Corte di Cassazione[26] ha escluso la contrarietà all'ordine pubblico internazionale e ha riconosciuto l'atto di nascita formato in un altro ordinamento – nel caso deciso, l'ordinamento era quello spagnolo – dal quale risultava la genitorialità omosessuale, dal momento che il mancato riconoscimento del descritto provvedimento avrebbe pregiudicato l'interesse del minore, determinando cosí un'incertezza giuridica, o una situazione claudicante, che avrebbe impattato in senso negativo sulla sua stessa identità personale. Oggi tale principio è stato acquisito dalla giurisprudenza: l'atto di nascita straniero non impedisce il riconoscimento della filiazione di una coppia omosessuale in Italia[27].

Ciò posto, il problema si pone allorquando debba essere formato l'atto di nascita del nato (non all'estero ma) in Italia, a seguito di PMA eterologa praticata all'estero, dal quale dovrebbe risultare la doppia genitorialità omosessuale. La questione, quindi, sorge per il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il nato e il genitore d'intenzione.

Sul punto, l'orientamento della Suprema Corte di Cassazione è quello di ritenere ammissibile esclusivamente il riconoscimento della madre biologica: "[l]a madre intenzionale non può essere annotata nell'atto di nascita del minore concepito ricorrendo all'estero alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo" dal momento che il preminente interesse del minore non può essere considerato come una causa legittima che determina un'estensione automatica della normativa dettata in tema di procreazione medicalmente assistita ad ipotesi escluse dal suo ambito di applicazione: atteso il vuoto di tutela, il giudice non può sostituirsi al legislatore"[28]. Tale orientamento si aggancia all'intervento delle Sezioni Unite[29], in tema di maternità surrogata, le quali hanno statuito che "[i]l riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire comunque rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari,

26 Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, *Guida dir.*, 2016, n. 44, p. 39

27 Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit.; Cass., 23 agosto 2021, n. 23319, cit., c. 293.

28 Cass., ord., 25 febbraio 2022, n. 6383, *Dir. giust.*, n. 40, 2022, p. 7.

29 Cass., Sez. un., 08 maggio 2019, n. 12193, *Mass. Giust. civ.*, 2019;

prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184 del 1983"[30]. In tale provvedimento, la Suprema Corte di Cassazione, pronunciandosi sull'efficacia del provvedimento straniero[31], ha sostenuto che in effetti il riconoscimento del genitore intenzionale incontra il limite dell'ordine pubblico[32] sancito nell'art. 12, comma 6, della l. 40 del 2004, laddove tale limite deve essere valutato non soltanto in funzione dei princípi fondamentali della nostra Costituzione e dei princípi contenuti nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma bisogna considerare, anche, come i detti princípi si applichino alla disciplina ordinaria dei singoli istituti, atteso l'insieme dei valori che sono alla base di un determinato ordinamento, in un determinato momento storico. La descritta conclusione prende le mosse da una pronuncia della suprema Corte Costituzionale[33], la quale ha affermato che "il giudice dell'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale, concepito mediante surrogazione di maternità, deve valutare comparativamente l'interesse alla verità e l'interesse del minore".

Dunque, l'orientamento prevalente della giurisprudenza è quello di ritenere non applicabili gli artt. 8 e 9[34], L. 40/2004 sullo *status filiationis* dei nati in Italia da PMA eterologa o maternità surrogata, poiché trattasi di pratiche vietate ai sensi degli artt. 5 e 12, comma 6, della L. 40 del 2004[35].

In questo scenario è intervenuta anche la Corte europea dei diritti dell'uomo[36], la quale ha sottolineato la necessità di garantire il rapporto di filiazione, là dove

30 Cass., Sez. un., 08 maggio 2019, n. 12193, cit.

31 Il caso traeva origine dalla richiesta di riconoscimento nell'ordinamento italiano dello *status* di figlio ad un soggetto concepito mediante il liquido seminale di un componente di una coppia omossessuale in seguito al ricorso alla maternità surrogata con la collaborazione di due donne: una aveva messo a disposizione gli ovociti, l'altra aveva dato in affitto il suo utero. Sebbene i due componenti dell'unione civile erano stati riconosciuti genitori in Canada, la Suprema Corte ha ritenuto che il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero sia contrario all'ordine pubblico atteso il divieto di surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004, che è posto a tutela della dignità della donna. Sul punto si v.; Salanitro, U.: "Quale ordine pubblico secondo le Sezioni Unite? Tra omogenitorialità e surrogazione, all'insegna della continuità", *Giust. civ.*, 2019; Barba, V.: "La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale", *Articolo29*, 2018, pp. 1-11; Aceto Di Capriglia, S.: "La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo", *federalismi.it*, n. 6, 2020, pp. 3-42; Ciraolo, C.: "Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità", *Jus civ.*, n. 12, 2014, pp. 485-508; Di Stasi, A.: *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'impatto nell'ordinamento italiano (2010-2015)*, Milano, 2016, pp. 717-737.

32 Sull'ordine pubblico, si v. nt. 23.

33 Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, *Guida dir.*, 2018, 5, p. 66.

34 Salanitro, U. : "Sub. artt. 8 e 9, l. 19 febbraio 2004, n. 40", in AA.VV., *Della Famiglia*, a cura di L. Balestra, in *Comm. c.c.* Gabrielli, IV, Torino, 2010, p. 575.

35 Cass., 22 aprile 2020, n. 8029, *Dir. giust.*, 2020; Cass., 3 aprile 2020, n. 7668, *Dejure online*; Recentemente si v., Cass., 07 marzo 2022, n. 7413, *ivi*: "se fosse stata consentita la genitorialità intenzionale omosessuale, in virtú di un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa dettata in materia di PMA eterologa, si aprirebbe il varco ad una concezione del tutto svincolata dalle regole biologiche, lo *status filiationis* discenderebbe esclusivamente dalla volontà del soggetto, divenendo quindi oggetto di un mero diritto potestativo laddove invece è un istituto sottratto alla volontà delle parti".

36 Sul punto si v. Corte EDU, Grande Chambre, 19 aprile 2019, pp. 16-2018-001: "[p]arere consultivo sul riconoscimento nel diritto nazionale di una relazione di filiazione tra un bambino nato in maternità surrogata praticata all'estero e la madre dell'intenzione". Il caso sottoposto all'attenzione della Corte Edu concerneva il rifiuto opposto dalla Cour de Cassation françaises di trascrivere l'atto di nascita nei confronti della madre d'intenzione dal momento che quest'ultima non aveva fornito un apporto genetico alla nascita

ogni Stato, secondo il c.d. 'margine di apprezzamento'[37], è libero di individuare il percorso preferibile tra il genitore d'intenzione ed il nato da maternità surrogata, allorquando tale legame risulti da un atto di nascita estero[38]. Quindi, anche se gli Stati membri sono liberi di scoraggiare il c.d. turismo procreativo, gli stessi, però, devono preoccuparsi di non incidere negativamente sui diritti del minore. Invero, la persona responsabile della crescita e dell'educazione del minore non necessariamente si individua nel genitore biologico. In tal caso, ogni Stato membro deve offrire al nato, a seguito di PMA eterologa o di maternità surrogata, la possibilità di ottenere il riconoscimento del legame di filiazione con il genitore intenzionale e tale riconoscimento non necessariamente deve avvenire attraverso la trascrizione nei registri dello stato di figlio a margine dell'atto di nascita, ma anche con altri istituti, quali ad esempio l'adozione ovvero con qualsiasi altra misura prevista dal diritto interno, idonea a garantire l'interesse in concreto del nato, con efficacia e rapidità di attuazione[39].

In particolare, il principio che la Corte Edu ha sviluppato e affermato nelle sue varie pronunce[40] è la preminenza dell'interesse del minore e la continuità delle relazioni affettive, anche allorquando queste sono svincolate da legami biologici e adottivi. Di conseguenza, il preminente interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano, a prescindere dalla natura del legame parentale genetico o sociale, deve essere considerato come principio vincolante per ogni Stato aderente alla Cedu[41]; inoltre, tale principio deve essere dagli stessi Stati membri preservato e tutelato secondo il loro libero margine di apprezzamento[42].

In ultimo, la Consulta, preso atto dell'esistenza di una problematica di non sufficiente tutela del nato nell'attuale quadro normativo, ha invitato il legislatore a intervenire sul punto, al fine di colmare il vuoto di tutela: "la [sua] inerzia" è stata definita come "non […] piú tollerabile"[43]. Il preminente interesse del nato "deve

del bambino, nato a seguito di maternità surrogata, nato – invece – con l'apporto biologico del padre d'intenzione.

37 Tanzarella, P.: *Il margine di apprezzamento*, a cura di M. Cartabia, *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 149 ss.

38 de Vergottini, G.: *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero e comparazione*, Bologna, 2010, p. 15.

39 Chiappetta, G.: "Le sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.", cit.; Serravalle, S.: *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018, *passim*; Ead: "Principio di verità nella filiazione e tecniche procreative: stato del dibattito a sèguito della piú recente giurisprudenza costituzionale e di legittimità", *Dir. succ. fam*., 2021, pp. 528 ss.

40 CEDU, 13 giugno 1979, ricorso n. 683/74, Marckx c. Belgio, *https://hudoc.echr.coe.int*; CEDU, 26 maggio 1994, ricorso n. 16969/90, Keegan c. Irlanda, *ivi*; CEDU, 22 aprile 1997, ricorso n. 21830/93, X., Y. e Z. c. Regno Unito, *ivi*.

41 Benanti, C., "La CEDU non obbliga gli Stati a riconoscere ab origine il legame di filiazione tra il bambino nato da maternità surrogata e la madre d'intenzione", *Familia*, 2020.

42 Aceto Di Capriglia, S.: "La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo", cit., p. 5.

43 Corte cost., 09 marzo 2021, n. 32, *Giur. cost*., 2021,n. 2, p. 306, la quale ha statuito che "[s]ono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 l. 19 febbraio 2004, n. 40 e 250 c.c., censurati per violazione degli artt. 2,3,30 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo, e agli artt. 8 e 14 CEDU, in quanto, sistematicamente interpretati,

essere bilanciato, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore […] e al contempo di assicurare tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del legame con coloro che esercitano di fatto la responsabilità genitoriale'[44].

Ad oggi, dunque, i nati a séguito delle descritte tecniche risulterebbero, di fatto, sprovvisti di tutela giuridica, dal momento che non possono godere dei diritti al mantenimento, all'educazione, all'istruzione nonché dei diritti successori nei confronti del genitore d'intenzione.

non consentirebbero al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, l'attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore. Le integrazioni alla disciplina vigente, richieste dal giudice a quo, sono protese a colmare un vuoto di tutela in una materia caratterizzata da ampia discrezionalità del legislatore, la cui inerzia non è però piú tollerabile, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore. I nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne versano infatti in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo. Essi, destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi. Si auspica pertanto una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità piú congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale (sentt. nn. 347 del 1998, 494 del 2002, 394 del 2005, 308 del 2008, 162 del 2014, 221 del 2019, 102, 127, 230 del 2020).". In dottrina, cfr., in dottrina, Stanzione, P. e Sciancalepore, G.: *Minori e diritti fondamentali*, Milano 2006, *passim*; Matucci, G.: *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Milano 2015, *passim*; Arena, A.: "A proposito dello "statuto costituzionale del minore"(brevi riflessioni a margine di alcune "novità" nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune)", *consultaonline*, n. 2, 2016, pp. 241 ss.

44 Corte cost., 09 marzo 2021, n. 33, *Dir. fam. pers.*, 2021, p. 528, nella quale "sono dichiarate inammissibili le questioni di legittimità costituzionale — sollevate dalla Corte di cassazione, sezione prima civile, in riferimento agli artt. 2,3,30,31 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU e agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo — del combinato disposto degli artt. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, 64, comma 1, lett. g), della legge n. 218 del 1995 e 18 del D.P.R. n. 396 del 2000 che, secondo l'interpretazione del diritto vivente, precludono, per contrasto con l'ordine pubblico, il riconoscimento dell'efficacia nell'ordinamento italiano del provvedimento giurisdizionale straniero di accertamento del rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla c.d. maternità surrogata e il genitore c.d. "d'intenzione". L'interesse del minore deve essere bilanciato, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore. Al riguardo, il punto di equilibrio raggiunto dalla cedu è corrispondente all'insieme degli evocati princípi della Costituzione italiana, i quali per un verso non ostano alla non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero di riconoscimento della doppia genitorialità ai componenti della coppia (eterosessuale od omosessuale) che abbia fatto ricorso all'estero alla maternità surrogata; per l'altro, impongono che, in tali casi, sia comunque assicurata tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del legame con coloro che esercitano di fatto la responsabilità genitoriale. Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata non può che spettare, in prima battuta, al legislatore. A tal fine, quest'ultimo — quale titolare di un significativo margine di manovra, a fronte di un ventaglio di opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica — deve farsi carico di una disciplina che assicuri una piena tutela degli interessi del minore, in modo piú aderente alle peculiarità della situazione, che sono assai diverse da quelle dell'adozione in casi particolari (c.d. "non legittimante"), prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983".

III. RIFLESSIONI CONCLUSIVE SU UNA POSSIBILE TUTELA GIURIDICA.

Atteso il "dialogo [sviluppatosi] tra le Corti" e il libero margine di apprezzamento[45] di ogni Stato membro, appare necessario cercare di individuare uno strumento che maggiormente tuteli il preminente interesse del minore, pur nell'attuale contesto normativo, relativamente al suo rapporto con il genitore d'intenzione.

Sebbene la soluzione prospettata dalla Corte di Cassazione, e seguíta dalla giurisprudenza di merito[46], consista nell'applicazione dell'istituto dell'adozione dei casi particolari ai sensi dell'art. 44 della l. ad.[47], la stessa è stata avvertita[48] come un rimedio insufficiente, perché "inadeguato a costruire un rapporto di filiazione pieno nonché incapace di garantire nell'immediatezza efficacia e tutela".

L'importanza del legame del minore con il suo genitore d'intenzione rileva soprattutto allorquando la relazione tra quest'ultimo e il genitore biologico si interrompe. In tale ipotesi, ben potrebbe il genitore genetico impedire al genitore d'intenzione di costruire con il minore un rapporto di genitorialità condivisa, sí che il soggetto che subisce il pregiudizio sarebbe il minore. Quest'ultimo, invece, dovrebbe poter tutelare il propriointeresse a vedere riconosciuto giuridicamente il rapporto familiare che si è istaurato: negare tutela a tale interesse significa discriminare il nato per ragioni che attengono alla situazione dei suoi genitori.

Ciò posto, sebbene non sia possibile trascrive l'atto di nascita dal quale nasce lo "status filiationis" inteso in senso sostanziale, si potrebbe invece riconoscere 'soltanto' lo "status filiationis" in senso formale. Invero, partendo proprio dalla separazione tra la titolarità sostanziale del rapporto di filiazione e la c.d. titolarità formale, che consiste nei diversi diritti e doveri che rientrano nel rapporto di filiazione e che prescindono dall'attribuzione dello "status filiationis" (si pensi al diritto al mantenimento, all'assistenza morale, all'educazione e all'istruzione

45 Tanzarella, P.: *Il margine di apprezzamento*, cit., pp. 149 ss.

46 App. Napoli, 04 luglio 2018, n. 145, *Dejure online*; Trib. Genova, 08 novembre 2018, *ivi*; Trib. min. Bologna, 15 novembre 2017, n. 1278, *Dir. fam. pers*., 2018, p. 978: Cass. 16 aprile 2018 n. 9373, *Dir. giust*., 2018, p. 17; Cass. 22 giugno 2016 n. 12962, *ivi*, 2016, p. 1013; Cass. 27 settembre 2013 n. 22292, *Guida dir*., 2013, n. 46, p. 34; App. Torino 27 maggio 2016, *Foro it*., 2016, n. 6, v. I, c.1910; App. Roma 23 dicembre 2015, *Foro it*., 2017, n. 1, v. I, c. 94; Trib. min. Roma, 23 dicembre 2015, *Ilfamiliarista.it*, 2016; Trib. min. Roma, 22 ottobre 2015 n. 291, *Foro it*., 2016, n. 1, v. I, c. 339; Trib. min. Torino, 11 settembre 2015, *Foro it*., 2016, n. 6, v. I, c. 1911, Contra, Trib. min. Milano, 20 ottobre 2016 n. 268, *Fam. dir*., 2017, n. 11, p. 994; Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016 n. 261, *Foro it*., 2017, n. 1, v. I, c. 309.

47 Si v., Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, *Dir. fam. pers*., 2022, n. 2, v. I, p. 416, ha dichiarato illegittima la norma nella parte in cui non prevede alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

48 Barba, V.: "Procreazione medicalmente assistita eterologa omosessuale: c'è differenza se il figlio nasce in Italia o all'estero. Intorno a tre recenti sentenze della Cassazione", *Dir. succ. fam*., 2021, p. 830.

secondo le proprie capacità[49]), si potrebbe condividere la tesi di chi[50] individua come soluzione l'applicazione dell'art. 279 c.c.[51].

La "ratio" di detta norma, in attuazione dell'art. 30, comma 1, cost., è quella di garantire al figlio, che non può proporre l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, il diritto al mantenimento, all'istruzione e all'educazione fin quando non raggiunge un'indipendenza economica. Inoltre, al figlio non riconoscibile e non dichiarabile avente diritto al mantenimento verrebbe, per tal via, anche riconosciuto, in séguito alla morte del genitore, un assegno vitalizio pari alla quota di eredità alla quale il minore avrebbe avuto diritto, se la filiazione fosse stata dichiarata o riconosciuta[52]. Dunque, la disposizione normativa evocata troverebbe applicazione[53] sia allorquando ai figli non fosse concesso alcun altro rimedio, sia nel caso in cui il minore non possa agire per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, in quanto titolare di un diverso stato di figlio non piú contestabile – "status" di figlio legittimo altrui – e sia decorso il termine per l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità di cui all'art. 244 c.c.[54]. In altri termini, il figlio che non può essere riconosciuto ovvero ha uno "status" di figlio legittimo altrui, malgrado non possa accertare giudizialmente il rapporto di filiazione, potrà comunque agire nei confronti del genitore "sociale"[55] per ottenere il mantenimento, l'educazione e l'istruzione nonché per invocare i diritti successori.

Tale azione, dunque, in via generale consentirebbe l'accertamento del rapporto tra genitore e figlio, senza la costituzione sostanziale dello *status filiationis*. Di conseguenza, anche se non vi fosse l'accertamento giudiziale della paternità o della maternità, il minore potrebbe comunque far valere i propri diritti, inerenti al rapporto di filiazione, e il genitore potrebbe esercitare la sua responsabilità genitoriale[56].

49 Bianca, C.M.: *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, cit., p. 278.

50 Chiappetta, G.: "Le sentenze della Corte Costituzionale", cit.

51 Carbone, E.: *Art. 279 – Responsabilità per il mantenimento e l'educazione*, in AA.VV., *Dei contratti in generale. Artt.177-342 ter*, II (a cura di L. Balestra), *Comm. c.c.* Gabrielli, Torino, 2010, pp. 627 ss; Iofrida, G.: *Art. 279 c.c.*, in AA.VV., *Codice Civile. Le fonti del diritto italiano*, I, Artt. 1 – 1677 (a cura di P. Rescigno), Milano, 2010, p. 550; Prosperi, F.: *Art. 279 (Responsabilità per il mantenimento e l'educazione)*, in AA.VV., *Comm. c.c.* Perlingieri, 3ª ed. (a cura di G. Perlingieri), I libro – Delle persone e della famiglia (artt. 1-455), Napoli, p. 1007.

52 Prosperi, F.: *Art. 279*, cit., p. 1007.

53 Bianca, C.M.: *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2017, pp. 358 ss.

54 Sesta, M.: *La filiazione*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, *Tratt. dir. priv.* Bessone, IV, 3, Torino, 1999, p. 157.

55 Sul genitore sociale si v. Trib. Palermo, decr., 13 aprile 2015, *Giur. it.*, 2915, 6, p. 1363; App. Palermo, 31 agosto 2015, n. 338, *Foro nap.*, 3, 2016, p. 883; Cass., Sez. un., 08 maggio 2019, n. 12193, in *Foro it.*, 2019, 12, I, c. 4027. Si v., Prisco, I.: "I rapporti di filiazione nelle unioni omosessuali", cit., p. 682.

56 Prosperi, F.: *Art. 279*, cit., p. 1009.

Sebbene, secondo alcuni, la pronuncia ex art. 279 c.c. abbia un'efficacia dichiarativa, perché il diritto sorge direttamente dalla nascita[57], la tesi condivisa[58] è che trattasi di un'azione che si limita esclusivamente a invocare i mezzi di sostentamento, avendo pertanto una consistenza meramente patrimoniale, in grado di far sorgere solamente un diritto di credito[59].

Ciò posto, partendo da un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 279 c.c. in combinato disposto con l'art. 30, comma 1, cost., si assisterebbe ad un "riconoscimento della concezione funzionale della "filiazione" che [metterebbe] in luce che i diritti del figlio possono fondarsi anche sulla solidarietà e sull'affetto consolidato con il genitore di fatto"[60], prescindendo quindi dal riconoscimento del relativo "status".

In particolare, la locuzione "in ogni caso" presente nella norma, poiché caratterizzata da un alto tasso di vaghezza e di indeterminatezza, potrebbe validamente essere considerata[61] come una clausola generale. Dunque, atteso che, in via generale, la clausola generale è considerata una sorta di 'valvola di sfogo' del nostro ordinamento, che permette all'interprete di riempirla di contenuti in relazione all'evoluzione di una società in un dato momento storico, la descritta formula, attraverso un'interpretazione evolutiva dell'art. 279 c.c. e degli artt. 2, 30 e 31 cost., permetterebbe di riconoscere ai nati a seguito di una PMA vietata o maternità surrogata, i diritti derivanti dalla genitorialità d'intenzione; diritti che, peraltro, non richiedono il consenso del genitore biologico e garantiscono, altresí, che siano conservati i rapporti affettivi di fatto creatisi tra il genitore affettivo e di cura, gli ascendenti e i parenti del medesimo con il minore.

L'interpretazione proposta, quindi, permetterebbe di tutelare in concreto la situazione di fatto che si crea tra il genitore d'intenzione e il minore, ossia il reale rapporto parentale, pur non consentendo al minore stesso di invocare lo "status filiationis": ciò che risulta oggetto di tutela è puramente e semplicemente l'interesse, in concreto, del bambino, allorquando sussista un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana con il genitore d'intenzione[62].

Non soltanto. Questa ricostruzione sembra pienamente in linea con la disposizione di cui all'art. 30, comma 1, cost., il quale consacra i valori sottesi

57 Ferrando, G.: *La filiazione naturale* e *la legittimazione*, in AA.VV., *Tratt. dir. priv.* Rescigno, III, t. IV, 2 ªed., Torino, 1997, p. 243.

58 Carbone, E.: *Art. 279 c.c.*, cit., pp. 631 ss.

59 Iofrida, G., *Art. 279 c.c.*, cit., p. 550.

60 Chiappetta, G.: "Le sentenze della Corte Costituzionale", cit.

61 Chiappetta, G.: "Le sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.", cit.

62 Chiappetta, G.: "Le sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.", cit.

alla filiazione e attribuisce ai genitori le responsabilità concernenti l'obbligo di mantenimento, di istruzione e di educazione. Sí che, in mancanza di una norma che disciplini il rapporto tra figlio e genitore d'intenzione, l'interprete dovrà effettuare un giudizio di valore, ponendo l'accento su quale sia il valore meritevole di tutela: nel caso in esame, non v'è dubbio che si tratti dell'interesse del minore.

Non da ultimo, appare necessario anche richiamare il Commento generale n. 14 del 29 maggio 2013, emesso dal Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia, in virtú del quale il superiore interesse del minorenne viene qualificato come un diritto, un principio e una regola procedurale. In particolare, intenderlo come una regola procedurale significa che ogni qual volta sia necessaria una decisione giudiziaria che involge un minore, questa deve essere presa guardando al possibile impatto negativo o positivo che questa può ad esso arrecare[63].

Ciò posto, alla luce di una interpretazione sistematica e assiologicamente orientata[64] – e in attesa di un intervento da parte del legislatore italiano –, l'applicazione dell'art. 279 c.c., in combinato disposto con gli artt. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, 2 e 30, comma 1, cost., potrebbe individuarsi come quel rimedio, meramente succedaneo, in grado di offrire una adeguata e ragionevole tutela al rapporto figlio-genitore d'intenzione.

63 Barba, V.: "Procreazione medicalmente assistita eterologa omosessuale: c'è differenza se il figlio nasce in Italia o all'estero. Intorno a tre recenti sentenze della Cassazione", cit., p. 833.

64 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed. riscritta e ampliata, V, Napoli, 2020, p. 171.

BIBLIOGRAFIA

Aceto Di Capriglia, S.: "La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo", *federalismi.it*, n. 6, 2020, pp. 3-42.

Amagliani, R.: "L'unicità dello stato giuridico di figlio", *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 554 ss.

Amagliani, R.: "La nuova disciplina della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia)", *Giust. civ.*, 2018, pp. 1023 ss.

Arena, A.: "A proposito dello "statuto costituzionale del minore"(brevi riflessioni a margine di alcune "novità" nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune)", *consultaonlin*e, n. 2, 2016, pp. 241 ss.

Barba, V.: "La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale", *Articolo29*, 2018, pp. 1-11.

Barba, V.: "Procreazione medicalmente assistita eterologa omosessuale: c'è differenza se il figlio nasce in Italia o all'estero. Intorno a tre recenti sentenze della Cassazione", *Dir. succ. fam*., 2021, p. 830.

Barile, G.: "Ordine pubblico (dir. internaz. priv.)", *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1107.

Benanti, C., "La CEDU non obbliga gli Stati a riconoscere ab origine il legame di filiazione tra il bambino nato da maternità surrogata e la madre d'intenzione", *Familia*, 2020.

Bianca, C.M.: "Diritto civile. 2. La famiglia, le successioni", 6ª ed. riveduta ed agg., Milano, 2017, p. 274.

Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo i figlii", *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1 ss.

Bianca, M.: "La genitorialità d'intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 230/2020", *giustiziainsieme.it*.

Bilotti, E.: "Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni", *Dir. fam. pers*., 2017, p. 870.

Bozzi, L.: "Maternità surrogata, le ragioni del divieto e le proposte di regolamentazione: un cerchio che non si chiude", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, p. 3320.

Brunese, P.: "La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge mal riuscita", Napoli, 2022, p. 10.

Busnelli, F.D.: "Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti", *Riv. dir. civ.*, 2016, n. I, p. 1467.

Caggia, F.: "Il linguaggio del "nuovo" diritto di filiazione", *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 250.

Carbone, E.: "Art. 279 – Responsabilità per il mantenimento e l'educazione", Aa.Vv., *Dei contratti in generale. Artt.177-342 ter*, II (a cura di L. Balestra), *Comm. c.c.* Gabrielli, Torino, 2010, pp. 627 ss.

Casaburi, G.: "La Corte europea apre (con riserve) alla maternità surrogata (Osservaz. a Corte eur. diritti dell'uomo 26 giugno 2014, M.)- Parte IV", *Foro it.*, 2014, n. 139, v. XXI, c. 561.

Castronovo, C.: "Fecondazione eterologa: il passo (falso) della corte costituzionale", *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1117.

Chiappetta, G.: "Famiglie e minori. Nella leale collaborazioni tra le Corti", Napoli, 2011, p. 323.

Chiappetta, G.: "Le sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.", *giustiziainsieme.it.*

Cicero, C.: "Filiazione (riforma del)", *Dig. disc. priv.*, Agg., Torino, 2016, pp. 287 ss.

Ciraolo, C.: "Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità", *Jus civ.*, 12, 2014, pp. 485-508.

de Vergottini, G.: "Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero e comparazione", Bologna, 2010, p. 15.

Di Stasi, A. (a cura di): "CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'impatto nell'ordinamento italiano (2010-2015)", Milano, 2016, pp. 717-737.

Federico, A.: "Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore", *Giust. civ.*, n. 4, 2020, pp. 647 ss.

Ferrando, G.: "La filiazione naturale e la legittimazione", *Tratt. dir. priv.* Rescigno, III, v. IV, 2 ªed., Torino, 1997, p. 243.

Ferrando, G.: "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis", *Corr. giur.*, 2017, pp. 190 ss.

Ferri, G.B.: "Illiceità di convenzioni elettorali", ora in "*Studi in memoria di R. Bracco*", Padova, 1976, p. 123 s.

Ferri,G.B.: "Ordine pubblico (dir. priv.)", *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1125.

Flamigni, C.: "Il libro della procreazione", Milano, 1998, *passim*.

Gorassini, A.: "Un nuovo fonema giuridico: Figlio. Lo stato unico di figlio nel tempo dell'eclissi del diritto civile", *Eur. dir. priv.*, 2018, pp. 385 ss.

Gorgoni, A.: "La rilevanza della fliazione non genetica", *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 123 ss.

Grassetti, C.: "Diritto di famiglia", *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 48;

Iofrida, G.: "Art. 279 c.c.", Codice Civile. Le fonti del diritto italiano, I, Artt. 1 – 1677 (a cura di P. Rescigno), Milano, 2010, p. 550.

Liberati Buccianti, G.: "Ordine pubblico e relazioni familiari. Evoluzione della tecnica e conflitti culturali", *Quad. dir. succ. fam.*, Napoli, 2021, *passim*.

Manetti, M.: "Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata", *Giur. cost.*, n. 3, 2009, p. 1688.

Matucci, G.: "Lo statuto costituzionale del minore d'età", Milano 2015, *passim*.

Mendicino, S.: "Trascrivibilità dell'atto di nascita: fecondazione assistita e diritti dei minori", *Dir. giust.*, n. 161, 2021, p. 7.

Montalcini, G.: "Genitore sociale: sí alla trascrizione dell'atto straniero di riconoscimento di un minore da parte della madre intenzionale", *ilfamiliarista.it*, 2021.

Oppo, G.: "Diritto di famiglia e procreazione assistita", *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 334.

Paradiso, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare: Itaca non c'è", *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1036 ss.;

Perlingieri, G. e Zarra, G., "Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale", Napoli, 2019, pp. 15 ss.

Perlingieri, P. e D'Addino, P.: "Atti di disposizione del corpo", *Istituzione di diritto privato*, 7ª ed. riveduta e rivisitata, Napoli, 2020, p. 333.

Perlingieri, P.: "Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti", 4ª ed. riscritta e ampliata, V, Napoli, 2020, p. 171.

Porcelli, M.: "Accertamento della filiazione e interesse del minore", *Quad. dir. succ. fam.*, 2016, *passim*.

Prisco, I.: "I rapporti di filiazione nelle unioni omosessuali. Uso e abuso del criterio del best interest del minore", *For. nap.*, 2017, pp. 679 ss.

Prosperi, F.: "Art. 279 (Responsabilità per il mantenimento e l'educazione)", *Comm. c.c.* Perlingieri, 3ª ed. (a cura di G. Perlingieri), I libro – Delle persone e della famiglia (artt. 1-455), Napoli, p. 1007.

Rodotà, S.: "Ordine pubblico o buon costume?", *Giur. merito*, 1970, n. I, pp. 104-107.

Salanitro, U. : "Sub. artt. 8 e 9, l. 19 febbraio 2004, n. 40", Aa.Vv., *Della Famiglia*, a cura di L. Balestra, in *Comm. c.c.* Gabrielli, IV, Torino, 2010, p. 575.

Salanitro, U.: "I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1364.

Salanitro, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 740.

Salanitro, U.: "Quale ordine pubblico secondo le Sezioni Unite? Tra omogenitorialità e surrogazione, all'insegna della continuità", *Giust. civ.*, 2019.

Sassi, A.: "Filiazione intenzionale e interesse allo status", *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 531 ss.

Sciancalepore, G.: "La procreazione medicalmente assistita, Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. V. IV – La filiazione. La potestà dei genitori. Gli istituti di protezione del minore", Torino, pp. 277-323.

Serravalle, S.: "Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore", Napoli, 2018.

Serravalle, S.: "Principio di verità nella filiazione e tecniche procreative: stato del dibattito a sèguito della piú recente giurisprudenza costituzionale e di legittimità", *Dir. succ. fam.*, 2021, pp. 528 ss.

Sesta, M.: "Filiazione (diritto civile)", Annali, VIII, Milano, 2015, pp. 445 ss.

Sesta, M.: "Filiazione", *Enc. dir., (dir. civ.)*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 569 ss.;

Sesta, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Fam. dir.*, 2013, p. 231 ss.;

Sesta, M.: "La filiazione", Aa.Vv., *Il diritto di famiglia*, *Tratt. dir. priv.* Bessone, IV, 3, Torino, 1999, p. 157.

Stanzione, P. e Sciancalepore, G. (a cura di): "Procreazione assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40", Milano, 2004, *passim*.

Stanzione, P. e Sciancalepore, G.: "Minori e diritti fondamentali", Milano 2006, *passim*.

Stefanelli, S.: "Filiazione intenzionale, ordine pubblico e diritto allo status", *Giur. cost.*, 2018, p. 2176.

Tanzarella, P.: "Il margine di apprezzamento", M. Cartabia, *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 149 ss.

Trabucchi, A.: "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", *Riv. dir. civ.,* n. I, 1986, p. 501.

Tripodina, C.: "Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere", *Giur. cost.*, 2014, p. 2593D.

Tripodina, C.: "La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale piú la pena difendere"?", *Giur. cost.*, 2009, p. 1696.

Valongo, A.: "Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive", *Quad. dir. succ. fam.*, 2017, pp. 13 ss.



PRIME RIFLESSIONI SUL PARTO ANONIMO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

FIRST REFLECTIONS ABOUT ANONYMOUS CHILDBIRTH IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 738-755

Gabriele
TOSCANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: L'obiettivo del lavoro è quello di analizzare la questione del parto anonimo, un tema che ha sempre generato un acceso dibattito, essendo più volte evidenziato in Italia, sia dalla Corte Costituzionale che dalla Suprema Corte di Cassazione, la necessità di un equilibrio tra i diritti delle parti interessate: da un lato il diritto del bambino di accedere alle informazioni sull'identità e l'origine dei suoi genitori biologici, e dall'altro il diritto all'anonimato e alla riservatezza della donna che partorisce suo figlio, che ha trovato tale protezione, al punto da limitare il diritto opposto della minore a conoscere la propria identità. Verrà inoltre dato uno sguardo alla dottrina e alla giurisprudenza più recenti in materia.

PALABRAS CLAVE: Diritti del bambino; diritti della madre; parto anonimo; bilanciamento dei diritti.

ABSTRACT: *This paper aims to analyze the issue of anonymous childbirth, an issue that has always generated a strong debate, being pointed out several times in Italy, both by the Constitutional Court and by the Supreme Court of Cassation, the need for balance between the rights of stakeholders: on the one hand, a) the right of the child to access information on the identity and origins of his biological parents, and on the other hand b) the right to anonymity and confidentiality of the woman who gives birth to her son, who has found such protection, to the point of limiting the opposing right of the child to know her identity. A look at the most recent doctrine and jurisprudence on the subject will also be given.*

KEY WORDS: *Child's rights; mother's rights; anonymous childbirth, balance of rights.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE: UN CONTINUO IMPASSE GIURIDICO TRA BILANCIAMENTO DI INTERESSI E NECESSITÀ DI RESTARE ANONIMI.- II. PARTO ANONIMO E DIRITTO D'INTERPELLO IN FAVORE DELLA MADRE: L'AVVENTO DEL DPR N. 396/2000.- III. LA DICHIARAZIONE D'INCOSTITUZIONALITÀ DELL'ART. 28 COMMA 7 DELLA LEGGE SULLE ADOZIONI.- IV. IL BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI ED IL RUOLO DELLA CEDU.- V. ANONIMATO ED IRREVERSIBILITÀ DELLA DECISIONE MATERNA.- VI. ANCORA SULLA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA.- VII. CONCLUSIONI: LA MORTE DELLA MADRE COME ESCAMOTAGE PER ACCEDERE ALLE INFORMAZIONI.

I. INTRODUZIONE: UN CONTINUO IMPASSE GIURIDICO TRA BILANCIAMENTO DI INTERESSI E NECESSITÀ DI RESTARE ANONIMI.

La questione del diritto di una madre a dare alla luce il proprio figlio in forma anonima[1] ha da sempre suscitato un fortissimo dibattito in dottrina ed in giurisprudenza, anche a livello sovranazionale[2], in quanto le problematiche ad esso sottese assumono un'importante rilevanza non solo in ambito giuridico, in quanto capaci di realizzare problematiche sia sul piano dei valori che su quello di carattere etico[3].

Negli ordinamenti dove la legge lo riconoscono il parto anonimo è un istituto giuridico che permette alla madre che partorisce il proprio figlio di rimanere anonima dopo il parto qualora decida di avvalersi di tale legge. Da ciò ne consegue l'anonimato dell'identità della madre biologica, causa la rottura di ogni legame, anche di tipo giuridico, con il neonato. Per queste ragioni tale istituto è da considerare una forma istituzionalizzata e legalizzata di abbandono del neonato[4].

1 Nel corso del presente lavoro ogni riferimento fatto al solo genere maschile (vedi il termine figlio e/o nascituro), non intende essere discriminatorio e, ovviamente, si applica anche al genere femminile; è evidente che questo è fatto per pura comodità. Per maggiori approfondimenti vedi Stefanelli, S.: "Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini", *Dir. fam. pers.*, 2010, pp. 426-464 e Lenti, L.: "Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini", *Minorigiustizia*, 2003, pp. 144-163.

2 Nel 2003, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata su un caso di parto anonimo nella causa Odièvre c. Francia del 13 febbraio 2003. La madre della ricorrente aveva partorito in modo anonimo; quando la ricorrente ha chiesto ulteriori informazioni, le sono state fornite solo informazioni non identificative. La ricorrente si è appellata alla Corte citando l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, affermando che si trattava di una violazione del diritto alla vita familiare. La Corte ha osservato che il caso non poteva essere visto semplicemente come un conflitto tra i diritti della madre naturale e del bambino, perché riguardava anche i diritti dei genitori adottivi e di qualsiasi famiglia della madre naturale. La Corte ha stabilito che, dato che il Consiglio nazionale per l'accesso alle informazioni sulle origini personali, creato di recente, offriva una possibilità di contattare la madre naturale in modo controllato, lo Stato aveva tentato di trovare un equilibrio sufficiente tra i diritti in competizione; la domanda è stata quindi respinta.

3 Villella, A.: "Il diritto dell'adottato a conoscere l'identità dei fratelli biologici tra diritto all'identità personale e discutibili limitazioni", *Dir. succ. fam.*, 2019, pp. 307-319 e Berloco, D.: "Adozione - Parto anonimo - Diritto a conoscere le proprie origini - Orientamento della giurisprudenza", *Stato civ. it.*, 2018, pp. 9-13.

4 I primi casi di parto anonimo si hanno in Francia e Svezia tra il 1600 ed il 1700. All'inizio del XXI secolo, le nazioni che propongono la politica del parto anonimo, insieme alle rote degli esposti, sono Svizzera,

• Gabriele Toscano
Dottorando in Diritto privato e dei consumi, Università di Perugia e Salamanca. E-mail. gabriele.toscano@gmail.com

La legislazione di ogni singolo Stato nazionale che contempla questo istituto disciplina in maniera diversa tale procedura, che normalmente non richiede alla madre di giustificare la sua scelta; ed è legalmente riconosciuto, o tollerato, con diverse varianti in diversi paesi, come Francia[5], Italia, Lussemburgo, Austria, Germania, Repubblica Ceca, Tunisia, Marocco, Algeria e Russia.

A tale proposito, nell'ordinamento italiano si era posto il problema di una lacuna normativa sulla disciplina del parto anonimo, lacuna che è stata colmata da una decisione della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite stante la mancanza di risposta da parte del Parlamento nei confronti di una questione che non giustificava continui rinvii o mancate prese di posizione[6].

II. PARTO ANONIMO E DIRITTO D'INTERPELLO IN FAVORE DELLA MADRE: L'AVVENTO DEL DPR N. 396/2000.

Inizialmente il problema non si poneva in quanto il trattamento riservato al figlio di accedere alle informazioni alle proprie origini era trattato allo stesso modo sia per i soggetti abbandonati dalla madre che quelli partoriti in forma anonima: ad entrambi non era concesso accedere alle suddette informazioni. La situazione invece cambia con la modifica dell'art. 28 della legge sulle adozioni (d'ora in avanti l. adozioni) in quanto viene riconosciuta la possibilità al figlio adottato di conoscere

Austria e Germania. Inoltre, la Repubblica Ceca, la Grecia, l'Italia, la Russia e l'Ucraina consentono alle madri di mantenere privata la propria identità. In alternativa, una forma di parto anonimo è presente negli Stati Uniti attraverso le cd. *Baby Moses Laws*. Le prime leggi sul parto anonimo si trovano in Svezia, dove la legge sull'infanticidio del 1778 ha concesso alle madri il diritto e tutti i mezzi per dare alla luce il proprio figlio in modo anonimo.

5 In Francia la tradizione del parto anonimo può essere fatta risalire al 1638, quando Vincent de' Paul istituì il *tour*, una forma di rota degli esposti per neonati. Durante la Rivoluzione francese il parto anonimo fu legalizzato nel 1793, quando l'art. 326 del Codice civile introdusse i concetti di parto anonimo e confidenziale. Il decreto prevedeva la creazione di spazi sicuri per consentire alle donne di partorire in sicurezza. Nel 1811 l'assistenza fu sostituita da un sistema che prevedeva la ruota degli esposti. Questo sistema, tuttavia, causò un aumento dei neonati abbandonati e non fu mai pienamente attuato. Nel 1860 il sistema delle culle per neonati, chiamato *tour*, fu chiuso e la pratica fu ufficialmente abolita nel 1904 a favore di altre politiche a favore della nascita tra il 1870 e il 1945. Le politiche a favore della nascita si svilupparono in seguito a eventi storici di guerra e rivoluzione. Il parto anonimo continuò ancora tra gli anni Settanta e Quaranta del XIX secolo, con circa mille bambini all'anno che finivano nel suddetto sistema. Nel 1941 gli ospedali pubblici furono obbligati a consentire alle donne di partorire in anonimato, se richiesto. Negli anni Quaranta, i certificati di nascita ufficiali in Francia riportavano la dicitura "*sous* X", cioè nato sotto X al posto della madre biologica. Nel 1943 era previsto un periodo di attesa di un mese in cui le madri potevano ancora mantenere la custodia del figlio se vi rinunciavano. Negli anni Sessanta i periodi di attesa sono stati estesi a tre mesi, sono stati aperti uffici di assistenza sanitaria e sociale e il controllo delle nascite è stato pubblicizzato per legge. Nel 1978 una legge consentì ai cittadini l'accesso ai documenti personali, che per i nati sotto la X portò a protestare per le loro origini. Negli anni Novanta si discute del diritto alla *privacy* della madre contro il diritto del bambino a conoscere le proprie origini, e si continua a sostenere il diritto della madre. Negli anni Novanta si discuteva anche della creazione di un'organizzazione che aiutasse a reperire le informazioni nel caso in cui una madre cambiasse la decisione di essere anonima, che è stata creata nei primi anni Duemila. Nel 2002 è stato creato il *Conseil national d'accès aux origines personnelles* (CNAOP) per mediare tra madri anonime e figli. Alla madre naturale viene chiesto di lasciare informazioni sulla sua identità in una busta sigillata che può essere aperta dal CNAOP se il bambino lo chiede, in modo da poter contattare la madre naturale. Tuttavia, le informazioni non devono essere date al bambino senza il suo consenso.

6 Cfr. Ierardo, C.: "Dichiarazione giudiziale di maternità e parto anonimo", *giustiziacivile.com*, 2021, pp. 18.

le proprie origini, mentre il divieto rimane per il figlio nato da parto anonimo[7]. Tuttavia, con la modifica della l. adozioni il nato da parto anonimo può accedere alle informazioni detenute dall'ufficiale dello stato civile al compimento del diciottesimo anno di età e solo per gravi ragioni psicologiche, a patto che ciò sia accertato da una pronuncia giudiziaria, altrimenti al compimento del venticinquesimo anno di età, in quanto si ritiene che a quell'età egli abbia maturato il pieno sviluppo della propria personalità[8]. L'art. 28 comma 7 l. adozioni è quello che presenta maggiore interesse ed afferma che non è possibile accedere alle informazioni dello stato civile per l'adottato che non sia stato riconosciuto alla nascita dalla madre naturale e qualora anche un solo dei genitori biologici abbia dichiarato di non volere essere nominato, o abbia manifestato il consenso all'adozione a condizione di rimanere anonimo ai sensi dell'art. 30 del decreto del Presidente della Repubblica del 3 novembre 2000, n. 396 (d'ora in avanti DPR n. 396/2000)[9].

L'art. 30 del DPR n. 396/2000 regolamenta i registri dello stato civile, ed era la prima norma riguardante il parto anonimo. In un primo momento erano molto frequenti i casi in cui i neonati venivano abbandonati nei pressi di conventi o chiese, con la conseguenza che questa pratica risultava assai pericolosa per la madre, costretta a partorire in situazioni igieniche non proprio ideali così che al giorno d'oggi, per evitare questo problema (che può causare gravi problemi di salute per la donna) si può partorire in ospedale in totale anonimato[10]. Il DPR n. 396/2000 ha quindi riformato l'ordinamento dello stato civile, ed a tale proposito l'art. 30 comma 1 afferma che la dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata. Successivamente troviamo l'art. 28 comma 7 il quale ribadisce che tutto ciò che vale per i figli adottati normalmente, non vale nel caso della madre che abbia dichiarato di non essere nominata. L'ultima norma che completa il quadro è l'art. 93 comma 2 della legge sul trattamento dei dati personali dalla quale si evince che il certificato di assistenza al parto, o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali della madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, avvalendosi della facoltà prevista dall'art. 30 del DPR n. 396/2000, possono essere rilasciate in copia integrale a chi ne abbia interesse decorsi cento anni dalla formazione del documento e quindi sostanzialmente dalla nascita del figlio[11].

7 Villella, A.: "Principi generali e ruolo dell'interprete tra dinamicità ed unità del sistema", *Rass. dir. civ.*, 2019, pp. 519-537

8 Valongo, A.: "Il mancato riconoscimento del figlio nel quadro dell'illecito endofamiliare", *Dir. fam. pers.*, 2018, pp. 1542-1568.

9 Cfr. Rusconi, C.: "La legge tedesca sulla "vertrauliche Geburt". Al crocevia tra accertamento della maternità, parto anonimo e adozione", *Eur. dir. priv.*, 2018, pp. 1347-1381.

10 Per maggiori approfondimenti vedi Bugetti, M.N.: "Single filiation state, maternal recognition and anonymous childbirth", *BioLaw Journal*, 2020, pp. 195-208.

11 Stefanelli, S.: "Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini", cit., p. 426 ss.

In seguito all'emanazione dell'art. 30 del DPR n. 396/2000 in dottrina ed in giurisprudenza si è acceso un forte dibattito riguardo all'aspetto del profilo di un eventuale discriminazione che si può verificare laddove il figlio nato da genitori biologici che l'avevano dichiarato può, laddove sia possibile, accedere alle informazioni di quest'ultimi, mentre al figlio nato da madre che ha dichiarato di non voler essere nominata gli è preclusa questa possibilità[12]. A tale proposito, ciò che è stato oggetto di sindacato di costituzionalità non è tanto l'impossibilità di accedere alle informazioni, ma la cd. irreversibilità del segreto della madre. Il fatto che questo "silenzio" abbia una durata di cento anni; quindi, per un periodo ascrivibile all'intero arco della vita sia della madre che del figlio.

Questa previsione è stata superata e censurata nella parte in cui non consentiva il mutamento della scelta, e sul punto si è pronunciata la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti CEDU)[13]. In realtà la dottrina ha sottolineato che l'irreversibilità non coinvolge allo stesso modo entrambi i soggetti perché non ci sono preclusioni a considerare la scelta della madre come reversibile, in quanto la legge non dice espressamente nulla a riguardo. L'irreversibilità[14] si verifica se la madre non muta opinione, con la conseguenza che il figlio non potrà quindi accedere ai documenti circa la propria origine, ma se la madre muta la propria opinione ecco che il figlio avrà diritto ad accedere alle informazioni *ut supra*.

Il problema è dunque assai delicato in quanto il figlio non ha la possibilità di chiedere alla madre se ha cambiato opinione o meno, di effettuare dunque un interpello nei confronti di quest'ultima. In altri ordinamenti come la Germania e la Spagna, ad esempio, è possibile per il figlio accedere alle informazioni circa le proprie origini con determinate procedure, mentre in Francia è addirittura concesso l'interpello alla madre in forma anonima[15].

III. LA DICHIARAZIONE D'INCOSTITUZIONALITÀ DELL'ART. 28 COMMA 7 DELLA LEGGE SULLE ADOZIONI.

Quanto detto fino ad ora è stato oggetto di numerose decisioni, tra cui spiccano quella della Corte costituzionale del 2005[16] a distanza di due anni dalla

12 Cfr. Campanato, G.: "Riconoscimento del nato e parto anonimo", *Minorigiustizia*, 2009, pp. 91-99.

13 Per maggiori approfondimenti vedi Long, J.: "Ammissibilità del parto anonimo e accesso alle informazioni sulle proprie origini secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo", *Minorigiustizia*, 2003, pp. 172-179.

14 Stefanelli, S.: "Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione", *Giur. cost.*, 2013, pp. 4031-4056.

15 La legislazione europea più restrittiva è proprio quella italiana in quanto non consente al figlio di accedere alle informazioni né in forma anonima, né tantomeno attraverso lo strumento dell'interpello.

16 Corte cost., 25 novembre 2005, n. 425, *DeJure online* nella quale la Corte costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nel testo modificato dall'art. 177, comma 2, del decreto legislativo 30

modifica dell'art. 28 l. adozioni, quella della CEDU del 2012[17], quella della Corte costituzionale del 2013[18] e da ultimo quella della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 2017[19].

Quest'ultima pronuncia della Cassazione si è interrogata su come risolvere il problema riguardo all'art. 28 comma 7 l. adozioni nella misura in cui dispone che l'accesso ai documenti non è consentito se alla nascita la madre abbia dichiarato di non voler essere nominata, in quanto questa parte è stata dichiarata incostituzionale stante l'assenza di una norma sostitutiva. La soluzione che temporaneamente aveva ipotizzato il disegno di legge presentato alla Camera riguardava il fatto che la madre potesse conservare la facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita, ma al diciottesimo anno di età del figlio essa potesse venire interpellata in forma anonima dai servizi sociali chiedendo lei conferma o meno della propria scelta di rimanere o meno anonima, così da permettere al figlio di conoscere le proprie origini o meno[20].

Come è stato osservato la prima decisione sul tema è stata quella della Corte costituzionale del 2005 dove il Tribunale per i minorenni di Firenze sollevò

giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, dal Tribunale per i minorenni di Firenze con l'ordinanza indicata in epigrafe.

17 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Godelli c. Italia: parto anonimo, 25 settembre 2012, n. 33783/09, *https://www.giustizia.it*. Incombe in capo al Governo che solleva l'eccezione di mancato esaurimento delle vie di ricorso interne dimostrare l'esistenza di una via di ricorso accessibile, suscettibile di offrire riparazione e con ragionevoli prospettive di successo. Il diritto di conoscere i propri genitori biologici rientra nel diritto alla tutela della vita privata di cui all'art. 8 CEDU. Questo impone non solo divieti, ma anche obblighi positivi per gli Stati, i quali godono di un certo margine di apprezzamento nel campo in esame. È necessario operare un corretto bilanciamento tra i diritti e gli interessi delle persone coinvolte, secondo il canone di proporzionalità. La legislazione italiana non opera un corretto bilanciamento perché, nel caso in cui la madre biologica si sia avvalsa dell'anonimato, preclude al figlio l'accesso anche alle informazioni che non consentono l'identificazione, e non permette al figlio di chiedere che l'anonimato venga meno, con il consenso della madre. Per maggiori approfondimenti vedi Ingenito, C.: "Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e il diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Giust. civ.*, 2013, pp. 1608-1619 e Vigato, E.: "Godelli c. Italia": il diritto a conoscere le proprie origini", *Quad. cost*., 2012, pp. 908-910.

18 Corte cost., 18 novembre 2013, n. 278, *https://www.cortecostituzionale.it*, nella quale la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), come sostituito dall'art. 177, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127) – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione.

19 Cass. civ., Sez. Un., 25 gennaio 2017, n. 1946, *DeJure online*, nella quale le Sezioni Unite hanno stabilito la possibilità per una persona nata da un parto anonimo di verificare, attraverso un interpello riservato, che la madre biologica desideri continuare a non essere nominata, nonostante il legislatore non abbia ancora regolamentato la procedura da seguire. Per maggiori approfondimenti vedi Bugetti, M.N.: "Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite", *Corr. giur.*, 2017, pp. 624-634 e Di Marzio, P.: "Parto anonimo e diritto alla conoscenza delle origini", *Fam. dir.*, 2017, pp. 748-755.

20 Così dispone l'art. 1 l. *b)* del Disegno di legge del 18 giugno 2015, n. 1978, *https://www.senato.it*. Cfr. Ballarani, G.: "Modifiche all'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184 e altre disposizioni in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita (ddl n. 1978)", *Dir. fam. pers*., 2017, pp. 965-975.

l'incostituzionalità dell'art. 28 comma 7 l. adozioni. Sebbene in questa decisione la Corte costituzionale si pronunciò dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale, nel 2013 il giudizio fu del tutto opposto[21] in quanto avvenne un vero e proprio mutamento culturale-giuridico giacché l'orientamento intrapreso dai giudici costituzionali era basato sul superamento della legge scritta attraverso un diritto che deve adeguarsi e modellarsi alle esigenze reali delle persone[22].

IV. IL BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI ED IL RUOLO DELLA CEDU.

L'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in avanti CDFUE) riconosce il diritto all'identità personale nel quale rientra la riservatezza, il nome, l'integrità del proprio stato biologico ed il diritto a conoscere le proprie origini. Il diritto all'identità personale secondo la CEDU è stato mal bilanciato da parte del legislatore italiano in quanto propende in modo assoluto ed incondizionato alla riservatezza della madre ed a discapito del diritto del figlio a conoscere le proprie origini[23]. A differenza dell'ordinamento francese[24] che propende un interpello quello italiano non tenta di mantenere alcun equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in causa, ed in assenza di meccanismi destinati a bilanciare il diritto del ricorrente a conoscere le proprie origini con i diritti e gli interessi della madre a mantenere l'anonimato viene inevitabilmente data una preferenza incondizionata a quest'ultima. Da ciò emerge il passaggio fondamentale circa il cambio di orientamento da parte della Corte costituzionale dal 2005 al 2013: il bilanciamento degli interessi[25].

La CEDU afferma che dopo la nascita vengono sostanzialmente in gioco due interessi: quello all'anonimato della madre (ed alla conseguente conservazione di questo *status*) e quello del figlio all'identità personale[26]. Questa è indubbiamente una prospettiva molto interessante giacché è chiaro che in questa prospettiva

21 Per maggiori approfondimenti vedi Auletta, T.: "Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia", *Corr. giur.*, 2014, pp. 473-487; Casaburi, G.: "Il parto anonimo dalla ruota degli esposti al diritto alla conoscenza delle origini", *Foro it.*, 2014, pp. 8-19; Long, J.: "Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto", *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, pp. 289-296 e Marcenò, V.: "Quando da un dispositivo d'incostituzionalità possono derivare incertezze", *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, pp. 285-289.

22 Il riferimento ai temi legati alle libertà individuali la tendenza è però quella di allinearsi alle pronunce della CEDU ed applicare i principi interni in modo favorevole all'interpretazione data dal giudice europeo.

23 Gigliotti, F.: "Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)", *Eur. dir. priv.*, 2017, pp. 901-951 e Granelli, C.: "Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti", *Pers. merc.*, 2017, pp. 8.

24 Long, J.: "La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odievre c. Francia", *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, pp. 283-311.

25 Bugetti, M.N.: "L'accertamento della maternità nei confronti della madre che si sia avvalsa dell'anonimato", *Corr. giur.*, 2020, pp. 1478-1482. Cfr. Valongo, A.: "La violazione dei doveri genitoriali tra funzione riparatoria e punitiva della responsabilità civile", *Rass. dir. civ.*, 2019, pp. 825-871.

26 Granelli, C. "Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti", *Jus civile*, 2016, pp. 10.

l'esito non può non essere quello della fondatezza della questione di legittimità dato che un interesse soccombe in modo irragionevole e sproporzionato rispetto ad un altro. La prospettiva adotta dalla CEDU è quella di osservare il conflitto nel momento in cui il figlio vorrebbe conoscere le informazioni sulle proprie origini. In questo caso i due diritti contrapposti sono quello all'anonimato della madre, diritto che questa oppone al figlio, ed il diritto all'identità del figlio, ed in questo bilanciamento non vi rientra la salute della madre[27].

La Corte costituzionale nella decisione del 2005 si interroga su quale sia la *ratio* che giustifica *ab origine* la scelta della madre. La *ratio* è quella di assicurare la salute della madre ed impedire che questa possa preferire di partorire in un luogo non sicuro con pregiudizio non solo suo, ma anche del figlio. La Corte costituzionale individua così la *ratio* non nella tutela della riservatezza o del diritto all'anonimato quasi fosse una scelta esistenziale della madre che vuole rimanere anonima, ma nella tutela della salute della gestante[28].

Le disposizioni sul parto anonimo e quelle sull'interruzione della gravidanza hanno la stessa finalità di tutelare la salute della madre, oltre che – inevitabilmente – anche una pura scelta di autodeterminazione della madre o a restare riservata o ad interrompere la gravidanza[29]. Ciò che è oggetto di tutela primaria nella legge interruttiva della gravidanza è la tutela della salute della madre e del figlio, l'autodeterminazione viene in rilievo solo quando nel bilanciamento tra l'interesse del figlio e quello della madre, pregiudicato da uno stato di salute, è la madre a decidere di pregiudicare la vita del figlio per salvare la propria. Il profilo di autodeterminazione assume rilevanza, quindi, all'interno di un contesto che tutela la salute. La scelta di autodeterminazione esiste, ma nel momento in cui la donna è portata a scegliere tra tutelare sé stessa o il figlio, e decide di tutelare sé stessa. Come giustificazione di fondo vi è sempre la tutela della madre, anche per un mero dato strutturale e biologico: qualunque scelta della madre non potrà che ricadere sul figlio[30]. Essendo la madre ed il nascituro legati da un punto di vista biologico è chiaro che la scelta della madre di tutelare la propria salute finisca con il pregiudicare inevitabilmente quella del figlio. La prova che la *ratio* della legge sull'interruzione di gravidanza sia quella di non garantire la pura libertà di autodeterminazione della madre la si evince dal fatto che una delle condizioni previste per l'interruzione di gravidanza sia proprio l'alterazione dello stato psicofisico della donna o del feto.

27 Pane, R.: "Ancora sul diritto di conoscere le proprie origini", *Dir. succ. fam.*, 2015, pp. 435-455 e Ambrosi, A.: "Interesse dell'adottato a conoscere l'identità della madre biologica "versu" interesse della madre all'anonimato: un nuovo punto di equilibrio", *Studium iuris*, 2014, pp. 667-675.

28 Per maggiori approfondimenti vedi Checchini, B.: "Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini", *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 709-725.

29 Lamedica, F.: "La normativa sull'accesso alle origini: criticità e prospettive", *Minorigiustizia*, 2014, pp. 222-227.

30 Cfr. Stefanelli, S.: "Danno alla genitorialità paterna per mancata conoscenza della nascita di un figlio", *Foro it.*, 2021, pp. 263-268.

La norma però prevede anche una sostanziale impunità per la donna che decide di abortire nei primi sessanta giorni poiché la madre potrebbe allegare anche uno stato di alterazione fisica e psichica che per legge è un medico a dover certificare. Anche nella legge sull'interruzione di gravidanza la *ratio* non è quindi quella di tutelare la pura scelta della madre, ma quella di tutelare la salute della gestante, così come avviene nella legge sul parto anonimo[31]. Quest'ultima prende atto di un fenomeno che non può essere vietato, ma che si cerca di riconoscere apportando una serie di tutele a favore della salute della donna, evitando il rischio che questa abbandoni il figlio in condizioni non sicure. La donna, infatti, potrebbe convincersi a non abortire ed a partorire in ospedale sapendo di poter utilizzare lo strumento dell'anonimato[32].

V. ANONIMATO ED IRREVERSIBILITÀ DELLA DECISIONE MATERNA.

Appurato che la *ratio* della norma è la tutela della salute, la Corte costituzionale si interroga su come poter garantire l'effettività di questa. Tale effettività, ritiene la Corte, può essere assicurata solo attraverso un anonimato irreversibile[33]. La prospettiva da cui si è mossa la Corte costituzionale è quindi differente rispetto a quella da cui partiranno; invece, le decisioni successive secondo cui, pur essendo vero che la *ratio* della norma è la tutela della salute, quando il figlio è nato la salute non viene più in rilievo[34]. Tra l'interesse alla riservatezza e quello a conoscere le proprie origini, la legge propende solo per uno di essi e quindi è da ritenersi incostituzionale. Nel 2005 si arriva, invece, a dire che non è vero che dopo la nascita del figlio si contrappongono questi due diritti perché il diritto alla riservatezza che la legge assicura non è un diritto autonomo, o che si possa apprezzare solo in una vicenda successiva, in quanto il diritto all'anonimato è lo strumento che consente l'effettività della salute[35].

È quindi una prospettiva totalmente diversa quella da cui muove la Corte costituzionale nel 2005: il profilo della salute non smette mai di essere l'oggetto del bilanciamento. Per la Corte costituzionale la riservatezza non è un diritto che si bilancia con l'identità, ma è lo strumento che la norma adotta per assicurare in maniera effettiva la tutela della salute. Se l'anonimato è quindi lo strumento per assicurare l'effettività della salute, a venire bilanciato è sempre il diritto alla

31 Pane, R.: "Ancora sul diritto di conoscere le proprie origini", cit., p. 435 ss.

32 Checchini, B.: "La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo "istituto" dell'interpello", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pp. 1288-1298.

33 Stefanelli, S.: "Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione", cit., 2013, p. 4031 ss.

34 Lamedica, F.: "La normativa sull'accesso alle origini: criticità e prospettive", cit., p. 222 ss.

35 Cfr. Long, J.: "La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odievre c. Francia", cit., p. 283 ss.

salute, alla vita ed il diritto all'identità personale[36]. Tra questi due interessi, per quanto non esista una gradazione di valori, certamente il primo non può che prevalere sul secondo. Si giustifica così la soccombenza del diritto all'identità personale se dall'altra parte abbiamo il diritto alla vita[37]. Questo passaggio è fondamentale in quanto la Corte costituzionale afferma che la vicenda è stata guardata da una prospettiva errata giacché si contrappone riservatezza a identità personale, non capendo però che la riservatezza è soltanto uno strumento volto a consentire l'effettività dell'anonimato. La donna sceglie di partorire in ospedale anche sapendo che la sua decisione sarà irreversibile. Il fatto che la norma fissi l'irreversibilità del segreto è indice anche del fatto che il legislatore ha certamente tenuto conto che, nella valutazione della donna tra l'andare o meno in ospedale, un ruolo importante lo giochi proprio l'irreversibilità della sua scelta[38]. Solo in questo modo si assicura alla madre una scelta libera, ed è quindi molto probabile – afferma implicitamente la Corte costituzionale – che nel momento in cui la donna è chiamata a compiere la sua scelta, se fosse prevista la possibilità che un giorno il figlio possa ritornare nella sua vita, e riaprire quella vicenda, non con la stessa facilità ella si autodeterminerà per andare in ospedale. È molto probabile, anzi, sapendo del rischio che il figlio possa un giorno intromettersi nella vicenda procreativa, che la madre non sceglierà l'ospedale ma altri modi, magari clandestini e meno sicuri. Questo significa, di conseguenza, pregiudicare il diritto alla salute sia della madre che del figlio[39].

Il massimo dell'effettività[40] lo si ottiene solamente riconoscendo alla madre che la sua scelta non verrà più messa in discussione in qualsiasi modo e momento, in quanto – contrariamente – verrebbe meno l'effettività e non si garantirebbe a pieno la scelta della madre di partorire in ospedale. È possibile che la madre, consapevole che un giorno potrebbe affrontare il trauma di dover rispondere all'interpello di un figlio che ha deciso di mettere al mondo senza riconoscerlo, si autodetermini per non andare in ospedale e pregiudicare così la sua salute e quella del figlio[41].

36 Per maggiori approfondimenti vedi Mineo, J.: "Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: le Sezioni Unite dettano le concrete modalità di azione in seguito all'intervento della Corte costituzionale", *Dir. fam. pers.*, 2018, pp. 435-452.

37 Cfr. Carbone, V.: "Con la morte della madre al figlio non è più opponibile l'anonimato: i giudici di merito e la Cassazione a confronto", *Corr. giur.*, 2017, pp. 29-38.

38 Carlotto, I.: "I nuovi diritti e l'identità biologica", *Dir. soc.*, 2014, pp. 561-596.

39 Cfr. Long, J.: "Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: costituzionalmente legittimi nel caso di parto anonimo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, pp. 549-560; Cozzi, A.O.: "La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?", *Giur. cost.*, 2005, pp. 4602-4611 e Tria, L.: "La Corte costituzionale interviene sul diritto dell'adottato all'accesso alle proprie origini in caso di c.d. parto anonimo", *I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2005, pp. 72-74.

40 Mineo, J.: "Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: le Sezioni Unite dettano le concrete modalità di azione in seguito all'intervento della Corte costituzionale", cit., p. 435 ss.

41 Cfr. Bugetti, M.N.: "L'accertamento della maternità nei confronti della madre che si sia avvalsa dell'anonimato", cit., 2020, p. 1478 ss.

VI. ANCORA SULLA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA.

L'ottica in cui ragiona la CEDU è quella della soccombenza del diritto all'identità personale rispetto al diritto alla riservatezza. Una volta che il figlio è nato, non si pone un problema di tutela del diritto alla salute, ma, anziché bilanciare riservatezza e identità personale, si fa soccombere quest'ultimo a vantaggio del primo. La CEDU giudica, infatti, la normativa italiana nel perimetro di una medesima disposizione, è chiaro che se uno prevale in modo assoluto sull'altro, l'unica conseguenza possibile è la censura[42].

La decisione della Corte costituzionale del 2013 si allinea alla precedente pronuncia della CEDU anche se argomenta in modo un po' più raffinato, dovendo comunque andare a smentire il suo precedente del 2005. Pur essendo vero che la *ratio* preminente della legge sia quella della tutela della salute, la Corte costituzionale introduce un importante distinguo che possiamo così sintetizzare "tuttavia, l'aspetto che viene in rilievo ruota attorno al profilo, per così dire, diacronico della tutela assicurata al diritto all'anonimato della madre"[43]. Il problema su cui confrontarsi è quello della cristallizzazione dell'anonimato, del segreto che si prolunga nel tempo. Viene così da domandarsi se questa cristallizzazione, immobilizzazione, espropriazione di diritti dell'individuo all'identità personale sia conforme o meno alla Costituzione.

La Corte costituzionale utilizza lo stesso argomento utilizzato dalla CEDU, e l'aspetto da rivedere è quello della cristallizzazione che non trova alcuna giustificazione se comparata con il diritto all'identità personale. Il passaggio fatto dalla Corte può essere così riassunto: la norma tutela la salute e questo spiega l'anonimato[44]. Quando il figlio è nato rileva solo la cristallizzazione dell'anonimato e questa non si spiega più in ragione della tutela della salute, ma alla luce di una scelta della donna a non essere turbata in vita da ulteriori richieste del figlio. Davanti a questo diritto riconosciuto alla madre, la riservatezza non è più solo strumentale alla tutela della salute ma è strumentale all'interesse della madre a nona vere più turbamenti nel corso della vita. Essendo questo un diritto che deve essere riconosciuto alla madre, e se la riservatezza deve intendersi come uno strumento volto a tutelare il diritto, la prerogativa della madre a non subire interferenze nel corso della vita, se andiamo a bilanciarlo con l'identità personale è da ritenersi incostituzionale perché un bilanciamento lascia soccombere un

42 Margaria, A.: "Parto anonimo e accesso alle origini: la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna la legge italiana", *Minorigiustizia*, 2013, pp. 340-348.

43 Bugetti, M.N.: "L'accertamento della maternità nei confronti della madre che si sia avvalsa dell'anonimato", cit., 2020, p. 1478 ss.

44 Cfr. Lenti, L.: "Adozione e segreti", *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, pp. 229-253.

interesse a discapito dell'altro[45]. La riservatezza strumentale alla tutela della salute fa prevalere la salute nel bilanciamento con l'identità personale, la riservatezza come tutela della prerogativa della madre di non subire più turbamenti nel corso della vita, se bilanciata con l'identità personale, e fatta prevalere in modo assoluto non può che portare all'esito dell'incostituzionalità[46].

VII. CONCLUSIONI: LA MORTE DELLA MADRE COME *ESCAMOTAGE* PER ACCEDERE ALLE INFORMAZIONI.

La vicenda del parto anonimo è stata osservata anche da un'altra prospettiva in una decisione della Suprema Corte di Cassazione del 2016[47]. In questa vicenda il problema era stabilire cosa accadesse in caso di morte della madre. Se la riservatezza viene letta come tutela della madre nel corso della propria vita, con la morte della madre la riservatezza viene meno e quindi non ci sarebbe più alcun bisogno di tutelarla. Si potrebbe però porre un ulteriore problema qualora la madre, che ha partorito in forma anonima, abbia poi avuto altri figli riconosciuti[48]. Vi è quindi da domandarsi se al figlio non riconosciuto di poter accedere alle informazioni sulla propria origine successivamente alla morte della madre sia o meno una scelta felice, giacché gli eventuali figli riconosciuti verrebbero tirati in ballo in questa vicenda. Magari la madre, nello scegliere l'anonimato, era stata mossa proprio dal fatto di essersi rifatta una nuova vita.

Questi sono aspetti che però la Suprema Corte di Cassazione non prende in considerazione tanto che a partire da questa decisione la morte interrompe la riservatezza non essendo più possibile fare un interpello[49]. Se nel 2013 si era riconosciuto il diritto all'interpello, e se la morte non consentisse più di accedere alle informazioni, si creerebbe dunque una disparità di trattamento tra i figli che potrebbero ancora accedere all'interpello, perché la madre è viva, e quelli che non potrebbero ricorrere all'interpello perché ormai la madre è morta. È chiaro che la questione sia posta in maniera non semplice, ma chi è inizialmente discriminato perché la madre è morta e non può ricorrere all'interpello, finirebbe però con l'accedere alle informazioni facendo sì che ad essere discriminati siano coloro la

45 Stanzione, M.G.: "Scelta della madre per l'anonimato e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pp. 323-329 e Bugetti, M.N.: "Sull'esperibilità delle azioni ex artt. 269 e 279 c.c. nei confronti della madre che abbia partorito nell'anonimato", *Fam. dir.*, 2016, pp. 481-495

46 Cfr. Lenti, L.: "Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini", cit., p. 144 ss.

47 Cass. civ., 21 luglio 2016, n. 15024, *DeJure online*. Per maggiori approfondimenti vedi Andreola, E.: "Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima, *Fam. dir.*, 2017, pp. 24-32.

48 Marinoni, S.: "Il diritto dell'adottato a conoscere i fratelli/sorelle biologici. Il difficile contemperamento fra identità personale e riservatezza", *Dir. fam. pers.*, 2019, pp. 66-89.

49 Di Lorenzo, G.: "Tutela dell'identità personale e verità della procreazione. "Mors omnia solvit"", *Dir. fam. succ.*, 2018, pp. 1569-1587 e Lo Voi, V.: ""Mors omnia solvit"? Parto anonimo e valutazione circa l'attualità del diritto all'anonimato della madre biologica nel caso di morte della stessa", *Dir. fam. pers.*, 2018, pp. 1120-1138.

cui madre è ancora in vita. Anche in caso di morte della madre potrebbe comune riproporsi il problema iniziale circa l'individuazione degli elementi che concorrono alla scelta dell'anonimato[50].

Resta dunque l'interrogativo se vigendo un ordinamento in cui la morte consente il libero accesso alle informazioni per il figlio di risalire alle proprie origini, questo non vada a limitare la possibilità che la madre scelga di partorire o meno in forma anonima.

Nell'ordinamento italiano non esiste una norma che disciplina il diritto d'interpello per il figlio, così alcuni Tribunali, a seguito di numerose richieste, consentivano l'interpello garantendo l'anonimato ed altri rifiutavano di procedere in assenza di una legge[51]. Si era così creato uno scenario in cui era lo Stato stesso ad ammettere una discriminazione ed una disparità di trattamento legata alle diverse prassi seguite adi vari Tribunali.

Per queste ragioni nel 2017 sono intervenute le Sezioni Unite con una pronuncia molto particolare in quanto fatta nell'interesse esclusivo della legge *ex* art. 363 c.p.c. e sulla base di tre condizioni: l'avvenuta pronuncia di uno specifico provvedimento non impugnato o non impugnabile; la reputata illegittimità del provvedimento quale indefettibile momento di collegamento con una concreta fattispecie e l'interesse della legge, quale interesse generale e trascendente all'affermazione di principi di diritto per l'importanza di una sua formulazione espressa[52].

50 Per maggiori approfondimenti vedi Bugetti, M.N.: "Parto anonimo: la secretazione dell'identità della madre si protrae anche dopo la sua morte", *Fam. dir.*, 2020, pp. 1143-1147.

51 Così Trib. Milano, 14 ottobre 2015, n. 11475, *DeJure online*, secondo la quale non è ammissibile la dichiarazione giudiziale di maternità nei confronti di una donna che ha dichiarato al momento del parto di non voler essere nominata nel certificato di nascita del figlio.

52 Per maggiori approfondimenti vedi Mineo, J.: "Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: le Sezioni Unite dettano le concrete modalità di azione in seguito all'intervento della Corte costituzionale", cit., p. 435 ss.; Bugetti, M.N.: "Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite", cit., p. 624 ss. e Di Marzio, P.: "Parto anonimo e diritto alla conoscenza delle origini", cit., p. 748 ss.

BIBLIOGRAFIA.

Ambrosi, A.: "Interesse dell'adottato a conoscere l'identità della madre biologica "versu" interesse della madre all'anonimato: un nuovo punto di equilibrio", *Studium iuris*, 2014, pp. 667-675.

Andreola, E.: "Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima, *Fam. dir.*, 2017, pp. 24-32.

Auletta, T.: "Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia", *Corr. giur.*, 2014, pp. 473-487.

Ballarani, G.: "Modifiche all'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184 e altre disposizioni in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita (ddl n. 1978)", *Dir. fam. pers.*, 2017, pp. 965-975.

Berloco, D.: "Adozione - Parto anonimo - Diritto a conoscere le proprie origini - Orientamento della giurisprudenza", *Stato civ. it.*, 2018, pp. 9-13.

Bugetti, M.N.: "L'accertamento della maternità nei confronti della madre che si sia avvalsa dell'anonimato", *Corr. giur.*, 2020, pp. 1478-1482.

Bugetti, M.N.: "Parto anonimo: la secretazione dell'identità della madre si protrae anche dopo la sua morte", *Fam. dir.*, 2020, pp. 1143-1147.

Bugetti, M.N.: "Single filiation state, maternal recognition and anonymous childbirth", *BioLaw Journal*, 2020, pp. 195-208.

Bugetti, M.N.: "Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite", *Corr. giur.*, 2017, pp. 624-634.

Bugetti, M.N.: "Sull'esperibilità delle azioni ex artt. 269 e 279 c.c. nei confronti della madre che abbia partorito nell'anonimato", *Fam. dir.*, 2016, pp. 481-495.

Campanato, G.: "Riconoscimento del nato e parto anonimo", *Minorigiustizia*, 2009, pp. 91-99.

Carbone, V.: "Con la morte della madre al figlio non è più opponibile l'anonimato: i giudici di merito e la Cassazione a confronto", *Corr. giur.*, 2017, pp. 29-38.

Carlotto, I.: "I nuovi diritti e l'identità biologica", *Dir. soc.*, 2014, pp. 561-596.

Casaburi, G.: "Il parto anonimo dalla ruota degli esposti al diritto alla conoscenza delle origini", *Foro it.*, 2014, pp. 8-19.

Long, J.: "Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto", *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, pp. 289-296.

Cass. civ., 21 luglio 2016, n. 15024, *DeJure online*.

Cass. civ., Sez. Un., 25 gennaio 2017, n. 1946, *DeJure online*.

Checchini, B.: "Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini", *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 709-725.

Checchini, B.: "La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo "istituto" dell'interpello", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pp. 1288-1298.

Corte cost., 18 novembre 2013, n. 278, *https://www.cortecostituzionale.it*.

Corte cost., 25 novembre 2005, n. 425, *DeJure online*.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Godelli c. Italia: parto anonimo, 25 settembre 2012, n. 33783/09, *https://www.giustizia.it*.

Cozzi, A.O.: "La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?", *Giur. cost.*, 2005, pp. 4602-4611.

Di Lorenzo, G.: "Tutela dell'identità personale e verità della procreazione. "Mors omnia solvit"", *Dir. fam. succ.*, 2018, pp. 1569-1587.

Di Marzio, P.: "Parto anonimo e diritto alla conoscenza delle origini", *Fam. dir.*, 2017, pp. 748-755.

Disegno di legge del 18 giugno 2015, n. 1978, *https://www.senato.it*.

Gigliotti, F.: "Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)", *Eur. dir. priv.*, 2017, pp. 901-951.

Granelli, C. "Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti", *Jus civile*, 2016, pp. 10.

Granelli, C.: "Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti", *Pers. merc.*, 2017, pp. 8.

Ierardo, C.: "Dichiarazione giudiziale di maternità e parto anonimo", *giustiziacivile.com*, 2021, pp. 18.

Ingenito, C.: "Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e il diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Giust. civ.*, 2013, pp. 1608-1619.

Lamedica, F.: "La normativa sull'accesso alle origini: criticità e prospettive", *Minorigiustizia*, 2014, pp. 222-227.

Lenti, L.: "Adozione e segreti", *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, pp. 229-253.

Lenti, L.: "Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini", *Minorigiustizia*, 2003, pp. 144-163.

Lo Voi, V.: ""Mors omnia solvit"? Parto anonimo e valutazione circa l'attualità del diritto all'anonimato della madre biologica nel caso di morte della stessa", *Dir. fam. pers.*, 2018, pp. 1120-1138.

Long, J.: "Ammissibilità del parto anonimo e accesso alle informazioni sulle proprie origini secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo", *Minorigiustizia*, 2003, pp. 172-179.

Long, J.: "Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: costituzionalmente legittimi nel caso di parto anonimo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, pp. 549-560.

Long, J.: "La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odievre c. Francia", *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, pp. 283-311.

Marcenò, V.: "Quando da un dispositivo d'incostituzionalità possono derivare incertezze", *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, pp. 285-289.

Margaria, A.: "Parto anonimo e accesso alle origini: la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna la legge italiana", *Minorigiustizia*, 2013, pp. 340-348.

Marinoni, S.: "Il diritto dell'adottato a conoscere i fratelli/sorelle biologici. Il difficile contemperamento fra identità personale e riservatezza", *Dir. fam. pers.*, 2019, pp. 66-89.

Mineo, J.: "Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: le Sezioni Unite dettano le concrete modalità di azione in seguito all'intervento della Corte costituzionale", *Dir. fam. pers.*, 2018, pp. 435-452.

Pane, R.: "Ancora sul diritto di conoscere le proprie origini", *Dir. succ. fam.*, 2015, pp. 435-455.

Rusconi, C.: "La legge tedesca sulla "vertrauliche Geburt". Al crocevia tra accertamento della maternità, parto anonimo e adozione", *Eur. dir. priv.*, 2018, pp. 1347-1381.

Stanzione, M.G.: "Scelta della madre per l'anonimato e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pp. 323-329.

Stefanelli, S.: "Danno alla genitorialità paterna per mancata conoscenza della nascita di un figlio", *Foro it.*, 2021, pp. 263-268.

Stefanelli, S.: "Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini", *Dir. fam. pers.*, 2010, pp. 426-464.

Stefanelli, S.: "Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione", *Giur. cost.*, 2013, pp. 4031-4056.

Tria, L.: "La Corte costituzionale interviene sul diritto dell'adottato all'accesso alle proprie origini in caso di c.d. parto anonimo", *I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2005, pp. 72-74.

Valongo, A.: "Il mancato riconoscimento del figlio nel quadro dell'illecito endofamiliare", *Dir. fam. pers.*, 2018, pp. 1542-1568.

Valongo, A.: "La violazione dei doveri genitoriali tra funzione riparatoria e punitiva della responsabilità civile", *Rass. dir. civ.*, 2019, pp. 825-871.

Vigato, E.: "Godelli c. Italia": il diritto a conoscere le proprie origini", *Quad. cost.*, 2012, pp. 908-910.

Villella, A.: "Il diritto dell'adottato a conoscere l'identità dei fratelli biologici tra diritto all'identità personale e discutibili limitazioni", *Dir. succ. fam.*, 2019, pp. 307-319.

Villella, A.: "Principi generali e ruolo dell'interprete tra dinamicità ed unità del sistema", *Rass. dir. civ.*, 2019, pp. 519-537.

L'ITINERARIO ITALIANO DELLA MATERNITÀ SURROGATA NEL QUADRO DI UNA GIURISPRUDENZA EVOLUTIVA: LINEE DI UNA SOLUZIONE

THE ITALIAN ROUTE ON SURROGACY WITHIN AN EVOLUTIONARY CASE-LAW: IDEAS FOR A SOLUTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 756-805

Calogero
Alberto
VALENZA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il saggio affronta la delicata questione della maternità surrogata, la quale è oggi al centro di un acceso dibattito giurisprudenziale che riguarda, in particolare, la possibilità di riconoscere in Italia il rapporto di filiazione tra i bambini nati all'estero attraverso tale pratica e i genitori d'intenzione. Muovendo da una ricostruzione dei termini di detto dibattito, il contributo individua nella diretta trascrizione dell'atto di nascita o del provvedimento giudiziario stranieri derivanti da maternità surrogata la via da intraprendere in assenza di un intervento del legislatore, peraltro assai improbabile nonostante un recente monito della Corte costituzionale. La soluzione proposta, resa possibile da una corretta lettura del principio di ordine pubblico internazionale, sembra infatti essere quella che assicura maggiormente la protezione dell'interesse dei bambini, risultando al contempo perfettamente aderente al modello di genitorialità sociale delineato dalla legge 40/2004. Infine, in un'ottica de iure condendo, la parte conclusiva del saggio intende mettere in evidenza come, in ogni caso, i margini eventualmente a disposizione del legislatore per regolare il fenomeno in discorso non siano affatto ampi: solo una scelta, infatti, sembra essere conforme con i principi su cui si fonda attualmente il diritto di famiglia.

PALABRAS CLAVE: Maternità surrogata; turismo procreativo; tutela del minore; ordine pubblico internazionale; genitorialità d'intenzione.

ABSTRACT: *The essay addresses the delicate issue of surrogacy, which is today at the center of a jurisprudential debate concerning the possibility of recognizing in Italy the parent-child relationship between children born abroad through this practice and the intended parents. Starting from a reconstruction of the underpinning debate, the paper identifies the path to be taken in the direct transcription of the foreign birth certificate or judicial order deriving from surrogacy, in the absence of a legislative intervention still deemed as improbable despite a recent admonition from the Constitutional Court in this sense. In fact, the proposed solution, rendered possible by a correct reading of the principle of international public order, appears as the one that best ensures the protection of children's interests. At the same time, it adheres perfectly to the model of social parenthood outlined by Law 40/2004. Finally, in a de iure condendo perspective, the concluding part of the essay intends to highlight that, in any case, the margins available to the legislator to regulate the phenomenon in question are by no means wide: in fact, only one option appears to comply with the principles on which family law is currently based.*

KEY WORDS: *Surrogacy; procreative tourism; child protection; intended parents; international public order.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. LA MATERNITÀ SURROGATA IN ITALIA: IL DIVIETO POSTO DALLA LEGGE N. 40/2004 E LA GENERALE INCOMPATIBILITÀ CON ALCUNI PRINCIPI DELL'ORDINAMENTO – III. LA MATERNITÀ SURROGATA ALL'ESTERO: IL PROBLEMA DEL RICONOSCIMENTO IN ITALIA DEI PROVVEDIMENTI STRANIERI RELATIVI ALLO *STATUS FILIATIONIS*, TRA INTERESSE DEL MINORE E ORDINE PUBBLICO INTERAZIONALE.- IV. LE PRIME PRONUNCE SUL RICONOSCIMENTO DEL RAPPORTO DI FILIAZIONE IN CASO DI MATERNITÀ SURROGATA REALIZZATA ALL'ESTERO E L'IPOTESI DI ASSENZA DI OGNI CONTRIBUTO BIOLOGICO DEI COMMITTENTI.- V. LE SUCCESSIVE PRONUNCE DELLA CASSAZIONE: LA FILIAZIONE NELLE COPPIE *SAME SEX* FORMATE DA DONNE.- VI. … E NELLE COPPIE *SAME SEX* FORMATE DA UOMINI.- VII. LA MATERNITÀ SURROGATA AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE.- VIII. IL RICONOSCIMENTO DIRETTO DELLO *STATUS FILIATIONIS* GIÀ ACQUISITO QUALE ALTERNATIVA ALL'ADOZIONE: UNA SOLUZIONE CONFORME AL MODELLO DI GENITORIALITÀ SOCIALE CONOSCIUTO DALL'ORDINAMENTO.- IX. IL RICONOSCIMENTO DIRETTO DELLO *STATUS FILIATIONIS* GIÀ ACQUISITO E LA TUTELA GIUDIZIALE DEL MINORE NELLE SITUAZIONI CRITICHE: UNA SOLUZIONE CHE NON CONTRASTA CON L'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE.- X. UNA PROPOSTA *DE IURE CONDENDO* CHE PARE UNA SOLUZIONE OBBLIGATA.

I. INTRODUZIONE.

Visto in prospettiva diacronica, il diritto, inteso come sistema di regole e dottrine, mostra indubbiamente una natura evolutiva. Al pari degli esseri viventi, della società in generale o dell'economia, anche il fenomeno giuridico è infatti soggetto a costanti mutamenti che costituiscono il risultato di complesse interazioni tra diversi fattori.

Questa attitudine del diritto a mutare nel tempo emerge in modo particolare nell'ambito del diritto di famiglia, ove, dall'approvazione del Codice civile ad oggi, si è registrata probabilmente la più significativa (e inevitabile) trasformazione: da un modello unico di famiglia – essenzialmente patriarcale – si è passati ad una pluralità di modelli familiari, in una prospettiva personalistica e funzionalista in cui la famiglia costituisce una formazione sociale, tutelata dalla Carta costituzionale, strumentale alla realizzazione della personalità individuale[1].

1 Al riguardo si vedano le riflessioni consegnate da Vincenzo Scalisi ne "Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi", pubblicato nel 2013 in due parti sui fascicoli 5 e 6 della *Rivista di diritto civile*, e ora in Scalisi, V.: *Studi sul diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2014, p. 63 ss. Tra i contributi che si soffermano sull'evoluzione della famiglia si segnalano quelli di Busnelli, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, 2002, fasc. 4, p. 509 ss.; Paradiso, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", *Riv. dir. civ.*, 2016, fasc. 5, p. 1306 ss.; Zatti, P.: "Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia", in AA.VV.: *Famiglia e matrimonio. Relazioni familiari – Matrimonio – Famiglia di fatto* (a cura di G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello), nel *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, I, p. 3 ss. Sulla progressiva trasformazione delle relazioni familiari alla luce della cultura e della prassi dei diritti individuali

• Calogero Alberto Valenza
Assegnista di ricerca in Diritto Privato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo. E-mail: calogeroalberto.valenza@unipa.it.

Si può dire, in questo senso, che l'ordinamento tenda a porsi in modo recettivo e servente rispetto al reale strutturarsi delle relazioni familiari nel contesto sociale[2], ed è per tale ragione che riconosce ormai tutela non solo alla famiglia tradizionale, ma anche a quella omosessuale e di fatto.

D'altra parte, però, nonostante la frantumazione del concetto unitario di famiglia[3] e l'emersione di nuovi paradigmi, oggi riconosciuti e protetti dall'ordinamento, l'ottica con cui il legislatore italiano guarda alla filiazione resta, come noto, quella "tradizionale", registrandosi una posizione di tendenziale chiusura rispetto alla possibilità di ammettere nuove forme di genitorialità[4].

Tuttavia, la scienza e la tecnica hanno oramai già inciso profondamente sui processi vitali[5] e in particolare sulla nascita, consentendo di aprire la filiazione in favore di soggetti che, senza ricorso alle biotecnologie, non avrebbero mai

fondamentali si veda, in particolare, Camardi, C.: "Diritti fondamentali e «status» della persona", *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, fasc. 1, p. 7 ss.

2 Sul punto, Benedetti, A.M.: "Troppe riforme per un diritto in crisi? La famiglia nell'età del pluralismo complesso", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2020, fasc. 2, p. 393 ss. il quale osserva come, in tale ambito, "tra la fonte e l'oggetto della regolazione si sia instaurata una rincorsa senza fine; e tutte le categorie fondanti il diritto di famiglia ('matrimonio', 'famiglia', 'filiazione', per menzionare solo quelle fondamentali) sono state investite da un processo di liquefazione, da cui è derivata una trasformazione radicale" (p. 395). In questo contesto, l'Autore ravvisa una profonda crisi della funzione regolatoria della fonte legislativa, tanto da domandarsi se essa "per le sue caratteristiche ontologiche, sia o non sia (più) in grado di regolare fenomeni il cui mutamento è divenuto troppo veloce e, quasi, inafferrabile" (p. 396).

3 Busnelli, F.D., Vitucci, M.C.: "Frantumi europei di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 767 ss., ora in Busnelli F.D.: *Persona e famiglia*, Pacini, Pisa Ospedaletto, 2017, p. 361 ss.

4 Ci si riferisce in particolare alla c.d. genitorialità "sociale", la quale a livello extraeuropeo ed europeo si affianca sempre più (ed è per certi versi equiparata) alla tradizionale genitorialità "biologica", che caratterizza la struttura familiare tipica. La fenomenologia della genitorialità sociale è assai varia: essa, infatti, ricomprende sia fattispecie nelle quali il progetto familiare è condiviso *ab origine* (famiglie costituite a seguito di accesso a PMA eterologa o mediante il ricorso alla maternità surrogata), sia situazioni nelle quali tale progetto "originario" manca, poiché il nucleo familiare deriva dalla (o dalle) disgregazioni delle precedenti unioni. Nello scritto si farà riferimento alla prima tipologia di ipotesi. Per un approfondimento sulle altre si rinvia a: Gorgoni A.: "La rilevanza della filiazione non genetica", *Persona e mercato*, 2017, fasc. 3, p. 153 ss.; Al Mureden, E.: "Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze", *Fam. Dir.*, 2016, fasc. 10, p. 966 ss.; Cordiano, A.: "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *Comparazione e diritto civile*, novembre 2012; D'angelo A.: "La famiglia nel XXI secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte", in *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione europea* (a cura di D. Amram e A. D'angelo), nella Collana *I quaderni della Rivista di diritto civile*, 18, Cedam, Padova 2011, p. 13 ss.; Stanzione, M.G.: *Filiazione e «genitorialità». Il problema del terzo genitore*, Giappichelli, Torino, 2010, 109 ss.; Dell'Utri, M.: "Famiglie ricomposte e genitori 'di fatto'", *Familia,* 2005, fasc. 2, p. 275 ss.; Rescigno, P.: "Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche", *Familia*, 2002, fasc. 1, p. 1 ss.

5 Come efficacemente osserva Irti, N.: *L'uso giuridico della natura*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 32 ss., "il nascere e il morire ci apparivano fatti di natura, consegnati al mistero dell'esistenza o all'imprevedibilità del caso o alla necessità del destino. Il diritto li accoglieva, per così dire, dall'esterno, li assumeva come termini estremi di un cammino, come durata tra un inizio e una fine […] La tecnica ha violato il confine; toglie, o si sforza di togliere, al caso e al mistero il nostro nascere e il nostro morire. Questi termini estremi sono ormai nella sfera del calcolabile e manipolabile: anche il corpo umano rientra nella fabbrica del sapere tecnico. Esso è un *prodotto* e, come tale, perde a mano in *naturalità* e acquista *artificialità*". In questo scenario, come rileva l'Autore, il diritto è "chiamato, dalle parti in contesa, a legittimare o vietare, a permettere o impedire. Il diritto si fa, e non può non farsi, bio-diritto, diritto del bíos, della nostra semplice e nuda corporeità"; Id.: "La filosofia di una generazione", *Contr. impr.*, 2011, fasc. 6, p. 1308 ss. Sul punto cfr. anche Perlingieri, P.: "Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica", in Id.: *La persona e i suoi diritti*, E.S.I., Napoli, 2005, p. 174 ss.; Id.: "L'inseminazione artificiale tra princípi costituzionali e riforme legislative", *ivi*, p. 183 ss.

potuto avere figli. Da qui anche l'emergere di ulteriori modelli familiari e parentali[6], sensibilmente diversi da quelli diffusi nel nostro ordinamento, la cui circolazione è favorita dall'attuale contesto globalizzato[7].

Pure rispetto alla filiazione, pertanto, la realtà fattuale risulta oggi magmatica, complessa e in costante evoluzione, il che si scontra con un dato normativo assolutamente fermo nell'ammetterla soltanto nel contesto della coppia eterosessuale e, salvo eccezioni tipiche come l'adozione, sulla base di un legame biologico.

Il legislatore, infatti, ha riservato alle sole coppie di sesso diverso il diritto all'adozione piena e il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita[8], nella convinzione che, per l'armonioso sviluppo psico-fisico del minore, sia necessario un modello fondato su un padre e una madre. Inoltre, ha fatto assoluto divieto – anche alle coppie eterosessuali – di praticare la c.d. maternità surrogata, sul presupposto fondamentale che essa si scontri col principio di "biologicità" e leda al contempo la dignità della donna gestante.

Epperò, questa posizione di chiusura del legislatore ha finito paradossalmente per generare una contrapposizione tra il "diritto vigente", che, come detto, impedisce formalmente di realizzare in Italia un progetto di filiazione diverso da quello tradizionale, e un "diritto vivente"[9] che tende a riconoscere effetti giuridici al medesimo progetto, se realizzato all'estero.

In particolare – e sarà questo il *focus* del presente contributo – una significativa frizione tra il diritto delle corti e quello delle leggi, per via dello scollamento di queste ultime dalla realtà sociale[10], si registra proprio rispetto al fenomeno della

6 Oggi, infatti, "[a]lla bigenitorialità si aggiunge, per effetto della tecnica, una poligenitorialità resa possibile da una *split parenthood*, ossia dalla frammentazione delle dimensioni genitoriali che si scompongono in genitorialità genetiche, biologiche, volontaristiche, legali e sociali" (Nicolussi, A.: "Famiglia e biodiritto civile", *Europa dir. priv.*, 2019, fasc. 3, p. 718).

7 Sul tema, più ampiamente, Marella, M.R., Marini, G.: *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2014. In generale, sui nuovi problemi generati dalla migrazione e dalla globalizzazione e sulla crisi della sovranità territoriale dello Stato cfr. Catania, A.: *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 83 ss.

8 Come noto, peraltro, fino alla pronuncia della Corte costituzionale del 10 giugno 2014, n. 162, nel nostro ordinamento era consentita soltanto la PMA omologa. Sul punto più approfonditamente *infra*.

9 Inteso nell'accezione accolta da Mengoni, L.: "Il 'diritto vivente' come categoria ermeneutica", in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 150 ss.; Id., "Diritto vivente", in *Digesto civ.*, VI, Utet, Torino, 1990, p. 445 ss. e cioè come il diritto che emerge dalla giurisprudenza quando essa è consolidata. Sul tema, in termini critici, v. Santoro Passarelli, F.: "A proposito del «diritto vivente»", *Iustitia*, 1993, fasc. 1, p. 54 ss.

10 In questo senso anche Benedetti, A.M.: *Troppe riforme per un diritto in crisi*, cit., p. 396, secondo cui, in materia di famiglia, "il legislatore o non arriva o arriva tardi, e la 'società naturale' finisce così per autoregolarsi costruendo assetti, regole, costumi al di fuori e prima di qualunque intervento regolatore esterno". Inoltre, come osserva l'Autore, anche "[q]uando il legislatore, nei tempi recenti, cerca di offrire modelli o istituti relativamente nuovi, la società sembra rifiutarli o ignorarli", come sembra testimoniare l'esperienza dei contratti di convivenza (p. 397). Infine, quando il legislatore assume un atteggiamento rigoroso, come accade proprio con il divieto di maternità surrogata, lo stesso "non si avvede che tale

maternità surrogata, a cui ormai fanno ricorso sempre più italiani, recandosi nei paesi ove essa non è preclusa e dando luogo al c.d. "turismo procreativo"[11]. Ciò, come si vedrà, ha portato all'attenzione della giurisprudenza il problema del riconoscimento del rapporto di filiazione tra i bambini nati all'estero attraverso tale pratica e i genitori committenti.

La complessità della questione ha fatto sì che negli ultimi anni si innescasse un dialogo tra le corti particolarmente vivace, accompagnato da un serrato confronto che ha interessato la letteratura giuridica e non solo. E del resto non poteva essere diversamente, sia per il dirompente valore simbolico che la possibile disarticolazione della relazione materna assume sul piano filosofico, politico e sociologico[12], sia per l'importanza dei temi che la pratica della surroga materna reca con sé[13], quali ad esempio l'autodeterminazione della donna, il fondamento della filiazione e le condizioni di realizzabilità della pratica.

L'intrecciarsi di questi temi costituirà lo sfondo delle pagine che seguono, nelle quali si affronterà il problema della rilevanza della genitorialità d'intenzione nell'ambito della maternità surrogata, muovendo da una ricostruzione dell'intenso dibatto giurisprudenziale in materia, che negli anni appena trascorsi ha visto coinvolte non solo le Sezioni Unite ma anche la Corte costituzionale.

È ovvio, del resto, che soprattutto quando si tratta di questioni così controverse non è possibile far riferimento alle varie disposizioni vigenti prescindendo della concreta applicazione che ne viene fatta dalle Corti. Senza contare che un'analisi di questo tipo costituisce anche il punto di passaggio obbligato per comprendere quali possano essere le prospettive di regolazione giuridica del fenomeno, pure nell'ottica di un improbabile intervento legislativo da più parti invocato.

Come si avrà modo di constatare, infatti, le importanti pronunce che si sono finora susseguite non sono state in grado di fornire una risposta definitiva alle

divieto può essere socialmente 'eroso' o, comunque, può determinare squilibri classisti incompatibili con il principio di eguaglianza" (p. 395).

11 Si rinvia a Rodotà, S.: *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2004, p. 164 ss.

12 Emblematica, al riguardo, è la contrapposizione tra le tesi di Pateman, C.: *The Sexual Contract*, Polity Press, Oxford, 1988, che vede nel contratto di surrogazione uno strumento con cui si rinnova il dominio patriarcale sulla donna, essendone l'uomo che presta i gameti il principale beneficiario, e di Shalev, C.: *Birth Power. The Case for Surrogacy*, Yale University Press, 1989 (consultabile nell'edizione italiana a cura di G. Ajani e A. Maffiodo, *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992) la quale, al contrario, ritiene che proprio il contratto sia il mezzo per riconoscere all'attività procreativa della donna quel valore economico negatole dal patriarcato, e per consentire altresì alla stessa di affermare la sua completa autodeterminazione nelle scelte riproduttive. Per una critica alla prospettiva liberale proposta da Shalev, si vedano le riflessioni di Gianformaggio, L.: "Correggere le diseguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?", *Democrazia e diritto*, 1996, fasc. 1, p. 53 ss., ora in Ead., *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 201 ss.

13 Cfr. Saraceno, C.: "Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso", *GenIUS*, 2014, fasc. 2, p. 125; Corti, I.: *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000; Ead.: "La Maternità per sostituzione", in AA.VV.: *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo* (a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà e P. Zatti), vol. I, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1479 ss.

questioni che la pratica della maternità surrogata richiede di affrontare. Il che trova da ultimo conferma in una recente ordinanza con cui la Prima Sezione della Suprema Corte di Cassazione ha richiesto un nuovo e ulteriore intervento delle Sezioni Unite.

II. LA MATERNITÀ SURROGATA IN ITALIA: IL DIVIETO POSTO DALLA LEGGE N. 40/2004 E LA GENERALE INCOMPATIBILITÀ DELLA PRATICA CON ALCUNI PRINCIPI DELL'ORDINAMENTO.

Prima di entrare nel vivo del discorso, pare opportuno ricordare le principali caratteristiche del fenomeno della maternità surrogata[14] e richiamare brevemente le ragioni che si pongono alla base della posizione del legislatore italiano.

Come noto, quando si parla di maternità surrogata si fa riferimento all'accordo concluso tra una coppia o un *single* (c.d. "committenti") ed una donna (c.d. "madre surrogata"), con cui quest'ultima si impegna, nei confronti dei primi, ad iniziare una gravidanza con la tecnica della procreazione medicalmente assistita (c.d. "PMA"), e a consegnare loro il bambino alla nascita, rinunziando in tal modo ai propri diritti nei confronti del nato. I committenti si dichiareranno poi genitori (padre o madre) del bambino[15].

Le motivazioni di questo tipo di accordi sono generalmente due: di lucro o meramente altruistiche, a seconda che vi sia o meno un corrispettivo per la madre surrogata.

Diverse, invece, sono le modalità con cui si può realizzare un progetto di filiazione tramite la maternità surrogata[16]. Nello specifico, la madre surrogata

14 Vi sono invero anche altre espressioni per indicare tale pratica: contratto di maternità, utero in affitto, gestazione per altri, accordi di riproduzione, dono del grembo. Alcune, come evidente, hanno sfumature positive mentre altre negative. L'espressione "maternità surrogata" è in ogni caso quella più diffusa e ha trovato origine nel celebre caso '*Baby M.*' sottoposto alla Corte Superiore del New Jerse (in *Foro it.*, 1988, IV, c. 97).

15 Accordi di questo tipo, si noti, sono sempre più diffusi ed hanno raggiunto una rilevanza oramai non trascurabile. Al riguardo, D'Avack, L.: "La maternità surrogata: un divieto 'inefficace'", *Dir. fam. e pers.*, 2017, fasc. 1, p. 139 nt. 1, richiama i dati dell'*American Society for reproductive medicine* (*http://www.reproductivefacts.org*) la quale stima che ogni anno, attraverso la pratica di una surroga materna, nascano nel mondo molte migliaia di bambini: almeno 2 mila soltanto negli Stati Uniti, con un tasso d'incremento capace di triplicare ogni anno. La reticenza degli operatori del settore rende però assai difficile calcolare la diffusione di tale pratica a livello globale. È noto, tuttavia, che in India sono attive almeno 3 mila cliniche in grado di produrre ogni anno 1.500 maternità surrogate l'anno con un fatturato stimato di 2,5 miliardi (intervista a R. Baumann-Holzle, in HNA 2015 maggio 1919). In Ucraina, invece, sarebbero state portate a termine, soltanto nel 2011, 120 gravidanze a pagamento, anche se il numero reale potrebbe essere molto più alto. Quanto all'Italia si ipotizza che almeno 100 bambini nascono ogni anno grazie a una surroga materna realizzata all'estero clandestinamente.

16 Nello scritto si farà riferimento a quelle che prevedono l'utilizzo delle biotecnologie, ma è ovviamente possibile che la surrogazione di maternità avvenga anche senza l'aiuto della scienza. Già nell'antica Roma, del resto, era diffusa la pratica del "ventrem locare", con cui un uomo cedeva la propria moglie ad un amico, sposato con una donna non fertile, per poi riprenderla subito dopo il parto, come descritto da Brutti, M.: *Il diritto privato nell'antica Roma*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 152.

può impegnarsi a svolgere sia il solo ruolo di gestante (c.d. "madre incubatrice"), quando l'embrione annidato nel suo utero è formato da materiale genetico (seme e ovocita) fornito dai committenti o da donatori/donatrici estranei, sia il ruolo completo di generatrice (c.d. "madre vicaria"), quando oltre alla gestazione è anche donatrice dell'ovocita.

La varietà delle forme con cui in concreto può avvenire la surroga materna da luogo ad una serie di scenari con gradi crescenti di complessità. Infatti, mentre nelle ipotesi di madre incubatrice la donna committente cha ha fornito l'ovocita può comunque essere qualificata come "madre genetica", nei casi di madre vicaria la sola madre naturale è quella che, accettando l'inseminazione, ha contemporaneamente fornito il proprio gamete e portato avanti la gravidanza. La situazione si complica ulteriormente quando l'ovocita fecondato appartenga a una terza donna che ne abbia fatto donazione, poiché in tal caso emergono addirittura tre possibili distinte figure materne: la madre committente, quella gestazionale o partoriente e quella genetica, ossia la madre cui appartiene il materiale genetico. Si noti, poi, che in ognuno di questi scenari è possibile che l'uomo committente sia il padre genetico del bambino, qualora abbia fornito lui il gamete, ma può darsi pure l'ipotesi, ancor più complessa, nella quale neppure il seme maschile provenga dalla coppia committente[17].

Quanto detto rivela chiaramente come la pratica della maternità surrogata finisca per disarticolare il concetto di maternità, trasformandolo da categoria unica e stabile – quale per risalente tradizione si era abituati a pensarla, secondo l'antica massima di esperienza *'mater semper certa est'* – in una entità variabile e plurale, connotata da un elevato tasso di liquidità e fluidità[18].

La c.d. postmodernità, con le nuove tecnologie riproduttive, ha pertanto attratto anche la maternità nell'orbita del molteplice[19], sebbene l'idea che con riferimento a uno stesso nato siano prospettabili più figure femminili materne può, a seconda delle diverse sensibilità, destare inquietudine e suscitare istintivo rigetto.

Tale rigetto per la maternità surrogata è espresso, del resto, anche dal legislatore italiano, che ne statuisce un assoluto divieto all'art. 12, comma 6, della nota legge

17 Pertanto, la derivazione genetica può coincidere totalmente, se la coppia committente eterosessuale conferisce entrambi i gameti, o solo in parte, quando la coppia etero o omosessuale conferisce solo una linea germinale di una/un partner della coppia e l'altra linea è conferita da un donatore o da una donatrice. Ancora, la derivazione genetica può essere del tutto assente, sia per la coppia eterosessuale sia per quella omosessuale, quando il materiale genetico sia interamente fornito da terzi estranei alla coppia.

18 In questi termini Scalisi, V.: "Maternità surrogata: come «far cose con regole»", *Riv. dir. civ.*, 2017, fasc. 5, p. 1098.

19 La dialettica uno/molteplice nel diritto costituisce il *fil rouge* dei contributi ricompresi in AA.VV.: *Complessità ed integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, *Atti del convegno* in onore del Prof. Vincenzo Scalisi (a cura di M. Trimarchi, A. Federico, M. Astone, C. Ciraolo, A. La Spina, F. Rende , E. Fazio e S. Carabetta), Giuffrè, Milano, 2017.

40/2004, recante la disciplina delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. La norma ora richiamata, infatti, configura la pratica in discorso quale illecito penale, stabilendo che "[c]hiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza (…) la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro".

Assai significativa, d'altra parte, è la precisazione di cui all'art. 6 della medesima legge, ove si prevede che nei casi in cui non sia possibile ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita "[a]lla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184". Essa, infatti, esprime chiaramente l'idea del legislatore e il suo *favor* per l'istituto dell'adozione, che rappresenterebbe l'unica alternativa alle tecniche di procreazione consentite.

In origine, peraltro, oltre alla surroga di maternità, la legge 40/2004 vietava in modo generalizzato anche tutte le tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa, nelle quali i gameti vengono donati da soggetti esterni alla coppia. Tuttavia, la Corte costituzionale, con la sentenza del 10 giugno 2014, n. 162[20], ha reso legittimo, a determinate condizioni, l'accesso alla PMA eterologa[21], precisando però in tale occasione che essa "va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori diverse metodiche, quali la cosiddetta 'surrogazione di maternità'"[22].

Le ragioni del divieto di maternità surrogata sono da rintracciare, in primo luogo, nell'esigenza di protezione del bambino, come può evincersi già dall'art. 1 della citata legge, che dichiara espressamente di voler assicurare la tutela de "i

20 Sulla sentenza si vedano i contributi di Ferrando, G.: "La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione 'eterologa'", *Corr. giur.*, 2014, fasc. 8-9, p. 1068 ss.; Castronovo, C.: "Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale", *Europa dir. priv.*, 2014, fasc. 3, p. 1117 ss.; d'Avack, L.: "Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare", *Dir. fam. e pers.*, 2014, fasc. 3, p. 1005 ss.; Carbone, V.: "Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia", *Fam. dir.*, 2014, fasc. 8-9, p. 761 ss.; Casaburi, G.: "'Requiem' (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04", *Foro it.*, 2014, fasc. 9, c. 2343 ss. Sulla decisione cfr. anche Nicolussi, A.: "Autonomia contrattuale e diritti della persona", in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* (a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra), Giappichelli, Torino, 2016, p. 140 ss.

21 Come noto, a seguito dell'intervento della Corte, possono accedere alla PMA eterologa coloro che sono in possesso dei requisiti soggettivi di cui all'art. 5. Della l. 40/2004, e cioè le "coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi".

22 Si poneva il problema delle eventuali conseguenze di una dichiarazione di illegittimità del divieto di eterologa sul divieto di maternità surrogata, già Salanitro, U.: "Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo", *Fam. dir.*, 2010, fasc. 11, p. 988 ss. Critico rispetto alla chiusura della Corte nei confronti della maternità surrogata gratuita, specie nei casi di assoluta sterilità o infertilità della coppia, è Scalisi, V.: "Maternità surrogata: come «far cose con regole»", cit., 2017, p. 1100. Sulla pronuncia della Corte costituzionale si veda anche Pane, R.: "La procreazione medicalmente assistita tra istanze di rinnovamento e tutela del nato", *Dir. fam. per.*, 2018, fasc. 4, II, p. 1433, il quale la ritiene "un sicuro passo in avanti sulla strada della realizzazione del diritto alla genitorialità cosciente e responsabile", ma ammette che "in alcuni passaggi non sfugge a possibili critiche".

diritti" de "il concepito"[23], nonché dal Capo VI, ove si specifica che tale tutela vuole essere garantita fin dalla fase embrionale[24].

In particolare, la maternità surrogata è considerata pregiudizievole per il bambino in quanto recide in modo innaturale il rapporto simbiotico ed esclusivo che lo lega alla madre che lo ha partorito[25], impedendogli di proseguire quella continuità relazionale già sviluppata durante i nove mesi di gravidanza[26]. Ciò, peraltro, sulla base di un programma già predisposto dagli adulti coinvolti e non, come nelle ipotesi di adozione, per far fronte ad una attuale situazione di abbandono (o di grave inadeguatezza genitoriale) che coinvolge un bambino già in vita.

Alla base del divieto vi sono, poi, come noto, anche ragioni di diverso tenore, che prendono in considerazione la posizione della madre gestante. La stessa Corte costituzionale, ad esempio, con la sentenza del 18 dicembre 2017, n. 272, ha espressamente stigmatizzato la pratica della maternità surrogata poiché "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane"[27].

Invero, secondo una parte autorevole della dottrina, a prescindere dal divieto posto dalla l. 40/2004, difficilmente la pratica della maternità surrogata potrebbe trovare accoglienza nel nostro ordinamento giuridico, in assenza di un intervento normativo espresso che ne regoli l'accesso e gli effetti[28]. Intervento che, in questa prospettiva, presupporrebbe comunque la messa in discussione di alcuni

23 Precisamente, l'art. 1 della l. 40/2004 stabilisce che "è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito".

24 Al capo VI della l. 40/2004 si prevedono espressamente "misure di tutela dell'embrione".

25 Si ritiene, infatti, che durante la gravidanza il bambino interagisca con la madre attraverso un reciproco scambio di stimoli che ne segnano la futura crescita psicofisica; tale rapporto simbiotico gli consente, per il tramite della madre, di ascoltare, di comunicare e di iniziare a relazionarsi con il mondo esterno. A ciò si aggiunga che tale rapporto è generalmente destinato a proseguire e rinsaldarsi e si rinsalda con l'allattamento al seno che, secondo alcune fonti scientifiche, favorisce l'ulteriore sano ed equilibrato sviluppo psicofisico del bambino.

26 In questo senso Aramini, M.: *Introduzione alla bioetica*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 266: "nel fenomeno della gravidanza si verifica un intensissimo scambio tra la madre ed il bambino [...] se, come avviene per contratto nella maternità surrogata, il figlio viene ceduto dopo il parto, si infligge al bambino una grave ferita nella sua vita relazionale [...]".

27 Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Foro it*., 2018, I, p. 5 ss., con nota di Casaburi, G.; in *Corr. giur*., 2018, p. 449 ss., con nota di Ferrando, G.; in *Familia*, 2018, p. 59 ss., con nota di Sandulli, S. Considerazioni di questo tipo sono state espresse anche dal Parlamento europeo nella Risoluzione del 17 dicembre 2105, contenente la Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo del 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia, n. 2015/2229 (INI), che ha confermato la posizione di sostanziale rifiuto per la pratica della surrogazione, "che compromette la dignità umana della donna, dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce". In punto, Picaro, R.: "Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato", *Riv. dir. civ*., 2017, fasc. 5, p. 1262 ss., spec. p. 1267 ss.

28 In questo senso, per tutti, d'Avack, L.: "La maternità surrogata: un divieto 'inefficace'", cit., p. 141.

principi giuridici e regole generali che stanno alla base del nostro sistema: norme costituzionali, civili e penali[29].

In effetti, ancor prima della l. 40/2004[30], quando la giurisprudenza era stata chiamata ad intervenire per risolvere situazioni di conflitto generatesi a seguito di surroga materna realizzata in Italia, aveva ritenuto il c.d. contratto (atipico) di maternità – in qualsiasi sua forma e a prescindere dallo specifico contenuto – nullo per impossibilità ed illiceità dell'oggetto, per illiceità della causa, nonché per frode alla legge[31].

In particolare, secondo quei giudici, alla legittimità della surroga osterebbe anzitutto la Carta costituzionale con il combinato disposto degli artt. 2, 30 e 31, ove si afferma l'infungibilità dei doveri personali ed economici connessi alla responsabilità dei genitori, c.d. di "sangue", nonché lo speculare diritto del minore di crescere nella famiglia formata da questi ultimi e di avere una famiglia sostitutiva soltanto in caso di oggettiva incapacità o inadempienza dei medesimi.

Inoltre, da un punto di vista prettamente civilistico, la maternità surrogata contrasterebbe col principio secondo cui debba ritenersi madre del bambino la donna che porta a termine la gravidanza e dal cui ventre si è distaccato il nato (artt. 232 e 269 c.c.). Senza contare che era stato richiamato dai giudici pure il generale divieto posto dal codice con riferimento agli atti che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica e che siano contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume, soprattutto in caso di onerosità (art. 5 c.c.)[32].

29 Sui principi che ordinano il diritto interno della filiazione si veda Senigaglia, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere", *Europa dir. priv.*, 2017, fasc. 3, p. 953 ss., il quale ravvisa nei postulati dell' "eterosessualità, biologicità, bigenitorialità, unicità, indisponibilità" la "sintesi di norme di principio" sulle quali si fonda tutta la normativa in materia di filiazione.

30 In dottrina, prima della legge 40/2004, cfr. Rodotà, S.: *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 194; Busnelli, F.D.: "Quali regole per la procreazione assistita?", *Riv. dir. civ.*, 1996, fasc. 5, p. 571 ss.; Id., "Nascere per contratto?", *Rass. dir. civ.*, 2004, fasc. 1, p. 43 ss.; Zatti, P.: "La surrogazione nella maternità", *Questione Giustizia*, 1999, fasc. 5, p. 825 ss.; Mantovani, M.: "Fondamenti della filiazione, interesse del minore e nuovi scenari della genitorialità", *Nuova giur. comm.*, 2003, fasc. 3, II, p. 262; Vercellone, P.: "La fecondazione artificiale", in *Pol. dir.*, 1986, fasc. 3, p. 383 ss.

31 Si fa riferimento a Trib. Monza 27 ottobre 1989 e Trib. Salerno decreto 15 novembre 1991. Quello del tribunale monzese, in particolare, costituisce il primo caso di surroga materna discusso in Italia, che ha visto come protagonisti i coniugi Valassina, i quali, il 10 giugno 1988, avevano convenuto in giudizio la giovane immigrata algerina Bedjaoui per l'esecuzione del contratto di maternità. Tale pronuncia è edita in *Foro it.* 1990, I, c. 298 ss., con nota di Ponzanelli, G.; in *Giust. civ*, 1990, I, p. 478 ss., con nota di Cervelli, F.M.; in *Giur. merito*, 1990, p. 240 ss., con nota di Maglio, M.G.; in *Giur. it.*, 1990, I, 2, p. 296 ss., con nota di Palmeri, G.; in *Nuova giur. civ.*, 1990, I, p. 355 ss., con nota di Liaci A.; in *Dir. fam. e pers.*, 1990, p. 173 ss., con nota di Ventura, M.

32 Sul punto, d'Avack, L.: "La maternità surrogata: un divieto 'inefficace'", cit., p. 142 il quale evidenzia come il richiamo all'ordine pubblico e al buon costume si fondi "sul presupposto che la morale sociale del nostro Paese trova difficoltà a dare veste giuridica alla rinuncia anticipata del genitore di sangue ai diritti essenziali della maternità; non accetta l'idea che il concepimento e la gestazione della vita umana siano ridotti ad oggetto di contrattazione e teme infine che la legalizzazione dei contratti di maternità sia la base per uno sfruttamento della donna. In specie nei contratti a titolo oneroso dove finalità esclusivamente economiche spingono la madre portatrice a cedere il figlio".

A ciò, infine, si aggiungeva la considerazione per cui nell'ordinamento italiano i contratti di maternità incontrano anche una serie di limiti sotto il profilo penalistico, atteso che l'attribuzione consapevole della maternità del neonato alla donna che lo ha commissionato, diversa da quella che lo ha partorito, integra l'ipotesi di reato di cui agli artt. 495, comma 1, c.p. (falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri) e 567, comma 2, c.p. (alterazione di stato del neonato). Per di più, in caso di inseminazione di parenti sarebbe ipotizzabile anche il reato di incesto (art. 564 c.p.).

III. LA MATERNITÀ SURROGATA ALL'ESTERO: IL PROBLEMA DEL RICONOSCIMENTO IN ITALIA DI ATTI E PROVVEDIMENTI STRANIERI RELATIVI ALLO *STATUS FILIATIONIS,* TRA INTERESSE DEL MINORE E ORDINE PUBBLICO INTERAZIONALE.

Si è detto, dunque, del dato normativo che allo stato impedisce la pratica della maternità surrogata in Italia. Tuttavia, come anticipato, la complessità sociale innescata dal progresso scientifico e dalle differenti conformazioni assiologiche degli ordinamenti giuridici fa sì che oggi si prospettino comunque all'ordinamento interno istanze progettuali di genitorialità diverse da quelle che esso contempla.

In particolare, rispetto al fenomeno della maternità surrogata assume significativo rilievo il fatto che il nostro legislatore si sia limitato esclusivamente a delineare l'impianto sanzionatorio, senza prevedere alcuna forma di regolamentazione neppure per l'ipotesi in cui la pratica abbia avuto luogo oltre i confini nazionali[33]. Pertanto, a fronte di tale vuoto normativo, le regole del diritto internazionale privato ben si prestano ad essere utilizzate da quanti desiderano realizzare un progetto di genitorialità, che prevede il ricorso alla surroga materna, attuando detto progetto nell'ordinamento di uno Stato in cui le relative tecniche

33 Non è prevista infatti alcuna "clausola di salvaguardia", vale a dire una qualche regola di supporto per il caso in cui, a seguito di condotte materiali irreversibili, nasca un bambino. Ciò a differenza di quanto stabilito rispetto all'eterologa, già prima della caduta del divieto, con la norma di cui all'art. 9, ove si prevede un sistema di protezione per il minore nato attraverso tale tecnica. Il legislatore, infatti, si era in quel caso premurato di dichiarare la improponibilità dell'azione di disconoscimento della paternità effettuata dal coniuge o dal convivente il cui consenso fosse ricavabile da atti concludenti, facendo così salvo a tutti gli effetti lo stato giuridico del nato come figlio, ed aveva stabilito che il donatore di gameti non acquisisse alcuna relazione giuridica parentale con il nato e quindi non potesse far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi (art. 9, comma 3).

sono lecite[34]. In questo senso, la c.d. concorrenza tra gli ordinamenti[35] fa sì che anche nell'ambito della filiazione si registri un fenomeno di "delocalizzazione"[36].

Segnatamente, quello che normalmente accade è che, nel Paese ove la maternità surrogata è consentita, si formi, dopo il parto, un atto di nascita del bambino in conformità con la legislazione del luogo, il quale attribuisce lo *status* di padre e di madre del neonato ai genitori committenti, indipendentemente dal legame biologico sussistente. Successivamente, una volta formato il certificato di nascita, tali genitori richiedono all'autorità consolare o diplomatica di trasmetterlo, ai sensi dell'art. 17 del d.p.r. 3 novembre 2000 n. 39, all'ufficiale dello stato civile italiano competente per la trascrizione. Il tutto, solitamente, senza precisare di aver fatto ricorso a maternità surrogata all'estero.

Tuttavia, l'omessa menzione del ricorso alla pratica della maternità surrogata non passa sempre inosservata e, laddove emerga, si pone di regola un contrasto tra i committenti e le autorità italiane, le quali negano la possibilità di trascrivere l'atto straniero in ragione della sua contrarietà all'ordine pubblico[37], all'esito della

34 La pratica della maternità surrogata, come anticipato, è consentita in diversi Stati stranieri. In alcuni di essi solo se gratuita (come in Canada, Danimarca, Regno Unito, Irlanda, Australia, Nuova Zelanda, Belgio, Olanda, Grecia, Israele, Repubblica Ceca), in altri anche se attuata in forma commerciale (così in Georgia, Ucraina, Messico, Russia, alcuni Stati USA). La California e l'Ucraina sono gli Stati nei quali è più fiorente l'industria della *surrogacy*. In particolare, il *favor* della California verso tale pratica è così forte che l'accordo di surrogazione può essere sciolto soltanto con l'intervento del giudice, e non per volontà delle parti, ed è inoltre possibile ottenere un provvedimento giudiziale attributivo della genitorialità ai committenti ancor prima della nascita del bambino, così rendendo fin da quel momento definitiva e irrevocabile la rescissione di ogni legame tra madre surrogata e nascituro. Va tuttavia evidenziato che alcuni ordinamenti in cui la maternità surrogata era in passato ampiamente consentita hanno di recente avviato un processo di revisione delle proprie posizioni: la Tailandia ed il Nepal nel 2015 hanno vietato la maternità surrogata commerciale; l'India, dopo aver largamente aperto alle pratiche surrogatorie, nel dicembre 2018 ha approvato una legge che ne limita l'applicazione alle coppie indiane sposate da almeno cinque anni, o almeno a quelle in cui uno dei committenti abbia passaporto indiano, dispone altresì che la gravidanza sia gestita da una parente stretta della coppia e pone il divieto assoluto di maternità surrogata commerciale.

35 Mezzanotte, F.: "Concorrenza tra ordinamenti e ricodificazione", *Persona e mercato*, 2019, fasc. 1, p. 34 osserva che "la 'competizione tra ordinamenti' si pone effettivamente come l'esito di una dinamica rivolta verso una "domanda" rappresentata dai destinatari ultimi del precetto, nei confronti dei quali gli Stati opererebbero al fine di attrarre, a scapito di altri, la scelta della legge applicabile (necessariamente entro i margini concessi ai privati per l'esercizio di un'opzione di *forum shopping*)" e riconduce proprio il caso della maternità surrogata alle ipotesi emblematiche ove si offre la possibilità di scelta della norma applicabile "nell'arena pubblica europea" (p. 35). In generale, sulla competizione tra gli ordinamenti si vedano i contributi presenti in AA.VV.: *La concorrenza tra ordinamenti giuridici* (a cura di A. Zoppini), Laterza, Roma, 2004, nonché Plaia, A.: *La competizione tra ordinamenti giuridici: mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, Giuffrè, Milano, 2007.

36 Di delocalizzazione discorre anche Paradiso, M.: "*Au bon marché des droits*, Tra globalizzazione dei diritti e delocalizzazione della procreazione", *Riv. dir. civ.*, 2018, fasc. 4, p. 984, il quale però attribuisce all'espressione un significato diverso poiché volto ad evidenziare come la procreazione abbia oggi abbandonato "i luoghi, fisici e simbolici, a ciò deputati per cercarsene di nuovi in nome dei cc.dd. *diritti riproduttivi*".

37 Come è noto, infatti, il riconoscimento di sentenze e atti stranieri è subordinato alla condizione che essi non producano in Italia "effetti contrari all'ordine pubblico" (artt. 64 e 65, l. 31.5.1995, n. 218)

valutazione imposta dall'art. 65 della legge del 31 maggio 1995, n. 218[38] e dall'art. 18 del d.p.r. 396/2000[39].

La legittimità di tale preclusione non è però affatto certa, in quanto l'esigenza di rispetto della legge si pone spesso in conflitto con l'interesse del minore[40], soprattutto nei casi in cui quest'ultimo abbia maturato un significativo rapporto di tipo familiare con i committenti.

È in questo scenario che sono chiamate a operare le Corti nazionali, investite di un ruolo assai delicato che si sostanza, per l'appunto, in una complessa operazione di bilanciamento tra il superiore interesse del minore e il principio di ordine pubblico internazionale[41], tradizionalmente inteso quale argine all'apertura dell'ordinamento interno a valori giuridici ad esso estranei che ne minerebbero la coerenza[42].

Le pronunce più significative saranno oggetto di analisi nelle pagine che seguono, nelle quali si ripercorrerà l'itinerario compiuto dalla giurisprudenza sulla maternità surrogata fino gli attuali e instabili approdi.

Muovendo dal dato giurisprudenziale, si tenterà poi di individuare una soluzione interpretativa in grado di garantire, nel silenzio della legge, un giusto contemperamento tra gli interessi coinvolti, ragionando al contempo sull'eventuale approccio che potrebbe essere adottato in una prospettiva *de iure condendo*.

38 L'articolo recita: "Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa". Come noto, poi, ai sensi dell'art. 64, anche il riconoscimento delle sentenze straniere è subordinato alla condizione che le disposizioni in esse contenute non producano effetti contrari all'ordine pubblico.

39 A mente del quale "Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico".

40 La letteratura giuridica sul principio del superiore interesse del minore è sterminata e varia, alternandosi voci favorevoli alla sua massima valorizzazione ad altre fortemente critiche. Per una prospettiva d'insieme si rimanda a AA.VV.: *The best interest of the child* (a cura di M. Bianca), Editrice Sapienza, Roma, 2021.

41 In tema si segnalano sin d'ora le riflessioni di Perlingieri, G., Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, E.S.I., Napoli, 2019; Barba, V.: "L'ordine pubblico internazionale", *Rass. dir. civ.*, 2018, fasc. 2, p. 403 ss.

42 In questo senso v. ad es. Salerno, F.: "La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, fasc. 2, p. 260, il quale, in relazione all'operatività di tale principio, richiama efficacemente l'immagine di "un 'compasso' che delinea 'a valle' il grado di apertura o di chiusura dell'ordinamento del foro verso valori giuridici estranei". Storicamente, su tale concezione di ordine pubblico internazionale ha influito in modo particolare il pensiero di Savigny, che ne individuava la funzione nella difesa dei princípi fondamentali nei confronti di applicazioni di fonti straniere con essi incompatibili. Cfr. Barile, G.: *I princípi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi. (L'ordine pubblico internazionale)*, Cedam, Padova, 1969, p. 23 ss.

IV. LE PRIME PRONUNCE SUL RICONOSCIMENTO DEL RAPPORTO DI FILIAZIONE IN CASO DI MATERNITÀ SURROGATA REALIZZATA ALL'ESTERO DA COPPIE ETEROSESSUALI E L'IPOTESI DI ASSENZA DI OGNI CONTRIBUTO BIOLOGICO DEI COMMITTENTI.

Fra i primissimi casi portati all'attenzione dei giudici italiani vi è quello su cui si è pronunciata nel 2009 la Corte di appello di Bari[43], che riguardava una surroga di maternità realizzata in Inghilterra da una coppia italo-inglese, con l'apporto di un contributo genetico dal solo lato paterno. Gli atti di nascita dei due figli con indicazione della madre surrogata, regolarmente trascritti in Italia, erano stati successivamente rettificati a seguito di un *parental order* inglese che attribuiva la maternità alla committente italiana. Di tale provvedimento era stato pertanto chiesto il riconoscimento ai fini della rettifica degli atti di nascita anche in Italia. I giudici baresi, in quell'occasione, hanno riconosciuto ai minori lo *status* di figli legittimi della committente, non ravvisando al riguardo alcun contrasto con il limite dell'ordine pubblico, ma rilevando all'opposto l'"evidente […] gravissimo pregiudizio" che sarebbe ad essi derivato da una decisione di segno contrario, in considerazione "del loro preminente interesse ad essere riconosciuti, anche in Italia, ove essi viv[evano], come figli" della madre d'intenzione.

Va detto, tuttavia, che nel caso di specie la richiesta di trascrizione da parte della madre committente era stata molto tardiva, ad oltre dieci anni dalla nascita dei due figli, il che ha reso di certo più ragionevole attribuire prevalenza alla maternità sociale e al rapporto instauratosi con i figli, di indubbio rilievo ai fini della loro crescita e del corretto sviluppo della personalità.

Comunque sia, nel solco della pronuncia barese si inscrivono una serie di decisioni successive[44], aventi peraltro rilievo penale, tutte relative a coppie italiane che, non potendo procreare per via della sterilità della donna, avevano fatto ricorso alla maternità surrogata in Paesi ove essa è ammessa. Anche questi provvedimenti, pertanto, hanno assicurato al nato il medesimo *status filiationis* legalmente riconosciuto all'estero, consentendo la trascrizione nei registri dello stato civile dei certificati, formalmente validi, rilasciati nel Paese straniero, ed escludendo la configurabilità del reato di alterazione di stato[45].

43 App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Fam. min.*, 2009, n. 5, p. 50 ss., con nota di Castellaneta, M.; in *G. mer.*, 2010, p. 349 ss., con nota di Dell'Utri, M.; in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 589 ss., con nota di Campiglio, C.

44 Si vedano Trib. Trieste, sez. pen., 6 giugno 2013; Trib. Milano, sez. pen., 15 ottobre 2013; Trib. Varese, sez. pen., 8 ottobre 2014.

45 La non configurabilità del reato di cui all'art. 567, comma 2, c.p. si fonda sul presupposto che la surroga materna sia avvenuta in paesi in cui la tecnica risulta consentita dalla legge, nei quali al termine della procedura, il nato viene considerato figlio della coppia contraente, anche in assenza di legame biologico con uno di essi, ed in conformità di ciò viene rilasciato dalle Autorità il relativo certificato di nascita. Peraltro, nell'aderire a tale impostazione, il Tribunale penale di Varese ha ritenuto non configurabile neppure il reato di falsa dichiarazione in atti dello stato civile (art. 495 c.p.) in relazione alla condotta dei coniugi consistente nell'occultamento del ricorso alla maternità surrogata. Detta condotta, infatti, è stata qualificata come "falso innocuo", inoffensivo del bene giuridico tutelato dalla norma penale, in considerazione del disinteresse

Il punto più critico rispetto al fenomeno della surrogazione di maternità è però rappresentato da quelle ipotesi in cui non vi è alcun contributo biologico da parte della coppia committente, né *ex latere matris* né *ex latere patris*. Proprio in relazione a siffatta eventualità si è pronunziata nel 2014 la Corte di Cassazione[46], la quale ha negato, in tale circostanza, la trascrivibilità dell'atto di nascita legittimamente formatosi all'estero per asserito contrasto con il principio dell'ordine pubblico, con conseguente declaratoria di adottabilità dei minori considerati in stato di abbandono.

A tale conclusione la Suprema Corte è pervenuta muovendo da alcune considerazioni sulle ragioni sottostanti al divieto, che essa ha individuato nella tutela della dignità umana della gestante e nella difesa dell'istituto dell'adozione, l'unico strumento – governato da particolari regole a tutela degli interessati – a cui l'ordinamento affiderebbe la realizzazione di progetti di genitorialità privi di legami biologici con il nato. Tali esigenze, presidiate peraltro da apposita sanzione penale, sono state ritenute dai giudici beni giuridici fondamentali: di qui, pertanto, la non derogabilità del limite previsto dal legislatore.

D'altra parte, secondo la Cassazione, il divieto previsto per la surroga materna non verrebbe affatto in contrasto col principio del superiore interesse del minore, essendo espressione di una scelta non irragionevole del legislatore, il quale, nell'esercizio della sua discrezionalità, ha ritenuto che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità alla donna partoriente, salvo l'ipotesi di adozione[47].

Sulle ipotesi di maternità surrogata in assenza di un qualsiasi vincolo genetico con i committenti ha poi costituito un punto di svolta la decisione presa dalla Corte EDU nella nota vicenda, tutta italiana, Paradiso-Campanelli.

Anche in quel caso, a seguito del rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita formatosi all'estero, il nato da madre surrogata era stato allontanato dall'Autorità giudiziaria italiana dai genitori di intenzione e affidato ad altra famiglia per l'adozione[48]. Da qui il ricorso alla Corte di Strasburgo da parte dei coniugi che si

mostrato dal legislatore italiano, che non ha previsto alcuna forma alternativa di comunicazione dei dati anagrafici relativi alla filiazione (non permettendo neppure la conservazione delle informazioni relative all'identità dei donatori di gameti ovvero della donna che ha prestato l'utero), e considerato anche il rispetto della vita privata, come interpretato dalla Corte EDU.

46 Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3408 ss., con nota di Casaburi, G.; in *Corr. giur.*, 2015, p. 471 ss., con nota di Renda, A.; in *Guida al dir.*, 2015, n. 2, p. 34 ss., con commento di Fiorini, M.; e in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2015, I, p. 235 ss., con nota di Benanti, C. Critico sul provvedimento Scalisi V.: "Maternità surrogata: come «far cose con regole»", cit., p. 1108 ss.

47 Si tratta, secondo i giudici, "di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto".

48 Nel caso di specie, peraltro, il certificato formatosi all'estero non indicava che la nascita era derivata da un contratto di surroga di maternità. Così, al rientro dei coniugi in Italia, non solo le autorità italiane, informate dal consolato italiano di Mosca delle particolari circostanze della nascita, avevano rifiutato la

erano avvalsi della surrogazione di maternità, i quali lamentavano una violazione del diritto al rispetto alla vita privata e familiare, sancito dall'art. 8 CEDU.

In primo grado, con sentenza del 27 gennaio 2015[49], la Seconda Camera della Corte EDU aveva dichiarato l'allontanamento del bambino contrario al principio del superiore interesse del minore, statuendo che un siffatto interesse debba essere preservato in ogni caso, a prescindere dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo, e che lo stesso non potrebbe mai tollerare la privazione per il minore di diritti di capitale importanza quali l'identità e la cittadinanza, né venire compromesso dal preteso limite dell'ordine pubblico, il quale non può essere utilizzato come una carta in bianco capace di giustificare qualsiasi misura. Tuttavia, su richiesta del Governo italiano, la questione è stata rinviata alla Grande Camera, che, con sentenza del 24 gennaio 2017[50], ha ribaltato la precedente decisione, affermando di non ravvisare alcuna violazione da parte dell'Autorità giudiziaria italiana dell'art. 8 CEDU né sotto il profilo del rispetto della vita familiare né sotto quello della protezione della vita privata.

Di là dalla soluzione offerta rispetto al caso di specie, la pronuncia della *Grande Chambre* risulta particolarmente significativa poiché individua più chiaramente i parametri di valutazione ai quali dovrebbero far riferimento i giudici nel decidere tali tipologie di controversie. Nello specifico, per la Corte di Strasburgo, ad escludere la tutela della vita privata familiare sancita dall'l'art. 8 CEDU non può essere la semplice assenza di legame biologico, quanto piuttosto il mancato riscontro (come nel caso deciso) di una relazione familiare, sia pure solo di fatto, caratterizzata da reali e duraturi legami personali e affettivi.

Per questi motivi, la Grande Camera non censura la decisione di allontanamento presa dalle autorità italiane, la quale, secondo la Corte, era sostenuta da ragioni sufficienti e risultava proporzionata, non essendosi ancora instaurato un legame familiare di fatto, che in un secondo momento avrebbe potuto prevalere. Anzi, qualsiasi altra misura che avesse prolungato la permanenza del minore con i richiedenti avrebbe esposto al rischio che il caso fosse deciso dal mero trascorrere del tempo. Un approccio, questo, non condiviso dai giudici, i quali hanno manifestato di rifiutare la logica del fatto compiuto e la tendenza a trasformare in ogni caso in

trascrizione per esigenze di tutela dell'ordine pubblico ma avevano anche avviato delle indagini per i reati di falsa attestazione e per la violazione della legge sulle adozioni.

49 Corte EDU, 27 gennaio 2015, ric. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2015, I, p. 834 ss., con nota di Shuster, A. Su tale pronuncia si vedano anche le considerazioni di Vizzoni, L.: "Quando il best interest del minore azzera la verità biologica. Riflessioni a partire dal caso Paradiso e Campanelli contro Italia", *Jus Civile*, 2015, fasc. 11, p. 639 ss.

50 Corte EDU, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Foro it.*, 2017, c. 105 ss., con nota di Casaburi, G. Sulla pronuncia si vedano anche le osservazioni di Senigaglia, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere", cit., p. 952 ss. e Lenti, L.: "Ancora sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, fasc. 4, p. 495 ss.

diritto l'aspirazione alla genitorialità, ritenendo prevalente l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata.

V. LE SUCCESSIVE PRONUNCE DELLA CASSAZIONE: LA FILIAZIONE NELLE COPPIE *SAME SEX* FORMATE DA DONNE.

Nello stesso anno in cui la Cassazione affrontava la questione della maternità surrogata in assenza di un qualsiasi contributo biologico dei committenti, la Corte d'appello di Torino[51] si pronunciava su un caso di fecondazione eterologa assai rilevante ai fini del presente discorso. In detta occasione, infatti, i giudici piemontesi sono arrivati ad ordinare la trascrizione di un atto di nascita estero con indicazione di doppia maternità, ponendosi dunque in contrasto col presunto principio di "eterosessualità" nella filiazione che si ricaverebbe dall'art. 5 della legge 40/2004.

Si noti, peraltro, che la fattispecie posta all'attenzione dei giudici era assai peculiare, poiché le richiedenti, un'italiana e una spagnola legalmente sposate in Spagna, avevano entrambe un legame con il bambino, avendo l'una fornito l'ovulo e l'altra portata avanti la gravidanza (c.d. fecondazione incrociata)[52].

Ad ogni modo, a seguito dell'impugnazione del decreto da parte del Procuratore generale, il caso è passato al vaglio della Corte di Cassazione, che, con una discussa sentenza resa nel settembre del 2016[53], ha confermato la trascrivibilità dell'atto di nascita straniero.

Tale decisione è stata resa possibile dalla particolare concezione di ordine pubblico internazionale adottata dalla Corte, la quale, abbandonando quella più tradizionale, ha ritenuto che detto limite sia chiamato ad operare soltanto in caso di contrasto con i principi supremi e/o fondamentali desumibili dalla Carta costituzionale (oltre che dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla CEDU), ossia quei principi che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario. Da qui, pertanto, l'irrilevanza di un eventuale contrasto con le norme contenute nelle leggi ordinarie, che costituiscono esercizio della discrezionalità legislativa.

51 App. Torino, 4 dicembre 2014, in *Foro it.*, 2015, fasc. 3, I, c. 1078 ss. Su tale sentenza si segnala il commento di Palmeri, G.: "Riflessioni a margine della pronuncia della Corte di Appello di Torino 4 dicembre 2014 in tema di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero in seguito a PMA", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2015, fasc. 5, p. 241 ss.

52 La fattispecie pertanto non è riconducibile integralmente alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per il fatto che l'ovulo è fornito dal *partner* della gestante. Per questi motivi non è stato ritenuto applicabile l'art. 9, comma terzo, della l. 40/2004 che, in caso di eterologa (vietata), preclude al donatore di gameti l'acquisizione di qualsiasi relazione giuridica parentale con il nato e la possibilità di far valere nei confronti dello stesso alcun diritto o assumere alcun obbligo.

53 Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329 ss., con nota di Casaburi, G.; in *Corr. giur.*, 2017, p. 18 ss., con nota di Venuti, M.C.; in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, I, p. 372 ss., con nota di Palmeri, G.; in *Fam. dir.*, 2017, p. 181 ss., con nota di Ferrando, G.

Questa impostazione, si noti, è espressione di un orientamento da tempo presente nella giurisprudenza di legittimità, che intende attribuire all'ordine pubblico internazionale una funzione eminentemente promozionale, circoscrivendo per l'appunto l'ambito del giudizio di compatibilità ai valori tutelati dalle norme fondamentali e ponendo in risalto il collegamento degli stessi con quelli riconosciuti a livello internazionale e sovranazionale, dei quali si mira a favorire la diffusione, congiuntamente all'armonizzazione tra gli ordinamenti[54].

Così, in un primo momento la Cassazione afferma che il principio di "rilevanza costituzionale primaria" del superiore interesse del minore, individuato nel caso di specie nel suo diritto alla continuità dello *status filiationis* validamente acquisito all'estero, "da solo non può essere decisivo" poiché non può diventare 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente garantite alla persona, che costituiscono nel loro insieme la tutela della sua dignità; poi, però, precisa che detto principio va valutato soltanto in rapporto ad altri principi e valori irrinunciabili dell'ordinamento con "rilevanza costituzionale primaria".

In questa prospettiva, la Corte non attribuisce alcun rilievo alla circostanza che il minore sia nato per iniziativa di una coppia di donne attraverso il ricorso a una tecnica che era loro vietata dalla l. n. 40/2004, poiché ritiene che la scelta di consentire o meno determinate pratiche di medicina riproduttiva, benché attinente a una materia "eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale", sia meramente legislativa e "non costituzionalmente obbligata". In altri termini, non essendo costituzionalmente imposti, i divieti sanciti dalla l. n. 40/2004 non integrano, secondo la Cassazione, principi di ordine pubblico e dunque non ostano alla trascrizione dell'atto di nascita dei bambini nati grazie all'impiego di tecniche vietate dal legislatore[55].

54 Cfr. Cass. 22 agosto 2013, n. 19405; Cass. 26 maggio 2008, n. 13547; Cass. 19 luglio 2007, n. 16017; Cass. 4 maggio 2007, n. 10215; Cass. 23 febbraio 2006, n. 4040; Cass. 26 novembre 2004, n. 22332.

55 Secondo la Cassazione, inoltre, neppure la regola di cui al terzo comma dell'art. 269 c.c., secondo cui è madre colei che ha partorito, costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale. Anzi, la Corte rileva che la stessa Costituzione, all'art. 31, comma 2, "'protegge la maternità' direttamente (cioè senza l'intermediazione del legislatore) e nelle diverse declinazioni che essa può assumere nell'evoluzione del costume sociale". In questo senso, la disposizione del codice civile costituirebbe soltanto "una norma riguardante la prova della maternità", come confermerebbe "il comma 2, del medesimo articolo, il quale stabilisce che 'la prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo' (analoga disposizione è contenuta nell'art. 241 c.c., sulla 'prova in giudizio' della filiazione 'quando mancano l'atto di nascita e il possesso di stato')". La Corte richiama in tal senso quanto affermato già in precedenza, e cioè che la prova del parto "non costituisce l'unica prova ammissibile al predetto fine, potendo, in mancanza di quella dimostrazione, la prova della filiazione essere data con ogni altro mezzo, anche presuntivo, ed in particolare attraverso altra sentenza civile o penale da cui la maternità indirettamente risulti, salva restando la prova contraria da parte del controinteressato". Infine, la Cassazione esclude anche che vi sia un divieto costituzionale, desumibile dall'art. 29 Cost., che precluderebbe alle coppie dello stesso sesso di accogliere e generare figli, "venendo in rilievo la fondamentale e generale libertà delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite dalla legge alle coppie di persone di sesso diverso".

È chiaro, pertanto, il mutato approccio con cui la Suprema Corte si misura con il principio dell'ordine pubblico internazionale, nella cui interpretazione tradizionale essa ravvisa una "concezione di ispirazione statualista", che deve essere abbandonata in favore di una moderna interpretazione "di maggiore apertura verso gli ordinamenti esterni"[56]. In particolare – afferma la Cassazione – tale diversa concezione del principio "si fonda su una maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita della comunità internazionale, la quale sempre meglio è capace di esprimere principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne, così da sottrarre la nozione di ordine pubblico internazionale sia ad un'eccessiva indeterminatezza sia ad un legame troppo rigido con i mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali"[57].

In ogni caso, non può non rilevarsi come, una volta sganciato dalla legge ordinaria nazionale e ancorato soltanto ai principi costituzionali e ai valori condivisi dalla comunità internazionale, l'ordine pubblico internazionale finisca per svolgere un ruolo in un certo senso opposto a quello tipico, configurandosi non già quale limite ma come strumento per l'ingresso "delle più avanzate conquiste del diritto su scala globale" o, in altri termini, quale mezzo "di emancipazione dell'ordinamento interno dai propri stessi limiti nazionalistici"[58].

Così, muovendo da un'impostazione analoga, una pronuncia della Suprema Corte dell'anno successivo, sempre in tema di PMA eterologa, è giunta ad ammettere la trascrivibilità dell'atto di nascita straniero anche nel caso in cui, nella coppia di donne, la seconda madre non abbia alcun legame biologico con il nato[59].

56 L'obiettivo della Corte è chiaro e si coglie nella considerazione per cui "questa evoluzione della nozione di ordine pubblico segna un progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di norme, istituti giuridici e valori estranei". Al riguardo si vedano le considerazioni di Azzarri, F.: "I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2021, fasc. 5, p. 1158, il quale rileva come l'impostazione adottata dalla Corte Cassazione nella pronuncia in discorso sia quella comunemente accolta nel diritto tedesco e austriaco.

57 Critico sul punto Nicolussi, A.: "Famiglia e biodiritto civile", cit., p. 744, per il quale "[m]entre non risulta chiaro a quale comunità internazionale essa si riferisca quando evoca 'una comunità in grado di esprimere principi generalmente condivisi', né a quali principi condivisi faccia riferimento, netta appare invece l'opzione 'creativa' della Cassazione, dato che i principi generalmente condivisi a cui allude non avrebbero nemmeno bisogno di essere 'tradotti in norme interne': con buona pace della subordinazione del giudice alla legge stabilita dalla Costituzione che semmai riserverebbe solo al legislatore l'eventuale recezione di tali supposti 'principi generalmente condivisi'". In questo senso, si veda Busnelli, F.D.: "Nascere per contratto?", cit., p. 51, secondo cui "il divieto di stipulare accordi di maternità surrogata anche a titolo gratuito è uno dei più significativi tratti aggreganti delle esperienze legislative europee […] e viene ricollegato a un principio generale di 'rispetto del corpo umano'".

58 Armone, G.: "L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione", *Questione giustizia*, 2019, fasc. 1, pp. 182-183.

59 Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, fasc. 12, p. 1708 ss., con nota di Palmeri, G.; in *Fam. dir.*, 2018, p. 5 ss., con nota di Longo, F.; in *Foro it.*, 2017, fasc. 7-8, c. 2280 ss., con nota di Casaburi, G.; in *Articolo29.it*, con commento di Stefanelli, S.

VI. … E NELLE COPPIE *SAME SEX* FORMATE DA UOMINI.

In termini necessariamente differenti – per lo meno in relazione alla tecnica utilizzata – si pone la questione per le coppie *same sex* formate da uomini, per le quali la maternità per sostituzione rappresenta l'unica possibilità di avere un figlio che abbia un legame genetico con uno dei *partner*[60].

A pronunciarsi per prima sul punto è stata la Corte d'appello di Trento, la quale ha ricavato dalle pronunce della Suprema Corte sulle coppie di donne poc'anzi richiamate una sorta di regola generale, riconoscendo efficacia anche al provvedimento straniero di rettifica dell'atto di nascita con l'indicazione di due padri, benché solo uno ne fosse il padre biologico[61]. Su ricorso del Pubblico Ministero, del Ministero dell'Interno nonché del Sindaco di Trento, tale decisione è stata portata all'esame della Cassazione[62], che si è pronunciata a Sezioni Unite con sentenza n. 12193 del 2019.

Ebbene, in tale occasione, le Sezioni Unite hanno censurato la decisione del giudice trentino, effettuando un distinguo tra il caso delle due madri e il caso dei due padri, in considerazione della diversità della tecnica di procreazione impiegata.

Come visto, infatti, la coppia omosessuale femminile può realizzare un progetto di filiazione senza ricorrere alla maternità surrogata, avvalendosi di una fecondazione di tipo eterologo, che richiede soltanto la donazione del seme. Una tecnica, dunque, oramai ammessa dall'ordinamento per le coppie eterosessuali[63],

60 In tali casi, pertanto, si profila un doppio contrasto con la l. n. 40/ 2004: non solo il ricorso alla medicina riproduttiva da parte di coppie del medesimo sesso (vietato dall'art. 5), ma anche l'impiego della maternità surrogata, a cui debbono fare ricorso le coppie *same sex* femminili che possono avvalersi dell'ormai lecita (per le coppie eterosessuali) fecondazione eterologa.

61 Nel caso di specie si trattava di un minore nato in Canada attraverso l'impianto in altra donna di un embrione formato con i gameti di una donatrice anonima e di un uomo italiano, civilmente unito ad altro uomo, ugualmente italiano, che aveva condiviso il progetto genitoriale con lui. Inizialmente, il minore era stato iscritto nello Stato civile come figlio dell'uomo che aveva posto a disposizione il suo materiale genetico, ma poiché in Canada entrambi gli uomini erano poi stati riconosciuti quali genitori del bambino, i due *partners* hanno richiesto che il provvedimento canadese valesse anche in Italia e che fosse di conseguenza rettificato l'atto di nascita del minore. L'Ufficiale dello Stato Civile, tuttavia, si era opposto alla richiesta: di qui il procedimento giudiziario.

62 In particolare, fra i motivi del ricorso presentati dal Procuratore generale presso la Corte d'Appello di Trento vi è proprio l'erronea interpretazione da parte di quest'ultima del concetto di ordine pubblico, per non aver tenuto conto dei principi costituzionali e dei "più importanti istituti giuridici" che rappresentano i "cardini della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale e della sua inconfondibile fisionomia" ricavabili dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, nonché dalla legge n. 40/2004 e dal codice civile italiano (cfr. par. 1.1.2. dell'ordinanza interlocutoria del 22 febbraio 2018, n. 4382). Il medesimo inciso è presente, fra l'altro, in Cass. 28 dicembre 2006, n. 27592, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 443 ss., relativa ad un caso nel quale è stato ravvisato un limite di ordine pubblico internazionale all'applicazione della legge straniera che impediva il riconoscimento del figlio adulterino.

63 Come noto, infatti, seppur originariamente consentita soltanto nella forma omologa (ossia con materiale genetico esclusivamente della coppia), a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale la PMA è oggi possibile anche in forma eterologa (col coinvolgimento di soggetti estranei alla coppia) sia in caso di infertilità, quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione, sia in caso di coppie fertili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (art. 4 della legge 19 febbraio 2004 n. 40, così come modificato dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 162/2014 e

che risulta preclusa alle coppie di donne per via del generale divieto di accesso alla PMA per le coppie *same sex*, rispetto al quale è però prevista solamente una sanzione amministrativa[64]. Da qui le decisioni che hanno ammesso il riconoscimento del rapporto di filiazione attribuito dai provvedimenti stranieri.

Invece, secondo la Cassazione, il divieto che la surrogazione di maternità incontra nel nostro sistema ha una portata maggiore ed è posto a presidio di beni fondamentali e irrinunciabili, come dimostra la previsione di una sanzione penale. Esso, pertanto, costituisce un argine destinato a sovrastare in ogni caso il diritto del minore alla conservazione dello *status* validamente acquisito all'estero.

Nell'addivenire a tale conclusione, i giudici hanno rivisto l'interpretazione del concetto di ordine pubblico internazionale adottata dalla Corte nella sentenza del 2016, precisando che i contenuti di tale principio non vanno desunti dai soli principi fondamentali consacrati nella Costituzione e nelle Carte internazionali dei diritti, ma anche dal *"modo"* in cui detti principi si sono "incarnati" nella disciplina positiva dei singoli istituti, nonché dall'interpretazione che ne fornisce la giurisprudenza costituzionale e ordinaria[65].

In altri termini, se per un verso le Sezioni Unite allargano la tradizionale concezione di ordine pubblico, riconoscendo la complementarità delle fonti internazionali rispetto alla Carta costituzionale e ricomprendendovi i valori condivisi dalla comunità internazionale[66], per l'altro non sminuiscono affatto il peso della legislazione ordinaria, in quanto possibile "strumento di attuazione di valori consacrati nella Costituzione"[67].

96/2015).Tra i requisiti soggettivi ai fini del ricorso ai metodi di procreazione medicalmente assistita figura il carattere eterosessuale delle coppie (art. 5 della legge n. 40/2004)

64 Art. 5 e art. 12 co. 2 l. 40/2004. La diversa sanzione prevista per la fecondazione eterologa in assenza dei requisiti dimostrerebbe pertanto il minor disvalore associato a tale tecnica riproduttiva.

65 L'importanza di guardare alle decisioni della giurisprudenza, tanto costituzionale quanto ordinaria, è particolarmente sottolineata dalle Sezioni Unite, secondo cui detta "opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindersi nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico".

66 Su questo tipo di argomentazione si veda Barba, V.: "L'Ordine pubblico internazionale", cit., p. 417, il quale rileva come alcune pronunce della Cassazione, tra le quali parrebbe rientrare anche quella in esame, seppur apprezzabili nell'affermare che l'ordine pubblico internazionale coincida con il complesso di princípi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento, "meritano di essere superate nella parte in cui sembrano ancora ipotizzare, in punto di ricostruzione concettuale, che si debba dare un diritto dell'Unione europea diverso dal diritto italiano, o un diritto internazionale diverso dal diritto italiano, mancando di cogliere, con pienezza, la complessità dell'unitario sistema italo-europeo delle fonti".

67 Ancora più netta pare la posizione di Senigaglia, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà", cit., p. 973, il quale, nell'evidenziare il ruolo conformativo che i valori costituzionali hanno sul "profilo funzionale originario della legislazione ordinaria", giunge a ritenere che "una norma ordinaria o è espressione di principi superiori, di qui il giudizio di conformità alla Costituzione, o è contraria agli stessi, ponendosi fuori dalla cifra di coerenza che regge l'ordine giuridico, esponendo il sistema a fenomeni di instabilità". In questo senso, osserva l'Autore, "tenuto conto del condizionamento di legittimità spiegato dai principi costituzionali, e, dunque, del fatto che l'esercizio della discrezionalità legislativa trova il limite della Costituzione, delle due una: o quell'impianto normativo che esclude la filiazione nella coppia *same sex* e radica la responsabilità genitoriale nel contributo biologico e genetico alla procreazione è espressione di

Per tali motivi, il richiamo alla fonte legislativa, e in particolare all'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, è ritenuto dalla Corte imprescindibile al fine di concretizzare, sulla base degli equilibri cristallizzati dal legislatore, la declinazione di ordine pubblico rilevante in un dato momento storico e rispetto a una determinata fattispecie proveniente da un ordinamento straniero[68].

In questa prospettiva, sebbene priva di contenuto costituzionalmente vincolato, la legge 40/2004 è ritenuta "costituzionalmente necessaria" in quanto posta a tutela della dignità umana e dell'istituto dell'adozione, cosicché i divieti ivi sanciti – quale in particolare quello della maternità surrogata – devono considerarsi rientranti nel limite dell'ordine pubblico. Tali valori, secondo la Corte, sono infatti stati "non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione". Così, se normalmente l'interesse superiore del minore permette al giudice di considerare oltre al *favor veritatis* anche il diritto alla stabilità del rapporto di filiazione (art. 24, co. 2, Carta dei Diritti UE), ciò non può avvenire per la maternità surrogata, rispetto alla quale il legislatore ha previsto comunque la prevalenza del *favor*, in funzione attuativa di principi e valori costituzionali.

In questo senso, nell'interpretazione delle Sezioni Unite, il divieto di surroga materna viene a configurarsi quale necessario "anello di congiunzione tra la disciplina della PMA e quella generale della filiazione", segnando il limite oltre il

principi costituzionali funzionali alla protezione di diritti fondamentali; oppure quello stesso impianto deve essere tacciato di incostituzionalità. *Tertium non datur*".

68 In questo senso si erano già espresse, del resto, le Sezioni Unite nella nota pronuncia del 5 luglio 2017, n. 16601, sulla riconoscibilità in Italia dei provvedimenti stranieri di condanna al risarcimento dei danni punitivi. In tale occasione, in particolare, la Corte ha affermato che "la sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale". I giudici, si noti, non hanno affatto negato l'importanza oggi assunta dai principi consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, a cui è attribuita una portata complementare a quella dei principi sanciti dalla nostra Costituzione. Tuttavia, a fronte degli effetti innovativi che possono essere agevolati dalla mediazione delle carte sovranazionali ai fini dell'ingresso di istituti provenienti da altri ordinamenti, ha ritenuto necessario un preventivo controllo sui principi essenziali della *lex fori* in quelle materie presidiate da norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica. In quest'ottica, per la Corte, "Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo", sebbene tale limite debba essere "privato di venature egoistiche, che davano loro 'fiato corto'". Da qui la considerazione per cui, ai fini del riconoscimento del provvedimento, non ci si possa "attestare ogni volta dietro la ricerca di una piena corrispondenza tra istituti stranieri e istituti italiani", ma ci si debba piuttosto porre solamente un interrogativo: "se l'istituto che bussa alla porta sia in aperta contraddizione con l'intreccio di valori e norme che rilevano ai fini della delibazione". Sulla pronuncia ora richiamata si vedano Scognamiglio, C.: "Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio", *Resp. civ. prev.*, 2017, fasc. 4, p. 1109 ss. Grondona, M.: "Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e 'punitive damages'", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, fasc. 10, p. 1392 ss.; Consolo, C.: "Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, 'due process of law')", *Corr. giur.*, 2017, fasc. 8-9, p. 1050 ss.; Salvi, C.: "Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi", *Foro it.*, 2018, fasc. 7-8, p. 2504 ss.; Clarizia, O.: "Danno non patrimoniale e funzione punitiva del risarcimento ultracompensativo", *Giur. it.*, 2018, fasc. 10, p. 2277 ss.

quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità, fondato sul consenso prestato alla predetta pratica, e torna ad operare il *favor veritatis*, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica.

Per tali ragioni, dunque, la Cassazione giunge a negare la trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero ma, si noti, soltanto nella parte attributiva dello *status* anche al genitore sociale o d'intenzione, riconoscendo all'opposto il legame con il genitore genetico.

Non può non rilevarsi, tuttavia, come tale soluzione si esponga a dei rilievi critici. I più importanti emergeranno nel prosieguo ma possono già evidenziarsi alcune perplessità.

La prima consiste nel fatto che l'asserita assolutezza del divieto di maternità surrogata, ricavata dalla norma penale, è invero destinata a cedere di fronte alla presenza della derivazione biologica del genitore: quest'ultima, infatti, nell'interpretazione della Corte, permette di far salvo il legame genitoriale legittimamente acquisito (come già avvenuto nel caso delle coppie lesbiche) e prevale dunque sull'ordine pubblico. Il che significa, in altre parole, ipotizzare un ordine pubblico che funziona a corrente alternata, rilevando nei confronti del padre sociale privo di legame genetico, e soccombendo invece dinanzi a quello biologico, il cui *status* genitoriale può essere immediatamente riconosciuto dall'ordinamento.

La seconda è una conseguenza della prima, in quanto l'argomentazione utilizzata dalla Corte induce anche a chiedersi se, nel caso di una surrogazione di maternità realizzata interamente con materiale genetico della coppia committente (evidentemente eterosessuale), la derivazione genetica avrebbe prevalso sull'ordine pubblico, salvando interamente il rapporto genitoriale acquisito lecitamente all'estero. Certo, si tratta di un'ipotesi abbastanza rara, opposta a quella decisa dalla Cassazione nel 2014, ma che non può comunque escludersi. Se così fosse, vi sarebbero in astratto tre tipologie di maternità surrogata (con derivazione genetica assente, ovvero presente su una o su entrambe le linee germinali) potenzialmente risolte con soluzioni diverse[69].

C'è da dire, e questo è un punto assai importante, che nel far prevalere il *favor veritatis* sulla genitorialità sociale, le Sezioni Unite recuperano comunque la rilevanza costituzionale del diritto del minore alla stabilità del rapporto di filiazione, richiamando l'"interesse del [medesimo di] vedere comunque realizzata la costituzione di un legame giuridico con il genitore intenzionale". Tale interesse, secondo la Corte, può trovare una adeguata tutela mediante lo strumento

69 Svolge queste considerazioni Cordiano, A.: "Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)", *BioLaw Journal*, 2021, fasc. 3, p. 17.

dell'adozione in casi particolari[70], nell'interpretazione, ormai consolidata, che assume la "constatata impossibilità" dell'affidamento preadottivo, *ex* art. 44, comma 1°, lett. d, l. 4 maggio 1983, n. 184, anche come impossibilità di diritto, prescindendo dunque dalla sussistenza di una situazione di abbandono[71]. In questo modo, nonostante il mancato riconoscimento del provvedimento straniero relativo allo *status filiationis*, il genitore non biologico potrebbe comunque dare una veste giuridica al rapporto col bambino, previa verifica da parte del tribunale per i minorenni della sua idoneità affettiva e della capacità di assumere doveri genitoriali, secondo una valutazione orientata all'interesse preminente del minore (art. 57 co. 1 n. 2 e co. 2 let. a l. n. 184/1983)[72].

Si noti, peraltro, che il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite è applicabile anche alle ipotesi in cui ad avvalersi della maternità surrogata sia una coppia di sesso diverso, che è invero quella più frequente nell'esperienza concreta. La Corte, infatti, non ha accolto le obiezioni che erano state sollevate dai ricorrenti sulla inammissibilità dell'attribuzione della doppia genitorialità in capo a persone dello stesso sesso, nell'assunto che la nozione di genitori risultante dal nostro ordinamento non possa considerarsi "*gender neutral*", ma ha focalizzato l'attenzione esclusivamente sulla nascita da maternità surrogata[73]. Pertanto, la sentenza risulta assolutamente neutra dal punto di vista del genere, come dimostra anche la terminologia usata, che fa riferimento sempre al "genitore intenzionale" e non al

70 Come noto, tale istituto, previsto dall'art. 44, comma 1, l. 4 maggio 1983, n. 184, è stato introdotto per realizzare il diritto del minore ad una famiglia nelle ipotesi in cui non ricorrano le condizioni per l'adozione piena e tuttavia sia comunque necessario o opportuno procedere all'adozione. I casi espressamente previsti dal legislatore sono quattro e, eccetto che in quello previsto dalla lettera *b*, l'adozione è consentita anche ai non coniugati. Si tratta dell'adozione dell'orfano da parte dei parenti o da parte di chi avesse già con lui un rapporto stabile e duraturo, maturato anche nel corso di un affidamento familiare (lett. a); dell'adozione del figlio del coniuge (lett. b); dell'adozione del minore affetto da *handicap* che sia orfano di padre e di madre (lett. c); dell'adozione del minore per il quale risulti la "constata impossibilità di affidamento preadottivo" (lett. d). La giurisprudenza, però, ha da subito inteso tale ultima disposizione in modo molto largo, facendo ad essa ricorso in tutti i casi in cui fossero radicalmente carenti i presupposti dell'adozione non sul piano fattuale, ma anche sul piano giuridico, quasi alla stregua di una clausola generale capace di affidare alla discrezionalità del giudice le ipotesi in cui le circostanze del caso fossero tali da giustificare l'adozione. In questo senso, l'istituto in discorso è stato spesso impiegato per offrire una soluzione per quelle situazioni che si collocano nella zona grigia tra adozione e affidamento, come appunto i casi di semiabbandono permanente (sul punto, di recente, Battelli, E.: "L'adozione mite come tutela effettiva dell'interesse del minore: tra opportunità e identità", in AA.VV.: *The best interest of the child* (a cura di M. Bianca), cit., p. 285 ss.). Nel tempo l'istituto ha conosciuto una significativa diffusione nella prassi, fino a divenire uno strumento "imprescindibile per la giustizia minorile" (così Cordiano, A.: "Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, fasc. 2, p. 256).

71 Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2016, I, p. 1135 ss., con commento di Ferrando, G., *ivi*, II, p. 1213 ss. Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. min. Milano, 28.3.2007, in *Fam. e min.*, 2007, p. 83 ss.; Trib. min. Milano, 7.2.2007, in *Fam. e min.*, 2007, p. 84 ss.

72 Si noti, peraltro, che sulla scorta della pronuncia in discorso, la Cassazione ha di recente individuato nell'adozione in casi lo strumento per riconoscere, con riferimento alle coppie omosessuali femminili, il legame tra il minore nato a seguito di eterologa e la madre d'intenzione, così contraddicendo il precedente orientamento che ammetteva la diretta trascrivibilità dell'atto o del provvedimento straniero (cfr. Cass. ord. 25 febbraio 2022, n. 6383).

73 Lo evidenzia Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", *Fam. dir.*, 2019, fasc. 7, p. 678-679.

secondo padre[74], quasi a confermare l'inesistenza di un principio di eterosessualità nella filiazione[75].

In ogni caso, tralasciando tale ultimo aspetto, occorre sottolineare come la soluzione a cui sono pervenute le Sezioni Unite sia andata incontro a diverse critiche, le quali sono state mosse non solo dalla dottrina ma anche dalla giurisprudenza immediatamente successiva, soprattutto in relazione all'idoneità dell'istituto dell'adozione in casi particolari a far fronte agli interessi del minore. Su tale questione, in particolare, si è soffermata la Corte costituzionale nelle sentenze rese il 9 marzo 2021, n. 32 e 33[76], che ci si accinge adesso ad analizzare.

VII. LE SOLUZIONI DEL DIRITTO VIVENTE AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE: L'INIDONEITÀ DEL RIMEDIO DELL'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI.

Sono diverse le ragioni per le quali l'adozione in casi particolari da parte del genitore d'intenzione non pare sufficiente a tutelare il minore nelle ipotesi di maternità surrogata con derivazione genetica su una sola linea germinale.

Una prima, riguardante la mancata instaurazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante (e viceversa), è invero venuta meno a seguito di una recentissima pronuncia della Corte Costituzionale, che ha posto rimedio a tale palese violazione del principio di unicità dello *status* di figlio[77]. Resta però il fatto che la procedura in discorso richiede l'assenso del genitore biologico, il quale potrebbe venir meno in caso di crisi della coppia o di morte di quest'ultimo. Inoltre, l'attivazione del meccanismo dell'adozione in casi particolari è sottoposta alla volontà dell'adottante, che a sua volta ben potrebbe sottrarsi all'assunzione di responsabilità manifestata nel Paese straniero, non rinnovandola in Italia. Senza contare, poi, che si tratta comunque di un procedimento complesso, dalle tempistiche assai lunghe.

Come anticipato, le criticità della soluzione individuata dal diritto vivente sono state rilevate anche dalla Prima Sezione della Suprema Corte, la quale ha rimesso la questione alla Corte costituzionale, pure in considerazione del fatto che, dopo la decisione delle Sezioni Unite (anche se poco prima del suo deposito),

74 Ancora Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero", cit., p. 678-679.

75 D'altra parte, le Sezioni Unite avevano già utilizzato la disciplina dell'adozione in casi particolari per consolidare il legame del figlio col *partner* omosessuale del genitore biologico, mediante la c.d. *stepchild adoption* (Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, cit.).

76 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32 e 33, in *Fam. dir.*, 2021, p. 677 ss., con note di Dogliotti, M. e Ferrando, G.; in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2021, I, p. 609 ss., con nota di Checchini, B.; nonché in *Giur. Cost.*, 2021, fasc. 2, p. 306 ss.; con note di Rimoli, F. e Astone, F.

77 Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79, in *Dir. fam. e pers.*, 2022, fasc. 2, p. 416 ss.

la Corte europea dei diritti dell'uomo ha reso, su una questione analoga, un parere consultivo[78] in forte contrasto con la regola giurisprudenziale italiana.

Segnatamente, mettendo in primo piano i diritti del bambino, i giudici di Strasburgo non solo hanno ribadito che a determinate condizioni lo Stato deve offrire la possibilità di riconoscere il legame di filiazione con il genitore intenzionale, ma hanno anche specificato che un eventuale strumento alternativo alla trascrizione dell'atto di nascita può essere rappresentato soltanto da una procedura rapida ed effettiva, che non esponga il minore a una protratta situazione di incertezza circa il riconoscimento giuridico del legame.

Per tali motivi, dunque, la Prima Sezione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale in relazione alle norme che, secondo l'"interpretazione attuale della giurisprudenza", non consentono che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento del c.d. genitore d'intenzione non biologico nell'atto di stato civile del minore procreato con le modalità della maternità surrogata. In particolare, l'Alta Corte è stata chiamata a vagliare la compatibilità di detto diritto vivente con i diritti fondamentali del bambino sanciti dagli artt. 2, 3, 30, 31, 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo in riferimento all' artt. 8 CEDU, all'art. 2, 3, 7, 9, 18 della Convenzione ONU di New York sui diritti dei fanciulli, e all'art. 24 della Carta dir. UE.

Solo pochi mesi prima, peraltro, il Tribunale di Padova[79] aveva sollecitato un intervento della Corte costituzionale in relazione al caso di un bambino nato in Italia a seguito di PMA eterologa praticata all'estero da una coppia di donne, rispetto al quale venivano in rilievo ragioni analoghe, atteso che il diritto vivente non avrebbe consentito la formazione di atto di nascita con doppia maternità[80] e si sarebbe dovuti ricorrere all'adozione in casi particolari. Ciò in quanto, a differenza dei casi di filiazione nelle coppie femminili già esaminati, non vi era in tale ipotesi un atto straniero già esistente da trascrivere, poiché la nascita era avvenuta in Italia. Proprio nel caso di specie, però, emergevano tutti i limiti dell'adozione in casi particolari, la quale, a seguito di un insanabile conflitto all'interno della coppia, era risultata di fatto impraticabile a causa del diniego del genitore biologico a prestare il proprio assenso.

Le ordinanze in parola, assai simili nei motivi[81], hanno pertanto permesso alla Consulta di affrontare per la prima volta con uno sguardo d'insieme la questione

78 Corte EDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, ric. P16-2018-001, in *Nuova giurisprudenza civ. comm*., 2019, I, p. 764, con nota di Grasso, A.G.

79 Trib. Padova, 9 dicembre 2019, in G.U., 28/2020.

80 Cfr. Cass. 3 aprile 2020, n. 7668; Cass. 22 aprile 2020, n. 8029, entrambe in *Questione giustizia on line*, 2020, con note di Celentano, S. e Ferrando, G.

81 Gli argomenti, come detto, appaiono nel complesso assimilabili. Il Tribunale, in particolare, ha osservato che i figli nati da procreazione medicalmente assistista da coppie del medesimo sesso "sarebbero destinati

dello *status* dei figli nati da coppie omoaffettive, siano esse femminili (Corte cost. n. 32/2021) o maschili (Corte cost. n. 33/2021)[82]. E, infatti, pur dovendosi a redattori differenti, le due pronunce, depositate entrambe il 9 marzo, seguono uno stesso percorso argomentativo – applicabile *a fortiori* anche rispetto alla maternità surrogata eterosessuale – con alcune variazioni negli accenti e nella cifra stilistica.

Entrambe le sentenze muovono dal preminente interesse del minore, il quale comprende "la garanzia del suo diritto all'identità affettiva, relazionale, sociale, fondato sulla stabilità dei rapporti familiari e di cura e sul loro riconoscimento giuridico"[83], come già affermato in altre occasioni dalla Corte Edu e dalla stessa Corte costituzionale. Per la Consulta, in particolare, "non v'è dubbio […] che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita […] da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia"[84]. Dall'importanza di tali legami, che costituiscono "parte integrante della stessa identità del bambino", discende pertanto il diritto di quest'ultimo a che sia affermata in capo ad entrambi gli adulti "la titolarità giuridica di quel fascio di doveri [...] inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali", dai quali non è pensabile che costoro "possano ad libitum sottrarsi"[85].

Tuttavia, pur nel riconoscimento del carattere di assoluta preminenza che i diritti del bambino rivestono nella scala dei valori costituzionali, la Corte ne ammette il bilanciamento, nei limiti di proporzionalità, con altri scopi legittimi perseguiti dall'ordinamento, compreso quello di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità. Al contempo, però, la Consulta ritiene che il margine di apprezzamento di cui gode il legislatore non sia affatto incondizionato, poiché deve essere comunque garantita la possibilità di addivenire a una piena formalizzazione del rapporto col genitore intenzionale, anche se non necessariamente mediante la trascrizione del provvedimento straniero. E, in ogni caso, lo strumento prescelto

a un perenne stato di figli con un solo genitore, non riconoscibili dall'altra persona che ha contribuito al progetto procreativo" e verrebbero così a trovarsi "in una situazione giuridica diversa e deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati (compresi i nati dai rapporti incestuosi)", in contrasto con il principio dell'unicità dello *status* giuridico dei figli ed una pluralità di disposizioni nazionali e sovranazionali di rango costituzionale. La stessa constatazione si rinviene nell'ordinanza della Corte di Cassazione, dove si legge che "il figlio nato da maternità surrogata sarebbe discriminato rispetto a ogni altro bambino, in conseguenza di circostanze delle quali egli non porta alcuna responsabilità" e si sottolinea l'irragionevolezza della disciplina che sacrifica l'interesse del figlio "per condannare il comportamento dei genitori". Entrambe le ordinanze, poi, hanno evidenziato, quale ulteriore aspetto decisivo, che lo standard del diritto vivente italiano in punto di diritti del minore nato da fecondazione assistita per iniziativa di una coppia omosessuale non è adeguato alle convenzioni di rango costituzionale recepite dal nostro ordinamento né alla giurisprudenza della Corte Edu. Pertanto, per questa sola ragione, le regole che attualmente caratterizzano il sistema sarebbero esorbitanti dal margine di discrezionalità che può essere riconosciuto al legislatore nazionale.

82 Punto di partenza, anche secondo la Consulta, è che "l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale" (Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit.).

83 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, cit.

84 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit.

85 Queste affermazioni ancora in Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit.

deve anche rispondere ai requisiti di "effettività" e "celerità" già individuati dalla Corte EDU.

Se dunque i diritti del figlio devono ricevere una tutela di questo tipo, non si può non vedere che nel nostro ordinamento sussiste una "preoccupante lacuna" che sacrifica "incomprimibili diritti dei minori"[86], perché lo strumento che viene indicato dalla giurisprudenza come alternativo al riconoscimento del provvedimento straniero (o alla dichiarazione della doppia maternità nell'atto di nascita) non soddisfa i requisiti richiesti. L'una e l'altra sentenza, infatti, concordano nel denunciare "l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari"[87] che non è "ancora del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali richiamati"[88].

Tuttavia, la Corte ha ritenuto di non poter porre rimedio a tale "vuoto di tutela"[89] attraverso una pronuncia di contenuto additivo[90], per il rischio di "generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato"[91] e la necessità di sciogliere una serie di alternative consistentemente diverse tra loro, individuando "una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco"[92].

Epperò, nonostante la Consulta discorra di un "ventaglio" di "opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione", da cui discenderebbe un significativo "margine di manovra"[93] del legislatore nell'elaborare le regole più opportune, occorre rilevare come il punto finale di un intervento in materia dovrebbe pur sempre essere quello scandito dalla regola che la stessa Corte ha impartito: l'istituzione del rapporto di filiazione, costituendo lo *status* di figlio e di genitore (artt. 315 ss. c.c.), con tutto quanto giuridicamente ne consegue in termini di diritti e doveri del figlio (artt. 315-*bis* ss. c.c.) e di responsabilità genitoriale della madre o del padre intenzionali (artt. 316 ss. c.c.)[94].

86 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, cit.

87 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, cit.

88 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit.

89 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, cit.

90 Come noto, la giurisprudenza costituzionale ammette pronunce di contenuto additivo solamente nei casi in cui l'unica soluzione per rendere la legge compatibile con la Costituzione sia quella indicata dall'ordinanza di rimessione, non residuando alcuno spazio per la discrezionalità del legislatore. Tale dottrina delle "rime obbligate" risale a Crisafulli, V.: "La Corte costituzionale ha vent'anni", *Giur. cost.*, 1976, fasc. 10, p. 1707 ss. Si veda anche Modugno, F., Carnevale, P.: "Sentenze additive, 'soluzione costituzionalmente obbligata' e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del 'verso' della richiesta addizione", *Giur. cost.*, 1990, fasc. 1-2, p. 519 ss., nonché, più di recente, Zagrebelsky, G., Marcenò, V.: *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 396 ss.

91 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, cit.

92 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit.

93 In questi termini Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit.

94 Lo evidenzia, Astone, F.: "Procreazione di coppie *same sex* e status dei figli: un problema di discrezionalità legislativa?", *Giur. cost.,* 2021, fasc. 2, p. 368, secondo cui tale rilievo "sembra, già di per sé, in grado di relativizzare in larga misura la posizione assunta dalla Corte sulla misura della discrezionalità che il legislatore avrebbe".

Ma, se così è, tralasciando l'ipotesi di una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, al momento altamente improbabile, l'unica possibile alternativa alla trascrizione diretta del provvedimento straniero (che però, come detto, non risolve i casi di PMA eterologa con nascita in Italia) parrebbe essere quella di un'adozione "disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione"[95], soluzione non a caso avanzata e caldeggiata dalla stessa Consulta.

VIII. IL RICONOSCIMENTO DIRETTO DELLO *STATUS FILIATIONIS* GIÀ ACQUISITO QUALE ALTERNATIVA ALL'ADOZIONE: UNA SOLUZIONE CONFORME AL MODELLO DI GENITORIALITÀ SOCIALE CONOSCIUTO DALL'ORDINAMENTO.

A chi scrive, invero, la soluzione prospettata dalla Corte costituzionale non convince del tutto.

Certo, coloro che guardano con diffidenza alla filiazione sociale non possono che accogliere positivamente il fatto che un eventuale riconoscimento di tale rapporto sia quantomeno sottoposto ad una prudente valutazione da parte del giudice, chiamato in astratto a bilanciare gli interessi sottesi al caso concreto e a valutare sia la qualità del legame affettivo e la sua significatività, sia la competenza genitoriale del ricorrente[96]. Il procedimento adottivo, in questo senso, sarebbe funzionale a verificare in via preventiva che la costituzione del rapporto di filiazione verso il genitore non biologico risponda all'interesse del minore.

Tuttavia, tale tipo di controllo non pare concretamente ipotizzabile: se il minore ha già vissuto per anni con i suoi genitori nel paese in cui è sorta la filiazione sarebbe praticamente inutile; se invece il riconoscimento della filiazione venga domandato dal genitore non biologico subito dopo la nascita del figlio, non è chiaro su cosa dovrebbe vertere detta valutazione, soprattutto nell'ambito di una procedura celere, quale quella ipotizzata dalla Consulta, in cui non assume rilievo l'aver fatto ricorso alla surroga di maternità[97]. Peraltro, anche nell'ipotesi estrema in cui il genitore non biologico avesse riconsiderato le proprie scelte e non fosse più intenzionato a crescere il minore, l'interesse di quest'ultimo alla preservazione del legame giuridico non verrebbe automaticamente meno, posto che tale legame fa sì che il genitore d'intenzione sia chiamato ad adempiere per lo meno ai suoi

95 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit.; nello stesso senso Corte cost. 9 marzo 2021 n. 32, secondo cui, oltre che mediante una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, il legislatore potrebbe colmare il vuoto di tutela "[i]n via esemplificativa" attraverso la "introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione".

96 Muovono in questo senso, seppur in una prospettiva di apertura, le interessanti riflessioni di Perlingieri, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, fasc. 2, p. 340. Cfr. anche Recinto, G.: "La decisione delle sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere 'filiazione'", *ivi*, p. 347 ss.

97 Coglie bene il punto Azzarri F.: "I diritti dei nati da gestazione per altri", cit., p. 186 ss.

obblighi patrimoniali. In quest'ottica, del resto, attenta dottrina ha già posto in evidenza come anche nei casi di attribuzione giudiziale dello *status* non assuma di norma alcun rilievo la circostanza che il genitore si riveli assente e disinteressato al futuro del figlio, ritenendosi prevalente il mero fattore del contributo economico che egli sarà comunque tenuto a prestare[98].

Insomma, l'idea di affidare la tutela dell'interesse del minore ad un procedimento adottivo caratterizzato dalla speditezza, dalla parificazione degli effetti a quelli dell'adozione legittimante, nonché dall'assenza del requisito del duplice consenso dell'adottante e del genitore biologico dell'adottato, appare artificiosa e poco utile[99]. Sfugge, infatti, quale potrebbe essere, a questo punto, la giustificazione sostanziale di un tale tipo di procedimento in luogo della più immediata trascrizione sui registri italiani di stato civile dell'atto di nascita formato all'estero[100], posto che in entrambi i casi l'esito finirebbe per essere pur sempre il medesimo[101].

D'altronde, è la stessa Corte costituzionale a rilevare la diversità della situazione in parola rispetto a quella del minore adottabile. Ma proprio tale diversità fa sì che il controllo sull'idoneità dell'aspirante genitore si riveli nel caso di specie improprio, atteso che non si tratta di trovare una famiglia a un minore abbandonato, bensì di consentire a una coppia di realizzare quella procreazione che per via naturale non le è possibile. E non è un caso che per l'ordinario accesso alle tecniche di

98 Mantovani, M.: *Azioni di stato e interesse del minore*, in AA.VV.: *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme* (a cura di U. Salanitro), Pacini, Pisa Ospedaletto, 2019, p. 379 ss., la quale invero suggerisce di fare "un più coraggioso" ricorso all'art. 279 c.c., al fine di evitare un'attribuzione forzosa e poco opportuna della paternità. Tuttavia, una soluzione di questo tipo andrebbe valutata sulla base delle peculiarità del caso concreto, poiché per alcuni aspetti (come quelli relativi alla cittadinanza) potrebbe non rappresentare la miglior forma di tutela per il minore; Salanitro, U.: "L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata", *Corr. giur.*, 2020, fasc. 7, p. 916, nt. 27.

99 Di "soluzione artificiosa" parla Cordiano, A.: "Ultimi approdi della Corte costituzionale", cit., p. 24, la quale rileva che essa da luogo ad un "trattamento ingiustificatamente differenziato rispetto allo statuto della genitorialità biologica, che vede il giudice entrare nella dimensione privata unicamente attraverso i meccanismi legittimi del controllo pubblico, di cui agli artt. 330, 333 e 403 c.c.". Inoltre, l'A evidenzia come "la g.p.a. potrebbe presentare una perfetta corrispondenza genetica" il che, ancora una volta, dimostrerebbe "una certa artificiosità del percorso adottivo". Infine, per "quei percorsi di g.p.a. che non si realizzano con procedimenti simil-adottivi (modalità che è tipica solo di una parte dell'esperienza giuridica mondiale), bensì con la formazione di un atto di nascita tradizionale […] pure la formula [di adozione] piena sembrerebbe un escamotage volto a dare giuridica esistenza ad un rapporto sussistente, ma creato ai margini/in violazione delle norme giuridiche interne".

100 A favore del riconoscimento del provvedimento straniero, Venuti, M.C.: "Diritti dei figli vs. genitorialità *same-sex*: antitesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2021, fasc. 4, II, p. 956; Palmeri, G.: "Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia *same sex*", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, fasc. 3, p. 362 ss.; v. anche Cordiano, A.: "Ultimi approdi della Corte costituzionale", cit., pp. 24-25; Azzarri F.: "I diritti dei nati da gestazione per altri", cit., p. 1187; Ferrando, G.: "La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori", *Fam. dir.*, 2021, fasc. 7, p. 712; Grasso, A.G.: "Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da pma omosex e surrogazione?", *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, p. 495 ss. (con riferimento alla gestazione per altri altruistica); in senso contrario, Morace Pinelli, A.: "La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore", *Familia*, 2021, p. 418; Bilotti, E.: "La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2021, fasc. 4, II, p. 923.

101 Azzarri, F.: "I diritti dei nati da gestazione per altri", cit., p. 186.

procreazione medicalmente assistita ammesse nel nostro sistema non sia prevista alcuna verifica circa l'idoneità degli aspiranti genitori, né preventivamente né ovviamente una volta che il bambino sia venuto al mondo[102].

La trascrizione diretta del provvedimento giudiziario ovvero dell'atto di nascita esteri derivanti da maternità surrogata "avrebbe invece il pregio di consolidare il legame mediante un principio di autoresponsabilità nelle tecniche di procreazione"[103] e di privilegiare l'interesse del minore al mantenimento di legami affettivi costituiti nei fatti[104] – alla luce dunque della continuità degli *status* di filiazione – e alla loro certezza, in conformità con lo statuto giuridico della genitorialità sociale che si ricava dall'art. 9 della legge sulla PMA, nonché dal principio sancito dall'art. 8 della medesima legge[105].

A ben vedere, infatti, le norme appena citate disegnano un sistema fortemente in contrasto con quello della genitorialità biologica, e anzi per certi versi opposto. Lo dimostra anzitutto la previsione che impedisce al coniuge o al convivente che abbia acconsentito all'eterologa di agire in disconoscimento e di impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità (art. 9, primo comma, l. 40/2004)[106]. A ciò si aggiunge il divieto di cui al secondo comma dell'art. 9, il quale impedisce alla donna che ha fatto ricorso alla PMA di avvalersi del diritto di non essere nominata nell'atto di nascita (ai sensi dell'art. 30, primo comma, d.P.R. 396/2000), a dimostrazione dell'interesse dell'ordinamento a riconoscere la maternità sociale,

102 Evidenzia questo aspetto Venuti, M.C.: "Diritti dei figli vs. genitorialità *same-sex*", cit., p. 956.

103 Cordiano, A.: "Ultimi approdi della Corte costituzionale", cit., p. 24-24. Della stessa Autrice, per un approfondimento sul tema, si veda *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, Giappichelli, Torino, 2018.

104 Peraltro, come rileva Ferrando, G.: "La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli" cit., p. 710, la stessa Corte Costituzionale, nell'ordinanza in parola e nei precedenti da questa richiamata, non si limita a far riferimento alla "tutela del preminente interesse del minore" come principio di rilevanza costituzionale interna ed europea, ma mette al centro dell'attenzione i "diritti del bambino" garantiti dagli artt. 2, 30, 31 Cost. Si tratta, segnatamente, dei "suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità" nonché del suo diritto "a crescere in famiglia", cui fa riscontro l'obbligo degli Stati "di rendere effettivi tali diritti", di "garantire la stabilità dei legami e delle relazioni" del minore con "tutte le persone". In Italia, il diritto alla continuità affettiva è stato espressamente sancito dalla legge 19 ottobre 2015, n. 173, la quale ha introdotto il fondamentale principio secondo cui, qualora il minore già affidato sia dichiarato adottabile, gli affidatari devono essere considerati in via preferenziale ai fini dell'adozione. In arg. Morace Pinelli, A.: "Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci e ombre della legge 19 ottobre 2015 n. 173", in *Dir. fam. e pers.*, 2016, fasc. 2, p. 303 ss.; Cordiano, A.: "Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva", cit., p. 255 ss. L'importanza dei legami del minore pure affettivi e di fatto è stata ribadita più volte anche dalla giurisprudenza sovranazionale; sul punto si rinvia a Battelli, E.: "Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione", *Dir. fam.*, 2021, fasc. 2, p. 838 ss.

105 In questi termini ancora Cordiano, A.: "Ultimi approdi della Corte costituzionale", cit., p. 25.

106 "Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice". Si ritiene, peraltro, che nonostante la lettera della norma, tale divieto operi anche nei confronti della madre, del figlio e, in virtù della legittimazione assoluta dell'art. 263 c.c., di chiunque possa vantare un interesse attuale (Borrello, F.: "Alcune riflessioni sulla disciplina della procreazione eterologa", *Fam. dir.*, 2010, fasc. 10, p. 947).

intenzionale, non genetica[107]. Inoltre, il terzo comma dell'art. 9 stabilisce che il donatore o la donatrice di gameti non acquisiscano alcuna relazione giuridica parentale col nato e non possano far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolari di obblighi, essendo implicito che alla base della donazione di parte del corpo vi sia stato un atto di solidarietà, senza l'elemento volontaristico dell'aspirazione genitoriale.

A completare il quadro vi è poi l'art. 8 della legge 40, il quale riconosce lo stato di figli naturali riconosciuti ai nati dalla coppia che ha espresso il consenso alla fecondazione assistita[108].

Insomma, le disposizioni appena riportate manifestano una profonda distanza dal *favor veritatis*, esprimendo all'opposto accettazione riguardo ad un'eventuale scissione fra l'elemento naturalistico della gestazione e del parto, l'elemento identitario e l'elemento affettivo-intenzionale[109]. La disciplina, infatti, attribuisce prevalenza all'interesse del figlio all'attestazione formale e al mantenimento del legame genitoriale, prescindendo dalla veridicità del rapporto (c.d. *favor stabilitatis*), cosicché nella costruzione del legame di genitorialità diviene rilevante il dato volitivo e affettivo (c.d. *favor affectionis*).

Ebbene, a fronte del vuoto normativo in cui ricade la maternità surrogata, sprovvista com'è di una disciplina di supporto per l'eventualità di una nascita in violazione del divieto, le regole ora esposte si rivelano assai preziose, in quanto delineano un modello di genitorialità sociale già esistente ed esprimono un principio di autoresponsabilità nella procreazione, in forza del quale i soggetti sono tenuti a rispondere dei comportamenti volontariamente e consapevolmente assunti volti alla condivisione e costituzione di un progetto genitoriale[110]; il tutto, nell'ottica di un'effettiva realizzazione del migliore interesse del minore.

Muovendo da questa prospettiva, come anticipato, risulta dunque ancor più evidente l'opportunità del riconoscimento diretto dello *status filiationis*

107 Cordiano, A.: "Ultimi approdi della Corte costituzionale", cit., p. 25.

108 Sul punto cfr. Borrello, F.: "Alcune riflessioni sulla disciplina della procreazione eterologa", cit., p. 953, che sulla scorta di tale articolo ipotizza la possibilità per il figlio nato da eterologa di acquisire detto *status* automaticamente, indipendentemente da un effettivo riconoscimento dei genitori.

109 Così Cordiano, A.: "Ultimi approdi della Corte costituzionale", cit., p. 25.

110 D'altronde, osserva Scalisi, V.: "Maternità surrogata: come «far cose con regole»", cit., p. 1104, che "genitorialità è anche e soprattutto responsabilità e come tale – difatti – viene qualificata dall'ordinamento comunitario (reg. CE n. 2201/2003) e ora, dopo la legge di riforma della filiazione, anche dal nostro ordinamento interno (art. 316 c.c., nella nuova formulazione)". Sul rilievo dell'elemento volontaristico e dell'assunzione di responsabilità come possibile fondamento della filiazione, oltre che Cordiano, A.: *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, cit.; cfr. Federico, A.: "Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore", *Giust. civ.*, 2020, fasc. 4, p. 660 ss.; Ferrando, G.: "Conclusioni", in AA.VV.: *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme* (a cura di U. Salanitro), cit., p. 324; Palmeri, G.: "Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale", in AA.VV.: *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere* (a cura di M. Caielli, B. Pezzini e A. Schillaci), Torino, 2019, p. 46 ss.

legittimamente acquisito all'estero, trattandosi di una soluzione in perfetta aderenza rispetto al paradigma di genitorialità sociale previsto dal legislatore e del tutto coerente coi principi su cui esso si fonda.

È vero, un'impostazione di questo tipo finisce in un certo senso per avallare una pratica che si vorrebbe tentare di disincentivare. Tuttavia, una diversa soluzione, come quella dell'adozione, finirebbe per trasferire lo stigma sulla condotta (non punibile) dei genitori sul vincolo di filiazione, chiamando in un certo senso il diritto civile a supplire alla sanzione penale[111]. Ma non si comprende per quale ragione dovrebbero ricadere sul minore le conseguenze sfavorevoli delle scelte di coloro che hanno voluto procrearlo, atteso che il principio dell'unicità dello stato di figlio *ex* art. 315 c.c., imporrebbe anche di "non far gravare sui figli la colpa [...] dei loro genitori"[112].

La questione relativa allo stato del figlio deve dunque necessariamente essere tenuta distinta da quella della liceità della tecnica prescelta per farlo nascere, come affermato del resto anche dalla nostra Corte costituzionale[113]; la stessa che, peraltro, ci segnala già da tempo che il diritto allo *status* costituisce il primo tra i diritti del bambino[114]. A queste sollecitazioni si aggiungono quelle provenienti dalla Corte EDU, la quale ha sempre espresso indirizzi intesi a contrastare forme di discriminazione di categorie di figli in ragione delle circostanze della loro nascita[115].

D'altra parte, come più volte rilevato, lo stesso art. 12 della legge 40/2004 si limita a colpire l'organizzazione e il ricorso in Italia alla surrogazione di maternità, senza prendere in considerazione la posizione giuridica del figlio (men che meno di quello generato all'estero) che sia così venuto al mondo, e senza prevedere eventuali conseguenze sul suo stato. È chiaro, però, che un'eventuale violazione di tale norma non esclude un interesse concreto del singolo minore a mantenere

111 Azzarri, F.: "I diritti dei nati da gestazione per altri", cit., p. 1160. Si veda anche Venuti M.C.: "Diritti dei figli vs. genitorialità *same-sex*", cit., p. 955.

112 In questi termini Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, fasc. 1, p. 4, con riferimento all'abrogazione del divieto di riconoscimento dei figli di parenti. Sul punto, si tornerà nelle prossime pagine.

113 Lo si coglie in un passaggio di Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit., la quale, preso atto della circostanza che la maternità surrogata sia una pratica penalmente sanzionata e apertamente condannata dalle Sezioni Unite e dalla stessa Corte costituzionale (sent. 18 dicembre 2017, n. 272, cit.), evidenzia come le questioni ad essa sottoposte "sono però focalizzate sugli interessi del bambino [...] nei suoi rapporti con la coppia […]" che ha sin dall'inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo concepimento e alla sua nascita. Questo passaggio è ritenuto "decisivo" da Ferrando, G.: "Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021", *Gustiziainsieme.it*, 2021, in quanto dimostra che "diversamente dalle sezioni Unite, la Corte costituzionale è consapevole della necessità di non confondere i due distinti piani: da un lato il giudizio sulla condotta dei genitori, dall'altro la tutela dei diritti del figlio".

114 In questo senso già Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4058, con nota di Bianca, C.M.; e in *Familia*, 2003, p. 848 ss., con note di Ferrando, G. e Landini, S.

115 Cfr. Corte EDU, 13 giugno 1979, ric. 683/74, Marckx c. Belgio, in *Foro it.*, 1979, IV, c. 382; Corte EDU, 1° febbraio 2000, ric. 34406/97, Mazurek c. Francia, in Dalloz, 2000, p. 332; nonché il parere consultivo del 10 aprile 2019, R. P 16-2018-001 citato in precedenza.

giuridicamente intatta la relazione familiare sorta legalmente altrove in virtù di una condivisa assunzione di responsabilità nei suoi confronti. E non si comprende perché tale interesse dovrebbe soccombere dinanzi ad esigenze – *in primis* la difesa della dignità della gestante[116] – che si pongono su un piano diverso, e rispetto alle quali il mancato riconoscimento dello *status* del minore non pare una reazione appropriata, atteso che ciò non contribuisce in alcun modo né al ripristino della dimensione individuale che si assume essere stata lesa, né tantomeno a prevenire la lesione stessa[117].

Per tali motivi, una soluzione che a tutela di un valore, apprezzabile solo in astratto, sacrifichi comunque l'interesse concreto e attuale del minore alla conservazione del proprio *status*, appare sproporzionata e irragionevole[118].

Pertanto, a meno che non si voglia ammettere un meccanismo che si configura unicamente quale impropria sanzione verso chi si avvale di una pratica ammessa in altri sistemi democratici e i cui effetti si ripercuotono sul minore per una condizione esistenziale a lui non imputabile (in violazione del principio di uguaglianza dei figli),

116 Come detto, peraltro, le Sezioni Unite del 2019 ritengono che il divieto di surroga sia posto anche a tutela dell'istituto dell'adozione, l'unico strumento, secondo la Corte, a cui "l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato". Tuttavia, a meno che non si voglia chiudere gli occhi dinanzi all'evoluzione del fondamento della filiazione, deve rilevarsi come tale prerogativa non sia propria soltanto dell'istituto dell'adozione. Infatti, al legame genetico si è affiancata la rilevanza dell'assunzione di responsabilità della nascita e/o dei doveri genitoriali. Basti pensare alla già menzionata dichiarazione di incostituzionalità del divieto della procreazione eterologa, agli indici normativi espressivi della rilevanza della filiazione di fatto o dello stato di figlio falso ma duraturo, non più impugnabile ai sensi degli artt. 244, comma 4, c.c. e 263, comma 3, c.c., o, ancora, alla nozione di vita familiare delineata dalla giurisprudenza CEDU, che ha radici nella fattualità del legame oltre che nelle qualificazioni giuridiche. Per queste considerazioni v. Gorgoni, A.: "Vita familiare e conservazione dello stato di figlio: a proposito delle Sezioni unite sulla (non) trascrivibilità dell'atto di nascita da surroga di maternità all'estero", *Persona e mercato*, 2019, fasc. 4, p. 157 ss.

117 Azzarri, F.: "I diritti dei nati da gestazione per altri", cit., pp.1178-1179.

118 Così Gorgoni, A.: "Vita familiare e conservazione dello stato di figlio", cit., p. 157, per il quale "la tutela della dignità della donna, valore posto dalle Sezioni Unite a fondamento del divieto di surroga, finisc[e] con l'essere una tutela evanescente, lontana dalla madre surrogata. L'Italia, negando lo Stato di figlio nei confronti del genitore committente non biologico, non salvaguarda affatto la dignità della madre surrogata, la quale, in un altro paese, abbia offerto il proprio ventre per spirito di solidarietà o magari dietro corrispettivo di un prezzo (così in alcuni Stati americani)". Nello stesso senso anche Venuti M.C.: "Diritti dei figli vs. genitorialità *same-sex*", cit., p. 954 ss., la quale ritiene che il minore "una volta nato e affidato alla coppia dei genitori intenzionali, non rinvenga nella sfera giuridica della persona che ha portato avanti la gravidanza, partorito, e rinunciato a instaurare con lui il ruolo di madre (sia dal punto di vista materiale e sia da quello giuridico-formale), un nucleo di interessi attuali e di tale consistenza da contrapporsi e pregiudicare la realizzazione dei propri" (p. 955). L'Autrice, pertanto, nega l'opportunità di un bilanciamento "tra un interesse ormai consumato, qual è quello della donna che ha portato a termine la gravidanza, e l'interesse invece presente e pienamente consistente del bambino, nato e accolto nella famiglia degli affetti" (p. 955). Bilanciamento che ha senso quando si tratta di *prevenire* un comportamento riprovevole mediante la previsione di una fattispecie penale, ove "viene in rilievo la tutela dell'interesse attuale della possibile madre gestazionale in contrapposizione all'interesse, altrettanto attuale, degli eventuali committenti a realizzare per suo tramite il loro progetto procreativo" (p. 954). A ciò si aggiunge il rilievo per cui il nostro sistema, vietando in maniera indiscriminata qualsiasi pratica di maternità surrogata ha rinunciato alla possibilità ammettere quelle pratiche che "potrebbero essere reputate compatibili con i principi costituzionali di solidarietà libertà, autodeterminazione, perché per le circostanze concrete in cui vengono poste in essere è da escludere qualsiasi forma di intollerabile sfruttamento della donna e della sua capacità gestazionale" (p. 954).

sembrerebbe doversi propendere per l'immediata trascrizione dell'atto o del provvedimento straniero.

IX. IL RICONOSCIMENTO DIRETTO DELLO *STATUS FILIATIONIS* GIÀ ACQUISITO E LA TUTELA GIUDIZIALE DEL MINORE NELLE SITUAZIONI CRITICHE: UNA SOLUZIONE CHE NON CONTRASTA CON L'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE.

Giova a questo punto una precisazione.

Ammettere la riconoscibilità del provvedimento straniero che riconosca lo stato di figlio nei confronti del genitore di intenzione non significa porsi in una prospettiva "adultocentrica" ed affermare l'esistenza di un "diritto alla genitorialità" [119], quanto piuttosto porsi semplicemente nell'ottica di una tutela effettiva del diritto del minore alla conservazione del proprio stato, che, per lo meno nei casi di vincolo biologico su una sola linea germinale, corrisponde normalmente al suo interesse.

D'altra parte, come già detto, il disvalore che la legge attribuisce alla condotta dei genitori, al punto da sanzionarla penalmente, non può riverberarsi sulla condizione giuridica del figlio, né per quanto riguarda l'accertamento di *status*, né per quanto riguarda la relazione personale[120].

In questo senso si è espressa peraltro la stessa Corte costituzionale sia quando ha dichiarato illegittima la norma che precludeva la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali, e le relative indagini, nei casi in cui tale riconoscimento era vietato (sottolineando come a essere incestuosi fossero i genitori e non i figli)[121]; sia quando ha escluso che dalla condanna per il reato di alterazione[122] o di soppressione[123] di stato possa derivare, come sanzione accessoria, l'automatica decadenza dalla responsabilità genitoriale, in assenza di una valutazione circa la corrispondenza di tale misura all'interesse del minore[124].

119 Per una diversa prospettiva si vedano le riflessioni di Ballarani, G.: "La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore (tra norme e princípi)", in AA.VV.: *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità* (a cura di P. Perlingieri e S. Giova), E.S.I, Napoli, 2019, p. 337 ss.

120 In questo senso anche Irti, C.: "Digressioni attorno al mutevole 'concetto' di ordine pubblico", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2016, fasc. 3, p. 483

121 Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, cit.

122 Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in *Giur. it*, 2012, p. 1873, con nota di Federici, M.A.; in *Fam. dir.*, 2012, fasc. 9, p. 443, con nota di Chicco, D. La questione era stata in precedenza respinta da Corte cost., 23 marzo 2007, n. 106, in *Fam. dir.*, 2007, con nota di Pittaro, P.

123 Corte cost. 23 gennaio 2013, n. 7, in *Giur. cost.,* 2013, p. 169, con nota di Mantovani, Mar.

124 Nello stesso senso si è espressa di recente anche Corte cost. 29 maggio 2020, n. 102, che ha censurato l'automatica sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale prevista dal terzo comma dell'art. 574-*bis* del codice penale, per il caso in cui il genitore abbia commesso il reato di sottrazione e mantenimento di minore all'estero ai danni del figlio minore. Tale decisione è particolarmente significativa considerato che il delitto in parola è intrinsecamente offensivo rispetto allo stesso interesse del minore.

Proprio l'ultima pronuncia richiamata, a ben vedere, fornisce un'indicazione assai utile ai fini del nostro discorso, atteso che le medesime ragioni che hanno condotto la Consulta a disattivare l'automatismo dell'art. 569 c.p. sembrano indurre a dover valutare negativamente anche la soluzione dell'adozione per i casi di maternità surrogata. È evidente, infatti, che pure la regola individuata dalle Sezioni Unite – e avallata come visto dalla Corte costituzionale – prevede in ottica sanzionatoria una meccanica recisione del rapporto di filiazione già sorto legalmente all'estero, spogliando automaticamente il minore di ogni legame giuridico col genitore d'intenzione.

In questa prospettiva, pertanto, anche la soluzione dell'adozione finisce per essere incompatibile col principio secondo cui l'interruzione del vincolo di filiazione, configurandosi come "pena accessoria su una potestà che coinvolge non soltanto il suo titolare ma anche, necessariamente, il figlio minore, […] in tanto può ritenersi giustificabile [..], in quanto essa si giustifichi proprio in funzione di tutela degli interessi del minore". Interessi, questi ultimi, che abbisognano dunque di una tutela e*x ante*, volta a impedire la rottura del rapporto, e non e*x post*, per porre rimedio alle evitabili conseguenze di detta rottura[125].

La soluzione più corretta, allora, sembra proprio quella di riconoscere pienamente i percorsi di genitorialità sociale realizzati all'estero, riservando al contempo al giudice minorile la possibilità di intervenire nei casi più critici, attraverso tutti gli strumenti di cui normalmente dispone: dalla limitazione della responsabilità genitoriale agli allontanamenti, fino alle forme adottive più consone, che si dimostrino nel caso di specie più rispondenti ad assicurare il concreto interesse del minore[126]. In quest'ottica, peraltro, possono svolgere un ruolo determinante le prassi già diffuse presso gli ufficiali di stato civile e presso consolati investiti della richiesta della documentazione necessaria per oltrepassare i confini stranieri, le quali già prevedono la segnalazione delle pratiche con elementi critici.

Tutto questo, si noti, non implica un'attenuazione della condanna del nostro ordinamento alla surrogazione di maternità, non essendo in alcun modo in discussione la sanzione penale né l'invalidità dei relativi contratti: il divieto – occorre prenderne atto – esprime una *policy* avente radici culturali assai solide. Si tratta soltanto di considerare che la scelta adottata dal legislatore nazionale ha un campo di applicazione che coincide necessariamente con quello di efficacia della sanzione penale, il quale, per lo meno ad oggi, è circoscritto al territorio dello Stato italiano.

La fattispecie criminosa, pertanto, non verrebbe affatto intaccata dal pieno riconoscimento dello *status* dei nati all'estero da maternità surrogata, e

125 Azzarri, F.: "I diritti dei nati da gestazione per altri", cit., p. 1180.

126 In questa prospettiva, Cordiano, A.: "Ultimi approdi della Corte costituzionale", cit., p. 26.

continuerebbe ad esplicare la sua funzione general-preventiva in modo analogo a quanto fatto finora, impedendo, come dimostrano i repertori giurisprudenziali, ogni qualsiasi attuazione della pratica nel nostro ordinamento.

Del resto, la valenza normativa di un divieto vigente nell'ordinamento interno non esclude che lo stesso possa cedere quando si faccia applicazione di una disciplina straniera o si postuli il riconoscimento di un atto formato all'estero[127].

Come rilevato da attenta dottrina, infatti, il concetto di ordine pubblico internazionale differisce da quello di ordine pubblico interno non solo per quanto riguarda la funzione ma anche per ciò che concerne il contenuto[128]: il primo assume rilevanza quale limite all'autonomia privata e coincide con l'insieme di tutte le norme imperative e di tutti i princípi dello Stato; il secondo, invece, opera come limite al riconoscimento di atti e discipline straniere e riguarda i soli princípi fondamentali e irrinunziabili, ossia i princípi identificativi del nostro sistema ordinamentale, che anche al nostro legislatore è precluso di derogare[129].

La nozione di ordine pubblico internazionale è dunque più limitata rispetto a quella del c.d. ordine pubblico interno e, del resto, non potrebbe essere diversamente. Infatti, se l'estensione del significato del primo fosse coincidente con quella del secondo, si finirebbe per impedire l'applicazione del diritto straniero ogni qual volta la disciplina estera richiamata risultasse in qualche punto difforme dalla legge inderogabile italiana[130], con la conseguenza che nelle numerose materie regolate quasi esclusivamente da norme inderogabili di diritto materiale italiano (si pensi a quelle relative alla capacità, ai rapporti di famiglia, ai rapporti tra i coniugi), non potrebbe trovare applicazione alcuna legge straniera che regolasse il caso in modo diverso o contrario a una norma imperativa nazionale[131].

Una volta chiarito anche tale ultimo aspetto, pare sciogliersi definitivamente pure il nodo dell'ordine pubblico internazionale, il quale, così configurato, non sembra poter rappresentare un valido ostacolo alla trascrizione diretta del provvedimento

127 Lo evidenzia Grasso, A.G.: *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, Aracne, Roma, 2020, p. 305.

128 Si veda già Badiali, G.: "Ordine pubblico III, Diritto internazionale privato e processuale", in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1990, p. 1, il quale evidenzia come il contenuto dell'ordine pubblico internazionale si debba precisare in relazione alla funzione cui il concetto è preordinato. Distingue i due concetti sulla base della funzione, e di conseguenza del contenuto, anche Barba, V.: "L'ordine pubblico internazionale", cit., p. 404 ss.

129 Si veda Barba, V.: "Note minime sull'ordine pubblico internazionale", in *articolo29.it*, *La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale*, 2018, p. 6, secondo cui l'ordine pubblico internazionale "esprime quell'insieme dei princípi fondamentali e irrinunziabili del nostro sistema ordinamentale, ossia quei princípi identificativi, massime, ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana e della sua dignità, che trovano una loro espressione normativa nell'art. 2 Cost.".

130 Cfr. Barile, G.: "Ordine pubblico (dir. intern. priv.)", in *Enc. dir.,* XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1116; Barba, V.: "L'ordine pubblico internazionale", cit., p. 405.

131 Grasso, A.G.: *La maternità surrogata altruistica*, cit., p. 311.

giudiziario o dell'atto di nascita esteri derivanti da maternità surrogata, atteso che, come si è avuto modo di rilevare, la genitorialità sociale, anche omosessuale, non collide affatto con principi irrinunziabili del nostro ordinamento, nel quale all'opposto trova già spazio.

X. UNA PROPOSTA *DE IURE* CONDENDO CHE PARE UNA SOLUZIONE OBBLIGATA.

La diretta trascrizione dell'atto di nascita o del provvedimento giudiziario stranieri derivanti da maternità surrogata è dunque, per chi scrive, la via da intraprendere in assenza di un'improbabile presa di posizione del legislatore. Tale proposta interpretativa, peraltro, potrebbe trovare a breve una piena affermazione in giurisprudenza qualora venisse accolta dalle Sezioni Unite, le quali sono state da poco chiamate a pronunziarsi nuovamente sul tema, per supplire – a fronte del vuoto di tutela denunciato dalla Consulta – all'inerzia del legislatore[132].

Come già anticipato, però, è auspicabile, *de iure condendo,* una riscrittura delle prescrizioni in materia di riconoscimento (art. 250 ss. c.c.), volta ad estendere tale possibilità anche al genitore intenzionale. Solo in tal modo, infatti, si metterebbe definitivamente fine a un'irragionevole discriminazione tra figli fondata su circostanze di cui non hanno colpa. Ma, soprattutto, solo in tal modo si garantirebbe loro la possibilità di far valere in maniera effettiva il proprio diritto allo *status*.

Il motivo è semplice: ammettere la riconoscibilità del nato significa oggi attribuire a quest'ultimo uno speculare "diritto ad essere riconosciuto". Infatti, a differenza del passato, quando il riconoscimento poteva essere considerato un atto di autonomia del genitore, di natura negoziale, volto alla costituzione del rapporto di filiazione, il figlio ha oggi la più ampia facoltà di agire in giudizio per ottenere detto riconoscimento in via giudiziale[133]. Ma visto che, come afferma la stessa Corte costituzionale, il diritto del figlio allo *status* va riconosciuto anche rispetto al genitore d'intenzione, si deve necessariamente consentire che pure nei suoi confronti il figlio possa agire secondo le regole generali[134].

Tale diritto del figlio all'accertamento del proprio stato non potrebbe invece trovare tutela nel caso in cui il legislatore individuasse nell'adozione – anche in una forma ulteriore – lo strumento per attribuire rilevanza giuridica al legame col

132 Cass. civ., sez. I, ord. 21 gennaio 2022, n. 1842, in *Giur. it.*, 2022, fasc. 8-9, p. 1825 ss., con nota di Salanitro, U., la quale muove dal presupposto che "in assenza di un intervento innovativo del legislatore, è necessario partire da una rivalutazione degli strumenti normativi esistenti (delibazione e trascrizione) per verificare se in questa materia sussista un insuperabile ostacolo alla loro utilizzazione derivante dalla natura di ordine pubblico del divieto penale".

133 Lo evidenzia Astone, F.: "Procreazione di coppie *same sex*", cit., p. 370, affermando che oramai nella sostanza "il riconoscimento serve unicamente a prevenire l'intervento giudiziario".

134 Ancora Astone, F.: "Procreazione di coppie *same sex*", cit., p. 370.

genitore non biologico, in quanto, a meno che non si voglia snaturare del tutto l'istituto, non esiste alcun diritto del figlio ad essere adottato dal genitore.

D'altra parte, detta impossibilità di configurare un diritto dei figli all'adozione deriva proprio dal fatto che il sistema riconosce già loro un rimedio generale per ottenere l'accertamento del rapporto di filiazione e il riconoscimento da parte dei genitori. Ma, se è così, è costituzionalmente essenziale che il medesimo rimedio sia riconosciuto anche in favore dei nati dal ricorso a tecniche di procreazione vietate.

Insomma, se il legislatore non intende tradire il principio di unicità dello *status* di figlio, si deve riconoscere che i margini a sua disposizione per regolare le fattispecie di cui si discorre non sono ampi come lascerebbero intendere le recenti sentenze della Corte costituzionale poc'anzi esaminate.

L'unica soluzione realmente coerente con tale principio sembra essere la modifica della disciplina del riconoscimento, mediante un intervento sul testo dell'art. 250 c.c., volto ad includere il genitore d'intenzione tra i soggetti legittimati ad operarlo e lasciandone immutati gli effetti[135].

Occorre evidenziare, peraltro, che la modifica dell'art. 250 c.c. non presuppone alcun passo indietro del legislatore sul divieto di maternità surrogata di cui all'art. 12 della legge 40 del 2004, ben potendo quest'ultimo restare immutato. Come già affermato, infatti, i due piani sono separati e una riforma del riconoscimento significherebbe soltanto affrontare opportunamente la questione dal punto di vista del figlio, il quale deve necessariamente godere dello *status* che gli appartiene a prescindere dalla liceità della pratica utilizzata dal genitore.

Certo, è vero che nell'attuale contesto globalizzato un divieto legislativo imposto a livello nazionale può risultare in concreto un'arma assai limitata, ma non per questo il legislatore deve rinunciare a una politica di contrasto a determinate tecniche di procreazione. Ciò, tuttavia, a patto che si metta in conto da principio il fatto che il divieto interno non elimini il fenomeno e che non si possano prevedere discriminazioni ai danni dei figli nati attraverso il ricorso a tali tecniche al di fuori dei confini nazionali.

In altre parole, al divieto di talune pratiche, come la surrogazione di maternità o l'eterologa per le coppie *same sex*, può perfettamente affiancarsi una disciplina del riconoscimento che garantisca ai nati da tali tecniche lo *status* di figlio, prevedendo

135 È questa la conclusione a cui perviene Astone, F.: "Procreazione di coppie *same sex*", cit., p. 372, il quale aggiunge che non possono essere in alcun modo immaginati "effetti minori" del riconoscimento per il genitore intenzionale, né distinzioni tra la situazione del figlio nato dall'iniziativa di una coppia femminile rispetto a quella del figlio nato da una coppia maschile.

la possibilità del genitore intenzionale di operare detto riconoscimento e la correlata facoltà del figlio di agire in giudizio per conseguire lo stesso risultato.

Chi scrive, come già detto, è consapevole che un tale tipo di intervento da parte del legislatore sia assai improbabile. Quest'ultimo, anzi, si guarda bene dal prendere in considerazione qualsiasi ipotesi di riforma in tema di filiazione, poiché ciò richiederebbe di riaprire un delicato dibattito e di rimettere in discussione i principi generali della materia.

Nulla esclude, però, che la palla ritorni nuovamente alla Corte costituzionale, la quale, alla luce di quanto detto sin ora, potrebbe intervenire senza intaccare in alcun modo tali principi e dandovi anzi attuazione attraverso un intervento additivo sull'art. 250 c.c., che consentirebbe di risolvere efficacemente i problemi di cui si è cercato di dar conto, ponendo fine ad inaccettabili discriminazioni che il diritto non può ammettere.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Complessità ed integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, Atti del convegno in onore del Prof. Vincenzo Scalisi (a cura di M. Trimarchi, A. Federico, M. Astone, C. Ciraolo, A. La Spina, F. Rende, E. Fazio e S. Carabetta), Giuffrè, Milano, 2017.

AA.VV.: *La concorrenza tra ordinamenti giuridici* (a cura di A. Zoppini), Laterza, Roma, 2004.

AA.VV.: *The best interest of the child* (a cura di M. Bianca), Editrice Sapienza, Roma, 2021.

Al Mureden, E.: "Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze", *Fam. Dir.*, 2016, fasc. 10.

Aramini, M.: *Introduzione alla bioetica*, Giuffrè, Milano, 2003.

Armone, G.: "L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione", *Questione giustizia*, 2019, fasc. 1.

Astone, F.: "Procreazione di coppie *same sex* e status dei figli: un problema di discrezionalità legislativa?", *Giur. cost.,* 2021, fasc. 2.

Azzarri, F.: "I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2021, fasc. 5.

Badiali, G.: "Ordine pubblico III, Diritto internazionale privato e processuale", in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1990.

Ballarani, G.: "La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore (tra norme e princípi)", in AA.VV.: *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità* (a cura di P. Perlingieri e S. Giova), E.S.I, Napoli, 2019.

Barba, V.: "L'ordine pubblico internazionale", *Rass. dir. civ.*, 2018, fasc. 2.

Barba, V.: "Note minime sull'ordine pubblico internazionale", in *articolo29.it*, *La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale*, 2018.

Barile G.: *I princípi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi. (L'ordine pubblico internazionale)*, Cedam, Padova, 1969.

Barile, G.: "Ordine pubblico (dir. intern. priv.)", in *Enc. dir.,* XXX, Giuffrè, Milano, 1980.

Battelli, E.: "Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione", *Dir. fam.*, 2021, fasc. 2.

Battelli, E.: "L'adozione mite come tutela effettiva dell'interesse del minore: tra opportunità e identità", in AA.VV.: *The best interest of the child* (a cura di M. Bianca), Editrice Sapienza, Roma, 2021.

Benedetti, A.M.: "Troppe riforme per un diritto in crisi? La famiglia nell'età del pluralismo complesso", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2020, fasc. 2.

Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, fasc. 1.

Bilotti, E.: "La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2021, fasc. 4.

Borrello, F.: "Alcune riflessioni sulla disciplina della procreazione eterologa", *Fam. dir.*, 2010, fasc. 10.

Brutti, M.: *Il diritto privato nell'antica Roma*, Giappichelli, Torino, 2015.

Busnelli, F.D., Vitucci, M.C.: "Frantumi europei di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 767 ss., ora in Busnelli, F.D.: *Persona e famiglia*, Pacini, Pisa Ospedaletto, 2017.

Busnelli, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, 2002, fasc. 4.

Busnelli, F.D.: "Nascere per contratto?", *Rass. dir. civ.*, 2004, fasc. 1.

Busnelli, F.D.: "Quali regole per la procreazione assistita?", *Riv. dir. civ.*, 1996, fasc. 5.

Camardi, C.: "Diritti fondamentali e «status» della persona", *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, fasc. 1.

Carbone, V.: "Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia", *Fam. dir.*, 2014, fasc. 8-9.

Casaburi, G.: "'Requiem' (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04", *Foro it.*, 2014, fasc. 9.

Castronovo, C.: "Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale", *Europa dir. priv.*, 2014, fasc. 3.

Catania, A.: *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

Clarizia, O.: "Danno non patrimoniale e funzione punitiva del risarcimento ultracompensativo", *Giur. it.*, 2018, fasc. 10.

Consolo, C.: "Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, 'due process of law')", *Corr. giur.*, 2017, fasc. 8-9.

Cordiano, A.: "Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, fasc. 2.

Cordiano, A.: "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *Comparazione e diritto civile*, novembre 2012.

Cordiano, A.: "Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)", *BioLaw Journal*, 2021, fasc. 3.

Cordiano, A.: *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, Giappichelli, Torino, 2018.

Corti, I.: "La Maternità per sostituzione", in AA.VV.: *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo* (a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà e P. Zatti), vol. I, Giuffrè, Milano, 2011.

Corti, I.: *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000.

Crisafulli, V.: "La Corte costituzionale ha vent'anni", *Giur. cost.*, 1976, fasc. 10.

D'Angelo A.: "La famiglia nel XXI secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte", in *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione europea* (a cura di D. Amram e A. D'Angelo), nella Collana *I quadern della Rivista di diritto civile*, 18, Cedam, Padova 2011, p. 13 ss.

D'Avack, L.: "Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare", *Dir. fam. e pers.*, 2014, fasc. 3.

D'Avack, L.: "La maternità surrogata: un divieto 'inefficace'", *Dir. fam.* e *pers.*, 2017, fasc. 1.

Dell'Utri, M.: "Famiglie ricomposte e genitori 'di fatto'", *Familia,* 2005, fasc. 2.

Federico, A.: "Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore", *Giust. civ.*, 2020, fasc. 4.

Ferrando, G.: "Conclusioni", in AA.VV.: *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme* (a cura di U. Salanitro), Pacini, Pisa Ospedaletto, 2019.

Ferrando, G.: "Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021", *Gustiziainsieme.it*, 2021.

Ferrando, G.: "La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori", *Fam. dir.*, 2021, fasc. 7.

Ferrando, G.: "La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione 'eterologa'", *Corr. giur.*, 2014, fasc. 8-9.

Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", *Fam. dir.*, 2019, fasc. 7.

Gianformaggio, L.: "Correggere le diseguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?", *Democrazia* e *diritto*, 1996, fasc. 1, p. 53 ss., ora in Ead., *Eguaglianza, donne* e *diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.

Gorgoni A.: "La rilevanza della filiazione non genetica", *Persona* e *mercato*, 2017, fasc. 3.

Gorgoni, A.: "Vita familiare e conservazione dello stato di figlio: a proposito delle Sezioni unite sulla (non) trascrivibilità dell'atto di nascita da surroga di maternità all'estero", *Persona* e *mercato*, 2019, fasc. 4.

Grasso, A.G.: "Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da pma omosex e surrogazione?", *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, fasc. 3.

Grasso, A.G.: *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, Aracne, Roma, 2020.

Grondona, M.: "Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e 'punitive damages'", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, fasc. 10.

Irti, C.: "Digressioni attorno al mutevole 'concetto' di ordine pubblico", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2016, fasc. 3.

Irti, N.: "La filosofia di una generazione", *Contr. impr.*, 2011, fasc. 6.

Irti, N.: *L'uso giuridico della natura*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

Lenti, L.: "Ancora sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, fasc. 4.

Mantovani, M.: "Fondamenti della filiazione, interesse del minore e nuovi scenari della genitorialità", *Nuova giur. comm.*, 2003, fasc. 3.

Mantovani, M.: *Azioni di stato e interesse del minore*, in AA.VV.: *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme* (a cura di U. Salanitro), Pacini, Pisa Ospedaletto, 2019.

Marella, M.R., Marini, G.: *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

Mengoni, L.: "Diritto vivente", in *Digesto civ.*, VI, Utet, Torino, 1990.

Mengoni, L.: "Il 'diritto vivente' come categoria ermeneutica", in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996.

Mezzanotte, F.: "Concorrenza tra ordinamenti e ricodificazione", *Persona e mercato*, 2019, fasc. 1.

Modugno, F., Carnevale, P.: "Sentenze additive, 'soluzione costituzionalmente obbligata' e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del 'verso' della richiesta addizione", *Giur. cost.*, 1990, fasc. 1-2.

Morace Pinelli, A.: "Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci e ombre della legge 19 ottobre 2015 n. 173", in *Dir. fam. e pers.*, 2016, fasc. 2.

Morace Pinelli, A.: "La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore", *Familia*, 2021, fasc. 3.

Nicolussi, A.: "Autonomia contrattuale e diritti della persona", in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* (a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra), Giappichelli, Torino, 2016.

Nicolussi, A.: "Famiglia e biodiritto civile", *Europa dir. priv.*, 2019, fasc. 3.

Palmeri, G.: "Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale", in AA.VV.: *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere* (a cura di M. Caielli, B. Pezzini e A. Schillaci), Torino, 2019.

Palmeri, G.: "Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia *same sex*", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, fasc. 3

Palmeri, G.: "Riflessioni a margine della pronuncia della Corte di Appello di Torino 4 dicembre 2014 in tema di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero in seguito a PMA", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2015, fasc. 5.

Pane, R.: "La procreazione medicalmente assistita tra istanze di rinnovamento e tutela del nato", *Dir. fam. per.*, 2018, fasc. 4.

Paradiso, M.: "*Au bon marché des droits*, Tra globalizzazione dei diritti e delocalizzazione della procreazione", *Riv. dir. civ.*, 2018, fasc. 4.

Paradiso, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", *Riv. dir. civ.*, 2016, fasc. 5.

Pateman, C.: *The Sexual Contract*, Polity Press, Oxford, 1988.

Perlingieri, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, fasc. 2.

Perlingieri, G., Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, E.S.I., Napoli, 2019.

Perlingieri, P.: "L'inseminazione artificiale tra princípi costituzionali e riforme legislative", in Id.: *La persona e i suoi diritti*, E.S.I., Napoli, 2005.

Perlingieri, P.: "Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica", in Id.: *La persona e i suoi diritti*, E.S.I., Napoli, 2005.

Picaro, R.: "Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato", *Riv. dir. civ.*, 2017, fasc. 5.

Plaia, A.: *La competizione tra ordinamenti giuridici: mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, Giuffrè, Milano, 2007.

Recinto, G.: "La decisione delle sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere 'filiazione'", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, fasc. 2.

Rescigno, P.: "Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche", *Familia*, 2002, fasc. 1.

Rodotà, S.: *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2004.

Rodotà, S.: *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995.

Salanitro, U.: "Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo", *Fam. dir.*, 2010, fasc. 11.

Salanitro, U.: "L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata", *Corr. giur.*, 2020, fasc. 7.

Salerno, F.: "La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, fasc. 2.

Salvi, C.: "Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi", *Foro it.*, 2018, fasc. 7-8.

Santoro Passarelli, F.: "A proposito del «diritto vivente»", *Iustitia*, 1993, fasc. 1.

Saraceno, C.: "Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso", *GenIUS*, 2014, fasc. 2.

Scalisi, V.: "Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi – Parte prima. Dalla 'famiglia-istituzione' alla 'famiglia-comunità': centralità del 'rapporto' e primato della 'persona'", *Riv. dir. civ.*, 2013, fasc. 5; ora in Id.: *Studi sul diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2014.

Scalisi, V.: "Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi – Parte seconda: 'Pluralizzazione' e 'riconoscimento' anche in prospettiva europea", *Riv. dir. civ.*, 2013, fasc. 6; ora in Id.: *Studi sul diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2014.

Scalisi, V.: "Maternità surrogata: come «far cose con regole»", *Riv. dir. civ.*, 2017, fasc. 5.

Scognamiglio, C.: "Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio", *Resp. civ. prev.*, 2017, fasc. 4.

Senigaglia, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere", *Europa dir. priv.*, 2017, fasc. 3.

Shalev, C.: *Birth Power. The Case for Surrogacy*, Yale University Press, 1989.

Stanzione, M.G.: *Filiazione e «genitorialità». Il problema del terzo genitore*, Giappichelli, Torino, 2010.

Venuti, M.C.: "Diritti dei figli vs. genitorialità *same-sex*: antitesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2021, fasc. 4.

Vercellone, P.: "La fecondazione artificiale", in *Pol. dir.*, 1986, fasc. 3.

Vizzoni, L.: "Quando il best interest del minore azzera la verità biologica. Riflessioni a partire dal caso Paradiso e Campanelli contro Italia", *Jus Civile*, 2015, fasc. 11.

Zagrebelsky, G., Marcenò, V.: *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012.

Zatti, P.: "La surrogazione nella maternità", *Questione Giustizia*, 1999, fasc. 5.

Zatti, P.: "Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia", in AA.VV.: *Famiglia e matrimonio. Relazioni familiari – Matrimonio – Famiglia di fatto* (a cura di G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello), nel *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011.



I TERMINI GIURIDICI DELLA FUNZIONE EDUCATIVA NELL'ATTUALE QUADRO DELLE RELAZIONI TRA GENITORI E FIGLI

THE LEGAL THERMS OF EDUCATIONAL FUNCTION IN THE CURRENT FRAMEWORK OF RELATIONS BETWEEN PARENTS AND CHILDREN

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 806-827

Giovanni DI ROSA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La rilevanza della funzione educativa dei genitori, nel complesso quadro dei rapporti personali tra genitori e figli, è ben presente al legislatore, all'interno di un sistema di diritto di famiglia che, nel tempo, si è appropriatamente sviluppato nella direzione di una sempre maggiore valorizzazione della specificità della relazione di filiazione, in particolare con la recente riforma del 2012-2013. Il sistema normativo attuale, che ha il proprio primo fondamento nel dato costituzionale dell'art. 30, si compone, in termini generali, di talune previsioni normative ordinarie, segnatamente gli artt. 147 e 315-bis c.c., deputate a coniugare il dovere dei genitori di educare i propri figli e il diritto di questi ultimi a essere educati, nel rispetto della diversità di ciascuno e del progressivo percorso di crescita, unitamente alla regola di responsabilità genitoriale per il fatto illecito commesso dai figli minori di età ai sensi dell'art. 2048 c.c. Questo complesso intreccio regolativo rappresenta l'oggetto di una riflessione volta a mettere in evidenzia tratti di carattere socio-culturale ma anche pedagogico in ordine alla valenza dell'aspetto educativo e profili di natura marcatamente tecnico-giuridica, con particolare riguardo alla disamina delle richiamate regole di legge e all'opera (talora creativa) delle relative applicazioni giudiziali, soprattutto con riguardo al tema della responsabilità.

PALABRAS CLAVE: Doveri dei genitori e diritti dei figli; educazione; illecito dei figli minori di età; responsabilità genitoriale.

ABSTRACT: *The relevance of the educational function of parents, in the complex framework of personal relationships between parents and children, is well present to the legislature, within a system of family law that, over time, has appropriately developed in the direction of an increasing enhancement of the specificity of the filiation relationship, particularly with the recent reform of 2012-2013. The current regulatory system, which has its primary foundation in the constitutional datum of Article 30, is composed, in general terms, of certain ordinary regulatory provisions, namely Articles 147 and 315-bis of the Civil Code, deputed to combine the duty of parents to educate their children and the right of the latter to be educated, with respect for the diversity of each and the progressive path of growth, together with the rule of parental responsibility for the wrongful act committed by children under the age of 18 under Article 2048 of the Civil Code. This complex regulatory interweaving is the subject of a reflection aimed at highlighting traits of a socio-cultural but also pedagogical nature with regard to the value of the educational aspect and profiles of a markedly technical-legal nature, with particular regard to the examination of the aforementioned rules of law and the work (sometimes creative) of the related judicial applications, especially with regard to the issue of responsibility.*

KEY WORDS: *Duties of parents and rights of children; education; unlawful act of the children; parents liability.*

SUMARIO.- I. UNA PREMESSA, TRA MEMORIA E FUTURO.- II. IL PERCORSO DI INDAGINE E LE PREVISIONI NORMATIVE.- III. RUOLO GENITORIALE E RESPONSABILITÀ EDUCATIVA NELLA DIMENSIONE VALORIALE DELL'ESSERE PERSONA.- IV. INADEMPIMENTO DEL PRECETTO EDUCATIVO E RESPONSABILITÀ DEI GENITORI PER IL FATTO ILLECITO DEL FIGLIO MINORE DI ETÀ.

I. UNA PREMESSA, TRA MEMORIA E FUTURO.

In una iniziativa convegnistica che, proseguendo quanto ha avuto inizio lo scorso maggio in Italia, si propone di indagare le nuove frontiere del diritto di famiglia, la scelta del tema che mi accingo a trattare potrebbe apparire, per certi versi e per molti aspetti, singolare. Infatti, in un quadro complessivo che, nel territorio della nostra Unione Europea, mostra un dato non uniforme, spicca in negativo la condizione dei Paesi dell'Europa meridionale, tra i quali, oltre l'Italia, anche la Spagna, il Portogallo e la Grecia, traducendo ciò che, con formula appropriata ma disarmante, viene indicato come "inverno demografico". Il segnalato, costante e inesorabile declino del numero dei nuovi nati potrebbe allora, almeno apparentemente, risultare sufficiente per ritenere arduo discutere, oggi, di rapporti tra genitori e figli, in una situazione di progressiva scomparsa degli uni e degli altri[1].

Pur tuttavia, in disparte ogni considerazione sulla eventuale incidenza delle stesse scelte di vita quanto alla organizzazione relazionale degli affetti dinanzi all'ordinamento giuridico, rispetto altresì alla consequenziale differente rilevanza dei nuovi nuclei familiari, intendendosi con tale espressione sia le coppie coniugate (attraverso il matrimonio) sia le coppie unite civilmente (quali parti dell'unione civile tra soggetti dello stesso sesso) sia le coppie conviventi (etero od omosessuali)[2],

1 Per quanto attiene, in particolare, alla situazione italiana, secondo il dato dei residenti al 31 dicembre 2021 risulta scomparsa una città grande come Venezia, essendovi 253 mila persone in meno rispetto al 2020, con un numero complessivo che ammonta a 58.983.122 unità. Tale risultato, come rilevato nel nuovo rapporto dell'Istituto nazione di statistica (ISTAT), emerge dai dati demografici del nostro Paese per il 2021, con una diminuzione della nascite dell'1,3% rispetto al 2020 (meno di 400 mila nuovi nati, minimo storico dall'unità d'Italia) e quasi del 31% rispetto al 2008 (anno di massimo relativo più recente delle nascite), con una perdita di popolazione (in ragione degli intervenuti decessi) inferiore ai dati del 2020 e in linea con il deficit medio di popolazione registrato di anno in anno dal 2015 (tenendo conto, altresì, dell'eccesso di decessi nei primi cinque mesi del 2021 dovuto all'epidemia da Covid-19).

2 Al riguardo, infatti, mentre in precedenza il tema della filiazione si poneva in termini differenti in ragione della strutturale inidoneità delle coppie dello stesso sesso a procreare, oggi il panorama appare mutato, in particolare a motivo dei plurimi interventi della giurisprudenza sia di merito sia di legittimità, del giudice delle leggi e dei giudici sovranazionali, rispetto alla riconosciuta rilevanza della genitorialità sociale in assenza di quella biologica. Deve, tuttavia, precisarsi che, a fronte della spinta giudiziale, il legislatore rimane ancora assai cauto al riguardo. Basti pensare al permanente divieto per le coppie dello stesso sesso (anche se parti dell'unione civile) di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita oppure al previsto divieto, penalmente sanzionato, di surrogazione di maternità (rispettivamente, artt. 5 e 12,

• Giovanni Di Rosa
Professore ordinario di Diritto civile nell'Università degli Studi di Catania. E-mail: gdirosa@lex.unict.it

non v'è dubbio che il tema continui a porsi e, certamente, in termini di stringente attualità. Il riferimento è, infatti, non solamente ai tratti di significazione giuridica, in ordine dunque alle regole date, ma anche (e, forse, soprattutto) ai profili socio-culturali, che vengono parimenti in evidenza, in una società profondamente mutata rispetto al passato e il cui orizzonte di senso quanto al futuro non emerge con chiarezza, avvolta (tra le altre) dalle nebulose spirali delle enormi disparità di condizioni di vita nel globo terrestre, espressione di una profonda, e purtroppo esponenzialmente crescente, ingiustizia sociale, generatrice di una vera e propria crisi di identità dell'essere umano.

Un percorso, dunque, tra passato e presente, con uno sguardo alle possibili rappresentazioni future di un modello relazionale, quello tra genitori e figli, che costituisce, indubbiamente, un angolo di osservazione privilegiato, nella misura in cui i primi hanno la evidente responsabilità di porsi rispetto ai secondi come punti di riferimento, nel rispetto della libertà (che non è assenza di limiti) di ciascuno; mentre i secondi hanno la grande opportunità di crescere potendo fare tesoro dell'esempio (se positivo) e dell'esperienza (ove appropriata) dei primi.

II. IL PERCORSO DI INDAGINE E LE PREVISIONI NORMATIVE.

Dal punto di vista normativo la disamina assume come termini di riferimento, da un lato, l'art. 30 Cost. il quale, inserito nel titolo II, dedicato ai "Rapporti etico-sociali", dispone al relativo comma 1 che "È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio"; dall'altro, le due previsioni, rispettivamente, dell'art. 147 c.c. e dell'art. 315-*bis* c.c., entrambe oggetto, in maniera differente, della novella di cui alla legge 10 dicembre 2012, n. 219, recante disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali, e al successivo decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, recante revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219. Più in particolare, mentre l'art. 315-*bis* c.c., rubricato "Diritti e doveri del figlio", è stato inserito ad opera dell'art. 1, comma 8 l. n. 219/2012, l'art. 147 c.c., rubricato

comma 6 legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita). D'altro canto, la stessa disciplina più recente non sembra mostrare un'inversione di tendenza, atteso che, a fronte della sostanziale equiparazione della relazione coniugale a quella delle parti dell'unione civile, permane la inapplicabilità rispetto a queste ultime delle disposizioni in tema di adozione di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante diritto del minore ad una famiglia, pur rimanendo fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti (art. 1, comma 20 legge 20 maggio 2016, n. 76, recante regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze). Proprio rispetto a quest'ultimo fronte deve però registrarsi l'orientamento della giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità, che ritiene possibile, al fine di consentire l'instaurazione di un vincolo giuridico con il genitore intenzionale, partner del genitore biologico, il ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari *ex* art. 44 l. n. 184/1983. In tal senso, tra le (ormai) tante decisioni, Cass., 13 luglio 2022, n. 22179, in *www.ilcaso.it*, che, pur ritenendo di non potere accogliere la domanda volta a ottenere la formazione di un atto di nascita recante quale genitore del bambino, concepito all'estero mediante procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo su volontà di coppia omoaffettiva femminile e nato in Italia, anche il genitore cosiddetto intenzionale, ha tuttavia ribadito che in questo caso l'adozione in casi particolari rappresenta la migliore tutela possibile per il minore.

"Doveri verso i figli", è stato sostituito (rispetto dunque alla versione originaria, risalente alla riforma del diritto di famiglia del 1975) ad opera dell'art. 3, comma 1 d.lgs. n. 154/2013, con contestuale soppressione della relativa rubrica (dunque ormai senza intestazione alcuna). I relativi testi, per come risultanti dalle modifiche, integrazioni e nuove disposizioni, sono pertanto i seguenti. Ai sensi dell'art. 147 c.c. «Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità e inclinazioni naturali e aspirazioni, secondo quanto previsto dall'art. 315-*bis* c.c."; quanto, invece, all'art. 315-*bis* c.c., per ciò che in questa sede rileva, il relativo comma 1 dispone che "Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni". Ovviamente, quanto ivi rispettivamente contenuto va inquadrato all'interno del mutato paradigma, questa volta non tanto tra i genitori (coniugi o meno) quanto piuttosto nei confronti dei figli, a partire dalla introdotta unicità dello *status filiationis* rispetto alla frammentazione delle pregresse qualificazioni (e correlative condizioni) giuridiche (art. 315 c.c.) e dalla nuova responsabilità genitoriale in luogo della (ormai risalente) potestà genitoriale (art. 316 c.c.). Si è al riguardo appropriatamente segnalata (anche terminologicamente) l'inversione di prospettiva, nel senso che "la posizione attiva passa ai figli mentre la posizione passiva – insita nell'essere responsabili – passa ai genitori che diventano spalla"[3], in un rinnovato rapporto tra genitori e figli in chiave paidocentrica, quale espressione della rilevanza del minore di età in quanto persona (nella propria irripetibile identità)[4].

Ora, il disposto dell'art. 315-*bis* c.c., può rilevarsi che tale previsione, per un verso, traduce gli effetti giuridici dell'instaurata (e ormai unica) relazione di filiazione quanto alla posizione giuridica del figlio, sia in ordine alle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio (i diritti) sia rispetto alle situazioni giuridiche di

3 Giacobbe, E.: "Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma «Bianca»", *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 821.

4 In tal senso, nella trattatistica, Basini, G.F.: "I diritti-doveri dei genitori e dei figli", in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da G. Bonilini), IV, *La filiazione* e *l'adozione*, Utet-Wolters Kluwer, Milano, 2016, p. 4048; La Rosa, E.: "Responsabilità genitoriale", in *Comm. cod. civ.* (diretto da E. Gabrielli), *Della famiglia*[2], II (a cura di G. Di Rosa), Utet-Wolters Kluwer, Milano, 2018, *sub* art. 316, p. 612 ss.; Auletta, T.: *Diritto di famiglia*[6], Giappichelli, Torino, 2022, p. 398, il quale puntualmente evidenzia che "trova sempre minore spazio la giustificazione circa l'esercizio di poteri autoritativi"; sul senso complessivo della riforma, senza alcuna pretesa di completezza, nel panorama monografico Senigaglia, R.: Status filiationis e *dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2013, *passim*; Figone, A.: *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Giappichelli, Torino, 2014, *passim*; Romeo, F.: *Genitori e figli nel quadro del pluralismo familiare*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2018, p. 85 ss.; nelle raccolte di scritti, in particolare, *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme* (a cura di U. Salanitro), Pacini, Pisa, 2019 e *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?* (a cura di U. Salanitro), Pacini, Pisa, 2020, p. 269 ss.; per le voci enciclopediche Cicero, C.: *Filiazione (riforma della)*, in *Digesto*, *disc. priv. (sez. civ.)*, *Aggiornamento*, X, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 2016, p. 287 ss.; Amagliani, R.: "Stato unico di figlio", in corso di pubblicazione in *Enc. dir.*, *I Tematici - Famiglia* (diretto da F. Macario), Giuffrè, Milano, 2022; per i contributi specifici, tra tanti, Paradiso, M.; "Lo statuto dei diritti del figlio tra interesse superiore della famiglia e riassetto del fenomeno familiare", *Familia*, 2016, p. 213 ss.; Giardina, F.: "«Morte» della potestà e «capacità» del figlio", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1609 ss.; Amagliani, R.: "Unicità dello stato di figlio e rapporti di filiazione tra principi e regole", *Ord. intern. dir. umani*, 2020, p. 749 ss.

svantaggio (i doveri); per altro verso, e correlativamente, esso completa quello scenario giuridico che, in merito, muove proprio dall'art. 147 c.c., ivi delineandosi le situazioni giuridiche soggettive a carico dei genitori in rapporto, nell'introdotta relazione sistematica, con quanto previsto, per l'appunto, dall'art. 315-*bis* c.c. Di particolare interesse appare il dibattito che si è sviluppato in ordine ai rapporti tra queste due previsioni di legge e che qui non può certamente formare oggetto di approfondimento, sia per quanto attiene all'articolata nuova regolamentazione del diritto di famiglia, all'interno dunque del sistema del codice civile, sia rispetto al dettato costituzionale, con cui ovviamente le regole ordinarie debbono misurarsi. A fronte delle rilevate critiche per una sorta di reiterazione di contenuti identici in disposizioni differenti da parte del legislatore della riforma, che non si sarebbe fatto carico di eliminare l'art. 147 c.c. una volta introdotto l'art. 315-*bis* c.c., può comunque condividersi il pensiero di chi propone una interpretazione di senso rispetto alla mantenuta sussistenza di entrambi i disposti. In particolare, mentre l'art. 147 c.c. conterrebbe la previsione di specifici obblighi per ciascuno dei coniugi, nei confronti dell'altro coniuge, diversamente l'art. 315-*bis* c.c., per la parte di relativa corrispondenza, conterrebbe la previsione dei medesimi doveri da parte dei genitori (coniugati o meno), ma nei confronti di ciascun figlio[5]. Invero, che la previsione di cui all'art. 147 c.c. possa mantenere una propria autonomia, che ne giustifica la permanenza rispetto all'attuale testo dell'art. 315-*bis* c.c., traducendo cioè il tratto dei doveri reciproci tra coniugi (sia pure in funzione dei figli)[6], appare comprovato dalla rilevanza della eventuale violazione all'interno della relazione coniugale; in proposito, infatti, la violazione di tali doveri nei confronti dei figli "può comportare addebito della separazione a carico del coniuge che se ne renda responsabile"[7], dunque nei rapporti tra i coniugi medesimi. Correlativamente, peraltro, la posizione di pretesa del figlio nei confronti dei propri genitori e, dunque, la corrispondente posizione obbligatoria di questi ultimi nei confronti dei primi, proprio in ragione della derivazione dal rapporto genitoriale e a prescindere, pertanto, dalla sussistenza o meno della relazione (eventualmente) coniugale, permangono anche in caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento e nullità del matrimonio (così come pure, in assenza del rapporto coniugale, quanto all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio). In merito, infatti, "Il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere (…) educazione (…) da entrambi" (art. 337-*ter*, comma 1 c.c.), a conferma della prospettiva ricostruttiva sopra delineata. Parimenti, l'eventuale violazione (tra gli

5 Richiama, da ultimo, la questione Basini, G.F.: "I doveri verso i figli", in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da G. Bonilini), I, *Famiglia e matrimonio*, Utet-Wolters Kluwer, Milano, 2016, p. 917 ss., che riporta al riguardo i contrapposti orientamenti.

6 Rileva Bianca, C.M., *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*[6], Giuffrè, Milano, 2017, p. 49, che, pur trattandosi di un dovere che grava in generale sui genitori (a fronte dunque del corrispondente diritto del figlio *ex* art. 315-*bis* c.c.), "in quanto i genitori sono uniti in matrimonio, tale dovere diviene anche uno dei doveri matrimoniali".

7 Auletta, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 66.

altri) del dovere di educazione dei genitori verso la prole, oltre a trovare sanzione nelle misure tipiche del diritto di famiglia, può integrare, secondo una certa ricostruzione, gli estremi dell'illecito civile, nella misura in cui cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti (come è nel caso di specie), dando così luogo a un'autonoma azione diretta a ottenere il risarcimento dei danni non patrimoniali *ex* art. 2059 c.c.[8], quantunque in senso diverso si sia piuttosto rappresentata la configurabilità di una vera e propria ipotesi responsabilità contrattuale *ex* art. 1218 c.c.[9].

Prescindendo, pertanto, da una dettagliata analisi delle questioni poste da ciascuno dei richiamati articolati normativi[10], si vuole in questa sede porre l'attenzione su ciò che forma oggetto di disciplina da parte del legislatore, non tanto sul versante patrimoniale, quanto piuttosto su quello più strettamente personale, che (peraltro) può non essere scevro da riflessi di ordine economico[11]. Più in particolare, l'attenzione sarà dedicata a uno dei profili oggetto di puntuale indicazione normativa, ossia quello relativo al dovere dei genitori di educare i figli (art. 147 c.c.) e, corrispondentemente, al diritto di questi ultimi di essere educati dai primi (art. 315-*bis*, comma 1 c.c.), in linea, ovviamente, con quanto disposto in Costituzione (art. 30, comma 1)[12]. L'assetto normativo così indagato consentirà, altresì, di porre l'accento su uno dei profili oggi più discussi, in disparte l'aspetto del possibile conflitto tra i genitori e tra questi ultimi e i figli in ordine alle scelte giustamente definite di natura assiologica[13], ossia i tratti della responsabilità dei genitori, ritenuti inadempienti al proprio (doveroso) compito educativo, per il

8 In questi termini, in giurisprudenza, Cass., 10 aprile 2012, n. 5652, *Giur. it.*, 2013, p. 43, con nota di Malavenda, G.: "Responsabilità dei genitori per violazione dell'obbligo di mantenimento dei figli naturali non riconosciuti"; la possibile lesione di diritti fondamentali è prospettata, in dottrina, da Zatti, P.: "I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi", in *Trattato di diritto privato*[2] (diretto da P. Rescigno), 3, Utet, Torino, 1996, p. 75 ss. e spec. p. 77 s., a proposito del pregiudizio arrecato al minore da una condotta non orientata da parte del genitore al rispetto della previsione dell'art. 147 c.c.

9 In tal senso, richiamando il dibattito sul punto, Scaglione, F.: "Violazione degli obblighi familiari e illecito endofamiliare", in A. Sassi-F. Scaglione-S. Stefanelli, *La filiazione* e *i minori*[2], in *Trattato di diritto civile* (diretto da R. Sacco), Utet-Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 603 ss. e, *ivi*, per le indicazioni bibliografiche, nt. 65 (a p. 605 s.), atteso il carattere irrelato e conformato (essenzialmente dalla condotta sia del genitore sia del figlio) dei diritti di quest'ultimo (e, dunque, anche di quello all'educazione), "in ragione del loro comunque e coessenziale *substrato affettivo*" (p. 606).

10 Si segnala, tra quelli maggiormente indagati anche in ragione del tipo di problemi posti, il tema del mantenimento del figlio.

11 È questo il caso del rapporto con la previsione dell'art. 2048 c.c., su cui si avrà modo di riflettere nel prosieguo della trattazione. Sugli ordini di problemi in tema di responsabilità nell'àmbito delle relazioni familiari, di recente, Favilli, C.: *La responsabilità adeguata alla famiglia*, Giappichelli, Torino, 2015; in precedenza, con specifico riguardo al rapporto coniugale, Nicolussi, A.: "Obblighi familiari di protezione e responsabilità", *Europa dir. priv.*, 2008, p. 929 ss.; Di Rosa, G.: "Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno", in *Funzioni del diritto privato* e *tecniche di regolazione del mercato* (a cura di M. Maugeri e A. Zoppini), Il Mulino, Bologna, 2009, p. 407 ss.; da ultimo Mauceri, T.: "Risarcimento del danno e violazione del dovere di fedeltà coniugale", *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, p. 439 ss.

12 Al riguardo Rusconi, C.: "Educazione dei figli e responsabilità genitoriale. L'itinerario del diritto italiano", *Ephemerides iuris canonici*, 2021, p. 77, giustamente evidenzia che "Nella prospettiva del diritto civile, l'educazione della prole risulta così indubbiamente un elemento essenziale della relazione tra genitori e figli".

13 In termini Paradiso, M.; *I rapporti personali tra coniugi*[2], in *Il codice civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), *Artt. 143-148*, Giuffrè, Milano, 2012, *sub* art. 147, p. 321 ss.

danno cagionato dagli atti illeciti dei figli minori (capaci di intendere e di volere) che coabitano (art. 2048 c.c.).

III. RUOLO GENITORIALE E RESPONSABILITÀ EDUCATIVA NELLA DIMENSIONE VALORIALE DELL'ESSERE PERSONA.

A fronte del dato normativo di riferimento ora richiamato non può tuttavia sottacersi l'importanza di talune preliminari considerazioni di ordine non giuridico, da tenere nel dèbito conto nella disamina delle questioni di carattere più squisitamente tecnico, anche rispetto alla relativa incidenza in ordine alle scelte (pregresse e attuali) del legislatore (operate, rispettivamente, nel 1942, nel 1975 e nel 2012-2013). È infatti indubbio che il modo di intendere il rapporto tra genitori e figli, nella comune coscienza sociale e rispetto alla evoluzione dei costumi, ha avuto e continua ovviamente ad avere inevitabili riflessi sulla predisposizione delle relative regole giuridiche di disciplina[14]. In ogni caso si proveranno qui a rappresentare alcuni tratti deputati a tradurre una prospettiva strettamente intrecciata con gli aspetti giuridici, assumendo una dimensione costitutiva in ordine alla peculiare irripetibilità di ogni essere umano in quanto persona, secondo peraltro quanto indicato dallo stesso legislatore costituzionale in ordine all'accentuazione, al valore preminente, all'accresciuta dignità che riceve lo svolgimento della persona[15]. La stessa impostazione del codice civile, proprio con riferimento al sistema del diritto di famiglia, mostra questo progressivo adeguamento, operato attraverso le introdotte riforme, a cui in precedenza si è già fatto cenno e che ha direttamente interessato il complessivo contesto delle relazioni familiari (sia sul versante dei rapporti genitoriali, sia sul versante della filiazione, sia, infine, sul versante delle forme affettive giuridicamente rilevanti)[16].

Il tema dell'educazione pone ovviamente diverse questioni e può essere affrontato sotto molteplici aspetti, a partire dalla relativa terminologia, deputata a spiegarne il significato (che cosa è); per poi passare alla corrispondente attuazione, rispetto dunque al modo attraverso cui essa può darsi (come); e giungere, infine, ai risultati ai quali essa tende in relazione alle motivazioni della sua necessità (perché e con quali fini). Al riguardo possono assumersi come oggetto di riflessione talune considerazioni, che si pongono su un piano differente dal diritto positivo, per poi operare un raffronto con la dimensione giuridica. Metaforicamente, ma neanche troppo, è possibile anzitutto richiamare due celebri citazioni per rendere la misura di un certo tipo di approccio allorché si affronta un àmbito così complesso e

14 Al riguardo, per un accurato quadro ricostruttivo, Ruscello, F.: *La potestà dei genitori*, in *Il codice civile. Commentario* (diretto da P. Schlesinger), *Artt. 315-319*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 1 ss.

15 Lo rileva, ma non è voce affatto isolata, Rescigno, P.: "Introduzione", in *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), 1, Utet, Torino, 1991 (rist.), p. 44.

16 Per una articolata disamina dei mutamenti intervenuti, da ultimo, Gorgoni, A.: *Famiglie e minore età: dall'atto al rapporto*, Giappichelli, Torino, 2021.

articolato: "Un cervello ben formato sarà sempre un cervello ben fornito" e "Lo spirito non è un vaso da riempire ma un fuoco da accendere"[17]. Si vedrà nel prosieguo, infatti, che la prospettiva suggerita da quanto ora riportato traduce l'appropriato modo di considerare ognuno dei protagonisti del processo educativo rispetto al ruolo che a ciascuno compete. Da un lato, infatti, i genitori, a cui già spetta naturalmente la responsabilità nei confronti del figlio e, dunque, la relativa funzione educativa nei confronti di questi, che ne è il relativo destinatario[18]; dall'altro, il figlio, che cresce e si forma (deve crescere e deve formarsi) come persona, in un graduale percorso di acquisizione della necessaria autonomia decisionale che ne rappresenta il modo di essere e di comportarsi. Tra le due componenti soggettive (genitori e figlio) si instaura la relazione educativa, ossia un vero e proprio rapporto che deve assumere come coordinate di riferimento (adattabili in ragione dell'età del figlio), per un verso, la conduzione, cioè una guida, e, per altro verso, una certa direzione, cioè una meta (sia pure non rigidamente predeterminata ma comunque dotata di una concretezza sperimentabile), in ragione di un progetto educativo che certo non può essere neutro e che, ovviamente, non può prescindere dalla irripetibile singolarità di ciascuno. Con riguardo, in particolare, a quest'ultima indicazione se può essere pur vero che "non risulta concretamente utilizzabile la proposizione che vuole l'educazione finalizzata allo sviluppo della personalità"[19], attesa la assoluta genericità di tale formula, è altrettanto vero, come opportunamente evidenziato dalla dottrina ora riferita, che "Non esiste uno sviluppo anodino della personalità, una capacità critica senza metri di giudizio che, necessariamente, ne escludono altri, né una maturità senza valori (…). Non esiste, in altri termini, una mera tecnica, un'arte *neutrale* dell'educazione che consenta allo stesso educatore di sottrarsi a una scelta"[20].

Genitorialità e filiazione costituiscono dunque elementi indefettibili di un complesso sistema degli affetti[21] che si presenta con tratti di biunivocità, nel senso

17 Le espressioni riportate sono, rispettivamente, di Gaetano Salvemini e di Plutarco e sono tratte da Valli, A.M.-Cammelli, S.: *Formato famiglia. Educare i figli alla sessualità. Papà & mamma raccontano*, Ares, Milano, 1994, p. 5.

18 Su tale figura, rispetto al relativo significato giuridico e ai rapporti con la filiazione, nella appropriata valorizzazione, costituzionalmente fondata, della dimensione personale, Nicolussi, A.: "Genitorialità", in *Enc. giur. Treccani*, *Appendice*, IX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2015, p. 563 ss.

19 Paradiso, M.: *I rapporti personali tra coniugi*, cit., *sub* art. 147, p. 304.

20 Paradiso, M.: *I rapporti personali tra coniugi*, cit., *sub* art. 147, p. 305, che peraltro altresì rileva, nella medesima direzione, come non sia possibile una educazione neutra, senza valori, secondo cioè una impostazione "non diversa, nella sostanza, da quella che riconosce connaturato all'educazione un *minimo etico*: a tale risultato sembra qui di poter pervenire indirettamente, come conseguenza certo di una scelta di valori, ma in modo più coerente (…) ai bisogni reali di un soggetto in via di formazione" (p. 307, nt. 57); di minimo etico imprescindibile per una convivenza civile discute Gorgoni, A.: *Famiglie e minore età*, cit., p. 325.

21 Sui bisogni essenziali di un figlio (così come di un genitore e, quindi, di un adulto), tra cui quello fondamentale delle relazioni piene di amore, Sonet, D.: *L'arte di essere genitori e nonni*, Elledici, Torino, 2005, (traduzione di M. Patarino), p. 58 ss. e spec. p. 64 ss.; al riguardo può rilevarsi che mentre l'amore materno viene percepito come un regalo (del tutto naturale e fisiologico), quello paterno viene percepito come un valore che deve essere meritato ed è dunque motivo di progresso nello stesso bambino, mantenendosi, sia pure attraverso forme e dinamiche differenti, durante l'intero percorso di crescita.

che il relativo nucleo di appartenenza si caratterizza per le profonde relazioni che in esso si determinano, innanzitutto al proprio interno tra i rispettivi componenti, ma anche, all'esterno, in ordine ai rapporti con la società[22]. Al riguardo, infatti, se alla famiglia "è stato affidato da ogni società il compito di (…) nutrire e nello stesso tempo acculturare il bambino e strutturare lo sviluppo della sua personalità"[23], è altrettanto indubbio che i messaggi forniti dalla società hanno un'incidenza non indifferente sul modo di operare e di porsi della famiglia medesima, talora finendo con l'appiattirla[24]. La insostituibile funzione dell'istituzione familiare[25], quale "fenomeno universale perché (…) correlato essenziale della costituzione biologica dell'uomo e (…) istituzione di base che permette la sopravvivenza umana aumentandone le innate capacità adattive"[26], appare allora diretta a formare "la primissima e la più persistente influenza che abbraccia l'infante ancora non formato e il bambino piccolo per il quale i modi dei genitori e della famiglia sono *il* modo di vita, il solo che conosce"[27], a cui, nel tempo, si aggiungerà la graduale avvertenza e progressiva conoscenza del mondo esterno. Per converso, la relazione educativa si presenta quale rapporto propriamente "a due dove chi educa e chi è educato non sono distinguibili, e addirittura si possono cambiare i termini, anche se non i ruoli, che devono invece restare ben differenziati: semplicemente, talora il figlio apprende dal padre e talora il padre impara dal figlio e quindi ne viene educato"[28]. Il rilievo per cui le indicazioni e le sollecitazioni che provengono dall'educando costituiscono linfa vitale del processo educativo viene, del resto, collegato alla stessa etimologia del termine educazione (*educar*e, ossia far crescere ed e*dúcere*, ossia trarre fuori).

Nella misura in cui l'educazione costituisce (deve costituire), comunque, un processo di miglioramento personale, la relativa realizzazione deve avvenire rispettando il modo di essere di ciascuno, in contrapposizione (quale vero e

22 Per alcune, brevi riflessioni sul ruolo dell'individuo all'interno del nucleo familiare e sui rapporti tra i relativi componenti si rinvia a Di Rosa, G.: "Relazioni familiari e sviluppo della persona", *Nuova giur. civ. comm*., 2021, II, p. 643 ss.

23 Lidz, T.: *La persona umana. Suo sviluppo attraverso il ciclo della vita*, Astrolabio, Roma, 1971 (traduzione di F. Cardelli), p. 64.

24 Lo rileva Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*[4], III, *Situazioni soggettive*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 166, rimarcando l'opera (non virtuosa) dei canali e delle tecniche di informazione, diretta per lo più a sensibilizzare persone e famiglie "a valori effimeri condizionanti lo sviluppo della persona e la sua formazione".

25 Sulla riconquista da parte della famiglia di centralità e di importanza Zanniello, G.: "La formazione dei genitori: il ruolo delle associazioni e dell'Università", in *Ricerca pedagogica ed educazione familiare*, Scritti in onore di Norberto Galli (a cura di L. Pati), Vita e pensiero, Milano, 2003, p. 605 ss., evidenziando il ruolo decisivo avuto dall'associazionismo familiare negli ultimi trenta anni in Italia rispetto alla formazione pedagogica dei genitori.

26 Lidz, T.: *La persona umana*, cit., p. 64; il rilievo appare in linea con la dimensione, per così dire ontologica, del nucleo familiare, avvertendosi da Isaacs, D.: *L'educazione delle qualità umane*, II, Le Monnier, Firenze, 1982, p. 9, che "la famiglia, in quanto organizzazione naturale, non è un'organizzazione culturale e pertanto impiega, nel processo di miglioramento dei suoi componenti, un sistema che dipende dalle caratteristiche della sua organizzazione, ossia dal fatto che essa è un'organizzazione naturale".

27 Lidz, T.: *La persona umana*, cit., p. 65.

28 Andreoli, V.: *Lettera ad un adolescente*, Rizzoli, Milano, 2004, p. 20.

proprio atto di ribellione) alla manipolazione come processo di riduzionismo dell'essere umano, dunque contro il manipolare e l'essere manipolati. Tale rilievo apre la strada alla comprensione dei tratti modali e degli obiettivi del processo educativo. Al riguardo, se l'attività educativa appare funzionale (ma si potrebbe anche dire necessitata) a far comprendere come scoprire e perfezionare valori, definibili tali (nonostante spesso si abusi del termine, senza averne una chiara e reale consapevolezza contenutistica) in quanto essi consentono la piena realizzazione dell'essere persona secondo la dignità umana, tale percorso di svolgimento implica che la progressiva acquisizione della conoscenza della realtà circostante opera attraverso un costante confronto con la propria individualità in formazione[29]. Un percorso circolare, dunque, rispetto al quale, nel momento in cui si tratta di rendersi operativi, occorre tenere conto da parte dei genitori che ogni figlio è diverso dall'altro, evitando pertanto il frequente processo di indebita standardizzazione delle modalità educative. In questo contesto, piuttosto, la parola d'ordine dovrebbe essere flessibilità, ossia cura e attenzione personalizzate in ragione della specificità (e diversità) di ciascun figlio. La migliore direzione, probabilmente, è quella di educare, anzitutto, attraverso l'esempio e, quindi, il personale sforzo di miglioramento[30]. Se, per essere più concreti, l'obiettivo è quello, in sé oggettivamente valido, della crescita nella capacità relazionale e dialettica, è evidente che in primo luogo i genitori (tra di loro e con gli altri, i figli anzitutto) devono imparare a dialogare, senza prese di posizioni aprioristiche anche quando sono in discussione tematiche di interesse fondamentale, rispetto alle quali l'età del figlio consente e, anzi, implica la necessità di un tale modo di procedere; dialogare, infatti, non significa scendere a compromessi (nel senso deteriore del termine) ma difendere e sostenere, motivando, determinate scelte.

La rappresentazione fornita, secondo un approccio squisitamente antropologico, deputato cioè ad assumere come termine di riferimento la dimensione della persona come valore in sé, consente adesso di operare il preannunciato confronto con il corrispondente piano normativo. In merito può ritenersi che alcuni punti fermi (ora richiamati) dell'odierno sviluppo della scienza pedagogica siano stati tenuti presenti dal legislatore, in particolare nel percorso che ha condotto alla riforma del diritto di famiglia del 1975 e a quella, segnatamente in materia di filiazione, del 2012-2013. Non vi è dubbio, infatti, che la originaria introduzione dell'art. 147 c.c. nel 1975, successivamente messo in correlazione con la recente previsione dell'introdotto art. 315-*bis* c.c. nel 2012, in un contesto connotato dalla sostituzione (una volta soppressa la patria potestà) della potestà dei genitori con la responsabilità genitoriale di cui all'attuale art. 316 c.c. nel 2013, indica una chiara

29 Segnala la necessaria acquisizione da parte del minore della coscienza critica di se stesso e della conoscenza problematica del mondo Gennari, G.: *Trattato di pedagogia generale*[3], Bompiani, Milano, 2009, p. 47 s.

30 Come correttamente rilevato da Paradiso, M.: *I rapporti personali tra coniugi*, cit., *sub* art. 147, p. 301 s., "la vera forza trainante dell'attività educativa va individuata *nell'esempio* offerto dai genitori e nella coerenza mostrata tra i comportamenti richiesti al minore e l'atteggiarsi concreto della loro vita".

avvertenza di alcuni profili del tema educativo assolutamente in linea con quanto (sia pure rapidamente) già rappresentato. In particolare, infatti, allorquando si dispone l'obbligo dei coniugi di educare "i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, secondo quanto previsto dall'art. 315-*bis*" (art. 147 c.c.), altro non si fa, anche se si guarda al correlativo diritto dei figli in tal senso (ossia nella prospettiva fornita dall'art. 315-*bis* c.c.), che coniugare quei tratti ricostruttivi del processo educativo in precedenza evidenziati. Da un lato, infatti, i genitori, nell'adempimento di tale obbligo, devono essere guidati dalla bussola dei valori fondativi espressi nella carta costituzionale[31], in una relazione che si connota, dall'altro, per la acquisita (e accresciuta) rilevanza, normativamente fondata, della personalità del minore[32], traducendosi, durante la crescita, nel carattere progressivamente sempre più attivo quanto al rapporto con i genitori[33].

Quanto a quest'ultimo aspetto è noto il dibattito che, prendendo le mosse dalla già rilevata autonomia del minore nelle decisioni che lo riguardano[34], ha coinvolto talune categorie tradizionali del diritto privato: da un lato, l'istituto della capacità giuridica (il cui acquisto è collegato all'evento della nascita ai sensi dell'art. 1, comma 1 c.c.); dall'altro, l'istituto della capacità (legale) di agire (che si consegue al raggiungimento della maggiore età, fissata oggi a diciotto anni, secondo il disposto dell'art. 2, comma 1 c.c.)[35]. La regolamentazione generale contenuta nella riforma

31 Si tratta di rilievo diffuso, per il cui richiamo, da ultimo e tra gli altri, Scaglione, F.: "Situazione giuridiche soggettive e capacità", in A. Sassi-F. Scaglione-S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*[2], in *Trattato di diritto civile* (diretto da R. Sacco), Utet-Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 554 s.; Gorgoni, A.; *Famiglie e minore età*, cit., p. 325 s., individuando nel rispetto delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili del figlio uno dei doveri che conformano l'operato educativo dei genitori (si pensi al tema della trasmissione di una certa fede religiosa). In precedenza, per una accurata disamina dei rapporti tra funzione educativa, rispetto della personalità dei figli e autonomia del minore, Paradiso, M.: *I rapporti personali tra coniugi*, cit., *sub* art. 147, p. 309 ss.; altresì Sesta, M.: "La filiazione", in *Filiazione, adozione, alimenti* (a cura di T. Auletta), IV, in *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), IV, *Il diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 52 ss.

32 Tra diversi, da ultimo, Rusconi, C.: "Educazione dei figli e responsabilità genitoriale", cit., p. 91 ss., muovendo dalla prospettata riduzione teleologica dell'art. 2 c.c., con l'avvertenza, tuttavia, che ciò "introduce (…) un elemento di potenziale problematicità nell'esercizio della funzione educativa, soprattutto in una società frammentata eticamente" (p. 93), potendosi dar vita cioè a nuove forme di conflittualità familiare tra genitori e figli.

33 Lo rileva, quale aspetto decisivo dell'educazione, Gorgoni, A.: *Famiglie e minore età*, cit., p. 325; di continua interazione tra genitori e figli, per la cura e l'educazione del minore, discute Scaglione, F.: "Situazione giuridiche soggettive e capacità", cit., p. 552 ss., richiamando al riguardo il dato normativo tedesco; già in precedenza, autorevolmente, Zatti, P.: "Rapporto educativo e intervento del giudice", in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società* (a cura di M. De Cristofaro e A. Belvedere), Giuffrè, Milano, 1980, p. 254 ss.; Busnelli, F.D.: "Capacità e incapacità di agire del minore", *Dir. famiglia*, 1982, p. 57.

34 In merito, senza alcuna pretesa di completezza, già Stanzione, P.: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1975; Giardina, F.: *La condizione giuridica del minore*, Giuffrè, Milano, 1984; Palmeri, G.: *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Jovene, Napoli, 1994; da ultimo Senigaglia, R.: *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Giappichelli, Torino, 2020.

35 Di recente, sul tema, Ballarani, G.: *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 5 ss. e spec. p. 38 ss.; criticamente anche Recinto, G.: "Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo", *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 895 ss. e spec. p. 918, con riferimento alle tradizionali categorie della capacità giuridica e della capacità di agire, in ragione della apportata frattura tra il momento della titolarità dei diritti e quello del corrispondente esercizio, che si traduce in un aprioristico giudizio sulla (ritenuta) maggiore rispondenza di ciò all'interesse della persona *in fieri*; da ultimo, in maniera articolata e approfondita, Senigaglia, R.: "«Consenso libero e informato» del minorenne tra capacità e identità", *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1318 ss.

della filiazione, pur senza formalmente mettere in discussione i dati normativi ora richiamati, esprime un mutato assetto, individuando nella concreta capacità di discernimento del minore di età il criterio determinativo della rilevanza della volontà nel processo di autovalutazione del proprio interesse (in particolare) nelle situazioni di natura esistenziale[36]. In questa direzione significativo tratto di indirizzo è quanto contenuto proprio nell'art. 315-*bis* c.c., ai sensi del cui comma 3 "Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano". Si tratta di un principio del quale, peraltro, non mancano né specifiche, precedenti anticipazioni né puntuali, successive applicazioni. Il riferimento è, quanto alle prime, alle previsioni degli artt. 4 e 10 legge 4 maggio 1983, n. 184, recante diritto del minore ad una famiglia, con riguardo, rispettivamente, alla procedura di affidamento del minore e all'adozione[37]; quanto alle seconde, può richiamarsi quanto disposto, rispettivamente in termini generali e nei confronti in particolare del minore di età, dagli artt. 1 e 3 della legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento[38].

IV. INADEMPIMENTO DEL PRECETTO EDUCATIVO E RESPONSABILITÀ DEI GENITORI PER IL FATTO ILLECITO DEL FIGLIO MINORE DI ETÀ.

L'individuata funzione educativa dei genitori, comunque inquadrabile nella logica della promozione della persona, rinviene una particolare regola di responsabilità,

36 Al riguardo Auletta, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 399, richiama la diffusa interpretazione (che incontra peraltro decise resistenze) secondo la quale "le scelte fondamentali di vita passano al minore quando egli raggiunge la maturità necessaria per compierle personalmente (situazione da valutarsi caso per caso) in quanto la responsabilità genitoriale è volta ad ovviare ad una situazione di inferiorità dovuta ad immaturità del minore; ne risulta consequenziale che i poteri ad essa inerenti vadano estinguendosi o modificandosi man mano che il minore è in grado di decidere personalmente"; sulla portata dirompente del rilievo assunto dalla capacità di discernimento del minore, in precedenza, Giardina, F.: "L'accesso del soggetto alla dinamica dei fenomeni giuridici", in *Persona e soggetto. Il soggetto come fattispecie della persona* (a cura di F. Tescione), Atti del Convegno del 7-8 ottobre 2008 - S. Trada (Reggio Calabria), Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2010, p. 54 ss.

37 Può rinviarsi sul punto a Mantovani, M.: "Legge 4 maggio 1983, n. 184. Diritto del minore a una famiglia", in *Comm. cod. civ.* (diretto da E. Gabrielli), *Della famiglia*[2] (a cura di G. Di Rosa), *Leggi complementari*, Utet-Wolters Kluwer, Milano, 2018, *sub* art. 4, p. 556 s.

38 Il dato normativo richiamato è stato oggetto, con specifico riferimento alla soluzione adottata nei confronti del minore di età, di talune critiche. Si è infatti rilevato che, a fronte del richiesto consenso al trattamento sanitario da parte della persona interessata (art. 1, comma 1 l. n. 219/2017), così come pure per il rifiuto o la successiva revoca del consenso prestato (art. 1, comma 5 l. n. 219/2017), tali decisioni, pur dovendosi tenere conto della volontà del minore, sono state affidate (almeno formalmente) agli esercenti la responsabilità genitoriale o al tutore (art. 3, comma 2 l. n. 219/2017). Il riferimento è alla posizione di Piccinni, M.: "Prendere sul serio il problema della "capacità" del paziente dopo la l. n. 219/2017", *Resp. med.*, 2018, p. 251, che contesta il permanente utilizzo delle "tradizionali categorie generali e astratte – come quella della *capacità di agire* e della *(in)capacità* di intendere e di volere – giustapponendole a quelle di più recente emersione (…) della *capacità di discernimento* o *di autodeterminazione* (…) senza preoccuparsi di coordinarle in una rinnovata visione di insieme"; altresì, diffusamente, Senigaglia, R.: "«Consenso libero e informato»", cit., p. 1318 ss. Per un possibile tentativo di composizione si rinvia a Di Rosa, G.: "Il minore e la salute", in *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile* (a cura di R. Senigaglia), Pacini, Pisa, 2019, p. 106 ss. e spec. p. 111 ss.

strettamente correlata al loro ruolo e ai relativi doveri nei confronti dei figli, nella previsione dell'art. 2048 c.c., ai sensi del cui comma 1 "Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggette alla tutela, che coabitano con essi"; la statuita responsabilità, secondo il successivo comma 3, può essere esclusa solo ove gli stessi provino "di non aver potuto impedire il fatto". La disposizione in esame trova applicazione nell'ipotesi specifica di illecito da parte dei figli minori capaci di intendere e di volere (solidalmente responsabili con i genitori, anch'essi tra di loro solidamente obbligati), altrimenti risultando applicabile la regola generale, immediatamente precedente, contenuta nell'art. 2047 c.c., concernente per l'appunto il danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere (rispetto a cui è indicato come responsabile, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto, chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace). Essa, a differenza proprio del richiamato art. 2047 c.c. (nuovo rispetto al previgente codice civile del 1865), non costituisce una novità legislativa, essendo ricalcata in gran parte (sia pure con talune non indifferenti modifiche) sul modello dell'art. 1153 c.c. del 1865[39].

Si tratta di una fattispecie assai discussa, a partire dalla contrapposizione tra la ricostruzione in termini di presunzione di colpa[40] e la ritenuta responsabilità presunta, nel senso che "la norma canalizza la responsabilità su soggetti predeterminati, indipendentemente dalla loro colpa, in quanto l'effetto della presunzione – nel caso – è appunto quello di dispensare da qualunque prova il danneggiato, a favore del quale la presunzione è prevista (art. 2728, 1° comma c.c.)"[41]. Parimenti, il prospettato inquadramento come ipotesi di responsabilità per fatto altrui[42] viene fronteggiato, muovendo dalla formulazione letterale del dettato normativo, che consente di provare l'assenza di colpa dei genitori, dalla riconduzione al modello della responsabilità diretta o per fatto proprio[43]. Ora, anche aderendo alla teoria della combinazione complessa di responsabilità soggettiva e oggettiva, tradizionalmente ricompresa nella responsabilità indiretta[44],

39 Indicazioni in tal senso in De Cupis, A.: "Dei fatti illeciti", in *Comm. cod. civ.* (a cura di A. Scialoja e G. Branca), *Delle obbligazioni*, *Artt. 1992-2059*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1957, *sub* art. 2048, p. 321 ss.; altresì Comporti, M.: *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, in *Il codice civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), *Artt. 2044-2048*, Giuffrè, Milano, 2002, *sub* art. 2048, p. 203 ss.

40 Tra diversi De Cupis, A.: "Dei fatti illeciti", cit., *sub* art. 2048, p. 322; *adde* Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*[2], Giuffrè, Milano, 2012, p. 694.

41 Comporti, M.: *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., *sub* art. 2048, p. 210.

42 Per tale tesi Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 5, cit., p. 694.

43 Si tratta dell'orientamento sostenuto, tra gli altri, da De Cupis, A.: "Dei fatti illeciti", cit., *sub* art. 2048, p. 322; altresì Comporti, M.: *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., *sub* art. 2048, p. 211.

44 Questa la posizione di Barcellona, M.: *Trattato della responsabilità civile*, Utet-Wolters Kluwer, Torino, 2011, p. 242 ss. e spec. p. 246, nel quadro della ricostruzione dei criteri di ascrizione della responsabilità in capo a determinati soggetti (una volta risolto cioè il primo passaggio dell'imputazione del rischio) e, rispetto alla fattispecie in esame, secondo la modalità che determina il soggetto "in base ad una *relazione qualificata con l'autore* della condotta produttiva del rischio" (p. 245), ove si verifica che "l'apprezzamento della intollerabilità del rischio avvenga *in concreto*, ossia sulla base del giudizio di colpa e che, tuttavia, in sostituzione dell'autore *incapace* (art. 2047) o in aggiunta all'autore *minore* (art. 2048) o ad autori qualificati come *domestici o commessi* (art. 2049), la responsabilità sia ascritta ad un soggetto diverso con tali autori

appare tuttavia indubbio, in disparte ciò che si avrà meglio modo di precisare nel prosieguo in ordine al contenuto della prova liberatoria, che la responsabilità ascritta dall'art. 2048 c.c. ai genitori risulta in buona sostanza direttamente e propriamente collegata alla condotta alla quale gli stessi sono tenuti nei confronti dei figli in ragione del disposto sovraordinato dell'art. 30, comma 1 Cost. e delle previsioni ordinarie degli artt. 147 e 315-*bis* c.c.[45].

Pur tuttavia la prevista prova liberatoria, consistente per l'appunto nel provare da parte dei genitori di non aver potuto impedire il fatto (prova dunque negativa), è stata dalla giurisprudenza applicata in termini contenutisticamente diversi, richiedendosi cioè agli stessi di provare l'adempimento dei propri doveri educativi, anche rispetto al dovere di vigilanza sulla condotta e sui relativi comportamenti, nei confronti dei figli. L'orientamento è assai risalente[46] e risponde a una prospettiva che, oltre ad apparire distonica rispetto alla previsione di legge, mostra il fianco a diverse critiche se solo si prova a riflettere sull'attuale stato dell'arte delle relazioni tra genitori e figli, profondamente mutato e decisamente assai differente se confrontato con i modelli assunti a riferimento all'epoca dell'emanazione del codice civile, unitamente all'articolazione del criterio di valutazione della condotta dei genitori (nelle due forme della *culpa in vigilando* e *culpa in educando*)[47]. Né, per la verità, risulta essere stato valorizzato, almeno in termini di concreta attuazione, il pur avvertito rapporto tra funzione educativa dei genitori e capacità di discernimento del minore, nel senso che "man mano che l'opera educatrice abbia (o non abbia) conseguito i propri progressivi risultati, consentendo al minore una sempre maggiore capacità di corretto inserimento nella vita di relazione, consono alla sua età ed al suo ambiente, si attenua (o meno) l'intensità del correlativo dovere del genitore di vigilare sulla sua condotta, permettendo di elargire al minore quei proporzionali maggiori gradi di libertà di movimento e di autodeterminazione di cui quello, per le sue attitudini ed abitudini e per l'affidabilità delle inclinazioni in precedenza manifestate, si sia reso meritevole'[48]. Al riguardo, infatti, nonostante la già (risalente) prospettata relatività dell'obbligo di educazione

versi nella relazione qualificata, rispettivamente, del *sorvegliante* dell'art. 2047, dei *genitori, tutori, precettori* e *maestri d'arte* dell'art. 2048 e dei *padroni* e *committenti* dell'art. 2049" (p. 246).

45 Evidenzia la correlazione tra i doveri genitoriali e la responsabilità *ex* art. 2048 c.c. anche Ambanelli, A.: "La responsabilità dei genitori per i danni cagionati a terzi dal figlio minore di età", in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da G. Bonilini), IV, *La filiazione e l'adozione*, Utet-Wolters Kluwer, Milano, 2016, p. 4228.

46 Richiami alla giurisprudenza di merito e di legittimità del tempo in De Cupis, A.: "Dei fatti illeciti", cit., *sub* art. 2048, p. 325, nt. 3 e 4.

47 Invita a una riflessione di senso sulla indicata operatività applicativa della regola di legge Rusconi, C.: "Educazione dei figli e responsabilità genitoriale", cit., p. 100 ss., in ordine sia alle due forme della *culpa* (nell'instaurata relazione tra vigilanza ed educazione) sia alla centralità della funzione educativa e alla avvertita necessità di migliorarne le condizioni di attuazione.

48 Cass., 30 ottobre 1984, n. 5564, *Foro it.*, 1985, I, c. 145 ss., con nota di Paganelli, M. riportata (senza richiamare la nota) da Scaglione, F.; "Situazioni giuridiche soggettive e capacità", cit., p. 555 s., nt. 148 (a p. 556).

(e di vigilanza)[49], appare confermata la posizione dominante che, a fronte di quanto incombe sul danneggiato (il quale deve provare solamente che il fatto illecito sia stato commesso dal minore e il danno subìto), onera i genitori, per sottrarsi alla presunzione di responsabilità a loro carico, di provare di non avere potuto impedire il fatto nel senso di fornire la positiva dimostrazione dell'osservanza dei precetti imposti dall'art. 147 c.c. e, in particolare, quello di educare la prole[50].

È pertanto indubbio che la stessa impostazione giurisprudenziale la quale desume dalle modalità del fatto illecito compiuto dal minore, che ben possono rivelare il grado di maturità e di educazione del minore, la sostanziale inadeguatezza dell'educazione impartita (e della vigilanza esercitata) da parte dei genitori[51], rende la relativa prova liberatoria contraria assai difficile, con il risultato della sostanziale rilevata assenza di "una valutazione realistica del fatto ai fini del giudizio finale, (…) concluso quasi sempre con l'affermazione della responsabilità dei genitori, ritenuti responsabili di aver omesso di fare quanto potevano o dovevano per l'educazione e/o la vigilanza del figlio"[52]. Ne deriva che il così introdotto principio *res ipsa loquitur*[53] e la sostanziale obliterazione della pur richiamata necessità di adeguare la prova liberatoria alla realtà sociale e familiare e alla posizione giuridica del minore[54] hanno di fatto determinato un'interpretazione anacronista e un'applicazione rigorosissima (ai limiti della responsabilità oggettiva[55]) di una previsione normativa che, invece, può effettivamente mantenere un appropriato significato e un correlativo, sensato

49 Ne dà conto Comporti, M.: *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., *sub* art. 2048, p. 246 ss., richiamando l'approvazione di Antonio Cicu a commento di una decisione in tal senso dei giudici di legittimità del tempo.

50 In tal senso Cass., 10 agosto 2004, n. 15419, *Rep. Foro it.*, 2004, *Responsabilità civile*, n. 258; in precedenza Cass., 6 dicembre 1986, n. 7247, *Rep. Foro it.*, 1986, *Responsabilità civile*, n. 116.

51 In questi termini Cass., 20 ottobre 2005, n. 20322, *Famiglia dir.*, 2006, p. 135 ss., con nota di Facci, G.: "La responsabilità dei genitori in caso di incidente stradale del figlio minore: per colpa od oggettiva?" e *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 990 ss., con nota di Quarticelli, P.: "La prova liberatoria dei genitori responsabili per *culpa in educando* ed *in vigilando* del fatto illecito compiuto dal minore imputabile, ex art. 2048 cod. civ."; in senso conforme, in precedenza, Cass., 10 luglio 1998, n. 6741, *Danno resp.*, 1998, p. 1087 ss., con nota di Di Ciommo, F.: "Minore "maleducato" e responsabilità dei genitori"; Cass., 7 agosto 2000, n. 10357, *Famiglia e dir.*, 2001, p. 512 ss., con nota di Finelli, W.: "Ancora sulla responsabilità del genitore per i danni causati dal figlio minore"; Cass., 29 maggio 2001, n. 7270, *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 326 ss., con nota di Solinas, A.: "Responsabilità dei genitori per *culpa in educando* ed *in vigilando*. Criteri di determinazione".

52 Comporti, M.: *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., *sub* art. 2048, p. 248 e, *ivi*, nt. 97.

53 Appropriatamente richiamato e chiaramente esplicitato al riguardo da Comporti, M.: *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., *sub* art. 2048, p. 242 ss., che pure ne evidenzia la necessità di un attento ripensamento e di una migliore precisazione.

54 Secondo quanto già perspicuamente avvertito da Pardolesi, R.: "Danni cagionati dai minori: pagano sempre i genitori?", *Famiglia e dir.*, 1997, p. 225, in ordine alla possibilità di adattamento della regola data alle mutate istanze socio-culturali, opportunamente ripreso e commentato da Comporti, M.: *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., *sub* art. 2048, p. 246 ss.

55 Tale qualificazione, in termini propriamente oggettivi, è prospettata da Trimarchi, P.: *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*[2], Giuffrè, Milano, 2019, p. 126 e, *ivi*, nt. 5, alla luce dell'affermatosi orientamento giurisprudenziale, tuttavia biasimato perché "non tiene conto del fatto che, talvolta, a causa dell'indole del minore, e sempre a causa dell'inevitabile influenza dei mezzi di massa e dell'ambiente esterno alla famiglia, anche la migliore e più attenta educazione può non essere sufficiente a prevenire comportamenti illeciti; esso è evidentemente determinato dal sentimento che, anche indipendentemente da una colpa vera e propria del genitore, il danno debba essere subito da questo, piuttosto che dal terzo danneggiato".

àmbito di operatività[56]. Sarebbe allora proprio il caso di mettere di canto le incrostazioni derivanti, per un verso, da una evidente riscrittura non legislativa e, per altro verso, dalla mancata presa d'atto, sempre in sede giudiziale, del profondo mutamento dei rapporti tra genitori e figli, a partire (già rispetto alla riforma del 1975 e, a maggior ragione, quanto alle successive modifiche introdotte nel 2012-2013) dalla rivalutazione della personalità del minore e dell'ampliamento della sua sfera di libertà[57]. In questa prospettiva rimane evidentemente centrale (e necessario) "il legame con l'art. 315 *bis* c.c., comma 1 c.c., in quanto la prova dell'impossibilità di evitare il fatto o quella di aver assunto accorgimenti preventivi sufficienti dovrà essere concretamente valutata in rapporto agli spazi di autonomia accordabili al minore nel caso specifico"[58].

56 In senso critico, altresì, Morozzo della Rocca, P.: *Responsabilità civile e minore età*, Jovene, Napoli, 1994, p. 39 ss.; nonché Mantovani, M.: "La responsabilità dei genitori e dei tutori", in *Comm. cod. civ.* (diretto da E. Gabrielli), *Dei fatti illeciti* (a cura di U. Carnevali), *Artt. 2044-2059*, Utet-Wolters Kluwer, Torino, 2011, *sub* art. 2048, p. 89 ss. e spec. p. 120 ss.

57 Lo rileva Comporti, M.: *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., *sub* art. 2048, p. 253.

58 Rusconi, C.: "Minore età e responsabilità dei genitori e degli insegnanti", *Jus civile*, 2014, p. 117 s.. ritenendo così possibile il fedele recupero della prova liberatoria, anche rispetto al ruolo genitoriale, attesa altresì la considerazione della regola di responsabilità in dipendenza di tale *status*, per come peraltro emerge dall'indagine compiuta sulle relative decisioni giudiziali da Guffani Pesenti, L.: "*Culpa in educando*, coabitazione e responsabilità civile per il fatto illecito del minore", *Europa dir. priv.*, 2020, p. 1006 ss., ricavandosi che, mentre la responsabilità per *culpa in vigilando* risulta fondata sul presupposto normativo della convivenza (del figlio minore con i genitori), la *culpa in educando* appare fondata sul solo *status* genitoriale, rispetto dunque al corrispondente obbligo educativo nei confronti dei figli.

BIBLIOGRAFÌA

Aa. Vv., *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme* (a cura di U. Salanitro), Pacini, Pisa, 2019.

Aa. Vv., *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?* (a cura di U. Salanitro), Pacini, Pisa, 2020.

Amagliani, R.: "Unicità dello stato di figlio e rapporti di filiazione tra principi e regole", *Ord. intern. dir. umani*, 2020, p. 749 ss.

Amagliani, R.: "Stato unico di figlio", in corso di pubblicazione in *Enc. dir., I Tematici - Famiglia* (diretto da F. Macario), Giuffrè, Milano, 2022.

Ambanelli, A.: "La responsabilità dei genitori per i danni cagionati a terzi dal figlio minore di età", in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da G. Bonilini), IV, *La filiazione e l'adozione*, Utet-Wolters Kluwer, Milano, 2016, p. 4228.

Andreoli, V.: *Lettera ad un adolescente*, Rizzoli, Milano, 2004.

Auletta, T.: *Diritto di famiglia*[6], Giappichelli, Torino, 2022.

Ballarani, G.: *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Giuffrè, Milano, 2008.

Barcellona, M.: *Trattato della responsabilità civile*, Utet-Wolters Kluwer, Torino, 2011.

Basini, G.F.: "I doveri verso i figli", in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da G. Bonilini), I, *Famiglia e matrimonio*, Utet-Wolters Kluwer, Milano, 2016, p. 917 ss.

Basini, G.F.: "I diritti-doveri dei genitori e dei figli", in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da G. Bonilini), IV, *La filiazione e l'adozione*, Utet-Wolters Kluwer, Milano, 2016, p. 4048.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*[2], Giuffrè, Milano, 2012.

Bianca, C.M., *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*[6], Giuffrè, Milano, 2017.

Busnelli, F.D.: "Capacità e incapacità di agire del minore", *Dir. famiglia*, 1982, p. 57.

Cicero, C.: *Filiazione (riforma della)*, in *Digesto, disc. priv. (sez. civ.), Aggiornamento*, X, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 2016, p. 287 ss.

Comporti, M.: *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, in *Il codice civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), *Artt. 2044-2048*, Giuffrè, Milano, 2002, *sub* art. 2048, p. 203 ss.

De Cupis, A.: "Dei fatti illeciti", in *Comm. cod. civ.* (a cura di A. Scialoja e G. Branca), *Delle obbligazioni*, *Artt. 1992-2059*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1957, *sub* art. 2048, p. 321 ss.

Di Ciommo, F.: "Minore "maleducato" e responsabilità dei genitori", *Danno resp.*, 1998, p. 1087 ss.

Di Rosa, G.: "Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno", in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato* (a cura di M. Maugeri e A. Zoppini), Il Mulino, Bologna, 2009, p. 407 ss.

Di Rosa, G.: "Il minore e la salute", in *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile* (a cura di R. Senigaglia), Pacini, Pisa, 2019, p. 106 ss.

Di Rosa, G.: "Relazioni familiari e sviluppo della persona", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, p. 643 ss.

Facci, G.: "La responsabilità dei genitori in caso di incidente stradale del figlio minore: per colpa od oggettiva?", *Famiglia dir.*, 2006, p. 135 ss.

Favilli, C.: *La responsabilità adeguata alla famiglia*, Giappichelli, Torino, 2015.

Figone, A.: *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Giappichelli, Torino, 2014.

Finelli, W.: "Ancora sulla responsabilità del genitore per i danni causati dal figlio minore", *Famiglia e dir.*, 2001, p. 512 ss.

Gennari, G.: *Trattato di pedagogia generale*[3], Bompiani, Milano, 2009.

Giacobbe, E.: "Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma «Bianca»", *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 821.

Giardina, F.: *La condizione giuridica del minore*, Giuffrè, Milano, 1984.

Giardina, F.: "L'accesso del soggetto alla dinamica dei fenomeni giuridici", in *Persona e soggetto. Il soggetto come fattispecie della persona* (a cura di F. Tescione), Atti del Convegno del 7-8 ottobre 2008 - S. Trada (Reggio Calabria), Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2010, p. 54 ss.

Giardina, F.: "«Morte» della potestà e «capacità» del figlio", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1609 ss.

Gorgoni, A.: *Famiglie e minore età: dall'atto al rapporto*, Giappichelli, Torino, 2021.

Guffani Pesenti, L.: "*Culpa in educando*, coabitazione e responsabilità civile per il fatto illecito del minore", *Europa dir. priv.*, 2020, p. 1006 ss.

Isaacs, D.: *L'educazione delle qualità umane*, II, Le Monnier, Firenze, 1982.

La Rosa, E.: "Responsabilità genitoriale", in *Comm. cod. civ.* (diretto da E. Gabrielli), *Della famiglia*[2], II (a cura di G. Di Rosa), Utet-Wolters Kluwer, Milano, 2018, *sub* art. 316, p. 612 ss.

Lidz, T.: *La persona umana. Suo sviluppo attraverso il ciclo della vita*, Astrolabio, Roma, 1971 (traduzione di F. Cardelli).

Malavenda, G.: "Responsabilità dei genitori per violazione dell'obbligo di mantenimento dei figli naturali non riconosciuti", *Giur. it.*, 2013, p. 43.

Mantovani, M.: "La responsabilità dei genitori e dei tutori", in *Comm. cod. civ.* (diretto da E. Gabrielli), *Dei fatti illeciti* (a cura di U. Carnevali), *Artt. 2044-2059*, Utet-Wolters Kluwer, Torino, 2011, *sub* art. 2048, p. 89 ss.

Mantovani, M.: "Legge 4 maggio 1983, n. 184. Diritto del minore a una famiglia", in *Comm. cod. civ.* (diretto da E. Gabrielli), *Della famiglia*[2] (a cura di G. Di Rosa), *Leggi complementari*, Utet-Wolters Kluwer, Milano, 2018, *sub* art. 4, p. 556 s.

Mauceri, T.: "Risarcimento del danno e violazione del dovere di fedeltà coniugale", *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, p. 439 ss.

Morozzo della Rocca, P.: *Responsabilità civile e minore età*, Jovene, Napoli, 1994.

Nicolussi, A.: "Obblighi familiari di protezione e responsabilità", *Europa dir. priv.*, 2008, p. 929 ss.

Nicolussi, A.: "Genitorialità", in *Enc. giur. Treccani*, *Appendice*, IX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2015, p. 563 ss.

Palmeri, G.: *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Jovene, Napoli, 1994.

Paradiso, M.; *I rapporti personali tra coniugi*[2], in *Il codice civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), *Artt. 143-148*, Giuffrè, Milano, 2012, *sub* art. 147, p. 321 ss.

Paradiso, M.; "Lo statuto dei diritti del figlio tra interesse superiore della famiglia e riassetto del fenomeno familiare", *Familia*, 2016, p. 213 ss.

Pardolesi, R.: "Danni cagionati dai minori: pagano sempre i genitori?", *Famiglia e dir.*, 1997, p. 225.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*[4], III, *Situazioni soggettive*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 166.

Piccinni, M.: "Prendere sul serio il problema della "capacità" del paziente dopo la l. n. 219/2017", *Resp. med.*, 2018, p. 251.

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

Rescigno, P.: "Introduzione", in *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), 1, Utet, Torino, 1991 (rist.), p. 44.

Recinto, G.: "Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo", *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 895 ss.

Romeo, F.: *Genitori e figli nel quadro del pluralismo familiare*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2018.

Ruscello, F.: *La potestà dei genitori*, in *Il codice civile. Commentario* (diretto da P. Schlesinger), *Artt. 315-319*, Giuffrè, Milano, 1996.

Rusconi, C.: "Minore età e responsabilità dei genitori e degli insegnanti", *Jus civile*, 2014, p. 117 s.

Rusconi, C.: "Educazione dei figli e responsabilità genitoriale. L'itinerario del diritto italiano", *Ephemerides iuris canonici*, 2021, p. 77.

Scaglione, F.: "Situazione giuridiche soggettive e capacità", in A. Sassi-F. Scaglione-S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*[2], in *Trattato di diritto civile* (diretto da R. Sacco), Utet-Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 554 s.

Scaglione, F.: "Violazione degli obblighi familiari e illecito endofamiliare", in A. Sassi-F. Scaglione-S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*[2], in *Trattato di diritto civile* (diretto da R. Sacco), Utet-Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 603 ss.

Senigaglia, R.: Status filiationis e *dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2013.

Senigaglia, R.: "«Consenso libero e informato» del minorenne tra capacità e identità", *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1318 ss.

Senigaglia, R.: *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Giappichelli, Torino, 2020.

Sesta, M.: "La filiazione", in *Filiazione, adozione, alimenti* (a cura di T. Auletta), IV, in *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), IV, *Il diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 52 ss.

Solinas, A.: "Responsabilità dei genitori per *culpa in educando* ed *in vigilando*. Criteri di determinazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 326 ss.

Sonet, D.: *L'arte di essere genitori e nonni*, Elledici, Torino, 2005 (traduzione di M. Patarino).

Stanzione, P.: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1975.

Trimarchi, P.: *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*[2], Giuffrè, Milano, 2019.

Valli, A.M.-Cammelli, S.: *Formato famiglia. Educare i figli alla sessualità. Papà & mamma raccontano*, Ares, Milano, 1994, p. 5.

Zanniello, G.: "La formazione dei genitori: il ruolo delle associazioni e dell'Università", in *Ricerca pedagogica ed educazione familiare*, Scritti in onore di Norberto Galli (a cura di L. Pati), Vita e pensiero, Milano, 2003, p. 605 ss.

Zatti, P.: "Rapporto educativo e intervento del giudice", in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società* (a cura di M. De Cristofaro e A. Belvedere), Giuffrè, Milano, 1980, p. 254 ss.

FAMILIAS RECONSTITUIDAS Y EJERCICIO DE FUNCIONES PARENTALES. UNA MIRADA DESDE LAS PRERROGATIVAS DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA*

STEPFAMILIES AND EXERCISE OF PARENTAL FUNCTIONS. A LOOK FROM THE PREROGATIVES OF CHILDHOOD AND ADOLESCENCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 828-855

* Trabajo desarrollado en el marco del proyecto ANID, Chile, Fondecyt de Iniciación Nº11200066 "Nuevo paradigma de la filiación en Chile: Hacia una integración de la voluntad procreacional y la socio-afectividad en perspectiva de infancia" del que la autora es investigadora responsable.

Rommy
ÁLVAREZ
ESCUDERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La de las familias reconstituidas es una realidad definida por la existencia de hijos o hijas involucrados en una nueva configuración familiar, a la que llegan acompañando al padre o madre que ejerce su cuidado, que propiciará relaciones cotidianas y afectivas en que el nuevo/a cónyuge o pareja del padre o madre podrá asumir funciones parentales significativas para su desarrollo. Contexto en que resulta relevante analizar el eventual vínculo jurídico entre ese adulto y el niño, niña o adolescente, materia que viene siendo abordada desde los ordenamientos jurídicos mayormente al margen de una normativa específica, surgiendo el imperativo de contar con reglas que guarden coherencia con el debido resguardo a los derechos de infancia y adolescencia, pudiendo incluso encaminar adecuaciones normativas con objeto de incorporar los diversos matices que esa relación pudiere revestir.

PALABRAS CLAVE: Familias reconstituidas; funciones parentales; prerrogativas de infancia y adolescencia.

ABSTRACT: *Stepfamilies are a reality defined by the existence of son or daughters involved in a new family configuration, to which they arrive accompanying the father or mother who exercises their care, which will foster daily and affective relationships in which the new spouse or partner of the father or mother will be able to assume significant parental functions for their development. Context in which it is relevant to analyze the eventual legal link between that adult and the child or adolescent, a matter that has been addressed from legal systems mostly outside of specific regulations, arising the imperative to have rules that are consistent with due protection of the rights of childhood and adolescence, and may even direct a normative adaptation in order to incorporate the various nuances that this relationship may have.*

KEY WORDS: *Stepfamilies; parental functions; prerogatives of childhood and adolescence.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS Y EL EJERCICIO DE FUNCIONES PARENTALES.- 1. DIVERSOS SUPUESTOS EN TORNO AL EJERCICIO DE FUNCIONES PARENTALES.- A) HIJO/A CON FILIACIÓN DETERMINADA EN ÚNICA VÍA.- B) HIJO/A CUYO PROGENITOR HA FALLECIDO.- C) HIJO/A EN SITUACIÓN DE ABANDONO RESPECTO DEL PROGENITOR QUE NO INTEGRA LA FAMILIA RECONSTITUIDA.- D) HIJO/A DE PROGENITORES EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES PARENTALES.- 2. HIJO/A DE PROGENITORES EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES PARENTALES Y EL ENSAMBLE FAMILIAR.- III. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA Y EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA.- 1. DURANTE LA CONVIVENCIA DE LA FAMILIA RECONSTITUIDA.- 2. FINALIZADO EL VÍNCULO CONYUGAL O DE CONVIVENCIA QUE CONFORMÓ LA FAMILIA RECONSTITUIDA.- A) FALLECIMIENTO DEL PADRE O MADRE.- B) TÉRMINO DEL MATRIMONIO O CONVIVENCIA.- IV. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Las transformaciones sociales han incidido en forma directa en la concepción de la familia modificado sus paradigmas e imponiendo al Derecho cambios restructuradores[1] que han tenido especial reflejo en la regulación relativa al ámbito familiar[2] dando énfasis al reconocimiento de una variedad de modelos en búsqueda de propiciar el óptimo desarrollo de los miembros de la familia en un plano de igualdad y respeto por sus derechos esenciales.

Que dentro de las diversas composiciones familiares se desarrollan realidades complejas es una cuestión indiscutida. Ahora bien, la familia es la base de nuestras sociedades y el medio natural para el desarrollo de las personas, de ahí que la misión del orden jurídico sea la de propender a su fortalecimiento y otorgarles protección[3] con independencia de su conformación, reconociéndose una noción amplia a su respecto, como ha sido sostenido por el Comité de Derechos Humanos

1 Gil Calvo, E.: "Hacia una nueva concepción de la paternidad y la maternidad", *Arbor: ciencia, pensamiento y cultura*, CLXXVIII, núm. 702, junio 2004, p. 401.

2 Díez Picazo, L.: "Derecho de Familia y sociedad democrática", *Arbor: ciencia, pensamiento y cultura*, CLXXVIII, núm. 702, junio 2004, p. 313.

3 V.gr. Art. 1 Constitución Política de Chile; Art. 39.1 Constitución española.

• Rommy Álvarez Escudero
Profesora Adjunta de Derecho Civil. Universidad de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: rommy.alvarez@uv.cl.

de Naciones Unidas en su Observación General N°19[4] y, por el Comité de los Derechos del Niño, en sus Observaciones Generales N°7[5] y N°14[6].

Una de las vertientes de la evolución que comentamos ha sido sintetizada en "el lema: del vínculo matrimonial al vínculo parental"[7] para resaltar una nota común en los ordenamientos jurídicos que, en el último siglo, han pasado desde la indisolubilidad característica del matrimonio, eje además de las relaciones paternofiliales, a sistemas de disponibilidad del vínculo conyugal, en que la filiación adquiere una fisonomía propia, igual en sus efectos y autónoma de la unión de los progenitores.

La relación paterno y materno filial adquiere así una relevancia insospechada dentro del Derecho de Familia exigiendo un replanteamiento de las tradicionales fórmulas provenientes de la legislación que en siglos anteriores le dio estructura y contenido. Relación jurídica que, además, presenta una característica inescindible: uno de los vinculados, hasta alcanzar la mayoría de edad, será un niño, niña o adolescente, sujeto pleno de derechos en una particular situación de vulnerabilidad atendida su edad, por lo que cuenta con una protección legal reforzada que le ha sido reconocida en el concierto internacional[8] y que los Estados se han comprometido en efectivizar[9].

4 Comité de Derechos Humanos: *Observación General N°19. La familia (artículo 23 -Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)*, julio 1990. Disponible en https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN19 [fecha consulta: 22.07.22].

5 "El preámbulo de la Convención se refiere a la familia como "el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños". El Comité reconoce que "familia" aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño". Comité de los Derechos del Niño: *Observación General N°7 realización de los derechos del niño en la primera infancia*, noviembre 2005. Disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8019.pdf [fecha consulta: 22.07.22], p.8.

6 "El término familia debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local". Comité de los Derechos del Niño: *Observación General N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, mayo 2013. Disponible en https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990 [fecha consulta: 22.07.22], p. 14.

7 Sesta, M.: "Familia e hijos en Europa: Los nuevos paradigmas", *RDF Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia,* núm. 94*,* mayo 2020, p. 145.

8 Nos referimos particularmente a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; y a los diversos Tratados en materia de Derechos Humanos que consagran la protección de niños y niñas, v.gr. Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 25); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 24); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 10); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Art. 24); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 19).

9 Art. 44 Convención de los Derechos del Niño. "1. Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:[…]".

En el entramado familiar contemporáneo la sociología ha evidenciado los procesos de descubrimiento, revelación y desarrollo de la propia personalidad que experimentan los hijos e hijas menores de edad hasta alcanzar su madurez[10], en los que fundamentalmente los progenitores despliegan la misión de modelar su identidad, pero en la que importantes roles también pueden desempeñar otros adultos integrantes del medio familiar.

Si bien los ordenamientos en mayor o menor medida han ido avanzando en reconocer las diversas formas de hacer familia, consagrar la igualdad de los progenitores o regular las medidas frente a las crisis de parejas, particularmente si existen hijos o hijas menores de edad, rearticulando algunas de sus tradicionales premisas, hoy en día aún existen desafíos pendientes en torno a realidades complejas como la de las familias reconstituidas, ensambladas o recompuestas.

A su respecto, el reto apunta a reconocer la pluralidad de vínculos que a su alero se constituyen, resultando de especial interés aquellos que pueden surgir entre niños, niñas, adolescentes y adultos que se convierten en referentes afectivos significativos, relación que una vez conformada puede verse articulada con independencia del matrimonio o convivencia del padre o madre, ratificando con ello la autonomía de las relaciones familiares existentes en el plano vertical de aquellas que se dan entre cónyuges o convivientes.

La mayoría de los ordenamientos jurídicos del ámbito iberoamericano se encuentran en deuda con la regulación de la conformación familiar que comentamos aun cuando es una realidad presente en cada una de sus sociedades. Existen, sin embargo, sistemas que han sido precursores y se han adelantado en plasmar su existencia en la normativa legal incidiendo en importantes aspectos, pero sin llegar a abordarla en su totalidad por lo que su tratamiento debe complementarse con recurso a las normas generales, particularmente en lo relativo a los vínculos personales post-ruptura entre los adultos y los menores de edad que formaron parte de una familia reconstituida.

A continuación, analizaremos la situación de niños, niñas y adolescentes y la trascendencia que en su desarrollo representa el ejercicio de funciones parentales en el entramado de las familias reconstituidas. Efectuaremos una breve revisión de diversos supuestos para concentrarnos en la situación del hijo o hija respecto de quien sus progenitores ejercen funciones parentales pero que en el contexto de esta configuración familiar pueden ver surgir otras relaciones con contenido paterno o materno filial, para finalizar con la referencia a dos sistemas normativos que han incorporado en su regulación el reconocimiento a las familias reconstituidas o ensambladas.

10 Gil Calvo, E.: "Hacia una nueva concepción", cit., pp. 415-416.

II. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS Y EL EJERCICIO DE FUNCIONES PARENTALES.

Las familias reconstituidas, también denominadas ensambladas o recompuestas[11], son aquellas formadas por cónyuges o convivientes, ya se trate de una unión heterosexual u homosexual, el o los hijos/as de al menos uno de ellos y los hijos/as de esta nueva unión, si los hubiere[12]. Forma familiar que presenta como nota característica la existencia de hijos e hijas habidos de una relación anterior que llegan junto con su padre o madre -quien detenta su cuidado- a formar parte de una nueva unión de pareja de éste o ésta. Supuesto que no es del todo novedoso para el Derecho considerando que las legislaciones decimonónicas ya preveían que el viudo/a pudiera contraer nuevo vínculo teniendo hijos o hijas de precedente matrimonio, modelo que en la actualidad se presenta sólo como uno de las varias hipótesis posibles pues dado el reconocimiento jurídico de otras formas de convivencia estable en pareja, la circunstancia de que hijos/as habidos en una relación anterior pasen a formar parte de una nueva, no se circunscribe únicamente al matrimonio; y, atendida la existencia del divorcio como causal de terminación del matrimonio, en la actualidad el supuesto que comentamos no deriva exclusivamente del fallecimiento de uno de los cónyuges. Mas en general, es posible afirmar que todas las relaciones afectivas en el plano horizontal, estén formalizadas jurídicamente o no, pueden experimentar su quiebre subsistiendo todos los miembros de la primera familia generada que, con posterioridad, pueden pasar a integrar nuevas familias.

11 Se indican además a su respecto las nociones de familia recasada, recompuesta, tentacular, simultánea, transformada, mixta, rearmada, de segundo núcleo, mosaico, combinada, familias complejas o familias plurales, además de sus expresiones en italiano, famiglie ricomposte o famiglia rinnovata; en inglés, stepfamily o blended family; en francés, famille recomposée; o, alemán, familia patchwork. Cfr. Soares, L.C.: "Reflexión. Ser padre, ser madre, ser padrastro, ser madrastra: Aspecto psicológicos y jurídicos", *Anuario de psicología jurídica*, vol. 21, 2011, p. 126; López Sánchez, C.: "Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto 2020, pp. 196 – 197; Gete-Alonso y Calera M.C. y Solé Resina, J.: *Actualización del derecho de filiación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 220; Barba, V.: "Familias reconstituidas, multiparentalidad y sucesiones: nuevos retos, trabajo inédito facilitado gentilmente por el autor, pp. 3 - 4; Duplá Marín, M.T.: "La autoridad familiar del padrastro o madrastra en la legislación aragonesa: del Apéndice Foral de 1925 al art. 72 de la Ley 13/2006 de Derecho de la Persona", *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 86 núm. 717, p. 62; Auletta, T.: "La familia rinnovata: problema e prospettive", en AA.VV.: *Interventi di sostegno allá genitorialitá nelle familglie ricomposte* (coord. por C. Bianca, M. Tógliatti y A. Micci), FrancoAngeli, Milano, 2005, p. 49.
Entre las legislaciones que en la tradición de derecho continental han regulado la materia, el código civil catalán utiliza las nociones de familias recompuestas o reconstituidas (Preámbulo apartado III, letra c); Art. 231-1.2); y la compilación foral de Navarra, "familias reconstituidas" (Preámbulo Apartado III N°3; Ley 50).

12 Así para Gete-Alonso y Calera y Sole "Son familias reconstituidas las formadas por personas que, tras la extinción de una relación anterior, contraen un nuevo matrimonio o constituyen una pareja estable -homosexual o heterosexual- y crean un nuevo hogar en el que conviven de forma permanente o temporal con al menos un hijo no común, fruto de una anterior relación de cualquiera de ellos -o de los dos-. A este grupo familiar se le pueden unir hijos comunes fruto de esta nueva relación, que serán medio hermanos de los hijos no comunes", Gete-Alonso y Calera M.C. y Solé Resina, J.: *Actualización del derecho*, p. 219. Cfr., López Sánchez, C.: "Las familias reconstituidas", cit., p. 197; Garriga Gorina, M.: "Las relaciones paterno filiales de hecho", *Indret* núm. 3/2004, p. 3.

La presencia de hijos e hijas menores de edad bajo el cuidado del padre o madre que forma la nueva unión adquiere importantes horizontes en las relaciones a que da origen esta realidad familiar a las que los ordenamientos jurídicos deben atender con una regulación coherente dentro de cada sistema, en que resulta fundamental atender al resguardo de las prerrogativas de infancia y adolescencia, teniendo en cuenta que el interés de niños, niñas y adolescentes si bien no es el único, es aquel que resulta prevalente de considerar tanto en el diseño como en la interpretación y aplicación de la normativa, conminándonos a incorporar la perspectiva de infancia en sistema jurídicos históricamente construidos desde un enfoque adultocéntrico.

En efecto, como hemos señalado, la presencia de hijos o hijas al cuidado de uno de los miembros de la nueva pareja es medular en la definición de la familia reconstituida y debe ser en estos que encuentre su centro la constelación familiar que surge[13], en la medida que además de las relaciones familiares ya existentes -con sus progenitores y su familia extendida- se originan otras -con el o la nuevo/a cónyuge o conviviente de su padre o madre, sus hijos/as y su familia extendida, si los hubiere, y los nuevos hermanos/as que puedan nacer- que constituyen la red de vínculos afectivos que gravitan sobre el niño, niña y adolescente con particular incidencia en su desarrollo, en la conformación de su identidad personal en su doble dimensión[14] y en la propia concepción de su familia.

El reconocimiento jurídico exige así poner en relieve la relación entre el hijo/hija menor de edad y el nuevo cónyuge o pareja del padre o madre, progenitor/a afín, padrastro o madrastra[15], también denominados progenitor de facto o social[16], incorporando los principios rectores del interés superior del niño, niña y adolescente; su derecho a ser escuchado conforme su grado de madurez y que su opinión sea tenida en cuenta en las decisiones que en este contexto lo involucran directamente, superando la pretérita concepción que solía considerarlos como un simple anexo de las relaciones de los adultos que son sus progenitores.

13 Denominada por Théry "constelación familiar recompuesta". Cfr. Auletta, T., "La familia rinnovata", cit., p. 48; Soares, L.C.: "Reflexión. Ser padre", cit., p. 127; Gete-Alonso y Calera M.C. y Solé Resina, J.: *Actualización del derecho*, cit., p. 222.

14 Fernández Sessarego, C.: *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 114.

15 Término que no obstante encontrarse recogido por alguna legislación, por ejemplo, en el Código de Derecho Foral de Aragón (Art. 85 Autoridad familiar del padrastro o la madrastra), se califica como peyorativo motivando su superación. Cfr., Barba, V.: "Familias recompuestas y derecho de sucesiones: Una posible propuesta de regulación", trabajo inédito facilitado gentilmente por el autor, p. 10; Carrillo Lerma, C.: *Familias reconstituidas: la relación jurídica entre el cónyuge y los hijos no comunes menores de edad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 136; López Sánchez, C.: "Las familias reconstituidas", cit., p. 217; Herrera, M.: "Título IV Parentesco", en AA.VV.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II (dir. por M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso), Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 241;

16 López Sánchez, C.: "Las familias reconstituidas", cit., p. 198; Gete-Alonso y Calera M.C. y Solé Resina, J.: *Actualización del derecho*, cit., p. 220; Carrillo Lerma, C.: "Familias reconstituidas", cit., p. 136.

Contexto que posiciona a la socioafectividad como sustento de relaciones paterno o materno filiales sin base biológica[17], en tanto que las funciones parentales, o al menos una parte de ellas, son ejercidas por personas distintas a los progenitores, referentes afectivos que se abren paso dentro de la clásica regulación de la filiación asentada en una constante configurada en dogma dual y excluyente[18]. En efecto, aun cuando en la tradicional estructura de los efectos de la filiación, en el afán de integrar de mejor manera el plano de igualdad en que se encuentran los progenitores respecto el cuidado y crianza de sus hijos e hijas, el concepto de patria potestad va siendo superado por las nociones de potestad parental[19], responsabilidad parental[20] o autoridad familiar[21], independientemente de la denominación que se adopte, esta se concentra como función propia de padres y madres, la que les es atribuida por regla general en forma conjunta, con carácter exclusivo, de manera que no resulta posible "compartir funciones parentales con terceros de forma acumulativa"[22].

1. Diversos supuestos en torno al ejercicio de funciones parentales.

La de las familias reconstituidas es una realidad que no presenta una estructura homogénea, existiendo variados modelos en función de su origen y composición[23], la existencia o no del padre o madre que no integra el grupo ensamblado y el desempeño de sus funciones parentales.

Respecto el ejercicio de funciones parentales, existirán aquellas en que el rol paterno o materno efectivamente es ejercido por el nuevo cónyuge o pareja del padre o madre que detenta el cuidado del niño, niña o adolescente, sustituyendo de facto las funciones del otro progenitor; pudiendo existir otras en que las labores de cuidado y crianza del hijo/a se desarrollan en forma complementaria.

17 Relaciones familiares entre niños, niñas, adolescentes y adultos que no solo radica en el vínculo biológico sino se integra también por elementos afectivos, volitivos, sociales y formales, entre los que destacan los "importantes roles que la sociedad y el Derecho confieren a los protagonistas de dicha relación, donde lo funcional y el papel social pueden tener mayor trascendencia que el elemento natural o biológico". Lacruz Berdejo, J., Sancho Rebullida, F., et al: *Elementos de derecho civil IV – Familia*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 299.

18 Como ha sido señalado por Tamayo Haya "el padre [o madre] no tiene por qué ser necesariamente uno, sino que varios pueden cumplir las funciones paternales", Tamayo Haya, S.: "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas", *Revista digital Facultad de Derecho*, núm. 6, 2013, p. 300.

19 Capítulo VI, Título III, Libro Segundo del Código Civil de Cataluña (CCCat), relativo a la persona y la familia.

20 Título VII, del Libro Segundo del Código Civil y Comercial de Argentina (CCyCom), Relaciones de Familia; Título V, del Libro Primero, De las Personas, de la Familia y de la Casa navarra, de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

21 Capítulo II, Título II, del Libro Primero, Derecho de la Persona del Código del Derecho Foral de Aragón.

22 Ferrer Riba, J.: "Familias y pluriparentalidad en derecho español", *RDF Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 85, julio 2018, p. 175.

23 Garriga Gorina, M.: "Las relaciones", cit., p. 3.

En cualquiera de estos casos, el objetivo de contar con una regulación jurídica lo suficientemente flexible que permita reconocer los diversos matices presentes se torna de la mayor relevancia frente a los conflictos que se generan en la vida cotidiana de relación o de cara a las pretensiones que buscan desplazar al progenitor que no forma parte del grupo ensamblado para poner en su lugar al nuevo cónyuge o pareja, pudiendo con ello postergar e invisibilizar, una vez más, los derechos esenciales de niños, niñas y adolescentes involucrados.

Preciso además es considerar que los niños/as o adolescentes no escogen de antemano la familia en que viven, no deciden el quiebre de su familia originaria, la integración en una familia reconstituida, ni tampoco la fractura de esta última, "sin embargo, cargan con las consecuencias de todas estas decisiones y vicisitudes afectivas de los adultos"[24]. Así, siendo los diseños familiares y parentales adoptados desde la adultez, salvaguardar los derechos inherentes de infancia y adolescencia procurando su desarrollo holístico debe ser asegurado con independencia del tipo de familia en que crezcan.

Dentro de las familias reconstituidas encontramos diversos supuestos en que pueden encontrarse niños, niñas o adolescentes, las que a continuación pasamos brevemente a reseñar.

A) Hijo/a con filiación determinada en única vía.

Entre las diversas tipologías que puede revestir la configuración familiar que analizamos se encuentra el ensamble conformado por el hijo/a que sólo cuenta con filiación determinada respecto del progenitor que conforma la nueva familia, caso en que el cónyuge o pareja del padre o madre puede utilizar la vía extrajudicial del reconocimiento voluntario para establecer la relación paterno o materno filial, supuesto en que la familia reconstituida mutaría a una nuclear.

Entre las observaciones que pueden plantearse al respecto se encuentra la precariedad de esta vía de cara a la invalidez del denominado reconocimiento por complacencia. De otra parte, apuntando a la tutela de los derechos de infancia y adolescencia, el reconocimiento carente de raíz biológica puede acarrear un menoscabo al derecho a la identidad cuando, habiéndose forjado durante la primera infancia del hijo, no le fuere revelado su origen biológico. Deber de informar radicado primordialmente en padres y madres, en que el interés superior del niño y su derecho a ser oído conforme su autonomía progresiva resultan fundamentales de considerar en una decisión que incide en su identidad personal.

24 Gete-Alonso y Calera M.C. y Solé Resina, J.: *Actualización del derecho*, cit., p. 219.

B) Hijo/a cuyo progenitor ha fallecido.

Otro modelo de ensamble familiar es el que se produce con posterioridad al fallecimiento de uno de los progenitores, en que el padre o madre sobreviviente inicia una relación de pareja en que su nuevo cónyuge o conviviente asume de facto las funciones parentales sustituyendo la figura del progenitor fallecido. Salvo en lo tocante a las relaciones afectivas con los parientes de la línea del padre o madre faltante, no se aprecia en este supuesto multiplicidad de roles parentales.

Por cierto, las circunstancias concretas podrán derivar en el establecimiento de la filiación entre el hijo/a y el nuevo cónyuge o pareja en convivencia estable de su padre o madre mediante la adopción por integración, convirtiéndose en una familia nuclear. Contexto en que merece atención la posibilidad de mantención de relaciones personales con miembros de la familia extensa de la línea que se desplaza, en vistas al interés prevalente del niño, niña o adolescente y los vínculos afectivos significativos que pudieran existir.

C) Hijo/a en situación de abandono respecto del progenitor que no integra la familia reconstituida.

Entre las diversas variantes que revisamos se encuentra también la del hijo/a que contando con filiación determinada por ambas vías ha sido abandonado por el progenitor/a que no forma parte de la familia reconstituida, habiendo descuidado completamente su responsabilidad parental. El recurso a la adopción por integración o intrafamiliar es utilizado en estos casos como vía para desplazar la filiación de origen y procurar su establecimiento respecto el nuevo cónyuge o pareja -en las legislaciones que permiten la adopción por convivientes- del padre o madre.

La medida desborda así su vocación inicial de restituir el derecho a vivir en familia a niños, niñas y adolescentes privados de un medio familiar para pasar a constituir el instrumento jurídico que formaliza la relación parental.

Las circunstancias resultan muy variadas y la prevalencia del interés y las prerrogativas de infancia deberían guiar la admisión de esta alternativa, toda vez que no sólo se sustituye la paternidad o maternidad de origen sino sus efectos se extienden a todos los parientes de la línea que se desplaza, entre los que pueden existir adultos con quienes el niño, niña o adolescente conserva lazos significativos.

A estos efectos son relevantes los progresos introducidos en ciertos ordenamientos jurídicos[25] que, en atención al interés superior de niños, niñas

25 Art. 178-4 CC español, Art. 235-47.4 CCCat, Art. 621 CCyCom argentino.

y adolescentes y su derecho a la identidad, han flexibilizado el efecto de la adopción que acarrea la extinción de los vínculos jurídicos con la familia de origen, permitiendo la mantención de relaciones personales con determinados parientes, principalmente abuelos y hermanos. Es de apuntar, en todo caso, que con el desplazamiento filial producido salimos del ámbito de la familia reconstituida.

La pregunta, de cara a la perspectiva de infancia que buscamos integrar en relación con el reemplazo parental que comentamos, es si en todos los casos la adopción de integración es la herramienta jurídica adecuada para enfrentar la existencia de familias reconstituidas.

Desde la psicología se advierte que este modelo de sustitución puede considerarse una búsqueda en retorno a la familia nuclear, que justifica la llegada de estos casos al conocimiento judicial en demanda de las modificaciones necesarias para reproducir este patrón familiar[26].

Es de agregar que, en un particular ejercicio que se ha presentado en el sistema chileno, producto de la labor jurisprudencial, a la vía judicial de la adopción se ha añadido la de la utilización de las acciones de filiación que, fundadas en el cumplimiento de funciones parentales de facto y la dimensión dinámica del derecho a la identidad del hijo/a, han sido deducidas por el nuevo/a cónyuge o conviviente del padre o madre o, derechamente por la madre en representación del hijo/a menor de edad, con objeto de impugnar la filiación biológica y registral y reclamar la paternidad del hijo/a no común, las que llegadas al conocimiento de los tribunales superiores de justicia en los últimos años han sido resueltas favorablemente[27]. Caso para el cual es posible efectuar los mismos comentarios planteados respecto la adopción intrafamiliar dado que una vez acogidas las acciones de filiación interpuestas producen el mismo efecto de sustitución parental, en que, además, merece ser observado que a diferencia del camino de la adopción, no existe para este supuesto una evaluación de habilidades parentales del nuevo padre o madre, ni un despeje de la situación en que se encuentra el hijo o hija en relación con su padre o madre biológico y registral, ni con los miembros de esa línea de parientes.

26 Soares, L.C.: "Reflexión. Ser padre", cit., p. 127.

27 V.Gr. Corte Suprema, sentencia de 26 de agosto de 2019, causa rol N°18.707-2018; sentencia de 20 agosto 2020, causa rol N°16.219-2020; sentencia de 05 de abril de 2021, causa rol N°18.213-2019; Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 23 de marzo de 2022, causa rol N°1146-2021. Cfr., Álvarez Escudero, R.: "La socio-afectividad como sustrato de relaciones parentales sin base biológica. Panorama en el ámbito jurídico iberoamericano", en AA.VV.: *Familia, Persona Liber Amicorum María del Carmen Gete-Alonso y Calera,* (coord. por J. Solé Resina), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 163 – 164.

D) Hijo/a de progenitores en ejercicio de sus funciones parentales.

En este supuesto de ensamble familiar, producto de la convivencia cotidiana, es posible advertir una variedad de vínculos de contenido filial, en que las funciones parentales puede ser ejercidas tanto por los progenitores como por los otros adultos que son sus cónyuges o convivientes en pareja estable.

El desarrollo de estos vínculos y su reconocimiento debe encontrar su centro en los niños, niñas o adolescentes que conforman el grupo familiar, realidad compleja que por sus detalles abordaremos en el siguiente acápite.

2. Hijo/a de progenitores en ejercicio de sus funciones parentales y el ensamble familiar.

Examinadas las diversas realidades en torno a las familias reconstituidas, podemos concluir que el ensamble familiar que posibilita la generación de una pluralidad de vínculos parentales coexistentes en la vida de un niño/a se configurará propiamente en el caso de hijos/as que cuenten con filiación determinada por sus dos líneas, casos en que acorde el régimen de cuidado que rija a su respecto -individual o compartido- y la existencia de nuevos/as cónyuges o parejas de su padre y/o de su madre -de sus dos padres o de sus dos madres- podría llegar a constatarse la presencia de hasta cuatro adultos que asumen alguna responsabilidad parental, multiplicando los referentes significativos para niños, niñas y adolescentes, a los que en el plano afectivo pueden añadirse los lazos con los hermanos/as habidos de las nuevas relaciones y aquellos que se construyen con los miembros de cada familia extendida, por ejemplo, con los padres del nuevo cónyuge o pareja, que para estos efectos podríamos denominar abuelos afines, sociales o socioafectivos.

En este contexto la introducción de variables en torno a la filiación y el ejercicio de las funciones parentales como categorías que si bien pueden coincidir admiten diferenciación, permitiría alcanzar la flexibilidad de que los sistemas jurídicos[28], por ahora en su mayoría carecen, con objeto de encontrar el lugar de la relación entre el hijo/a y el o la nueva cónyuge o pareja de su padre o madre que, preciso es señalar, puede adquirir una dimensión autónoma. Cuestión que, por ejemplo, se ve reflejada en la legislación argentina que opta por los términos de padre o madre afín[29], desligándolo de la designación vinculada a la persona con quien su progenitor se encuentra casado o en una relación de convivencia.

28 Auletta, T.: "La familia rinnovata", cit., p. 53; García Rubio, M.P.: "Un niño o una niña pueden tener más de dos madre y/o de dos padres. Hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad", en AA.VV.: *Familia, Persona Liber Amicorum María del Carmen Gete-Alonso y Calera* (coord. por J. Solé Resina), Atelier, Barcelona, 2022, p. 220.

29 El Código Civil y Comercial argentino ha recogido esta noción en su Art. 672, disponiendo "Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente".

La diversificación de posiciones parentales que comentamos es explicada por Ferrer-Riba como una variante de la pluriparentalidad, que en un sentido lato entronca con "la posibilidad de reconocer, respecto de un mismo hijo o hija, un número plural de posiciones que puedan ser consideradas parentales, aunque tengan fundamento, características y trascendencia diversa"[30].

Profundizando a este respecto, en un avance conceptual de origen anglosajón, la doctrina distingue entre "parentage", referido a la paternidad o maternidad genética o biológica; "parenthood", relativo a la persona que legalmente es padre o madre; y, "parental responsability" que alude a aquel o aquella quien ejerce el derecho y en quien recae el deber de tomar decisiones a favor y en nombre del niño[31].

Esta última noción de responsabilidad parental[32] se relaciona con el ejercicio de las funciones parentales de carácter tuitivo en favor de los hijos/as menores de edad, normalmente radicada en cabeza de los progenitores como efecto de la filiación determinada, de contenido eminente personal[33] que se traduce en un "deber de asistencia de todo orden"[34] y que corresponde articular teniendo como centro el interés superior de niños, niñas y adolescentes. Es de advertir, que en los casos de falta o inhabilidad de los progenitores los ordenamientos jurídicos contemplan, mediante intervención judicial, la atribución de responsabilidades parentales a otras personas[35] que los sustituyen en esa función manteniendo el vínculo filiativo y el cumplimiento de deberes en favor del hijo/a[36], de lo que es posible inferir un carácter modulable a su respecto[37].

Al margen de las previsiones legales que obedecen, fundamentalmente, al abandono y al descuido del hijo/a operando a la vez como sanción hacia el

30 Ferrer Riba, J.: "Familias y pluriparentalidad", cit., p. 165.

31 Sosoon, J. y Willems, G.: "Introduction", en AA.VV.: *Adults and children in postmodern societies* (edit. por J. Sosoon, G. Willems y G. Motte), Intersentia, Cambridge, 2019, p. 4.

32 Conforme el Principio 3.1. de los Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la Responsabilidad Parental, adoptados por la Commission on European Family Law (CEFL), "La responsabilidad parental es un conjunto de derechos y deberes destinados a promover y salvaguardar el bienestar del niño. Comprende en particular: (a) el cuidado, la protección y la educación; (b) el mantenimiento de relaciones personales; (c) la determinación de la residencia; (d) la administración de los bienes, y (e) la representación legal". Commission on European Family Law: *Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la Responsabilidad Parental*. Disponible en http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-Spanish.pdf [fecha consulta: 24.08.2022].

33 El cual en el ordenamiento chileno se regula en el título IX del Libro I del CC "De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos", denominada doctrinariamente autoridad parental; y que se diferencia de la patria potestad que, relativa a los efectos de la filiación de contenido patrimonial, se regula en el Titulo X del mismo Libro.

34 Art. 39.3 Constitución española

35 V.gr. Art. 172.1 II CC español; Arts. 226, 235 CC chileno.

36 Art. 203 CC chileno.

37 Ferrer Riba, J.: "Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión", en AA.VV.: *Retos actuales de la filiación*, (coord. por R. Barber Cárcamo, S. Quicios Molina y R. Verdera Server), Tecnos, Madrid, 2018, p. 298.

progenitor renuente en el cumplimiento de sus deberes, es posible constatar situaciones de facto en que una persona distinta del progenitor asume y cumple un rol parental[38], o al menos lo comparte, como sucede con los padres o madres afines en los sistemas que carecen de reconocimiento legal a su respecto.

Para estos casos, la apertura de los sistemas legales a rearticular los efectos de la filiación considerando una atribución modular de las responsabilidades parentales en mérito de las relaciones personales significativas en la vida y desarrollo de un niño, niña o adolescente, aportaría en satisfacer su interés prevalente, permitiendo además tutelar sus derechos esenciales, sin provocar necesariamente un quiebre en su filiación biológica y registral, superando el efecto exclusivo y en bloque que impera en la atribución de las consecuencias jurídicas para la relación paterno o materno filial, dando cuenta de las múltiples realidades familiares y relaciones afectivas que contribuyen en su formación.

En la compleja red de relaciones que se generan en torno a niños, niñas y adolescentes en la tipología de familias reconstituidas que comentamos y con objeto de convocar las distintas disciplinas que confluyen en su tratamiento, las reflexiones en torno a las necesidades de pertenencia y autoestima de los niños/as que se plantean desde la psicología constituyen un aporte que debería ser particularmente relevante en la aproximación a la regulación legal de las relaciones de parentalidad, contexto en que preciso es reconocer la importancia que juega cada una de las personas que se encargan de su cuidado. En este sentido, el concepto de "crianza positiva" favorece un enfoque legal que reconozca la presencia de los varios cuidadores que pudieran existir en tanto realizan variadas y complementarias contribuciones en la vida del niño, niña o adolescente[39].

Desde los derechos de la infancia y la adolescencia, el entramado de relaciones con significación parental presente en estas familias contribuye en la conformación de su identidad personal y define su derecho a vivir en familia conforme su realidad familiar.

En efecto, las relaciones familiares constituyen uno de los factores de relevancia de la identidad personal, expresamente consideradas en el Art. 8° de la Convención de los Derechos del Niño, reconocidas también en los ordenamientos internos[40]. En lo tocante a las relaciones parentales de facto, estas inciden directamente en la dimensión dinámica de la identidad personal[41], la cual se construye evolutivamente

38 V.gr. la guarda de hecho en el sistema español, Art. 303.1 CC.

39 Sosoon, J. y Willems, G.: "General Conclusion", en AA.VV.: *Adults and children in postmodern societies* (edit. por J. Sosoon, G. Willems y G. Motte), Intersentia, Cambridge, 2019, p. 868.

40 Art. 26 Ley N°21.430, Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, publicada en el Diario Oficial de Chile el 15 de marzo de 2022.

41 Fernández Sessarego, C.: "Derecho a la identidad", cit. pp. 55, 113 – 114; Figueroa Yáñez, G.: *Derecho civil de la persona. Del genoma al nacimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, pp. 261

en base a las experiencias vividas en las distintas relaciones dentro del grupo familiar, de especial relevancia para niños, niñas y adolescentes.

Como ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia de 27 de abril de 2012, "[L]a identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez"[42].

En este ámbito, el desafío para los sistemas jurídicos en materia de filiación apunta a lograr un adecuado encuadre del aspecto relacional construido al alero de las relaciones parentales que de facto se despliegan, juntamente con el elemento biológico de base, resguardando tanto la verdad del apego como la verdad de los orígenes sin distorsionar la narrativa familiar[43].

La existencia de adultos significativos, diversos a sus progenitores, que ejercen funciones parentales respecto un niño/a contribuye en la configuración particular del medio familiar en que ese niño/a se desarrolla. Así, la efectivización de su derecho a vivir en familia pasa también por dar cabida al reconocimiento legal de esa realidad que puede envolver múltiples relaciones de afecto y cuidado, dotándola de autonomía respecto los vínculos entre esos adultos y sus progenitores, cuestión de relevancia frente a una eventual fractura del ensamble familiar.

Desde la óptica de infancia que buscamos propiciar, para la vida del niño la dinámica de las familias reconstituidas supone la presencia "de un nuevo integrante en su familia por elección de su progenitor/a [que] implica la posibilidad de contar con una persona más que se encargue de su cuidado"[44], cuestión que trae aparejada la coordinación de variados aspectos cotidianos derivados de la convivencia y la definición de los espacios de intervención del progenitor/a afín en el ejercicio de las responsabilidades parentales. Tarea en que, si bien pueden tener cabida los acuerdos colaborativos en el ámbito familiar, requiere contar con

– 263; Gete-Alonso y Calera, M.C.: "Expresiones jurídicas del ejercicio de la identidad personal y de la autodeterminación", *EJJL*, vol.18, núm.3, 2017, pp. 661 – 678; Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a la identidad y filiación*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 94.

42 CIDH 27 de abril de 2012, Caso Fornerón e Hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 123. Disponible en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf [fecha de consulta: 12.08.22]

43 Álvarez Escudero, R.: "Relaciones parentales sin base biológica en el derecho chileno. Repensando el sistema filial en perspectiva de infancia y adolescencia", *RDF Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 171, septiembre 2022, p. 171.

44 Pellegrini, M.: "Comentarios a los arts. 638 a 704 Código Civil y Comercial argentino", en AA.VV.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado,* Tomo II, (dir. por M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso), Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 522.

un esquema básico supletorio[45] de distribución de funciones entre los adultos comprometidos en el cuidado del niño, niña o adolescente, teniendo como centro su interés superior.

Tratándose de una relación que involucra a dos personas, la regulación debería también atender a los deberes correlativos del hijo/a afín en una especificación de sus deberes generales como miembro del grupo familiar, como los de obediencia y contribución a las cargas de la familia[46].

III. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA Y EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA.

Como advertimos con anterioridad, en el espacio iberoamericano son escasos los sistemas jurídicos que han incorporado explícitamente el reconocimiento de la composición familiar ensamblada v.gr. el Código Civil y Comercial argentino[47] y, en los derechos forales de España, el Código Civil de Cataluña[48], la Compilación Foral de Navarra[49] y el Código de Derecho Foral de Aragón[50].

La Compilación Foral de Navarra no avanza mayormente en una regulación específica, desarrollo que sí puede apreciarse en el Código de Derecho Foral de Aragón pero que se limita sólo a la unión conyugal y a la tipología en que el padre o madre miembro del nuevo matrimonio es el único que detenta la autoridad familiar[51], resultando excluidas las otras realidades familiares que importan una multiplicidad de relaciones.

45 López Sánchez, C.: "Las familias reconstituidas", cit., p. 217.

46 Gete-Alonso y Calera M.C. y Solé Resina, J.: *Actualización del derecho*, cit., p. 222 – 223.

47 Ley N°26.994, de 01 de octubre de 2014. Boletín Oficial, 8 de octubre de 2014.

48 Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, BOE, 21 de agosto de 2010.

49 Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. BOE, 8 de junio de 2019.

50 Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. BOA, 29 de marzo de 2011. Normativa vigente que en su precursora regulación encuentra antecedente en el Apéndice Foral de 1925, en la Compilación del derecho Civil de Aragón, Ley 15/1967, de 8 de abril, para continuar en la Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre Compilación del Derecho civil de Aragón, reformada en 1999; y, la Ley 13/2006, de 27 de diciembre. Dupla Marín, M.T.: "Potestad parental catalana y autoridad familiar aragonesa: Breve análisis comparativo de las facultades otorgadas a los padrastros respecto de los hijos menores del cónyuge o conviviente", en AA.VV.: *La familia en el siglo XXI: Algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña* (edit. por N. Gines Castellet), Bosh, Barcelona, 2011, pp. 108 – 109.

51 De interés resulta en este sistema el examen de la autoridad familiar (Capítulo II) que, aunque relacionadas, se regula en forma autónoma de la gestión de los bienes del hijo (Capítulo III) lo que facilita discurrir sobre la idea de desagregación de funciones parentales. Dupla Marín, M.T.: "La autoridad familiar", cit., p. 69. Similar ocurre en el ordenamiento chileno que diferencia la denominada en doctrina "autoridad parental" de la "patria potestad". La primera, regulada en el Título IX del Libro I del código civil, referida a los efectos de la filiación de contenido personal y, la segunda, contenida en el Título X, relativa a los efectos patrimoniales.

En atención a los aspectos que abordan concentraremos nuestro análisis en las regulaciones argentina y catalana.

El Código Civil y Comercial argentino (CCyCom), dentro de su Título VII titulado Responsabilidad Parental, dedica el Capítulo 7 a los Deberes y derechos de los progenitores afines, regulando en los Arts. 672 a 676 las relaciones jurídicas que se generan en el ámbito de la familia ensamblada. Por su parte, el Código Civil catalán (CCCat), en el Art. 231-1 recoge la heterogeneidad del hecho familiar y en la Sección 2ª de su Libro II titulada El ejercicio de la potestad parental, refiere en los Arts. 236-14 y 236-15 ciertos aspectos relativos a la relación entre el nuevo cónyuge o conviviente en pareja estable y el hijo no común.

Para ambos sistemas estos reconocimientos no afectan los vínculos ni responsabilidades parentales constituidas. Así, el Art. 673 CCyCom argentino tras referir en el inc. 1° los deberes del progenitor afín, en su inc. 2° dispone "Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental"; y el Art. 231-1.2 CCCat prescribe "Se reconocen como miembros de la familia, con los efectos que legalmente se determinen, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el mismo núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento no altera los vínculos con el otro progenitor". Por lo que, aun cuando en el sistema argentino el vínculo matrimonial es fuente de parentesco por afinidad entre el padre o madre afín y el hijo/a no común (Art. 536 CCyCom[52]), no se contemplan derechos sucesorios derivados de esta relación.

En el marco de la regulación del ejercicio de funciones parentales del cónyuge o conviviente del progenitor, las normativas que comentamos han atendido a ciertos aspectos en tanto la familia reconstituida se encuentra desplegando su característica constelación de relaciones, efectuando un tratamiento menor en lo que refiere a las responsabilidades y relaciones tras su término, como pasamos a analizar.

1. Durante la convivencia de la familia reconstituida.

En los ordenamientos que revisamos, las reglas apuntan fundamentalmente a facilitar el desarrollo de la vida cotidiana del grupo familiar, definiendo ciertos ámbitos en que valida la intervención del progenitor/a afín en funciones de cuidado, crianza y toma de decisiones respecto el niño, niña o adolescente ejerciendo estos aspectos de la responsabilidad parental sin llegar a desplazar a los progenitores, labor que puede ser apreciada como una consecuencia necesaria de la convivencia

52 Art. 536. "Parentesco por afinidad. Cómputo. Exclusión. El parentesco por afinidad es el que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge".

efectiva con su cónyuge o pareja, padre o madre del hijo/a menor de edad de quien detenta su cuidado personal, cualquiera sea el régimen en que éste se lleve a cabo, sea en forma individual o compartida. Efectúa, además, una distinción según se trate de medidas a adoptar en circunstancias ordinarias o de decisiones en situaciones de urgencia.

El CCCat, las concibe como facultades del cónyuge o pareja estable del progenitor que tiene la guarda del hijo, reconociendo su derecho a participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a la vida diaria, siendo prevalente el criterio del progenitor en caso de desacuerdo (Art. 236-14.1y 2). Coincidimos con Gete-Alonso y Solé[53] en que este derecho a participar involucra el ejercicio de ciertas facultades inherentes a la potestad parental pero con un alcance limitado, en tanto que para Duplá, más allá de no atribuir potestad parental, no supone "ni tan siquiera ejercicio de la misma"[54]. Siendo referida como un derecho y no como un deber esta última autora anuncia la posibilidad de que el nuevo cónyuge o pareja del padre o madre, no obstante la convivencia, opte por asumir un rol pasivo, manteniéndose al margen de los asuntos de la vida diaria que alcancen al niño, niña o adolescente[55]. Es pertinente apuntar que conforme la regulación estatal tratándose de un vínculo matrimonial, el Art. 68 del CC español establece entre los deberes de los cónyuges el de compartir las responsabilidades domésticas, cuidado y atención de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo, dentro de los cuales sería posible incluir al hijo/a bajo el cuidado de uno de los cónyuges.

En situaciones de riesgo inminente para el niño, niña o adolescente, el cónyuge o conviviente del progenitor puede adoptar unilateralmente las medidas necesarias para el bienestar del hijo, debiendo informar sin demora a su cónyuge o conviviente, a quien corresponde, a su vez, comunicarlo al otro/a progenitor/a (Art. 236-14.3).

El sistema argentino proporciona un matiz, en tanto establece las tareas de crianza y educación del hijo/a del cónyuge o conviviente como un deber de cooperación, en que corresponde "realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia" (Art. 673) prevaleciendo, en todo caso, ante el desacuerdo el criterio del progenitor. La doctrina señala el carácter enunciativo de la norma que, estableciendo deberes irrenunciables, incluye innumerables cuestiones que el

53 Gete-Alonso y Calera M.C. y Solé Resina, J.: *Actualización del derecho*, cit., p. 227.

54 Dupla Marín, M.T.: "Potestad parental catalana", cit., p. 103.

55 Ibidem.

progenitor afín realiza en la vida cotidiana del hijo/a, destacando el rol significativo que se le confiere ante situaciones de urgencia[56].

Dentro de las reglas comentadas en ambos sistemas llama la atención la constante de la preponderancia del criterio del progenitor, si bien este es el titular de la responsabilidad parental, es la directriz del interés superior del niño la que debiera articular la decisión que se adopte, la que no necesariamente y en todo caso va unida a la decisión que parezca mas adecuada al padre o madre[57], consideramos que el derecho del niño a ser oído conforme su autonomía progresiva juega aquí también un rol central.

Durante la existencia de la familia reconstituida el sistema argentino avanza en dos supuestos. Primero, admitiendo la delegación voluntaria del ejercicio de la responsabilidad parental del progenitor en su cónyuge o conviviente con carácter transitorio "cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio" (Art. 674), enunciación que la doctrina advierte como meramente ejemplar[58]. La referida delegación requiere de autorización judicial, a menos que el otro progenitor manifieste su acuerdo fehacientemente.

Por otra parte, el Art. 675 del CcyCom regula el supuesto de imposibilidad del progenitor que no es parte de la familia ensamblada, sea por muerte, ausencia o incapacidad, facultando en tal caso al otro progenitor -el que forma parte del ensamble familiar- a asumir el ejercicio de la responsabilidad parental en forma conjunta con su cónyuge o conviviente. El acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente requiere de autorización judicial y sólo se mantiene en tanto la relación continue, por lo que termina con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial, además de la circunstancia de recuperación de la capacidad del otro progenitor. La norma prevé la solución ante los conflictos en este particular ejercicio, privilegiando la opinión del progenitor.

Respecto la obligación de alimentos en la familia ensamblada, que encontraría su fundamento en la "solidaridad alimentaria" teniendo como parámetro el nivel

56 Notrica, F. y Melón, P.: "El ejercicio de la responsabilidad parental en las familias ensambladas", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 72, p. 174.

57 López Sánchez, C.: "Las familias reconstituidas", cit., p. 218; Gete-Alonso y Calera M.C. y Solé Resina, J.: *Actualización del derecho*, cit., p. 228.

58 Pellegrini, M.: "Comentarios a los arts.", cit., p. 524.

de vida de la familia[59], es abordada por la normativa argentina[60] determinándose respecto el cónyuge o conviviente en relación con los hijos/as del otro en carácter subsidiario y limitado pues cesa en los casos de disolución del matrimonio o ruptura de la convivencia (Art. 676 parte primera). Tratándose de una unión conyugal, corresponde interpretar armónicamente esta obligación con el deber de contribución regulado como disposición común a todos los regímenes patrimoniales del matrimonio en el Art. 455 CCyCom que incluye el sostenimiento de los hijos e hijas comunes y también de los hijos/as de anteriores uniones de los cónyuges; y, que conforme la remisión expresa que a su respecto efectua el Art. 520 CcyCom, también se configura como una deber derivado de las uniones convivenciales.

El CCCat no aborda en una norma específica la obligación de alimentos que pudiera surgir en el contexto de la familia reconstituida, sin embargo, tratándose de un vínculo matrimonial el Art. 231-5.2 comprende entre los gastos familiares los alimentos de los hijos no comunes que convivan con los cónyuges[61], sin embargo, no señala la norma cómo se determina esta contribución ni a cuánto se extendería o podría ascender. Tratamiento por lo demás parcial pues no comprende a las familias con base en la convivencia.

El establecimiento de deberes de hijos e hijas menores de edad en el contexto de familias reconstituidas no tiene reconocimiento en ninguno de los dos ordenamientos que analizamos, debiendo desprenderse de las reglas generales en materia de relaciones entre padres e hijos (Art. 236-17 CCCat, Art. 671 CCyCom), sin embargo, sería recomendable su consideración, de una parte porque si se han procurado deberes para el nuevo cónyuge /conviviente del progenitor o progenitor afín a su respecto deberían también ser abordados los que corresponden al otro extremo de la relación, sirviendo además estas previsiones para contribuir al respeto, cuidado y colaboración entre todos los integrantes del grupo familiar ensamblado.

59 Marchio señala la "solidaridad alimentaria" como un concepto amplio que resulta adecuado para una situación de contornos fluidos como lo es la de las familias recompuestas. Marchio, A.: "Famiglie ricomposte e responsabilitá per il mantenimento dei minori", en AA.VV.: *Interventi di sostegno allá genitorialitá nelle familglie ricomposte* (coord. por C. Bianca, M. Tógliatti y A. Micci), FrancoAngeli, Milano, 2005, pp. 42, 45.

60 Respecto el contenido de la obligación de alimentos, el Art. 659 CCyCom dispone: "La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado".

61 En cuanto al contenido de los alimentos de origen familiar el Art. 237-1 CCCat, señala: "Se entiende por alimentos todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si esta es menor y para la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular. Asimismo, los alimentos incluyen los gastos funerarios, si no están cubiertos de otra forma".

2. Finalizado el vínculo conyugal o de convivencia que conformó la familia reconstituida.

A) Fallecimiento del padre o madre.

En caso de fallecimiento del padre o madre que tenía atribuida en forma exclusiva el cuidado o guarda del hijo/a, el CCCat dispone que ésta corresponderá al otro progenitor (Art. 236-15.1). Sin embargo, en forma excepcional, por vía judicial contando con informe del ministerio fiscal, es posible atribuir la guarda y las demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente sobreviviente, siempre que el interés del hijo así lo requiera. Conforme lo dispuesto por el Art. 236-15.2 CCCat los requisitos establecidos para este último caso son la exigencia de convivencia entre el cónyuge o conviviente del padre o madre difunto y el niño, niña o adolescente; y, que se escuche al otro progenitor y al o la menor de edad conforme el Art. 211-6.2[62]. No determina la norma que el cónyuge o conviviente del padre o madre fallecido deba ejercer con exclusividad las funciones parentales que se le atribuyen, pudiendo desprenderse la posibilidad de ejercicio conjunto con el otro progenitor. No aporta en claridad la norma respecto de si la guarda y las demás responsabilidades parentales atribuidas efectivamente dejan al cónyuge o conviviente del padre o madre fallecido en calidad de titular de la potestad parental[63].

En el sistema catalán, además, es de mencionar que el Art. 222-10.2. d) que, en caso de muerte del progenitor, considera expresamente a su cónyuge o conviviente en pareja entre los llamados a la delación judicial de la tutela del hijo/a menor de edad.

No observamos en el sistema argentino reglas específicas para el caso de fallecimiento del cónyuge o conviviente progenitor que tenía atribuido el cuidado del hijo, sin embargo, es de tener presente que en la regulación de la tutela dativa del menor de edad utiliza una fórmula de la que puede desprenderse que sería posible designar en el cargo al cónyuge o pareja de su padre o madre al señalar que "el juez debe otorgar la tutela a la persona que sea más idónea para brindar protección al niño, niña o adolescente, debiendo fundar razonablemente los motivos que justifican dicha idoneidad" (Art. 107 CCyCom).

B) Término del matrimonio o convivencia.

62 Artículo 211-6 CCCat. Interés superior del menor.
2. El menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial.

63 Gete-Alonso y Calera M.C. y Solé Resina, J.: *Actualización del derecho*, cit., p. 226.

La situación de la relación personal entre el hijo y el progenitor afín en el caso de término del vínculo matrimonial por divorcio o de quiebre de la convivencia es abordada en el sistema catalán con una norma específica que, centrada en el interés prevalente del niño, niña o adolescente legitima al excónyuge o exconviviente del padre o madre para solicitar judicialmente la atribución de un régimen de relación, estableciendo la exigencia de una convivencia calificada[64] que debe haberse extendido por los dos últimos años. Es de mencionar, además, que en el derecho estatal el Art. 160.2 CC español establece el derecho de los hijos menores de edad de relacionarse con los allegados, el que no puede impedirse sin causa justificada, siendo resuelto por el juez en caso de oposición, atendidas las circunstancias. Es del caso que habiéndose convertido el excónyuge o exconviviente del progenitor en un adulto significativo apara el niño, niña o adolescente, se admita su calificación dentro del supuesto que contempla la norma.

En el derecho argentino la mantención de relaciones personales post ruptura, a falta de norma específica, debe regirse por las reglas generales. Así, existiendo matrimonio y dado que este genera parentesco por afinidad resulta de aplicación el Art. 555 CCyCom que establece que las personas que tienen a su cargo a personas menores de edad deben permitir la comunicación entre éstas y los parientes por afinidad en primer grado, cual sería el caso del progenitor afín. Sin embargo, dado que el vínculo de afectividad también puede surgir con miembros de la familia extendida del progenitor afín o en el contexto de una convivencia, el Art. 556 establece que las disposiciones contenidas en el Art. 555 son también aplicables para aquellos que justifiquen un interés afectivo legítimo, que encuentra su sustento en la noción de socioafectividad y en el derecho a la identidad en su vertiente dinámica[65].

Tras la fractura de la relación y relativo a la mantención del niño, niña o adolescente, el CCyCom en la segunda parte del Art. 676 CCyCom, ha introducido una regla que se aprecia como novedosa. Luego de establecer la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto del hijo/a del otro con carácter subsidiaria y con posibilidad de hacerla exigible en tanto se encuentre vigente el matrimonio o la unión convivencial, considera la determinación judicial de una cuota asistencial transitoria si el cambio de situación del hijo/a tras la ruptura le pudiere ocasionar un grave daño y el progenitor afín durante la vida en común hubiere asumido el sustento del hijo/a. La temporalidad y cuantía de esta cuota es determinada teniendo en consideración la fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y la extensión de la convivencia.

64 Vaquer Aloy, A. e Ibarz López, N.: "Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal", *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, N°4, octubre-diciembre, 2017, p. 226.

65 Herrera, M.: "Capítulo 2. Sección 2ª Derecho de comunicación", en AA.VV.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado,* Tomo II (dir. por M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso), Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 279.

Destacando el avance introducido por las normativas analizadas en orden a reconocer dentro de las diversas realidades familiares la de las familias reconstituidas es concluyente que en ambas se ha efectuado un desarrollo parcial a su respecto, el que en ciertos aspectos puede ultimarse recurriendo al complemento de las reglas generales establecidas, pero en que existen otros cuyo desarrollo específico sería deseable con objeto de clarificar conceptos, relevar el interés prevalente de niños, niñas y adolescentes y dotar de completa visibilidad a las familias reconstituidas y las relaciones que engendra.

IV. CONCLUSIONES.

La de las familias reconstituidas es una realidad presente en nuestras sociedades que debe ser visibilizada en los ordenamientos jurídicos, especialmente por constituir núcleos de desarrollo de niños, niñas y adolescentes con particular trascendencia en sus derechos esenciales a la identidad personal y a vivir en familia.

Entre la variedad de tipologías existentes, nos hemos centrado en los ensambles familiares que pueden albergar una pluralidad de adultos que desarrollen funciones parentales en relación con un niño, niña o adolescente en que paralelamente a los vínculos biológicos, la socio-afectividad se configura en los hechos como base de relaciones de contenido paterno o materno filial. A este respecto, la posibilidad de concebir una desagregación de funciones parentales que cautele tanto el aspecto biológico como la "familia vivida", abriéndose a una noción de pluriparentalidad en sentido lato podría constituir un aporte que permitiría superar la rigidez imperante permitiendo un mayor resguardo de los derechos de infancia y adolescencia.

Diseño que corresponde sea asumido normativamente no tan solo por tratarse de una materia relativa a filiación y familia, regulada por reglas de orden público, sino también en la búsqueda de precaver problemáticas que frecuentemente se presentan en la vida familiar, en que la configuración de status parentales diferenciados con atribución de funciones determinadas permitiría, además, superar el desafío que envuelve la multiplicación de centros de decisión en torno al niño, niña o adolescentes, uno de los principales cuestionamientos jurídicos y prácticos que trae aparejada la multiparentalidad.

Desarrollo que, en reconocimiento de las relaciones afectivas generadas, debiera también contemplar la forma de velar por su continuidad tras la ruptura de la relación entre el padre o madre y el progenitor/a afín, de exigirlo así el interés prevalente del menor de edad involucrado.

Siendo la casuística muy variada establecer normas rígidas no sería lo recomendable, pero sí la adopción de una regulación básica que abordara los

aspectos enunciados, dejando espacio para los acuerdos que, en la medida que confieran mayores atribuciones que las contempladas en la ley o incidan en decisiones de mayor trascendencia, debieran merecer aprobación judicial con el objeto de otorgar la debida protección al interés prevalente de niños, niñas y adolescentes, a su derecho a ser oído conforme su autonomía progresiva y cautelar sus prerrogativas inherentes.

Otras reglas que exceden el contenido eminentemente personal que ahora revisamos, podrían extenderse al ámbito patrimonial de la mantención del hijo/a afín y la participación en los gastos que su crianza irroga, evaluando la incorporación de obligaciones alimentarias en su favor o derechos sucesorios mutuos, ámbitos de gran interés que también han sido objeto de preocupación por parte de la doctrina[66].

Finalmente, con el fin de conocer una aproximación al reconocimiento de las familias reconstituidas y la regulación de las relaciones personales entre hijos/as afines y progenitores/as afines, hemos revisado dos ordenamientos que podrían resultar de interés para los sistemas jurídicos que carecen aún de reglas específicas al respecto y que se mantienen ausentes del reconocimiento a esta realidad familiar y la debida efectivización de los derechos de niños, niñas y adolescentes en ella involucrados.

66 Cfr., Marchio, A.: "Famiglie ricomposte", cit., pp. 42 – 47; Barba, V.: "Familias reconstituidas", cit., pp. 1 - 20; Barba, V.: "Familias recompuestas y derecho de sucesiones", cit., pp. 1 - 47; Pérez Gallardo, L., "Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión "ab intestato" ¿Una ecuación lineal?", *Universidad de La Habana*, núm. 272, año 2011, pp. 78 – 101; Vaquer Aloy, A. e Ibarz López, N.: "Las familias reconstituidas", cit., pp. 211 – 235.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Escudero, R.: "La socio-afectividad como sustrato de relaciones parentales sin base biológica. Panorama en el ámbito jurídico iberoamericano", en AA.VV.: *Familia, Persona Liber Amicorum María del Carmen Gete-Alonso y Calera* (coord. por J. Solé Resina), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 155 – 168.

Álvarez Escudero, R.: "Relaciones parentales sin base biológica en el derecho chileno. Repensando el sistema filial en perspectiva de infancia y adolescencia", *RDF Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 171, septiembre 2022, pp. 169 – 179.

Auletta, T.: "La familia rinnovata: problema e prospettive", en AA.VV.: *Interventi di sostegno allá genitorialitá nelle familglie ricomposte* (coord. por C. Bianca, M. Tógliatti y A. Micci), FrancoAngeli, Milano, 2005, pp. 48 – 74.

Barba, V.: "Familias reconstituidas, multiparentalidad y sucesiones: nuevos retos", inédito, pp. 1 – 20.

Barba, V.: "Familias recompuestas y derecho de sucesiones: Una posible propuesta de regulación", inédito, pp. 1 – 47.

Carrillo Lerma, C.: *Familias reconstituidas: la relación jurídica entre el cónyuge y los hijos no comunes menores de edad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Comité de Derechos Humanos: *Observación General Nº19. La familia (artículo 23 -Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)*, julio 1990. Disponible en https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN19 [fecha consulta: 22.07.22].

Comité de los Derechos del Niño: *Observación General Nº7 realización de los derechos del niño en la primera infancia*, noviembre 2005. Disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8019.pdf [fecha consulta: 22.07.22].

Comité de los Derechos del Niño: *Observación General Nº14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, mayo 2013. Disponible en https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990 [fecha consulta: 22.07.22].

Commission on European Family Law: *Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la Responsabilidad Parental*. Disponible en http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-Spanish.pdf [fecha consulta: 24.08.2022].

Díez Picazo, L.: "Derecho de Familia y sociedad democrática", *Arbor: ciencia, pensamiento y cultura*, CLXXVIII, núm. 702, junio 2004, pp. 313 – 321.

Dupla Marín, M.T.: "Potestad parental catalana y autoridad familiar aragonesa: Breve análisis comparativo de las facultades otorgadas a los padrastros respecto de los hijos menores del cónyuge o conviviente", en AA.VV.: *La familia en el siglo XXI: Algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña* (edit. por N. Gines Castellet), Bosh, Barcelona, 2011, pp. 97 – 115.

Duplá Marín, M.T., "La autoridad familiar del padrastro o madrastra en la legislación aragonesa: del Apéndice Foral de 1925 al art. 72 de la Ley 13/2006 de Derecho de la Persona", *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 86 núm. 717, pp. 61 – 91.

Fernández Sessarego, C.: *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

Ferrer Riba, J.: "Familias y pluriparentalidad en derecho español", *RDF Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 85, julio 2018, pp. 163 – 177.

Ferrer Riba, J.: "Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión", en AA.VV.: *Retos actuales de la filiación* (coord. por R. Barber Cárcamo, S. Quicios Molina y R. Verdera Server), Tecnos, Madrid, 2018, pp. 297 – 327.

Figueroa Yáñez, G.: *Derecho civil de la persona. Del genoma al nacimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, pp. 261 – 263.

García Rubio, M.P., "Un niño o una niña pueden tener más de dos madre y/o de dos padres. Hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad", en AA.VV.: *Familia, Persona Liber Amicorum María del Carmen Gete-Alonso y Calera* (coord. por J. Solé Resina), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 209 – 220.

Garriga Gorina, M.: "Las relaciones paterno filiales de hecho", *Indret* núm. 3/2004, pp. 1 – 20.

Gete-Alonso y Calera, M.C.: "Expresiones jurídicas del ejercicio de la identidad personal y de la autodeterminación", *EJJL*, vol.18, núm.3, 2017, pp. 661 – 677.

Gete-Alonso y Calera M.C. y Solé Resina, J.: *Actualización del derecho de filiación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Gil Calvo, E.: "Hacia una nueva concepción de la paternidad y la maternidad", *Arbor: ciencia, pensamiento y cultura*, CLXXVIII, núm. 702, junio 2004, pp. 401 – 419.

Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a la identidad y filiación*, Dykinson, Madrid, 2007.

Herrera, M.: "Título IV Parentesco", en AA.VV.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II (dir. por M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso), Infojus, Buenos Aires, 2015, pp. 231 – 242.

Herrera, M.: "Capítulo 2. Sección 2ª Derecho de comunicación", en AA.VV.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado,* Tomo II (dir. por M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso), Infojus, Buenos Aires, 2015, pp. 275 – 280.

Lacruz Berdejo, J., Sancho Rebullida, F., et al: *Elementos de derecho civil IV – Familia*, Dykinson, Madrid, 2010.

López Sánchez, C.: "Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto 2020, pp. 194 – 223.

Marchio, A., "Famiglie ricomposte e responsabilitá per il mantenimento dei minori", en AA.VV.: *Interventi di sostegno allá genitorialitá nelle familglie ricomposte* (coord. por C. Bianca, M. Tógliatti y A. Micci), FrancoAngeli, Milano, 2005, pp. 42 – 47.

Notrica, F. y Melón, P.: "El ejercicio de la responsabilidad parental en las familias ensambladas", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 72, pp. 171 – 179.

Pellegrini, M.: "Comentarios a los arts. 638 a 704 Código Civil y Comercial argentino", en AA.VV.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado,* Tomo II, (dir. por M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso), Infojus, Buenos Aires, 2015, pp. 479 – 556.

Pérez Gallardo, L., "Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión "ab intestato" ¿Una ecuación lineal?", *Universidad de La Habana*, núm. 272, año 2011, pp. 63 – 81.

Sesta, M.: "Familia e hijos en Europa: Los nuevos paradigmas", *RDF Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia,* núm. 94, mayo 2020, pp. 145 – 153.

Soares, L.C.: "Reflexión. Ser padre, ser madre, ser padrastro, ser madrastra: Aspecto psicológicos y jurídicos", *Anuario de psicología jurídica*, vol. 21, 2011, pp. 125 – 130.

Sosoon, J. y Willems, G.: "Introduction", en AA.VV.: *Adults and children in postmodern societies* (edit. por J. Sosoon, G. Willems y G. Motte), Intersentia, Cambridge, 2019, pp. 1 – 4.

Sosoon, J. y Willems, G.: "General Conclusion", en AA.VV.: *Adults and children in postmodern societies* (edit. por J. Sosoon, G. Willems y G. Motte), Intersentia, Cambridge, 2019, pp. 865 – 873.

Tamayo Haya, S.: "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas", *Revista digital Facultad de Derecho*, núm. 6, 2013, pp. 261 – 316.

Vaquer Aloy, A. e Ibarz López, N.: "Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal", *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, N°4, octubre-diciembre, 2017, pp. 211 – 235.

ESERCIZIO DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE E POTERI DI INTERVENTO DEL GIUDICE

EXERCISE OF PARENTAL RESPONSIBILITY AND THE COURT'S POWERS OF INTERVENTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 856-883

Nicolò
CEVOLANI

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il controllo del giudice sull'esercizio della responsabilità genitoriale rappresenta una visuale privilegiata sul perseguimento del migliore interesse del minore e sull'esercizio compresso delle prerogative genitoriali. Alla decisione del giudice viene assegnato un ruolo particolarmente incisivo, per superare l'eventuale impasse tra i genitori, definire la loro crisi, e specialmente supplire alla loro inidoneità rispetto alla cura del minore. È qui che l'ordinario esercizio della responsabilità genitoriale e i confini dell'autonomia familiare soffrono l'ingresso del provvedimento giudiziale. Si esamina l'assetto complessivo del sistema attuale, anche alla luce della recente riforma, per rintracciare le "nuove frontiere" ed esplorarle.

PALABRAS CLAVE: Responsabilità genitoriale; migliore interesse del minore; ascolto del minore; intervento del giudice.

ABSTRACT: *The judicial control over the exercise of parental responsibility implies a pressed exercise of parental prerogatives, focusing on the best interests of the child. Court decisions gain a particularly incisive role, to overcome any impasse between parents, define their crisis, and especially remedy their inability to cope with the child's care. Here the ordinary exercise of parental responsibility and the boundaries of family autonomy suffer the entry of the court order. The overall structure of the current system is outlined, also in the light of the recent reform, in order to trace the "new frontiers" and explore them.*

KEY WORDS: *Parental responsibility; best interests of the child; chid's own view hearing; judicial intervention.*

SUMARIO.- I. L'INTERESSE DEL MINORE E LE PREROGATIVE GENITORIALI.- II. GLI INTERVENTI DEL GIUDICE.- 1. Interventi prodromici.- A) Autorizzazione per gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione.- B) Affidamento del figlio.- 2. Interventi concomitanti o tout court sostitutivi.- A) Vaccinazioni anti Covid-19.- 3. Interventi Successivi.- A) Vincoli imposti all'amministrazione e sua rimozione.- B) Provvedimenti convenienti.- C) Decadenza dalla responsabilità genitoriale.- III. LA NOMINA DEL CURATORE SPECIALE.- IV. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

I. L'INTERESSE DEL MINORE E LE PREROGATIVE GENITORIALI.

"*Fil rouge* dell'attuale disciplina giuridica della famiglia"[1], "valore apicale di sistema" e "nuovo principio sistematico organizzatore di tutto il diritto minorile e si potrebbe senz'altro dire dell'intero diritto di famiglia"[2], ma anche "una nozione che si è espansa instancabilmente [nella giurisprudenza], fino a essere diventata onnipervasiva"[3] e "dotato di un valore taumaturgico"[4]: chi descrive l'interesse del minore parla di un riferimento con cui fare i conti[5] e il sistema delle prerogative genitoriali non fa eccezione. Tende a essere anzi il terreno più esposto all'applicazione del principio, designando i rapporti, i contatti e sostanzialmente la stessa vita del figlio con i genitori, nel segno dei diritti, scolpiti agli artt. 30 Cost. e 315 bis, comma 2, c.c., che il primo vanta sui secondi[6].

La lettura è quella dell'istituzione familiare che cede di fronte ai suoi componenti e tra questi il primato spetta appunto ai minori[7].

1 Sesta, M.: "La prospettiva paidocentrica quale *fil rouge* dell'attuale disciplina giuridica della famiglia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, num. 16 bis, p. 1574.

2 Scalisi, V.: "Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto", *Rivista di diritto civile*, 2018, num. 2, p. 408.

3 Lenti, L.: *Diritto della famiglia*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da G. Iudica, P. Zatti), Giuffrè Francis Lefevbre, Milano, 2021, p. 74.

4 Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Rivista di diritto civile*, 2016, num. 1, p. 86.

5 Il tema, vastissimo, è meta di volumi interamente dedicati, tra i quali AA.VV., The best interest of the child (a cura di M. Bianca), Sapienza Università Editrice, Roma, 2021; Di Masi, M.: *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, Jovene, 2020. Cfr. altresì la ricostruzione di Senigaglia, R.: "I princìpi e le categorie del diritto civile minorile", in AA.VV.: *Diritto civile minorile* (a cura di A. Cordiano, R. Senigaglia), Esi, Napoli, 2022, pp. 40 s.

6 Cfr. Lenti, L.: "Responsabilità genitoriale", in AA.VV.: *Il nuovo diritto della filiazione* (a cura di L. Lenti, M. Mantovani), *Le riforme*, in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), vol. II, Giuffrè Francis Lefevbre, Milano, 2019, p. 377 (il quale pone l'accento proprio sui controlli della "funzione"); Lenti, L.: *Diritto della famiglia*, cit., pp. 294 ss.; Quadri, E.: "Una riflessione sull'interesse del minore e la dimensione familiare della sua tutela", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, num. 6, parte II, p. 1330; Sesta, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, IX ed., Cedam-Wolters Kluwer, Milano-Padova, 2021, p. 262; Cipriani, N.: "Responsabilità genitoriale", in AA.VV.: *Manuale di diritto di famiglia*, Esi, Napoli, 2022, pp. 181 ss.; Gorgoni, A.: "Il rapporto di filiazione", in AA.VV.: *Diritto civile minorile*, cit., p. 116.

7 Sesta, M.: "Familia e hijos en Europa: nuevos paradigmas", *Derecho de familia*, 2020, num. 5, p. 148; Sesta, M.: "Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", *Rivista di diritto civile*, 2020, num. 6, pp. 1180 ss.; Carapezza Figlia, G.: "Formazioni sociali familiari e diritti fondamentali nel sistema ordinamentale

• Nicolò Cevolani
Professore a contratto e assegnista di ricerca dell'Alma Mater Studiorum Università di Bologna. E-mail: nicolo.cevolani2@unibo.it

I controlli in senso lato sull'esercizio delle ampie prerogative dei genitori costituiscono allora uno spaccato assai denotativo sui conferenti principi costituzionali (art. 30 Cost.) e sovranazionali (art. 8 Cedu), fusi nel miglior interesse del minore (art. 3 Convention on the Rights of Child). Il sistema degli interventi giudiziali che variamente restringono i poteri dei genitori apre un ventaglio di ipotesi, raccolte in ultima istanza attorno a un presidio della figura del minorenne esposto alle prerogative dei genitori: previsioni di diritto sostanziale che custodiscono l'effettività dei best interests of the child, in una delicatissima dialettica con il rispetto della vita familiare dello stesso figlio, quale luogo tendenzialmente più adatto allo sviluppo della sua personalità[8]. Per mettere a fuoco "le nuove frontiere" raggiunte dai provvedimenti giudiziali che intersecano i poteri dei genitori, occorre inforcare queste lenti.

II. GLI INTERVENTI DEL GIUDICE.

I provvedimenti del giudice si possono ordinare in gruppi, tra quelli ex ante, in medias res ed ex post, a seconda del momento in cui impattano sull'esercizio delle prerogative in seno alla responsabilità genitoriale; rispetto cioè al compimento di un atto da parte dei genitori – o di chi ne tenga la responsabilità –, o alla loro inerzia, che impegni, o trascuri, i figli minori o comunque coinvolga la loro sfera.

Attorno all'interesse del minore si stringe la recente riforma recata dalla L. 26 novembre 2021, num. 206[9] e dal corrispondente decreto delegato D.lgs. 10 ottobre 2022, num. 149[10], mirati al processo (non senza marcati risvolti sostanziali[11]). Traccia tangibile è la codificazione di tutta una sequenza procedimentale in cui si deve tradurre l'ascolto del minore, agli artt. 473 bis.4 e 473 bis.5 c.p.c. (sostituiscono l'abrogato art. 337 octies c.c.).

Il taglio della disamina privilegia quegli orientamenti che integrano per così dire il sistema, spesso nel segno di quegli interessi di carattere non patrimoniale nuovi rispetto alle istanze tradizionali, più indirizzate in senso patrimoniale. Si tratta di scorgere quegli accenti più innovativi in questa direzione.

---

italo-europeo", in AA.VV., *Manuale di diritto di famiglia*, cit., pp. 13 s. Per dare la misura del cambiamento, si potrebbe ricordare un ricorrente passo di Cicu, A.: "La filiazione", in *Trattato di diritto civile italiano* (diretto da F. Vassalli), A. Cicu, G. Tedeschi, *La filiazione. Gli alimenti*, III ed., vol. III, tomo 2, Utet, Torino, 1969, p. 349, "[s]e si potesse considerare il figlio come oggetto, anziché soggetto di diritto, il rapporto potrebbe configurarsi come identico od analogo a quello che si ha nel diritto di proprietà".

8 Carapezza Figlia, G.: "Formazioni sociali", cit., pp. 9 s.

9 "Delega al Governo per […] misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie […]". In particolare sul nuovo rito familiare v. Ballarani, G.: "Le istituzioni a tutela dei minori", in AA.VV.: *Diritto civile minorile*, cit., pp. 73 ss.

10 "Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206 […]". L'applicazione del decreto decorre dal 30 giugno 2023.

11 Cfr. Long, J.: "Uno sguardo problematico sulle novità della riforma del processo civile d'interesse per il diritto familiare e minorile sostanziale", *Familia*, 2022, num. 1, pp. 149 ss.

1. Interventi prodromici.

Tra gli interventi che precedono il compimento di un atto, si possono collocare due ipotesi eterogenee: il compimento di atti particolarmente incisivi sul suo patrimonio e il disgregarsi della coppia genitoriale. Davanti a queste circostanze si presagisce un rischio per il figlio lasciato alla gestione dei propri genitori. Subodorando l'insufficienza della gestione autonoma da parte dei genitori, viene interposto un controllo teso a spianare quei fattori che minacciano il fattivo perseguimento dell'interesse del minore nel caso concreto.

A) Autorizzazione per gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione.

Tra gli atti che i genitori devono compiere in nome e per conto dei figli minori l'art. 320 comma 3 c.c. ricava uno spartiacque fra la ordinaria e la straordinaria amministrazione[12], con la seconda che importa la previa autorizzazione da parte del giudice.

Il dettato della norma peraltro è più ampio. Il criterio discretivo – la rilevanza dell'atto – rappresenta l'inciso in un variegato elenco, che raccoglie una serie di operazioni, condizionandole al permesso giudiziale. Il riferimento testuale indica che la lista non è esaustiva ma esemplificativa, e potrebbe darsi un atto non compreso, ma lo stesso connotato da una certa rilevanza, che pertanto va prima autorizzato[13]. Dal lato opposto ci si può domandare se la presenza di un atto nella lista sia di per sé sufficiente per provocare il controllo esterno. A questo proposito sembra significativo appuntare un avvicendamento di opinioni (e sensibilità). Una posizione datata voleva il passaggio dal giudice sol che si prospettasse l'atto indicato dalla norma e senza guardare al valore movimentato[14], sulla scorta di ragioni vicine alla chiarezza del dettato e alla certezza del diritto. La supera una concezione più moderna e attenta al rispetto della vita familiare: perché sia necessario autorizzarla, l'operazione, pure tipizzata, deve comunque eccedere l'ordinaria amministrazione[15].

12 Oltre ad articolare il criterio discretivo lungo la rilevanza dell'atto, straordinaria od ordinaria, l'art. 320, comma 3, c.c., elenca una serie di operazioni, condizionate al placet del giudice.

13 Vercellone, P.: *La filiazione: legittima, naturale, adottiva, e la procreazione artificiale*, in *Trattato di diritto civile italiano* (fondato da F. Vassalli), Utet, Torino, 1987, vol. III, tomo 2, p. 437; Bucciante, A.: "La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione", in *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), AA.VV.: *Persone e Famiglia*, II ed., vol. IV, tomo 3, Torino, Utet, 1997, p. 623; De Cristofaro, G.: "Il contenuto patrimoniale della potestà", in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), AA.VV.: *La filiazione*, II ed. (a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani), Giuffrè, Milano, 2012, vol. II, p. 1378.

14 Si usano argomenti sensibili alla certezza del diritto: Vercellone, P.: *La filiazione*, cit., p. 437; Dogliotti, M.: *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), vol. VI, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 367 s.

15 Bucciante, A.: "La potestà dei genitori", cit., p. 623; Ruscello, F.: *La potestà dei genitori. Rapporti patrimoniali*, ne *Il Codice civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2007, pp. 90 s; De Cristofaro, G.: "Il contenuto patrimoniale", cit., p. 1378. Del resto pare proprio eccessivo sottoporre l'autonomia familiare, per fare un'ipotesi comune, allo scrutinio del giudice sulle donazioni di poco valore.

L'atto che superi la ordinaria amministrazione in ogni caso va autorizzato: oltre a concedere o negare il permesso, secondo una tesi già radicata nel passato, in questa sede il giudice può anche indirizzare i genitori formulando direttive[16], in armonia con le sfumature che il caso concreto offra per meglio adeguare l'attività all'interesse del minore.

Requisiti della concessione sono "necessità o utilità evidente del figlio". La lettura invalsa della "necessità" la collega a un parametro di conservazione del patrimonio: atti necessari a mantenere la consistenza del patrimonio che senza essi decadrebbe, si ha di mira un profilo statico. L'*utilità evidente*, invece, significa un'attitudine a incrementare il patrimonio, in una misura considerevole e senza apprezzabili rischi: si guarda ora al profilo dinamico[17].

Viene notato come le riflessioni tradizionali si concentrino sul sostrato patrimoniale del parametro. Restano in ombra altri interessi per la valutazione dell'atto da compiere in nome e per conto del minore. Per fare fronte all'inconveniente si propone allora di esaminare, nel passaggio sub iudice, anche il saliente personale del minore e segnatamente l'impatto che sortisca l'atto da autorizzare rispetto a sue esigenze che esulino dai profili pecuniari[18].

I vantaggi di questa impostazione stanno nella possibilità di apprezzare uno spettro più ampio di situazioni concrete in tutte le sfumature e di arricchire i profili su cui valutare l'atto. L'esempio della donazione in questo senso è assai paradigmatico: nulla da obiettare di fronte a un arricchimento netto, ragionamento più problematico se ci si volge alla connotazione schiettamente morale del gesto[19]. O ancora, l'esborso per fare fronte a una costosa formazione all'estero sfuggirebbe dall'accezione statica della necessità di conservare il patrimonio, ma rimane del tutto alla portata di un punto di vista informato ai profili più intimi e personali della prole.

16 A. Cicu, "La filiazione", cit., p. 380; Finocchiaro, A., Finocchiaro, M.: *Diritto di famiglia*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1984, p. 2083; F. Ruscello, *La potestà*, cit., p. 72.

17 Finocchiaro, A., Finocchiaro, M.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 2069; Bucciante, A.: "La potestà dei genitori", cit., p. 626.

18 De Cristofaro, G.: "Il contenuto patrimoniale", cit., p. 1394, "in quest'ottica, oltre agli atti che siano esclusivamente finalizzati alla conservazione del patrimonio del minore, nonché a quelli destinati ad incrementarlo con sicurezza o col minimo rischio, anche gli atti con finalità di incremento che presentino margini significativi di rischio, e persino quelli verosimilmente destinati a non comportare alcun incremento patrimoniale (o addirittura a determinare un depauperamento, purché non sproporzionato ed eccessivo) potrebbero essere autorizzati, quando ciò appaia necessario o manifestamente utile per la *persona* del minore". Si v. anche Bocchini, F.: "L'interesse del minore nei rapporti patrimoniali", *Rivista di diritto civile*, fasc. 3, parte I, p. 302 e Ruscello, F.: *La potestà*, cit., pp. 72 e 75.

19 Cfr. Godbout, J.T.: *Lo spirito del dono,* Bollati Boringhieri, Torino, 1993, *passim*; Godelier, M.: *L'enigme du don*, Fayard, Paris, 1996, *passim*.

Nel merito della questione, ci si confronta nuovamente tra quanti orientano l'opportunità dell'atto al solo interesse del minore[20], facendo leva sull'argomento letterale; e chi invece osserva come gli interessi patrimoniali del minore non possano andare effettivamente separati da quelli della famiglia: viene richiamato il dovere, dedotto in capo al minore dagli artt. 315 e 324 cpv. c.c. di far fronte ai bisogni economici della famiglia[21].

B) Affidamento del figlio.

Qui, si può dire, le stesse attribuzioni dei genitori proprio passano attraverso un provvedimento giudiziale, che le modula a seconda della convenienza dei figli, definendo le stesse regole che gestiscono i rapporti tra la coppia e la prole nel solco dell'affidamento[22], condiviso o monogenitoriale.

Il modello legislativamente privilegiato è il condiviso: i commentatori segnalano come tale preferenza non vada intesa alla stregua di una equazione indiscriminata tra la scelta dell'affidamento condiviso e il perseguimento del miglior interesse della prole, quasi fossero legati da presunzione assoluta. Certamente l'affidamento condiviso è legislativamente considerato come soluzione ottimale, ma chi giudica deve necessariamente apprezzare quelle controindicazioni che suggeriscano l'affidamento monogenitoriale[23].

Su questa scia si possono inquadrare i rapporti tra le fattispecie che legittimino la scelta per l'affidamento monogenitoriale e quelle che importino l'applicazione di

20 Dogliotti, M., Gallo, F.: "Rappresentanza e amministrazione nella potestà dei genitori", *Vita notarile*, 2006, parte I, p. 1151; Cipriani, N.: "Responsabilità genitoriale", cit., p. 190.

21 F. Ruscello, "La potestà", cit., pp. 76 e s. La tesi rischierebbe forse di mescolare l'amministrazione dei beni e l'usufrutto legale sui beni del figlio, sui proventi del quale, distratti dal suo patrimonio e orientati a mantenere il menage familiare, si esaurisce la funzione solidaristica.

22 Sulla sovrapposizione concettuale tra l'affidamento e l'allora potestà, ora responsabilità genitoriale, Sesta, M.: "Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali", *Famiglia e diritto*, 2006, num. 4, pp. 380 s.; Ballarani, G.: commento *sub* art. 155 c.c., in AA.VV.: *Provvedimenti riguardo ai figli* (a cura di S. Patti e L. Rossi Carleo), in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2006, pp. 64 ss.; Balestra, L.: "Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso", *Familia*, 2006, num. 4/5, parte I, p. 660; Bianca, C.M.: "La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e dell'affidamento condiviso: prime riflessioni", *Il diritto di famiglia e delle successioni*, 2006, parte II, p. 678; Scalisi, V.: "Il diritto del minore alla "bigenitorialità" dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare", *Famiglia e diritto*, 2007, num. 5, pp. 523 s.; Iannaccone, M.: "Quale conflittualità tra genitori esclude il ricorso all'affidamento esclusivo?", *Famiglia e diritto*, 2007, num. 6, pp. 630 s.

23 Arceri, A.: "La crisi della coppia genitoriale e gli effetti personali sui figli", in Sesta, M., Arceri, A.: *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, *La crisi della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), vol. III, Giuffrè, Milano, 2016, p. 180. La posizione privilegiata accordata all'affido condiviso – e la stessa disciplina dell'esercizio condiviso della responsabilità genitoriale –, cementa in ogni caso la ribalta del principio di bigenitorialità: cfr. *amplius* Al Mureden, E.: "Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi", *Famiglia e diritto*, 2021, num. 1, p. 25; Irti, C.: "Nuovi modelli familiari e tutela del minore nelle crisi del rapporto di coppia", in AA.VV.: *Diritto civile minorile*, cit., pp. 162 ss. Sui rapporti tra superiore interesse del minore ed esercizio delle prerogative genitoriali in regime di affidamento condiviso e il principio di bigenitorialità v. Ballarani, G.: commento *sub* art. 337 ter c.c. *L'affidamento condiviso e l'interesse del minore*, in *Esercizio della responsabilità genitoriale* (a cura di S. Patti, L. Rossi Carleo), in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano* (a cura di G. De Nova), Zanichelli, Bologna, 2021, pp. 21 ss. e 30 ss..

uno dei provvedimenti ex artt. 330 e 333 c.c. (sui quali si v. i paragrafi 3.B e 3.C). Per un verso, simili fattispecie offrirebbero una ragione per scartare l'affidamento condiviso[24]. Per l'altro, l'opportunità di applicare l'affido monogenitoriale può superare i confini per applicare le due norme, potendosi benissimo attestare su situazioni meno gravi[25]. La soluzione che tiene autonoma la scelta dell'affidamento dagli artt. 330 e 333 c.c. sembra insomma garantire una migliore aderenza al caso concreto, lasciando il perseguimento dei best interests il più possibile libero di spaziare tra le varie soluzioni. Ragioni puramente operative e contingenti possono deporre per il monogenitoriale: l'altro genitore, pure capacissimo di fare fronte ai propri doveri, potrebbe non trovarsi nella condizione ottimale per farlo, perché all'estero o comunque assorbito in una peculiare mansione, circostanza che di per sé difficilmente legittimerebbe le misure *ex* art. 333 o addirittura la decadenza, ma che ugualmente deporrebbe per l'opzione monogenitoriale.

Risalta quanto sia delicato impostare un confronto tra i genitori su questo terreno, specie quando si tratta dei rispettivi profili identitari[26], anche solo per soppesare la combinazione tra indirizzi di vita e culturali, avendo di mira una funzione educativa il meno possibile contrastata dopo la rottura.

Nel modello condiviso a ogni modo ciascun genitore conserva le prerogative sottese alla cura e all'educazione dei figli: a mutare sono le relative modalità di esercizio, non essendo più necessaria una costante codecisione[27]. Sarà il giudice, propriamente, a distribuire a ciascun genitore le rispettive funzioni, nello stesso provvedimento che reca l'affidamento della prole, tenendo conto degli eventuali accordi occorsi tra i genitori[28]: "in particolare qualora raggiunti all'esito di un percorso di mediazione familiare", aggiunge all'art. 337 ter comma 3 c.c., l'art. 1 comma 5 num. 1, D. lgs. 2022/149, ribadendo il favore dell'ordinamento per l'istituto[29].

24 Amram, D.: "Corte di Cassazione e giurisprudenza di merito: alla ricerca di un contenuto per l'interesse superiore del minore", *Famiglia e diritto*, 2008, num. 12, p. 1111.

25 Cfr. Sesta, M.: *Manuale di diritto*, cit. p. 320; Arceri, A.: "La crisi della coppia", cit., p. 180; Arceri, A.: commento *sub* artt. 337 ter-337 quinquies c.c., in AA.VV.: *Codice della famiglia*, III ed. (a cura di M. Sesta), Giuffrè, Milano, 2015, p. 1256; Quadri, E.: "Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma", *Familia*, 2006, num. 1, p. 401; per la giurisprudenza cfr. Cass. 15 settembre 2014, n. 19386 (www.dejure.it).

26 Nel secolo scorso il tema ha attirato l'analisi sempre incisiva di un illustre maestro, Bigiavi, W.: *Ateismo e affidamento della prole* (con introduzione di P. Calamandrei), Padova, Cedam, 1951, *passim*; in più occasioni, fino a Bigiavi, W.: "Affidamento della prole, ateismo, comunismo", *Rivista di diritto civile*, 1957, parte I, pp. 240 ss.

27 Arceri, A.: commento *sub* artt. 337 ter-337 quinquies c.c., cit., p. 1254.

28 Si è inteso escludere una riedizione del previgente affidamento congiunto, implicante una gestione dei profili potestativi della responsabilità genitoria costantemente a mani giunte – senza soluzione di continuità rispetto allo scenario antecedente alla disgregazione della coppia – e praticabile solo in corrispondenza di situazioni a bassissimo tasso di conflittualità tra i genitori: Arceri, A.: commento *sub* artt. 337 ter-337 quinquies c.c, cit., p. 1252.

29 Cfr. Nicolussi, A.: "Mediazione e affidamento condiviso", in AA.VV.: *Mediazione familiare e diritto del minore alla bigenitorialità. Verso una riforma dell'affidamento condiviso* (a cura di P. Mazzamuto), Giappichelli, Torino, 2019, pp. 7 ss.

Le indicazioni operative a questo punto riguardano il collocamento del figlio, le modalità in cui i genitori ne assicureranno il mantenimento, la cura, provvederanno alla relativa istruzione e all'educazione[30]. La dottrina raccomanda un canone analitico delle prescrizioni giudiziali direttamente proporzionale alla conflittualità tra i genitori: maggiore la litigiosità, maggiore la necessità di un tenore normativo il più dettagliato possibile[31].

Per quanto concerne l'affidamento esclusivo, modello residuale, esso consiste propriamente nella attribuzione dell'esercizio della responsabilità genitoriale a uno solo dei genitori, che si attiene alle condizioni dettate dal giudice. Le prerogative del non affidatario rimangono attive per le "decisioni di maggiore interesse" e per il resto si affievoliscono in un generale potere di controllo sulle scelte operate dall'altro, con il dovere di attivare lo scrutinio giudiziale a valle di iniziative che veda contrarie all'interesse dei figli[32].

2. Interventi concomitanti o tout court sostitutivi.

Due norme reggono gli interventi del giudice in medias res rispetto all'esercizio delle prerogative genitoriali. Entrambe puntano a sbloccare uno stallo, i genitori non raggiungono una comunanza di vedute sulle questioni relative alla prole e occorre prendere una decisione.

La prima è contenuta all'art. 316 comma 3 c.c., in ultimo riscritto dall'art. 1 comma 4 num. 3 D.lgs. 2022/149[33]. Dispone questo: al giudice, cercata invano "una soluzione concordata", spetta di prendere quella "che ritiene più adeguata all'interesse del figlio".

La seconda norma, all'art. 336 ter comma 3 c.c., si occupa sempre di sciogliere l'impasse decisionale, ma nel regime dell'affidamento condiviso. Disposto, lo si è ricordato sopra, per gestire la crisi insorta all'interno della coppia, garantisce una diarchia rigida in alcuni settori particolarmente sensibili, esemplificati nella medesima disposizione[34]. Ricaduta del principio di bigenitorialità[35], su cui, come già

30 Sesta, M.: *Manuale di diritto*, cit. 314.

31 Sesta, M.: *Le nuove norme*, cit., 382; Arceri, A.: commento sub artt. 337 ter-337 quinquies c.c., cit., p. 1254.

32 Sesta, M.: *Manuale di diritto*, cit., p. 320.

33 "Al Libro I, Titolo IX, Capo I, del codice civile sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 316: […] al terzo comma, le parole "suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Se il contrasto permane il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio" sono sostituite dalle seguenti: "tenta di raggiungere una soluzione concordata e, ove questa non sia possibile, adotta la soluzione che ritiene più adeguata all'interesse del figlio".

34 "Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli". Cfr. Arceri, A.: commento *sub* artt. 337 ter-337 quinquies c.c., cit., pp. 1274 s.

35 Ballarani, G.: commento *sub* art. 337 ter c.c. *L'affidamento condiviso e l'interesse del minore*, cit., pp. 81 s.

visto, l'ordinamento si attesta, a partire dalla L. 8 febbraio 2006, num. 54. Se manca l'indirizzo unitario nelle scelte concernenti la prole, va sollecitato l'intervento del giudice, perché provochi il superamento dello scoglio assumendo la decisione reputata la più opportuna (art. 337 ter comma 3 c.c.).

Il punto merita qualche ulteriore passaggio. La dottrina, nel vigore del precedente art. 155 c.c. – che presentava un impianto analogo per l'ipotesi di disaccordo dei genitori intorno alle determinazioni relative ai figli, in seguito alla separazione –, segnala una eccessiva ingerenza negli affari familiari[36], da ascrivere alla minore cautela dell'ordinamento davanti a una coppia disgregata[37] (il contraltare è sempre il rispetto della vita familiare dell'art. 8 Cedu e delle relazioni familiari dell'art. 8 Convention on the Right of the Child). Si è caldeggiata, così, una correzione interpretativa, alla stregua della quale, anche nella fattispecie di cui all'art. 337 ter comma 3 c.c., al giudice spetterebbe di stabilire quale genitore si incaricherà della scelta[38].

Peraltro il raccordo tra le due norme, dell'art. 316 comma 3 e dell'art. 337 ter comma 3, non è di immediata soluzione. La questione, tuttavia, in seguito alla ricordata novella che ha modificato l'art. 316 comma 3 uniformandolo all'altra prescrizione, ora non presenta grandi ripercussioni.

L'impostazione che guarda al dato sistematico e testuale vede nell'art. 316 c.c. una norma di portata generale e condiziona l'operatività dell'art. 337 ter alla circostanza che il giudice si sia pronunciato in materia "di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito dei procedimenti relativi ai figli anti fuori del matrimonio" – rubrica del capo II, titolo IX, libro I, dove si colloca l'art. 337 ter c.c. –[39] e quindi in buona sostanza sull'affidamento della prole. Si oppone l'orientamento che fissa lo spartiacque tra le prescrizioni sulla convivenza in atto (art. 316) o meno (art. 337 ter) dei genitori[40], privilegiando sembra la diversa ispirazione teleologica alla base delle due norme.

La scelta di campo era significativa quando le due norme, dell'art. 316 comma 3 e dell'art. 337 ter comma 3 c.c., riportavano contenuti diversi, e la prima

36 Balestra, L.: "Brevi notazioni", cit., p. 661.

37 Sesta, M.: "Le nuove norme", cit., p. 383; La Rosa, E.: commento sub art. 316, in AA.VV.: *Della famiglia*, II ed. (a cura di G. Di Rosa), in *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli), vol II, Utet, Torino, 2018, p. 650.

38 Quadri, E.: "Affidamento dei figli", cit., p. 405; come ricordato la composizione interpretativa in origine riguarda l'art. 155 c.c.: la richiama di recente Ballarani, G.: commento *sub* art. 337 ter c.c., cit., p. 82, che trasporta il ragionamento all'art. 337 ter comma 3 c.c. Stessa impostazione adotta Auletta, T.: commento sub art. 337 ter c.c., in *Della famiglia*, II ed. (diretto da G. Di Rosa), in *Commentario del codice civile*, II ed. (diretto da G. Gabrielli), vol. II, Utet, Torino, 2018, p. 1032 – l'A. ricorda però una giurisprudenza che diversamente preferisce prendere la decisione in prima battuta –.

39 Sesta, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 264; Al Mureden, E.: "La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari", *Famiglia e diritto*, 2014, num. 5, pp. 468, 473.

40 Lenti, L.: *Diritto della famiglia*, cit., pp. 302 s.

semplicemente mandava al giudice, suggerito invano l'indirizzo più opportuno, di indicare quello tra i genitori maggiormente idoneo a perseguire l'interesse del minore, autorizzandolo a decidere in via autonoma.

Se si separavano gli ambiti dell'art. 316 e dell'art. 337 ter sulla base esclusiva di una pregressa pronuncia sulla crisi della coppia, in assenza di questa, il meccanismo più liberale dell'art. 316 era destinato a trovare impiego tanto per la coppia ancora unita quanto per i genitori mai stati conviventi – beninteso purché abbiano effettuato il riconoscimento –[41]. In questo secondo scenario nessuna crisi si era mai consumata, che rendesse necessario sottoporre alle regole degli artt. 337 bis ss. c.c., proprie dell'affidamento, la gestione dei rapporti con i figli: consegue che, applicandosi l'art. 316 comma 3 c.c., "meccanismo generale"[42], il giudice si limitava a indicare la scelta da preferire e permanendo il contrasto avrebbe assegnato la decisione al genitore considerato più idoneo. Chi non avesse avuto un passato di coppia – o comunque non fosse passato per una definizione giudiziale della rottura – avrebbe goduto di un trattamento più rispettoso della autonomia familiare; e in ciò si avvertiva una irragionevole disparità di trattamento rispetto ai genitori uniti in passato[43].

Il cortocircuito come detto viene meno con il D. lgs. n. 149/2022: il nuovo art. 316 comma 3 c.c. livella i due trattamenti. La circostanza in ogni caso sembra aggiungere attualità all'insegnamento, richiamato sopra a proposito dell'art. 337 ter comma 3 – ma rivolto in origine all'art. 155 c.c. –, che raccomanda per così dire di dosare l'azione del giudice. Nell'ampiezza dei poteri che gli sono assegnati, lo si indirizza come prima scelta a investire chi all'interno della coppia sia più attrezzato per compiere la scelta, appunto perché gliela affidi, all'insegna del precedente tenore ex art. 316 comma 3 c.c. e di una maggior cautela verso l'autonomia familiare e i fragili equilibri delle decisioni sottese[44]. Nelle situazioni in cui può essere preservato, il rispetto della vita familiare suggerisce un approccio vicino alle possibili sfumature del caso e tra le pieghe di una vasta prerogativa, il giudicante riuscirebbe, in via prioritaria, a sondare la possibilità di assegnare la decisone all'interno della coppia.

41 Sesta, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 264; Al Mureden, E.: "La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari", *Famiglia e diritto*, 2014, num. 5, pp. 468, 473; Arceri, A.: commento sub artt. 337 ter-337 quinquies c.c., cit., pp. 1274 s.

42 Ballarani, G.: commento sub art. 337 ter c.c., cit., p. 82.

43 Sesta, M.: "Il rapporto genitori-figli nella famiglia unita e nella crisi", in Sesta, M., Arceri, A.: *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, *La crisi della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), vol. III, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 139 s.

44 Resta fermo che il provvedimento debba attentamente confrontarsi con il migliore interesse del minore, Sesta, M.: "La prospettiva paidocentrica", cit., pp. 763 ss., valore ben piantato nelle stesse procedure, Danovi, F.: "Affidamento familiare, interesse del minore e discrezionalità giudiziale", *Famiglia e diritto*, 2019, num. 12, pp. 1125 s. È nel verso dei best interests che occorre filtrare il rispetto della vita familiare.

A) Vaccinazioni anti Covid-19.

Questi dispositivi concomitanti hanno avuto una estesa applicazione con le vaccinazioni anti Covid-19 dei minorenni, dando la stura a una giurisprudenza assai esemplificativa circa la operatività dei rimedi. La campagna vaccinale[45] ha suscitato un confronto tra visioni del mondo difficilmente ricucibili, e le dinamiche occorse rappresentano un banco di prova per questi strumenti, in grado appunto di fronteggiare paradigmi culturali distanti rispetto al sapere consegnato dalla migliore esperienza.

Le decisioni pubblicate provengono da contesti abbastanza simili. Quasi tutte muovono da un pregresso sfaldamento della coppia genitoriale, con un provvedimento che regolamenta i rapporti con la prole (lungo i canali dell'art. 337 ter comma 3 c.c. o 709 ter c.p.c., senza apprezzabili differenze sostanziali[46]). Le motivazioni dei provvedimenti tendenzialmente cercano una risposta esaustiva alle resistenze del genitore avverso al vaccino, sulla scorta del parere positivo già offerto nel caso specifico dal personale sanitario e diffondendosi sulle risultanze fornite dalla vaccinovigilanza intorno alla sicurezza del preparato e al corredo informativo messo a disposizione dai referenti tecnici più accreditati[47].

È interessante la varietà di approcci con cui ci si accosta all'ascolto dei minori, per lo più a seconda dell'età. Tendenzialmente si adopera una maggiore prudenza con i minori più giovani.

Così il decreto del Tribunale di Milano, del 13 settembre 2021[48] preferisce non ascoltare la minore undicenne e i motivi marcano bene la delicatezza del frangente – sullo sfondo la giurisprudenza di legittimità che giustifica il mancato ascolto se superfluo o pregiudizievole –[49]. In prima battuta adduce proprio l'età della minore, della quale non si conosce il grado di discernimento (significativamente non si indaga oltre[50]), e richiama qui il parere del Comitato Nazionale di Bioetica del 30

45 Come già i precedenti obblighi vaccinali, Lenti, L.: *Diritto della famiglia*, cit., p. 300. Del resto per la caratura del tema, le decisioni sulla salute del minore costituiscono un ambito peculiarissimo della responsabilità genitoriale e le trattazioni tendono a dedicarvi uno spazio a sé: Di Rosa, G.: "Il minore e la salute", in AA.VV.: *Autodeterminazione e minore età* (a cura di R. Senigaglia), Pisa, Pacini, 2019, pp. 93 ss.; Lenti, L.: *Diritto della famiglia*, cit., pp. 299 ss., 311 ss.; Bellelli, A.: "Il minore e la relazione di cura", in AA.VV., The best interest of the child (a cura di M. Bianca), Roma, Sapienza Università Editrice, 2021, pp. 341 ss.; La Rosa, E.: "Le misure di protezione civilistiche dei minori in difficoltà", in AA.VV.: *Diritto civile minorile*, cit., pp. 287 ss.; Moretti, M.: "I trattamenti sanitari", in AA.VV.: *La filiazione e l'adozione*, II ed., in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da G. Bonilini), Utet, Torino, 2022, vol. III, pp. 787 ss.

46 Più rari ma non del tutto irrintracciabili sono i ricorsi *ex* art. 316 c.c.; Lenti, L.: *Diritto della famiglia*, cit., p. 302, parla del resto di una desuetudine dell'istituto.

47 V. per tutti Trib. Bologna, 13 ottobre 2021, n. 5024 (*www.dejure.it*).

48 In *www.altalex.com*.

49 Punto 8) del provvedimento.

50 Cfr. però Cass., 30 luglio 2020, n. 16410 (*www.dejure.it*), la quale caldeggia una motivazione specifica sulla carenza di discernimento in capo a una minore di nove anni.

luglio 2021[51], concentrato sulla ricezione delle istanze del "grande minore". Ma l'argomento che appare decisivo viene dal risparmiare alla minore la lacerazione di "un conflitto di lealtà" tra il convincimento paterno e quello materno[52]. Rispetto alla vaccinazione anti Covid autorizza in ogni caso il padre "ad adottare la migliore decisione nell'interesse della minore allorché ella avrà l'età per poterlo ricevere".

In precedenza già il decreto del Tribunale di Monza, 22 luglio 2021[53], inaugura una linea della prudenza rispetto all'ascolto processuale. Valorizza la volontà già espressa dal minore ma quale risultante dagli atti, senza la necessità di rinnovarla in giudizio (pure non viene esplicitato quel "conflitto di lealtà" agitato in un tempo successivo dal provvedimento milanese che si è ricordato).

Similmente, con la superfluità dell'audizione, il Tribunale di Ancona, 22 novembre 2021[54], giustifica la mancata attività, sempre sulla scorta di un chiaro proposito favorevole in capo al minore già fornito dalle risultanze documentali.

Sul lato opposto è isolato il precedente che non effettua l'ascolto dei minori propensi alla vaccinazione, e ne disattende la pacifica volontà espressa fuori del processo, troppo spostata sulle limitazioni sociali che la mancata immunizzazione comporta, più che sulla sicurezza in sé del preparato: sulla base di una cautela legata alla giovane età dei minori[55] nega l'autorizzazione al genitore che l'aveva domandata[56].

Le altre pronunce edite riportano tutte di aver proceduto con l'ascolto e ne recepiscono il risultato, favorevole all'intervento, e si tratta per lo più di "grandi minori"[57], meglio attrezzati, verrebbe da dire, per reggere il confronto processuale.

51 Consultabile al collegamento *https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/vaccini-anti-covid-19-e-adolescenti/*.

52 Che l'ascolto del minore nel processo non sia una faccenda indolore, dalla quale anzi possono venire rischi anche consistenti, lo mostrano bene i giudizi in materia di *status filiationis*: Sesta, M. "Interesse del minore e stato giuridico della filiazione", *Famiglia e diritto*, in corso di pubblicazione, visionato per cortesia dell'A. Più in generale cfr. Ballarani, G.: "Il diritto del minore a non essere ascoltato", *Il diritto della famiglia e delle persone*, 2014, num. 2, pp. 850 ss.

53 (*www.dejure.it*). La massima della decisione è consultabile ne *Il diritto della famiglia e delle persone*, 2022, num. 1, p. 184, con nota di Albano, S. "Vaccino anti Covid-19. Contrasto tra genitori e volontà del figlio adolescente".

54 In *www.dejure.it*.

55 Un ultradodicenne e due infradodicenni, sola indicazione.

56 Trib. Pistoia, 4 marzo 2022 (*www.altalex.com*).

57 Trib. Arezzo, 16 settembre 2021, inedita, ricordata da Ruo, M.G.: "Riflessioni su minorenni, vaccino anti-Covid e tutela dei diritti" (*www.giustiziainsieme.it*), pp. 11 s. e da Gemignani, S.: "La vaccinazione Sars-CoV-2 nei soggetti minorenni", *Aiaf rivista*, 2022, num. 2, p. 125 – 16 anni –, che peraltro vista la maturità del ragazzo raccomanda ai medici di raccogliere anche il suo consenso informato, oltre a quello del padre autorizzato a spenderlo senza la madre; Trib. Bologna, 13 ottobre 2021, cit., – 16 anni –; Trib. Milano, 22 novembre 2021, n. 12249, in *dejure.it* – 17 anni –; Trib. Modena, 24 novembre 2021, in *onelegale.wolterskluwer.it* – 13 anni –; Trib. Venezia, 20 gennaio 2022, (*www.avvocatipersonefamiglie.it*) – almeno sedicenne, unica segnalazione è lo stage lavorativo –; Trib. Firenze, 15 febbraio 2022 (*www.dirittoegiustizia.it)* – 13 anni –; App. Venezia, 22 febbraio 2022, (*www.avvocatipersonefamiglie.it*) – si riferisce a un "assenso motivato anche tenuto conto dell'età"; Trib. Verona, 8 marzo 2022 (*www.dirittoegiustizia.it*) – due sorelle di 15 e 10 anni –.

Si riconosce quasi sempre un grande zelo verso la serenità della dichiarazione espressa dai minori.

D'altra parte è meritevole di analisi anche la diversa spartizione dei consensi, tra figli e genitori (il personale medico fornisce parere positivo in tutti i casi pubblicati).

La gran parte delle ipotesi vede il figlio e un genitore convergere sul trattamento vaccinale osteggiato dall'altro. In appena due provvedimenti il minore non desidera la vaccinazione, e ugualmente i giudici anticipano l'autorizzazione in capo al genitore favorevole, per il tempo si direbbe in cui il minore si persuada. È anzi interessante come proprio l'ascolto fornisca gli argomenti per superare il proposito espresso dal minore. Trib. Milano 22 novembre 2021, n. 13402[58], giudica il contenuto dell'audizione del tutto sovrapponibile all'opinione già espressa dalla madre, sfavorevole alla vaccinazione, ravvisando la mancanza di una opinione autonoma e genuina in capo alla figlia quattordicenne. Più semplicemente App. Venezia, 2 dicembre 2021[59], in un caso di affidamento ai servizi sociali, argomenta a partire dalla ammissione del minore, anche qui quattordicenne, di non essersi adeguatamente informato intorno alle qualità del vaccino e di avere tratto soltanto riscontri positivi da medici e insegnanti.

Affiora un posizionamento comune tra gli auspici del personale sanitario e la volontà dei minori e di un genitore, disallineati rispetto all'opinione dell'altro: come a dire che la tutela giudiziale in effetti scatta a valle di un contrasto tra genitore, figlio, medico e l'altro genitore. Dalla giurisprudenza edita mancano casi di intervento del giudice provocato dal P.M.: sembra indicativo dell'operare di questi meccanismi, che trovano un canale elettivo nella divergenza tra chi tiene la responsabilità genitoriale.

Invece non constano situazioni di eventuali minori isolati, all'interno della famiglia, per volere il trattamento, di fronte alla coppia genitoriale contraria. Ipoteticamente le vie percorribili sarebbero plurime. Si suggerisce un contatto con i servizi sociali, gli enti locali, le autorità di pubblica sicurezza., perché interpellino la Procura minorile che a sua volta apparecchi un procedimento[60].

Diversamente il minore potrebbe interagire direttamente con il Pubblico ministero perché richieda un provvedimento limitativo dei poteri legati alla responsabilità genitoriale, tipicamente ai sensi dell'art. 333 c.c. (sul quale infra il paragrafo 3.B); o direttamente con il Presidente del tribunale perché nomini un

58 In *www.dejure.it*.

59 In *www.avvocatipersonefamiglie.it*.

60 Gemignani, S.: "La vaccinazione Sars-CoV-2", cit., p. 129.

curatore speciale[61]. Di questi canali viene adombrata ora la farraginosità[62], con la sensazione che manchi un "diritto a un ricorso effettivo" da parte del minorenne[63]. Un viatico in questo frangente lo potrebbero fornire il rimedio dell'art. 3, comma 5, L. 22 dicembre 2017, n. 219, con la possibilità per il medico o il rappresentante della struttura sanitaria di suscitare l'intervento del giudice quando il genitore rifiuti le cure che lo stesso sanitario reputi "appropriate e necessarie"[64]. Collima con l'art. 32, comma 3, codice di deontologia medica: "[i]l medico, in caso di opposizione del rappresentante legale a interventi ritenuti appropriati e proporzionati, ricorre all'Autorità competente".

3. Interventi successivi.

L'ultimo gruppo raduna gli interventi del giudice tesi a scrutare *ex post* le modalità di esercizio delle prerogative genitoriali, nella logica di un controllo successivo.

Da una parte il patrimonio, con l'art. 334 c.c.. In via introduttiva si può dire che lo scenario è speculare e opposto a quello dell'art. 320. Se là si provvedeva ex ante, per esaminare ipotesi di affari intavolati dai genitori, qui l'intervento segue una cattiva gestione.

Dall'altra il versante esistenziale, il giudice interviene sulla base dell'accertato cattivo esercizio della responsabilità rispetto a questi profili. Risale agli anni '60 il crescendo di attenzioni che le corti rivolgono alla protezione del minore nei rapporti endofamiliari: il tramonto di una concezione della potestà come potere arbitrario ha dato nuovo vigore a tali istituti propiziando interventi più incisivi condotti all'interno del "sacrario della famiglia"[65]. Trattando i profili per così dire personali, le vaccinazioni anticovid mostrano bene quanto il confronto tra culture eterogenee possa farsi serrato e senza via di uscita in frangenti così sensibili.

Qui la dialettica ricordata sopra (par. I), a proposito del rispetto della vita familiare, attraversa il passaggio più critico. Se si considera come punto di partenza che la famiglia di origine costituisce astrattamente lo spazio più conveniente per il figlio, occorre valutare l'operato dei genitori senza riserve e rispondere secondo proporzione, all'insegna della sussidiarietà[66]. Significa vagliare le carenze della

61 Ruo, M.G.: "Riflessioni su minorenni", cit., p. 14.

62 Ruo, M.G.: "Riflessioni su minorenni", p. 14.

63 Ruo, M.G "Riflessioni su minorenni", p. 14; Gemignani, S.: "La vaccinazione Sars-CoV-2", p. 129.

64 Gemignani, S.: "La vaccinazione Sars-CoV-2", p. 129.

65 Vercellone, P.: "Gli aspetti personali della potestà dei genitori", in AA.VV.: *Filiazione*, II ed. (a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani), in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), vol. II, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1298.

66 Carapezza Figlia, G.: "Formazioni sociali", cit., p. 12, "[i]nvero, il principio di sussidiarietà, nel fondare l'autonoma capacità di organizzazione e regolazione della famiglia e, segnatamente la libertà educativa

responsabilità e la misura del nocumento in capo al minore che vi sia esposto, comprendere quanto di più lo pregiudichi la soggezione agli indirizzi della famiglia, rispetto a un'interferenza esterna che prenda una determinata decisione, o, nei casi più gravi, provochi il distacco. Il risultato di questo esame consente di dosare la tutela nel caso concreto. La complessità dell'operazione va appaiata a un obbligo motivazionale tanto più intenso e diffuso.

Gli artt. 330 e 333 recano questo controllo sull'operato dei genitori, sotto forma di provvedimento limitativo delle loro prerogative. A valle stanno due requisiti comuni: la violazione o la trascuranza degli obblighi, o l'abuso dei poteri legati alla responsabilità; e il conseguente pregiudizio in capo al figlio: non meglio precisato per i provvedimenti limitativi dell'art. 333; solo grave per la decadenza dell'art. 330.

Questo pregiudizio costituisce l'elemento chiave per provocare i provvedimenti variamente ablativi delle attribuzioni genitoriali e lo si legge al chiaro dell'interesse del minore, approssimando la soglia alla condizione del pericolo, al danno potenziale: la prospettiva del danno è già un danno per la psiche del minore[67]. Circa trascuranza e violazione degli obblighi, la tendenza è di intenderle espressioni quasi sinonimiche, venendo poco utile distinguerle[68]; l'abuso dell'esercizio corrisponde invece agli atti di arbitraria compressione delle libertà del figlio; è stata proposta una formula uniforme: "esercizio scorretto della potestà mediante comportamenti pregiudizievoli al figlio"[69]. Circa la rilevanza della imputabilità soggettiva dell'esercizio scorretto, la tesi più diffusa la reputa ininfluente[70], sempre in una logica preventiva.

L'aspetto più problematico riguarda l'apprezzamento obiettivo dell'esercizio scorretto: la dottrina commenta come la disposizione sia avara di riferimenti, nessun parametro aiuta a definire più a fondo i concetti di violazione, trascuranza, come di abuso; rimane tutto nella discrezionalità del giudice. I rischi del confronto

dei genitori, affida al complementare profilo della responsabilità un indispensabile bilanciamento, che permette, nelle ipotesi di mancata realizzazione dell'interesse del minore, il necessario intervento di sostegno, correzione o sostituzione dei pubblici poteri".

67 Vercellone, P.: "Gli aspetti personali", cit., p. 1320. Distingue con riguardo alla decadenza, Cipriani, N.: "La responsabilità genitoriale", cit., p. 190: la misura ha una portata annichilente e gli altri interventi sono perfettamente idonei a farsi carico delle funzioni preventive, in questo senso il provvedimento ex art. 330 c.c. ha una vocazione autenticamente sanzionatoria, attivabile solamente a valle di una violazione effettiva dei doveri genitoriali.

68 Vercellone, P.: "Gli aspetti personali", cit., p. 1320.

69 Vercellone, P.: "Gli aspetti personali", cit., p. 1320.

70 Finocchiaro, A., Finocchiaro M., "Diritto di famiglia", Giuffrè, Milano, 1984, vol. II, p. 2179; Bucciante, A.: "La potestà dei genitori", cit., p. 661; Dogliotti, M.: "La potestà dei genitori", cit., p. 434; Vercellone, P.: "Gli aspetti personali", cit., p. 1321; Ruscello, F.: *Responsabilitá dei genitori. I controlli*, ne *Il Codice civile. Commentario* (diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2016, pp. 69, 80 ss. (gli ultimi due AA. riportano un consonante indirizzo giurisprudenziale). Ma v. per la imputabilità dei genitori Pelosi, A.C.: commento sub art. 330 c.c., in *Commentario al diritto italiano della famiglia* (a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi), vol. IV, Cedam, Padova, 1992, p. 403; Paradiso, M., "Potestà dei genitori, abuso e *interesse morale e materiale della prole*", *Rivista di diritto civile*, 2008, num. 2, pp. 214 s.

tra modelli culturali – quello del giudicante e quello sub iudice –, si ragiona, rimangono preferibili alla fortissima esposizione ai mutamenti, che inevitabilmente sconterebbe, nell'argomento di cui si parla, una più circostanziata (rigida) prescrizione[71].

A) Vincoli imposti all'amministrazione e sua rimozione.

Si possono ripetere le osservazioni introduttive sugli artt. 330 e 333 c.c. circa la superfluità dell'elemento soggettivo[72]. Conta il danno subito dal patrimonio del minore (il testo dell'art. 334 c.c. non lo vuole nemmeno "grave"). Sotto altro aspetto la divisione tra provvedimenti relativi al patrimonio e provvedimenti relativi alla persona tende a sfumare se si pensa che "le attività di natura patrimoniale [sono] strumentali alla realizzazione delle situazioni di natura non patrimoniale"[73], è impossibile limitare le prime senza lanciare un'ombra sulle seconde.

Si apprezza così, tornando alla disposizione – al di là della indeterminatezza del fraseggio[74], anche qui il più possibile aperto alla sensibilità dell'interprete in uno spirito affine agli artt. 330 e 333 –, questa articola una gradazione, simile alla climax che sui profili personali ordina gli artt. 333 e 330: prima la fissazione di alcuni criteri su cui impostare la guida degli affari, poi la rimozione, in una logica di proporzionalità che concilia l'autonomia familiare.

B) Provvedimenti convenienti.

Le misure dell'art. 333 sono ricavabili in via residuale, rispetto alla decadenza dalla responsabilità; la norma (nata del resto come appendice a quella *ex* art. 330[75]) non specifica: il giudice potrà adottare i "provvedimenti convenienti"[76] una volta che, a causa della condotta del genitore, si sia maturato quel pregiudizio che sia meno grave di quello che invece scatena la decadenza.

Si è voluto uno strumento più preciso e più facilmente reversibile.

In passato si è rilevata una triplice tipologia di interventi praticabili: *a*) provvedimenti che comportano la sostituzione della volontà del giudice a quella del genitore, elidendola: ricorrendo la violazione-trascuranza degli obblighi genitoriali, o l'abuso dei relativi poteri, e valutata la attitudine al pregiudizio della

71 Vercellone, P.: "Gli aspetti personali", cit., pp. 1322 e s.

72 Ruscello, F.: *Responsabilitá dei genitori*, cit., p. 219.

73 Ruscello, F.: *Responsabilitá dei genitori*, cit., p. 227.

74 Non viene circoscritto in alcun modo il patrimonio "male amministrato" che prepara il terreno all'intervento del giudice.

75 Zatti, P.: "Rapporto educativo e intervento del giudice", in AA.VV.: *L'autonomia del minore tra famiglia e società* (a cura di A. Belvedere, M. De Cristofaro), Giuffrè, Milano, 1980, p. 194.

76 Formula identica all'art. 233 c.c. del 1865.

volontà espressa dal genitore, il giudice vi toglie efficacia[77]; *b*) provvedimenti che trasferiscono prerogative proprie della responsabilità, dal genitore a terzi: tendenzialmente, operatori del servizio sociale[78]; *c*) provvedimenti tesi ad allontanare il minore dalla residenza familiare: tra quelli "convenienti", sono giudicati come i più incisivi sulla responsabilità, svuotata di tutti che vengono dalla quotidianità della vita insieme[79].

C) Decadenza dalla responsabilità genitoriale.

Con la decadenza dalla potestà dell'art. 330 c.c., al genitore sono tolte le prerogative [80], è la misura sommamente ablativa. Se a decadere sono entrambi i genitori, o l'unico che ancora tenesse la responsabilità, la via obbligata è la nomina del tutore. Se decade uno solo e l'altro li conserva, su questo si concentra la responsabilità.

Rimane invece il dovere di mantenimento, con la relativa somministrazione del necessaire al genitore che detenga la responsabilità o al tutore (o direttamente nelle mani del figlio una volta maggiorenne).

Condiziona un provvedimento così radicale, il "grave pregiudizio" per il figlio: gli studiosi lo intendono, come indicato in precedenza, alla stregua della prevenzione, basta il pericolo, la potenzialità del danno, qui "grave". Viene poi riportato sul terreno personale, dal momento che la condotta lesiva degli interessi patrimoniali del figlio importa la decadenza dalla responsabilità dell'art. 334 c.c.[81].

77 Vercellone, P.: "Gli aspetti personali", cit., p. 1326: l'A. raccoglie variegata casistica, tra cui la autorizzazione al figlio di un comportamento proibito dal genitore (si parla della visita periodica ai nonni); l'autorizzazione al terzo di un'attività che coinvolga minore (su tutto, l'autorizzazione al trattamento sanitario). Nello stesso senso più di recente Sesta, M.: *Manuale di diritto*, cit., p. 292. Sulla adozione di provvedimenti *de potestate* per superare il rifiuto opposto dai genitori alla vaccinazione obbligatoria del figlio si sono espresse Cass., 15 luglio 1995, n. 7744, *Giustizia civile. Massimario annotato della Cassazione*, 1995, num. 6, p. 1381 e App. Bari 12 febbraio 2003, in *Familia*, 2003, num. 2, pp. 548 ss., con nota di De Simone, A.: *Potestà genitoriale, obblighi vaccinali ed intervento del giudice minorile ai sensi degli artt. 333 e 336 c.c. Legittima la richiesta da parte dei genitori di specifici accertamenti medici preventivi sul minore?*; *contra* Trib. min. Bologna, 15 gennaio 1994, ne *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1994, num. , p. 1292, e Trib. min. Bologna, 19 settembre 2013, in *Famiglia e diritto*, 2014, num. 4, pp. 371 ss., con nota di Amato, C.: "L'obbligo di vaccinazione tra libertà di scelta dei genitori e interesse del figlio". A favore la dottrina: Cianci, A.G.: "Responsabilità genitoriale e vaccinazioni obbligatorie", in AA.VV.: The best interest, cit., p. 412; Renna, M.: "Profili civilistici delle vaccinazioni obbligatorie", ne *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, num. 6, p. 1457; de Pamphilis, M.: "La tutela della salute del minore tra autonomia dei genitori e intervento pubblico", *Famiglia e diritto*, 2017, num. 12, pp. 1116, 1118.

78 Vercellone, P.: "Gli aspetti personali", cit., p. 1326, esamina differenti ipotesi: l'affidamento diurno (il minore viene seguito da educatori in una struttura *ad hoc*, che ne curano l'educazione secondo discrezionalità tecnica); l'affidamento *tout court* ai servizi sociali, mantenendo la residenza del minore nell'ambiente domestico; l'incarico ai servizi sociali di un sostegno psicoterapeutico al minore. Quella dell'affidamento ai servizi tuttavia è una formula che raccoglie diversissimi casi: Lenti, L.: "Gli affidamenti ai servizi", *Famiglia e diritto*, 2018, num. 1, pp. 99 ss. Cfr. sul punto Thiene, A.: "Gli affidamenti", in AA.VV.: *Diritto civile minorile*, cit., p. 324.

79 Vercellone, P.: "Gli aspetti personali", cit., p. 1326.

80 Vercellone, P.: "Gli aspetti personali", cit., p. 1324.

81 Sesta, M.: *Manuale di diritto*, cit., p. 289; cfr. amplius Ruscello, F.: *Responsabilità dei genitori*, cit., pp. 86 s., il quale configura soltanto una influenza "eventuale e indiretta. La violazione, la trascuratezza o l'abuso relativo a situazioni di natura patrimoniali in tanto possono rilevare ai fini della decadenza dalla

La casistica consegna una grande quantità di casi variamente legati a contegni omissivi, all'incuria dei genitori[82].

III. LA NOMINA DEL CURATORE SPECIALE.

Qui il giudice resta sullo sfondo. Dopo l'attività iniziale che appunto provoca la curatela speciale, l'intervento del giudice si atteggia piuttosto come una sorveglianza. La nomina giudiziale del curatore in ogni caso si inserisce in questa logica degli interventi esterni che comprimono le attribuzioni legate alla responsabilità genitoriale. In questo senso l'ipotesi ha molto da spartire con le altre rassegnate ai paragrafi precedenti, nel solco di una varia insufficienza da parte di chi tiene la responsabilità genitoriale, di una inidoneità a decidere. Il giudice per così dire media l'ingresso del curatore, e viene assunto quale filtro a garanzia di un tasso di controllo che la sede giurisdizionale assicura, a conferma del principio generale che vuole l'ingerenza in materia di capacità affidata al filtro giudiziale.

La recente L. 2021/206 (art. 1, co. 30) agli artt. 78-80 c.p.c. dà risalto a questa figura[83], e in prospettiva potrebbe dirsi che il suo ruolo sarebbe in grado di assorbire sempre più i casi definiti interamente dal giudice. È ipotizzabile una sovrapposizione tra i casi di nomina del curatore e quelli dell'intervento integralmente giudiziale, tra i provvedimenti che ci si è proposti di classificare come preventivi e concomitanti. I vantaggi che la curatela favorirebbe starebbero nella elasticità, nel più ampio spettro cioè delle operazioni che il giudice può demandare, rispetto all'isolato intervento dello stesso giudicante, concentrato, di per sé, su di una risposta puntiforme, limitata alla questione sottopostagli. Quando non si solleva un unico quesito e non basta una soluzione isolata, prospettandosi una quantità di scelte, è il caso di incaricare il curatore. Via nomina discrezionale o, tra i casi vincolati, se è lo stesso minore ultraquattordicenne a provocarne l'opera, o ancora in quelli presumibilmente più gravi, il Pubblico ministero (art. 78, comma 3, c.p.c.). In corrispondenza di queste ipotesi, sembra, il curatore guadagna nuovo spazio, oltre al riconoscimento di "prerogative sostanziali", che la riforma gli esplicita all'art. 80, comma 3, c.p.c.

Del resto, notano i commentatori, l'ascesa del ruolo si preparava da tempo. Negli istituti tradizionali del conflitto di interessi (art. 320 c.c.) e soprattutto dell'inerzia della coppia di fronte agli "atti eccedenti l'ordinaria amministrazione"

responsabilità genitoriale, in quanto siano tali da incidere su situazioni esistenziali del figlio, pregiudicando il corretto sviluppo della sua personalità".

82 Sesta, M.: *Manuale di diritto*, cit., pp. 289 s.

83 Si v. i contributi pubblicati in *Aiaf Rivista*, 2022, num. 1, monografico dedicato a "Il Curatore speciale del minore".

(art. 321 c.c.), si ritagliavano altri interventi sulle attribuzioni genitoriali[84]. È su questo terreno che è maturato l'exploit del curatore speciale negli affari di famiglia[85].

IV. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

Il resoconto riporta come una vitalità, di doppio segno, nel numero e nella gradazione degli effetti, degli interventi giudiziali che limitano l'esercizio della responsabilità genitoriale. Da tempo la *Weltanschauung* del genitore non è più un dettato indiscutibile, e si vede come arretri di fronte alla convenienza interpretata dal giudice.

Un interessante punto di caduta sembra questo, che si moltiplicano e cementano le occasioni processuali per dare voce alla posizione del minore. Negli ultimi anni l'ascolto processuale ha conosciuto una crescente considerazione[86] e con il D.lgs. 2022/149 entra nel codice di rito con un insieme di regole *ad hoc* (artt. 473-*bis*.4 e 5 c.p.c., che sostituiscono l'art. 337 octies c.c., ora abrogato)[87].

Il fenomeno risalta bene in materia non patrimoniale: attività ricreativa, istruzione, salute – ne parlano i casi dei vaccini –, con lo stallo dei genitori, portano altrettante occasioni per l'audizione del minore, che risulta vieppiù rafforzata dal canale diretto e sempre obbligatorio con il curatore speciale (art. 80, comma 3, c.p.c.)[88]: perseguendo quella ponderazione, in armonia con le indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte Edu[89], tesa a non mortificare l'autonomia familiare.

Ma il confronto con i minori inizia prima, l'art. 315 bis comma 3 c.c. ospita l'habitat sostanziale dell'ascolto dei figli, "in tutte le questioni che li riguardano", a rendere più corale la gestione dei poteri genitoriali. Proprio la caratura

84 Donnarumma, M.: "Il minore nelle azioni di stato", *Il curatore speciale del minore. Nuovi orientamenti giurisprudenziali nella rappresentanza del minore* (a cura di A. Cagnazzo), Giuffrè-Francis Lefevbre, Milano, 2022, pp. 243 e 246 ss., testo e nota 16.

85 Sulla tendenza della L. 2021/206 a estendere alcuni approdi del diritto vivente, v. sempre Donnarumma, M.: "Il curatore", cit., 243 ss., testo e nota 16.

86 Sul versante processuale, le Sezioni unite sanzionano il mancato ascolto con la nullità della decisione che definisca il procedimento, per violazione dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei fanciulli; del conferente art. 315 bis, comma 3, c.c.; e dei principi del contraddittorio e del giusto processo: Cass., sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, *Famiglia e diritto*, 2010, num. 4, pp. 274 ss., con nota di Graziosi, A.: "Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo", seguita dalla giurisprudenza successiva: di recente v. Cass., 25 gennaio 2021, n. 1741, *Famiglia e diritto*, 2021, num. 7, pp. 715 ss., con nota di Danovi, F.: "L'ascolto del minore e l'esplicitazione del contraddittorio nei confronti della parte in senso sostanziale". Nei procedimenti *ex* art. 317 bis c.c., si è configurato il mancato ascolto del minore come vero e proprio vizio nel merito: Cass., 30 luglio 2020, n. 16410, *Famiglia e diritto*, 2021, num. 1, pp. 175 ss., con nota di Danovi, F.: "Il mancato ascolto del minore inficia nel merito la decisione".

87 Per l'ambiente che va predisposto, v. Battaglia, L., Gatt, L., Morresi, A., Grimaldi, P.: "*Spazi Etici* per i minori", *Familia*, 2021, num. 6, pp. 940 ss.

88 Del resto da prima della riforma proprio rispetto ai profili non patrimoniali si riscontra un allargamento interpretativo delle principali ipotesi in cui il codice civile dispone la nomina del curatore speciale del minore (artt. 320 e s., c.c.): Donnarumma, M.: "Il curatore", cit., pp. 242 ss.

89 Lenti, L.: *Diritto della famiglia*, cit., p. 300.

extrapatrimoniale delle faccende, in qualche modo, pare più propensa a questa procedimentalizzazione[90] delle prerogative. Che sfugge alle geometrie tradizionali delle attribuzioni in capo ai genitori, ferrate sul patrimonio e orientate a diversi metodi. Le "nuove frontiere" insomma sembrano spostarsi verso questa dimensione esistenziale dell'interesse del minore, rispetto alla quale la sensibilità contemporanea si mostra ricettiva, circondando l'esercizio dei poteri genitoriali in parte qua con nuove norme e intensificando controlli già attivi.

Questo nuovo assetto rappresenta anche uno degli apporti maggiormente connotativi della Riforma Bianca, che ha ridisegnato il sistema assecondando un fenomeno sociale già in atto[91]: e in effetti un esercizio delle prerogative genitoriali orientato ai best interests of the child, con un approccio genuino all'ascolto del minore[92], perché abbia corso, occorre che sia prima di tutto un milieu culturale[93].

90 Il diritto all'ascolto come *secondary rule*, alla stregua di Hart, H.L.A.: *The concept of law*, Oxford University Press, Oxford, 1961, pp. 78 s.

91 Anche per questo il cambiamento lessicale, da "potestà" a "responsabilità", ha suscitato perplessità, cfr. Lenti, L.: "Responsabilità genitoriale", cit., pp. 375 ss. Più estensivamente De Cristofaro, G.: "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile", *Le Nuove leggi civili commentate*, 2014, num. 4, pp. 792 s. rimprovera proprio la mancata predisposizione di regole espressamente dedicate alla gestione delle questioni extrapatrimoniali dei minorenni.

92 Coerentemente con i documenti internazionali e interni di *soft law*.

93 Del resto, si dice, lo stesso diritto può essere compreso come un fenomeno culturale, "[a]s law embodies beliefs that have triumphed in the battle of ideas and then have translated themselves into action", Gurvitch, G.: *Sociology of law*, II ed. (preface by R. Pound, new introduction by A. Hunt), Transaction Publishers, New Brunswick-London, 2001, p. 157; più in generale, Treves, R.: *Il diritto come relazione. Saggi di filosofia della cultura* (prefazione di N. Bobbio), Napoli, Esi, 1993, *passim*.

BIBLIOGRAFIA.

Albano, S.: "Vaccino anti Covid-19. Contrasto tra genitori e volontà del figlio adolescente", *Il diritto della famiglia e delle persone*, 2022, num. 1, pp. 184 ss.

Al Mureden, E.: "La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari", *Famiglia e diritto*, 2014, num. 5, pp. 466 ss.

Al Mureden, E.: "Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi", *Famiglia e diritto*, 2021, num. 1, pp. 23 ss.

Amato, C.: "L'obbligo di vaccinazione tra libertà di scelta dei genitori e interesse del figlio", in *Famiglia e diritto*, 2014, num. 4, pp. 371 ss.

Amram, D.: "Corte di Cassazione e giurisprudenza di merito: alla ricerca di un contenuto per l'interesse superiore del minore", *Famiglia e diritto*, 2008, num. 12, pp. 1111 ss.

Arceri, A.: commento *sub* artt. 337 ter-337 quinquies c.c., in AA.VV.: *Codice della famiglia*, III ed. (a cura di M. Sesta), Giuffrè, Milano, 2015, pp. 1256 ss.

Arceri, A.: "La crisi della coppia genitoriale e gli effetti personali sui figli", in Sesta, M., Arceri, A.: *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, *La crisi della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), vol. III, Giuffrè, Milano, 2016, p. 159 ss.

Auletta, T.: commento sub art. 337 ter c.c., in *Della famiglia*, II ed. (diretto da G. Di Rosa), in *Commentario del codice civile*, II ed. (diretto da G. Gabrielli), vol. II, Utet, Torino, 2018, pp. 1032 ss.

AA.VV., The best interest of the child (a cura di M. Bianca), Sapienza Università Editrice, Roma, 2021.

Balestra, L.: "Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso", *Familia*, 2006, num. 4/5, parte I, pp. 660 ss.

Ballarani, G.: commento *sub* art. 155 c.c., in AA.VV.: *Provvedimenti riguardo ai figli* (a cura di S. Patti e L. Rossi Carleo), in *Commentario al Codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2006, pp. 64 ss.

Ballarani, G.: "Il diritto del minore a non essere ascoltato", *Il diritto della famiglia e delle persone*, 2014, num. 2, pp. 850 ss.

Ballarani, G.: commento *sub* art. 337 ter c.c. *L'affidamento condiviso e l'interesse del minore*, in AA.VV.: *Esercizio della responsabilità genitoriale* (a cura di S. Patti, L. Rossi Carleo), in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano* (a cura di G. De Nova), Zanichelli, Bologna, 2021, pp. 21 ss.

Ballarani, G.: "Le istituzioni a tutela dei minori", in AA.VV.: *Diritto civile minorile*, in AA.VV., *Manuale di diritto di famiglia*, Esi, Napoli, 2022, pp. 63 ss.

Battaglia, L., Gatt, L., Morresi, A., Grimaldi, P.: "*Spazi Etici* per i minori", *Familia*, 2021, num. 6, pp. 940 ss.

Bellelli, A.: "Il minore e la relazione di cura", in AA.VV., The best interest of the child (a cura di M. Bianca), Roma, Sapienza Università Editrice, 2021, pp. 341 ss.

Bianca, C.M.: "La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e dell'affidamento condiviso: prime riflessioni", *Il diritto di famiglia e delle successioni*, 2006, parte II, pp. 678 ss.

Bigiavi, W.: *Ateismo e affidamento della prole* (con introduzione di P. Calamandrei), Padova, Cedam, 1951.

Bigiavi, W.: "Affidamento della prole, ateismo, comunismo", *Rivista di diritto civile*, 1957, parte I, pp. 240 ss.

Bucciante, A.: "La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione", in AA.VV.: *Persone e Famiglia*, II ed., in *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), vol. IV, tomo 3, Torino, Utet, 1997, p. 623

Carapezza Figlia, G.: "Formazioni sociali familiari e diritti fondamentali nel sistema ordinamentale italo-europeo", in AA.VV., *Manuale di diritto di famiglia*, Esi, Napoli, 2022, pp. 1 ss.

Cianci, A.G.: "Responsabilità genitoriale e vaccinazioni obbligatorie", in AA.VV.: The best interest of the child (a cura di M. Bianca), Roma, Sapienza Università Editrice, 2021, pp. 412 ss.

Cicu, A.: "La filiazione", in A. Cicu, G. Tedeschi, *La filiazione. Gli alimenti*, III ed., in *Trattato di diritto civile italiano* (diretto da F. Vassalli), vol. III, tomo 2, Utet, Torino, 1969, pp. 88 ss.

Cipriani, N.: "Responsabilità genitoriale", in AA.VV.: *Manuale di diritto di famiglia*, Esi, Napoli, 2022, pp. 181 ss.

Danovi, F.: "Affidamento familiare, interesse del minore e discrezionalità giudiziale", *Famiglia e diritto*, 2019, num. 12, pp. 1125 ss.

Danovi, F.: "Il mancato ascolto del minore inficia nel merito la decisione", *Famiglia e diritto*, 2021, num. 1, pp. 175 ss.

Danovi, F.: "L'ascolto del minore è esplicitazione del contraddittorio nei confronti della parte in senso sostanziale", *Famiglia e diritto*, 2021, num. 7, pp. 715 ss.

De Cristofaro, G.: "Il contenuto patrimoniale della potestà", in AA.VV.: *La filiazione*, II ed. (a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani), *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), Giuffrè, Milano, 2012, vol. II, pp. 1378 ss.

De Cristofaro, G.: "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile", *Le Nuove leggi civili commentate*, 2014, num. 4, pp. 792 ss.

de Pamphilis, M.: "La tutela della salute del minore tra autonomia dei genitori e intervento pubblico", *Famiglia e diritto*, 2017, num. 12, pp. 1116 ss.

De Simone, A.:, *Potestà genitoriale, obblighi vaccinali ed intervento del giudice minorile ai sensi degli artt. 333 e 336 c.c. Legittima la richiesta da parte dei genitori di specifici accertamenti medici preventivi sul minore?*, in *Familia*, 2003, num. 2, pp. 548 ss

Di Masi, M.: *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Jovene,, Napoli 2020.

Di Rosa, G.: "Il minore e la salute", in AA.VV.: *Autodeterminazione e minore età* (a cura di R. Senigaglia), Pisa, Pacini, 2019, pp. 93 ss.

Dogliotti, M., Gallo, F.: "Rappresentanza e amministrazione nella potestà dei genitori", *Vita notarile*, 2006, parte I, pp. 1151 ss.

Dogliotti, M.: *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), vol. VI, Giuffrè, Milano, 2007.

Donnarumma, M.: "Il minore nelle azioni di stato", *Il curatore speciale del minore. Nuovi orientamenti giurisprudenziali nella rappresentanza del minore* (a cura di A. Cagnazzo), Giuffrè-Francis Lefevbre, Milano, 2022, pp. 241 ss.

Finocchiaro, A., Finocchiaro M., "Diritto di famiglia", Giuffrè, Milano, 1984, vol. II

Gemignani, S.: "La vaccinazione Sars-CoV-2 nei soggetti minorenni", *Aiaf rivista*, 2022, num. 2, pp. 125 ss.

Godbout, J.T.: *Lo spirito del dono,* Bollati Boringhieri, Torino, 1993.

Godelier, M.: *L'énigme du don*, Fayard, Paris, 1996.

Gorgoni, A.: "Il rapporto di filiazione", in *Diritto civile minorile* (a cura di A. Cordiano, R. Senigaglia), Esi, Napoli, 2022, pp. 83 ss.

Graziosi, A.: "Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo", in *Famiglia e diritto*, 2010, num. 4, pp. 274 ss.

Gurvitch, G.: *Sociology of law*, II ed. (preface by R. Pound, new introduction by A. Hunt), Transaction Publishers, New Brunswick-London, 2001.

Hart, H.L.A.: *The concept of law*, Oxford University Press, Oxford, 1961.

Iannaccone, M.: "Quale conflittualità tra genitori esclude il ricorso all'affidamento esclusivo?", *Famiglia e diritto*, 2007, num. 6, pp. 630 ss.

Irti, C.: "Nuovi modelli familiari e tutela del minore nelle crisi del rapporto di coppia", in AA.VV.: *Diritto civile minorile* (a cura di A. Cordiano, R. Senigaglia), Esi, Napoli, 2022, pp. 159 ss.

La Rosa, E.: commento sub art. 316, in AA.VV.: *Della famiglia*, II ed. (a cura di G. Di Rosa), in *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli), vol II, Utet, Torino, 2018, pp. 650 ss.

La Rosa, E.: "Le misure di protezione civilistiche dei minori in difficoltà", in AA.VV.: *Diritto civile minorile* (a cura di A. Cordiano, R. Senigaglia), Esi, Napoli, pp. 287 ss.

Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Rivista di diritto civile*, 2016, num. 1, pp. 86 ss.

Lenti, L.: "Gli affidamenti ai servizi", *Famiglia e diritto*, 2018, num. 1, pp. 99 ss.

Lenti, L.: "Responsabilità genitoriale", in AA.VV.: *Il nuovo diritto della filiazione* (a cura di L. Lenti, M. Mantovani), *Le riforme*, in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), vol. II, Giuffrè Francis Lefevbre, Milano, 2019, pp. 377 ss.

Lenti, L.: *Diritto della famiglia*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da G. Iudica, P. Zatti), Giuffrè Francis Lefevbre, Milano, 2021.

Long, J.: "Uno sguardo problematico sulle novità della riforma del processo civile d'interesse per il diritto familiare e minorile sostanziale", *Familia*, 2022, num. 1, pp. 149 ss.

Moretti, M.: "I trattamenti sanitari", in AA.VV.: *La filiazione* e *l'adozione*, II ed., in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da G. Bonilini), Utet, Torino, 2022, vol. III, pp. 787 ss.

Nicolussi, A.: "Mediazione e affidamento condiviso", in AA.VV.: *Mediazione familiare* e *diritto del minore alla bigenitorialità. Verso una riforma dell'affidamento condiviso* (a cura di P. Mazzamuto), Giappichelli, Torino, 2019, pp. 7 ss.

Paradiso, M., "Potestà dei genitori, abuso e *interesse morale* e *materiale della prole*", *Rivista di diritto civile*, 2008, num. 2, pp. 214 ss.

Pelosi, A.C.: commento sub art. 330 c.c., in *Commentario al diritto italiano della famiglia* (a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi), vol. IV, Cedam, Padova, 1992, pp. 403 ss.

Quadri, E.: "Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma", *Familia*, 2006, num. 1, p. 401.

Quadri, E.: "Una riflessione sull'interesse del minore e la dimensione familiare della sua tutela", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, num. 6, parte II, pp. 1330 ss.

Renna, M.: "Profili civilistici delle vaccinazioni obbligatorie", ne *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, num. 6, pp. 1457 ss.

Ruo, M.G.: "Riflessioni su minorenni, vaccino anti-Covid e tutela dei diritti" (*www.giustiziainsieme.it*).

Ruscello, F.: *La potestà dei genitori. Rapporti patrimoniali*, ne *Il Codice civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2007.

Ruscello, F.: *Responsabilità dei genitori. I controlli*, ne *Il Codice civile. Commentario* (diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2016.

Scalisi, V.: "Il diritto del minore alla "bigenitorialità" dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare", *Famiglia* e *diritto*, 2007, num. 5, pp. 523 s.

Scalisi, V.: "Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto", *Rivista di diritto civile*, 2018, num. 2, pp. 408 ss.

Senigaglia, R.: "I princìpi e le categorie del diritto civile minorile", in *Diritto civile minorile* (a cura di A. Cordiano, R. Senigaglia), Esi, Napoli, 2022, pp. 25 ss.

Sesta, M.: "Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali", *Famiglia e diritto*, 2006, num. 4, pp. 380 ss.

Sesta, M.: "Il rapporto genitori-figli nella famiglia unita e nella crisi", in Sesta, M., Arceri, A.: *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, *La crisi della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), vol. III, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 85 ss.

Sesta, M.: "Familia e hijos en Europa: nuevos paradigmas", *Derecho de familia*, 2020, num. 5, pp. 148 ss.

Sesta, M.: "Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", *Rivista di diritto civile*, 2020, num. 6, pp. 1180 ss.

Sesta, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, IX ed., Cedam-Wolters Kluwer, Milano-Padova, 2021.

Sesta, M.: "La prospettiva paidocentrica quale *fil rouge* dell'attuale disciplina giuridica della famiglia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 16 bis, pp. 1574 ss.

Sesta, M. "Interesse del minore e stato giuridico della filiazione", *Famiglia e diritto*, in corso di pubblicazione.

Thiene, A.: "Gli affidamenti", in AA.VV.: *Diritto civile minorile* (a cura di A. Cordiano, R. Senigaglia), Esi, Napoli, 2022, pp. 299 ss.

Treves, R.: *Il diritto come relazione. Saggi di filosofia della cultura* (prefazione di N. Bobbio), Napoli, Esi, 1993.

Vercellone, P.: *La filiazione: legittima, naturale, adottiva, e la procreazione artificiale*, in *Trattato di diritto civile italiano* (fondato da F. Vassalli), Utet, Torino, 1987, vol. III, tomo 2.

Vercellone, P.: "Gli aspetti personali della potestà dei genitori", in AA.VV.: *Filiazione*, II ed. (a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani), in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), vol. II, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 1298 ss.

Zatti, P.: "Rapporto educativo e intervento del giudice", in AA.VV.: *L'autonomia del minore tra famiglia e società* (a cura di A. Belvedere, M. De Cristofaro), Giuffrè, Milano, 1980, pp. 185 ss.



LA RESPONSABILITÀ GENITORIALE: PROFILI EVOLUTIVI E LIMITIVI OPERATIVI DELLA DISCIPLINA CODICISTICA

THE PARENTAL RESPONSIBILITY IN THE ITALIAN CIVIL CODE: EVOLUTIONARY OUTLINES AND PRATICAL DILEMMA

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 884-915

Maria
CIMMINO

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de abril de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: Il lavoro si propone di ricostruire i rapporti tra la responsabilità genitoriale come delineata dalla riforma della filiazione e la figura dell'art. 2048 c.c..

PALABRAS CLAVE: Responsabilità genitoriale; filiazione; diritto all'educazione.

ABSTRACT: *The work aims to discuss the relationship between parental liability - as established by the reform of the law on Filiation - and Art. 2048 of Italian Civil code.*

KEY WORDS: *Parental responsibility; filiation; right to education.*

SUMARIO.- I. LA RESPONSABILITÀ GENITORIALE. DELIMITAZIONE DEL TEMA DI INDAGINE.- II. LA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE: SPUNTI RICOSTRUTTIVI OFFERTI DALLE VIGENTI DISPOSIZIONI DI LEGGE.- III. VERSO UNA NUOVA DIMENSIONE DELLA RESPONSABILITÀ? CRITICITÀ E PROSPETTIVE SECONDO L'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE DELL'ART. 2048 C.C.- IV. SEGUE. IL DIRITTO-DOVERE ALL'EDUCAZIONE: UNA FIGURA DAGLI INCERTI CONFINI.- V. CONCLUSIONI.

I. LA RESPONSABILITÀ GENITORIALE. DELIMITAZIONE DEL TEMA DI INDAGINE.

Dopo la riforma della filiazione, introdotta con la legge 10 dicembre 2012, n. 219 e con il successivo decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154[1], il sintagma responsabilità genitoriale sembrerebbe idoneo ad esprimere un concetto ampio, elastico, capace di ricomprendere tanto gli aspetti fisiologici del governo della famiglia, quanto quelli patologici relativi, in particolare, alla relazione educativa; al contempo, la categoria civilistica della responsabilità[2], tipicamente nota e disciplinata quale conseguenza sfavorevole che l'ordinamento giuridico ascrive alla violazione di una regola di condotta, ovvero alla lesione di una situazione giuridica protetta, parrebbe arricchirsi di funzioni e contenuti, rispetto alla tutela di istanze ed alla soddisfazione di bisogni non patrimoniali della persona, si da atteggiarsi nell'ambito del diritto della famiglia quale punto di raccordo tra la disciplina dello status di genitore e quella di figlio.

Sotto questo profilo, si pone l'occasione per ridiscutere in una nuova prospettiva anche il c.d. binomio-famiglia responsabilità, tradizionalmente guardato con un certo scetticismo sulla base di una risalente concezione della famiglia quale formazione sociale per definizione immune da interventi esterni e nella quale, comunque, i bisogni affettivi, nel silenzio del legislatore, mal si prestavano ad un sistema di protezione che (si riteneva) il diritto avesse predisposto per rapporti di natura economico-patrimoniale[3].

1 Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, I, pp. 1 ss., ove si individua, tra gli altri, quale tratto qualificante della Riforma la proclamazione dello statuto dei diritti del figlio, rispetto al quale la denominazione della responsabilità genitoriale esprime la preminenza dell'interesse dei figli nella disciplina della filiazione.

2 Si rimanda a Alpa, G.: *La responsabilità civile*, Utet Giuridica, Milano, 2018, passim.

3 Sulla rilevanza del binomio famiglia-responsabilità, *ex multis*, si veda: Bizzarro, A.: "Famiglia e responsabilità", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, pp.145 ss., la quale sottolinea come in passato gli strumenti utilizzabili nelle ipotesi di violazione dei doveri familiari erano individuati unicamente in quelli tipici previsti dal legislatore per regolamentare i rapporti tra i coniugi e tra genitori e figli. Si escludeva, pertanto, anche il cumulo di rimedi e, dunque, il ricorso alla disciplina della responsabilità civile; nonché, Patti, S.: *Famiglia*

• Maria Cimmino
Ricercatore di diritto privato nell'Università degli Studi di Napoli Parthenope. E-mail: maria.cimmino@uniparthenope.it

Per quanto dibattuta [4], la scelta terminologica del legislatore pare suggerire una rinnovata riflessione all'interprete che intenda adoperare il termine responsabilità per operare, al contempo, un riferimento tanto al complesso di diritti e di doveri dei genitori verso i figli (non espressamente elencati nella previsione dell'art. 316 c.c. comma 1, ma ricavabili, del suo ultimo comma, nonchè dal disposto del precedente art. 315 c.c.) di cui, peraltro, già faceva menzione il legislatore sovranazionale all'art. 2 del regolamento CE 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale[5], quanto - stando all'etimologia stessa dell'espressione responsabilità, nonché, al disposto dell'art. 2048 c.c.[6] - alle conseguenze della violazione dei doveri di mantenere, educare ed istruire la prole, secondo l'inclinazione e le aspirazioni manifestate da questa stessa.

Detta prospettiva sembra confortata dalla l. 18 giugno 2015, n. 101 «Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta all'Aja il 19 ottobre 1996» che, all'art. 1 comma 2 dell'allegata Convenzione, stabilisce che l'espressione "responsabilità genitoriale" comprende la potestà genitoriale o ogni altro rapporto di potestà analogo che stabilisca i diritti, i poteri e gli obblighi dei genitori, di un tutore o altro rappresentante legale nei confronti della persona o dei beni del minore.

Sotto quest'aspetto, non pare trascurabile il rilievo secondo cui la previsione di un'ipotesi di illecito civile dei genitori per il fatto posto in essere dal figlio minore, contenuta nella norma dell'art. 2048 c.c., introdotta nel 1942 c.c. e rimasta inalterata, potrebbe assumere un più chiaro significato, risultando essa stessa più

e *responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 32 ss., secondo cui la mancata applicazione del sistema dell'illecito aquiliano ai rapporti familiari si risolverebbe in una irragionevole diminuita tutela derivante dalla qualità del danneggiato.

4 Rosetti, R.: "Il contributo di Cesare Massimo Bianca alla riforma della filiazione", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, pp. 1408 ss.; il quale si sofferma sul complicato e laborioso procedimento legislativo di riforma- che ha attraversato diverse legislature e differenti governi- e sul lavoro condotto dalle commissioni legislative con il fine di assicurare l'approvazione di una riforma condivisa, sottolinenado, a tal proposito, le difficoltà di passare dal piano delle enunciazioni dottrinarie a quello dell'adozione di un sistema legislativo. Con specifico riguardo ai profili innovativi si rimanda, *ex multis* a Patti, S.: "Le nuove frontiere della responsabilità genitoriale", *Familia*, 2021, pp. 141 ss., ove si sottolinea il processo di democratizzazione della famiglia in cui è stata conseguita una sostanziale parità tra i suoi membri e di ciò si ritiene un segno l'innovazione anche terminologica in tema di responsabilità genitoriale; in senso critico, Recinto, G.: "Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo", *federalismi.it*., 2018, pp. 1 ss.; nonché, a De Cristofaro, G.: "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di un'innovazione discutibile", *Nuove leggi civ. comm*., 2014, pp.782 ss.

5 Esso abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, (oggi sostituito dal (UE) 2019/1111 del 25 giugno 2019.

6 Si rimanda all'analisi della figura operata da Mantovani, M.: "Art. 2048. Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte", in AA. VV.: *Dei fatti illeciti. Artt. 2044-2059* (a cura di U. Carnevali) in *Commentario del codice civile,* dir. da E. Gabrielli, Utet, Torino, 2011, pp. 108 ss.

esplicitamente come il riflesso-negativo- del fascio di doveri che la legge assegna ai genitori, delineati sia nelle norme in tema di matrimonio che in tema di filiazione.

Tale approccio, che ben potrebbe fondarsi sulla constatazione per cui il legislatore della riforma, in linea con la previsione dell'art. 30 della Costituzione Repubblicana e valorizzando l'autonomia del rapporto tra genitori e figli rispetto al legame tra i genitori, ha chiaramente voluto ulteriormente porre l'accento sui compiti che spettano ai genitori all'interno della famiglia nell'interesse dei figli, merita tuttavia di essere ulteriormente indagato; ciò al fine di mettere in luce possibili ed ulteriori intrecci tra responsabilità civile e disciplina della filiazione, comunque interessati nel corso degli anni da profondi cambiamenti, sebbene in alcuni ambiti, come quello dell'illecito civile, frutto più dell'opera della giurisprudenza che non di precise scelte legislative di riforma[7].

Basti in proposito richiamare lo sdoganamento della tutela aquiliana dei diritti di credito[8], i tentativi di ricostruire un'elaborazione unitaria della responsabilità civile e della teoria della colpa[9], la c.d. responsabilità da contatto sociale[10], il dibattito in tema di risarcibilità dei danni morali da inadempimento contrattuale[11] e la sempre crescente apertura all'utilizzazione del sistema della responsabilità civile come strumento di tutela della persona, che ha trovato nelle relazioni familiari il suo ambito elettivo di applicazione.

Obiettivo del presente contributo è provare a stabilire, pertanto, se e come la ridenominazione della potestà e, se si vuole, la scelta di ricondurla ad una "forma di responsabilità", consenta una rilettura dei compiti dei genitori verso i figli, ancora una volta, supportando il delicato compito dell'apprezzamento giudiziale di alcuni degli aspetti patologici della relazione educativa, in particolare avuto riguardo ai connessi riflessi esterni alla famiglia, che comportano, tra l'altro, conseguenze risarcitorie di tipo patrimoniale secondo il modello dell'art. 2048 c.c.

7 Sulle funzioni della responsabilità civile si veda Paradiso, M.: "Illecito risarcimento e nuove funzioni della responsabilità civile", *Actualidad Juridica iberoamericana*, 2022, 2480 ss.; rileva la necessità di distinguere le funzioni della responsabilità dalla sua efficacia sociale Barcellona, M.: "La responsabilità civile," in AA. VV.: *Trattatto di diritto privato. Le fonti delle obbligazioni diverse dal contratto* (a cura di S. Mazzamuto) vol. IV, tomo I, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 3 ss.; per una disamina critica della presunta crisi del sistema della responsabilità civile in rapporto al dilagare delle sue diverse applicazioni, si rimanda alle osservazioni di Rodotà, S.: "Modelli e funzioni della responsabilità civile", in Id.: *Critica del diritto rapporto. Editoriali e saggi della rivista Critica del Diritto privato,* raccolti da Guido Alpa e Maria Rosaria Marella, Jovene, Napoli, 2017, pp. 595 ss.

8 Trimarchi, P.: "Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito," *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pp. 217 ss.; Busnelli, F.D.: "La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio", *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 273 ss

9 Per una rassegna del dibattito si veda: Mancini, L.: *La colpa nella responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 3 ss.

10 In argomento si rinvia, *ex multis*, a Franzoni, M.: "Il danno ingiusto fra il giudice e la legge", *Quest. giust.*, 2018, pp. 93 ss.

11 Navarretta, E.: "Il danno non patrimoniale contrattuale. Profili sistematici di una nuova disciplina", *Contr.*, 2010, pp. 728 ss.

Conviene, da subito, precisare che l'ambito della riflessione tendenzialmente sembrerebbe restringersi a casi diversi da quelli che sono etichettati come illecito endofamiliare[12] prestandosi a far luce, al contrario, alle conseguenze che l'inadempimento e/o la violazione dei doveri genitoriali possano provocare nei confronti dei terzi estranei al gruppo familiare; ammesso che si possibile scindere i due aspetti (cioè quello interno dei rapporti genitori figlie e quello esterno che coinvolge i rapporti intrattenuti dai membri del gruppo con il mondo esterno non solo degli adulti).

Il campo di indagine si presenta, comunque, quanto mai ampio, considerato che dopo la citata riforma i doveri genitoriali non sono più collegati, stando alla lettera dell'art. 316 c.c., alla minore età, ma sono destinati a sopravvivere nei confronti della prole maggiorenne e capace di agire, se non autosufficiente.

II. LA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE: SPUNTI RICOSTRUTTIVI OFFERTI DALLE VIGENTI DISPOSIZIONI DI LEGGE.

Il tentativo di una rilettura del concetto di responsabilità genitoriale offre, invero, una molteplice serie di spunti critici di riflessione, di cui in questa sede non è possibile disaminare le svariate implicazioni e sfaccettature.

Si ritiene opportuno, pertanto, nell'economia del presente lavoro, soffermare l'attenzione su alcune delle questioni principali, evocate dal dibattito dottrinario apertosi all'indomani della riforma della filiazione[13], che risultano (ancora) cruciali ai fini della ricostruzione dell'ambito di operatività della stessa responsabilità genitoriale, non solo per stabilirne i rapporti con la previgente nozione di potestà.

In primo luogo, occorre prendere le mosse dalla mutevolezza del concetto stesso di famiglia [14]. Si tratta di una entità complessa, oggi frutto di radicali cambiamenti, che hanno visto l'emersione di nuovi modelli di convivenza in cui la vita familiare è stata improntata ad una progressiva rivalutazione dell'autonomia del gruppo familiare in rapporto ai pubblici poteri, nonché dell'autodeterminazione dei suoi membri circa nuovi interessi di cui sono stati riconosciuti portatori, nella sfera affettiva, della riservatezza et similia.

12 Il tema degli illeciti endofamiliari è stato riportato all'attenzione della dottrina dalla novella al c.p.c. operata con legge del 2006 n. 54 recante «Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli», la quale ha introdotto con l'art 709- ter strumenti di coercizione indiretta per l'ipotesi dell'inottemperanza da parte dei genitori agli obblighi nei confronti della prole. Sul punto si rimanda a Scia, F.: "Responsabilità civile e doveri genitoriali: le persistenti problematicità dell'art. 709 c.p.c.-*ter*", *Pers. merc.*, 2020, pp. 414 ss., ove si passano in rassegna, tra l'altro, i contrapposti orientamenti sulla natura di tale responsabilità.

13 Rossi Carleo, L.: "Status e contratto nel mosaico della famiglia", *Dir. fam. pers.*, 2016, pp. 229 ss.; Al Mureden, E.: "La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari", *Fam. dir.*, 2014, pp. 466 ss.; Bianca, C.M.: "La legge italiana", cit., pp. 1 ss.

14 Bianca, C.M.: voce "Famiglia (diritti di)", *Novissimo Dig.*, VII, Utet, Torino, 1961, pp.71 ss.

La nozione sfugge ad una precisa classificazione, sia perché la Carta costituzionale, pur definendola società naturale fondata sul matrimonio, consente anche di apprestare tutela a modelli diversi, nel momento in cui essa distingue in due norme i rapporti fra coniugi (art. 29) da quello dei rapporti fra genitori e figli (art. 30), ma anche per l'uso promiscuo che del termine opera il legislatore codicistico, riferendosi ora alla famiglia nucleare, ora a quella in senso lato, ossia per indicare tutti i conviventi di un nucleo familiare.

Polisemico è, poi, anche il linguaggio dei legislatori sovranazionali: di vita privata e familiare parla l'art. 8, comma 1, della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, di ambiente familiare l'art. 20, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo, mentre all'art. 23 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, la famiglia è definita «il nucleo naturale e fondamentale della società».

Sotto quest'aspetto, si è ritenuto di trovare conforto alla tesi per cui anche l'accostamento ad una società naturale operato dal Costituente giammai potrebbe legittimare un'entificazione della famiglia come soggetto di diritto distinto dai suoi componenti; ritenendosi, pertanto, inidonea la formazione sociale familiare a farsi portatrice di un interesse superiore rispetto a quello dei singoli, sul modello dei c.d. enti esponenziali di interessi diffusi, esercitando questa stessa solamente una mera funzione strumentale per la migliore realizzazione della varietà di interessi dei suoi membri[15].

La conclusione cui si giunge è che la famiglia sarebbe presa in considerazione dal diritto solo per disciplinare i singoli rapporti familiari.

Il superamento dell'impostazione istituzionale -e quindi il rifiuto di ogni tentativo di affermazione di una soggettività giuridica della famiglia come entità distinta dai suoi componenti- se, da un lato, possono, paradossalmente, essere letti come riconoscimento del massimo grado di autonomia che l'ordinamento può riconoscere e riconosce alla formazione sociale, divincolata da ruoli di carattere ideologico e da compiti a rilevanza pubblica, dall'altro lato, tuttavia, impongono di riflettere sulla natura delle relazioni che si instaurano all'interno del gruppo e, per esempio, sulla effettiva riconducibilità di queste stesse ad un modello creditorio-debitorio.

Vero è che il diritto di famiglia si è progressivamente emancipato, prima, da una concezione patrimonialistica delle relazioni familiari di romanistica memoria, ereditata dal codice del 1865, in virtù della quale la potestà genitoriale del

15 Perlingieri, P.: "Riflessioni sull'«unità della famiglia", in AA. VV.: *Rapporti personali nella famiglia* (a cura di P. Perlingieri) Esi, Napoli, 1982, pp.8 ss.

capofamiglia rispecchiava la natura di un diritto di proprietà e si manifestava come potere di amministrare i beni del figlio minore e, poi, da quella di stampo autoritario- recepita dal codice civile del 1942- che si basava su un potere-dovere correttivo e di disciplina, da esercitarsi per lo più sottoforma di reazione rispetto alla cattiva condotta della prole; il ruolo assegnato al capofamiglia si inquadrava perfettamente nei compiti a rilevanza pubblicistica assegnati dall'ordinamento all'istituzione familiare, anche per motivi ideologici[16].

Basti richiamare il dato testuale del codice civile italiano previgente: l'art 138 c.c. qualificava nei termini di un'obbligazione di mantenere, educare ed istruire la prole, mentre l'art. 220 c.c. rappresentava i rapporti genitori figli in base ad un modello di soggezione dei secondi verso i primi e l'istituto si risolveva prevalentemente in un insieme di norme sull'amministrazione dei beni.

Come sottolineato dalla dottrina, nemmeno il codice civile del 1942 c.c. segnò inizialmente una svolta rispetto a quest'impostazione, se con ciò ci si vuole riferire all'assenza di un preciso quadro valoriale di riferimento, che potesse permeare e informare l'interpretazione ed applicazione delle norme in tema di famiglia.

La Carta costituzionale, sancendo il primato della personalità, a prescindere da ogni qualità od attributo dell'essere umano, ha posto le basi per l'affermazione del diritto dei figli e più in generale dei minori al pieno sviluppo della propria identità, e pertanto per una funzionalizzazione della potestà genitoriale all'interesse del minore[17].

Si è trattato però di un processo lento, perché in un primo momento dottrina e giurisprudenza, stentavano ad ammettere la diretta applicabilità delle norme costituzionale ai rapporti di diritto privato, privilegiando un'interpretazione del diritto di famiglia a tutela della unità della famiglia legittima., anziché recepire i principi costituzionali di eguaglianza e solidarietà.

Solo successivamente, al mutare del contesto sociale, economico e politico, teorici e pratici si sono fatti promotori di un' interpretazione costituzionalmente orientata in senso solidaristico della disciplina delle relazioni familiari, all'interno delle quali era destinata a ricoprire un ruolo cruciale l'educazione dei figli minori, intesa non più, o quanto meno non solo, nella sua accezione di ius corrigendi, ma

16 di Renzo Villata, M.G.: "Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno", *Dig. disc. priv.- sez. civ.,* XIII, Utet, Torino 1995, pp. 457 ss.

17 Per una disamina articolata del principio nelle diverse declinazioni e in rapporto ai diversi ambiti in cui trova applicazione, a livello interno ed internazionale si rinvia a AA.VV.: *The best interest of child*, (a cura di M. Bianca) Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, passim; si veda pure Lamaruqe, E.: *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016, pp.78 ss., secondo cui la formula richiede quindi semplicemente che i "migliori" – e cioè i più significativi, i più importanti – tra i numerosi interessi/esigenze/bisogni del bambino siano tenuti in conto e garantiti da chi deve decidere».

nella sua dimensione propositiva diretta a promuovere la crescita, maturazione personale ed il benessere della prole.

Tant'è che la famiglia è intesa oggi come gruppo sociale che ricusa un'organizzazione gerarchica e si basa sulla reciproca collaborazione e che mira alla tutela innanzitutto del superiore interesse del minore.

Se a fondamento delle norme costituzionali dettate in tema di famiglia nel titolo dei rapporti etico sociali si è voluto individuare il c.d. principio della libertà educativa, quale superamento della concezione autoritaria della famiglia e della eterodeterminazione dei compiti attribuiti al suo interno ai soggetti, per definizione ritenuti capaci e responsabili, e cioè gli adulti rispetto ai minori, dall'altro lato, non si è mancato, però, di ribadirne i limiti da individuare tanto nella tutela della persona umana assunta come valore nel sistema delle relazioni interpersonali governato dalla solidarietà, ovvero come insieme di situazioni giuridiche soggettive essenziali a contenuto esistenziale e della sua dignità, quanto nelle clausole generali dell'ordine pubblico e del buon costume.

Pur ritenendosi che la famiglia non sia un ordinamento originario, ma un luogo di formazione e svolgimento della personalità dei suoi membri, legati da vincoli di parentela e coniugio e/o affettivi e che la convivenza rappresenti, in tal senso, solo un'occasione di convergenza dei bisogni dei singoli in interessi comuni, anche di natura non patrimoniale, rimane, comunque, aperta la questione degli strumenti di tutela azionabili per la loro protezione.

Quando si parla di violazione dei doveri e/o dei diritti dei singoli all'interno della famiglia riaffiora non solo la necessità ridiscutere il modello di responsabilità, contrattuale od extracontrattuale, a cui fare riferimento, ma altresì e soprattutto il tema della tutela degli interessi e dei diritti non patrimoniali, è già postosi all'attenzione degli interpreti sotto il profilo della risarcibilità del danno morale da inadempimento contrattuale[18].

Degno di nota, in secondo luogo, è poi il profilo che attiene alla tutela della persona minore d'età tra incapacità e autodeterminazione.

Il ruolo della famiglia e la relazione educativa sono stati reinterpretati in una nuova prospettiva, anche grazie alla tendenza, diventata via via più marcata da parte dell'ordinamento e recepita dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, a considerare il minore soggetto di diritto e non oggetto dell'autorità parentale, portatore di propri legittimi interessi ed aspettative ed in ultima analisi titolare

18 Su cui si *ex multis* a Navarretta, E.: "Il danno non patrimoniale contrattuale", cit., pp.728 ss.

del diritto ad autodeterminarsi nella sfera dei rapporti personali sebbene non patrimoniali, in quanto persona[19].

A confortare tale ricostruzione è stato, in un primo momento, il diritto internazionale, in particolare l'art. 12 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo siglata a New Jork il 20 novembre 1989- ratificata e resa esecutiva in Italia con legge del 27 maggio 1991 n. 176- secondo cui "Gli Stati Parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa", norma riconosciuta di valenza precettiva e non mera- mente programmatica dalla giurisprudenza costituzionale.

Successivamente, della necessità di riconoscere al minore una sfera di autodeterminazione in base alla sua maturità si è preso atto in occasione della Riforme del diritto di famiglia che con la novella al codice civile ha introdotto l'art. 315 bis in tema di ascolto del minore che abbia compiuto gli anni dodici, ovvero, sebbene di età inferiore, purchè capace di discernimento.

In virtù del progressivo riconoscimento di un'efficacia immediatamente precettiva nei rapporti interprivati anche alle norme dettate nei primissimi articoli della Costituzione in tema principi generali (artt.1-13), è emerso il carattere anacronistico di ogni visione che relegasse il minore quasi al rango di oggetto che non soggetto di diritto, in quanto sottoposto all'allora potestà genitoriale come soggetto assolutamente privo di ogni idoneità ad autodeterminarsi, ad esprimere valutazioni e giudizi in ordine all'esercizio della propria sfera giuridica.

Si è acquisito così che a fronte dell' eterogeneità degli atti e delle attività che il soggetto si trovi a poter compiere anche prima del compimento della maggiore età, la disciplina dell'incapacità legale d'agire, (come definita in Italia nell'art. 2 c.c.) ed il limite anagrafico da essa posto, valesse solo in ordine agli atti di natura patrimoniale, ma non in ordine a tutta un'altra serie di atti strettamente attinenti all'esercizio di diritti personalissimi, rispetto ai quali si richiede di promuovere e valorizzare la personalità anche di quei soggetti legalmente incapaci, ma che tuttavia possono dimostrare un certo grado di maturità in ordine al compimento degli atti nei quali si estrinsecano le libertà fondamentali della persona.

Si pensi, al riguardo, alla tutela della libertà del minore di autodeterminarsi in ordine alle scelte sessuali, in ambito sanitario, medico, sportivo, scolastico, religioso, politico.

19 Sul punto si rimanda alle osservazioni di Bassett, U.C.: "Le nuove sfide di un concetto vago e magari antipatico," in AA. VV. : *The best interest of child*, cit., pp. 4 ss., che vede nell'affermazione del principio di libertà e di autonomia nell'ambito del diritto di famiglia la ragione per cui la famiglia stessa è diventata quello che scelgono gli adulti, per cui si scarifica l'interesse dei bambini che non è più il criterio determinante per disciplinare la famiglia. Per converso, precisa l'A. che il diritto de famiglia deve riconoscere la primazia dei minori come guida della libertà degli adulti.

Tale evoluzione ha segnato in un certo senso il superamento di quel limite basato su un criterio meramente temporale e di natura quantitativa imposto dal codice civile in tema di incapacità di agire del minore e riferito, tuttavia, alla sfera degli interessi e dei rapporti di natura economico-patrimoniale per ragioni di certezza dei traffici giuridici.

L'attenzione alla tutela della personalità del minore nel momento in cui marca un netto distacco dalla visione squisitamente economico patrimoniale della potestà come potere di amministrazione dei beni di un incapace e di disciplina e correzione, a favore di una visione paritaria delle relazioni familiari anche di quella educativa, mette tuttavia sul tappeto una serie di aspetti problematici, di cui le occasioni di conflitto genitori figli si rivelano un segno tangibile.

Accade, infatti, sempre più di frequente, che la libertà educativa e l'autonomia dei genitori nelle scelte di vita incontri il limite del bisogno dei figli di autodeterminarsi; il contrasto generazionale spesso si traduce nella violazione dei diritti e doveri reciproci, ovvero in un fallimento educativo, il quale è destinato a riverberarsi anche all'esterno delle relazioni familiari.

Giungendo al terzo degli aspetti che si intende analizzare, anche in virtù di quanto in precedenza rilevato, è opportuno richiamare il tema dei rapporti tra responsabilità genitoriale e potestà genitoriale, il quale, invero, appare, altrettanto cruciale, se si vuole provare a ricostruire un ambito di rilevanza della responsabilità, quale categoria, istituto o fattispecie, più ampio di quello che la tradizione consegna al giurista civilista e non solo.

Ciò sia detto perché, va da sé, che se la responsabilità fosse, (come nella tradizione è) da intendersi tout court come una conseguenze di un fatto, quindi nel suo profilo patologico, la premessa del discorso che si intenderebbe portare avanti sarebbe destituita di fondamento; in tal caso, tuttavia, si dovrebbe anche rinunciare a cogliere la portata innovativa della riforma della filiazione e una nuova dimensione della responsabilità genitoriale, in una nuova visione delle relazioni affettive.

Vero è che il tema dei rapporti della responsabilità con la potestà, rimane dibattuto, suddividendosi la dottrina tra quanti ritenevano- e ritengono- che, sostanzialmente, la relazione familiare sia ancora improntata allo schema della potestà del genitore e quanti, invece, vi hanno addirittura trovato traccia e conferma di un'assimilazione dei rapporti familiari al rapporto obbligatorio tout court, sulla scorta del novellato art. 709 c.p.c. e del suo riferimento letterale all'

inadempimento del genitore, per il quale si prevede che il giudice possa disporre il risarcimento dei danni nei confronti del minore ovvero dell'altro genitore[20].

Il tentativo di leggere nella formulazione della citata disposizione normativa una riprova della possibile riconduzione della relazione che intercorre fra genitori e figli (nonché quella fra genitori) allo schema della responsabilità debitoria, e ciò non solo in virtù del richiamo all'inadempimento, ma per la previsione di una conseguenza risarcitoria, evidentemente patrimoniale, dovuta alla violazione di doveri di natura non patrimoniale, sembra, ancora una volta, influenzato dalla necessità di dover giustificare la negazione della soggettività giuridica alla famiglia; qualità, questa, che non risulta per l'ordinamento una condicio sine qua non, né per poterla considerare una formazione sociale, né, tantomeno, per attribuire rilevanza alle relazioni di vita che al suo interno vengono intessute.

Sebbene si sia riconosciuto che ormai da tempo il negozio ed il contratto abbiano fatto ingresso, al pari della responsabilità, nel diritto di famiglia[21], ciò non toglie che il tratto peculiare di alcuni rapporti rimanga, prevalentemente, l'impossibilità di attrarretaluni comportamenti (es. la cura del minore, il dovere di assistenza morale e di fedeltà dei coniugi) nella sfera patrimoniale, (se non al momento della violazione) elemento questo che induce, peraltro, la giurisprudenza a ricondurre gli illeciti «endofamiliari» o «intrafamiliari», all'ambito della responsabilità extracontrattuale[22].

Questo avvalorerebbe la tesi per cui, piuttosto che ricondurre il rapporto familiare allo schema del rapporto obbligatorio, l'ordinamento, ben lungi dall'attribuire o riconoscere diritti soggettivi perfetti ai genitori verso i figli, prevede un ufficio, che richiede l'adempimento di puntuali doveri nell'interesse altrui, destinato a manifestarsi nei rapporti sia interni che esterni; in tale prospettiva si coglierebbe più linearmente il collegamento della responsabilità ex art. 316 c.c. all'ipotesi della responsabilità civile dei genitori verso i terzi, ai sensi dell'art. 2048 c.c.

La conferma di quest'approccio potrebbe, ancora una volta, trarsi dalla preminenza dell'interesse del minore, al cui benessere psicofisico e alla tutela dei

20 In argomento per una sintesi dei diversi orientamenti si rinvia a Recinto, G.: "Responsabilità genitoriale", cit., pp. 1 ss.; si veda anche Patti, S.: "Le nuove frontiere", cit., p. 144, il quale rimarca come pur dovendosi ravvisare un'identità di linguaggio nel libro della famiglia e in quello delle obbligazioni, il suddetto accostamento non sembra fondato, soprattutto se si guarda all'esperienza di altri paesi dove si è passati all'uso di questa espressione seguendo l'esempio della dottrina anglosassone, che certamente non opera alcun collegamento con la materia delle obbligazioni.

21 Zoppini, A.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo", *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 213 ss., che rileva la necessità di verificare l'idoneità delle situazioni giuridiche familiari ad essere plasmate dalla volontà privata e chiedersi quale sia, conseguentemente, il valore dell'autonomia negoziale, e poi dell'autonomia contrattuale, nel contesto delle relazioni familiari formalizzate o non.

22 Sul punto per una rassegna si rinvia a Scia, F.: "Responsabilità civile", cit., pp. 414 ss.

cui diritti, quale soggetto giuridicamente incapace e/o immaturo, sono preordinati i doveri dei genitori nella responsabilità genitoriale, la quale, così intesa, risulterebbe coerente con il dettato costituzionale, che, fa discendere della semplice qualità di genitore, e non di coniuge, una serie di obblighi tra cui quello di istruire e di educare la prole.

Cionostante, non si deve rinunciare a ricondurre nell'alveo del diritto privato la disciplina dei rapporti familiari; ed è in tale direzione che va rimarcato come nelle intenzioni del legislatore non vi è stato il proposito di una semplice ridenominazione della potestà genitoriale, quasi che il contenuto della corrispondente complessa situazione giuridica rivestita dai genitori verso i figli dovesse rimanere immutato, mirandosi piuttosto a sugellare una nuova dimensione dei rapporti familiari in omaggio ad una visione non più adultocentrica bensì paidocentrica delle relazioni familiari conforme al principio solidaristico[23].

A conferma di ciò basti richiamare le parole adoperate nella Relazione della Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica[24]; si sottolinea nel documento, «l'inopportunità di distinguere due nozioni: quella di responsabilità genitoriale e quella di potestà, perché ciò avrebbe imposto la fissazione di limiti, dell'una o dell'altra nozione, difficilmente conciliabili da un punto di vista logico, prima che giuridico, con la materia trattata», aggiungendosi, da un lato, che «si è ritenuto di non definire la "responsabilità genitoriale", in modo che tale nozione possa essere riempita di contenuti a seconda dell'evoluzione socio-culturale dei rapporti genitori-figli e possa essere in grado di adattarsi alle future evoluzioni», e, dall'altro, che, comunque, «i rapporti genitori-figli non devono essere più considerati avendo riguardo al punto di vista dei genitori, ma occorre porre in risalto il superiore interesse dei figli minori».

In tale prospettiva, il richiamo alla superiorità dell'interesse del minore rende evidente che la scelta del legislatore, più che essere una precisazione terminologica, va interpretata come espressione della volontà di porre al centro della famiglia il minore, e, quindi, di dettare all'interprete un criterio guida imprescindibile, una clausola generale alla quale conformare l'interpretazione del diritto di famiglia riformato, ma anche quella di proporre la formula strumento di indirizzo anche

23 Si è ritenuto che il nuovo istituto potesse e dovesse sostituire la potestà genitoriale ereditandone il contenuto, apportandovi le necessarie modifiche e rimodellando l'ufficio privato dei genitori dal punto di vista del dovere piuttosto che da quello del potere. Si veda Giacobbe, E.: "Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma Bianca", *Dir. fam*., 2014, pp. 817 ss.; nonché Patti, S., "Le nuove frontiere", cit., pp.144 ss., per il quale "il cambiamento a livello terminologico ci permette di sfruttare una serie di indicazioni utili per l'interpretazione delle norme che contengono una effettiva regolamentazione dei fenomeni familiari. Il linguaggio diventa strumento per comprendere il nuovo approccio nella regolamentazione del diritto di famiglia".

24 Si tratta della Commissione istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri e presieduta dal prof. Cesare Massimo Bianca.

nelle future scelte di politica legislativa, nelle decisioni delle autorità e di tutte le istituzioni coinvolte nella protezione della prole e dei minori, in omaggio ai valori di giustizia sociale, uguaglianza e solidarietà, portandosi ad ulteriore compimento quella tendenza dottrinaria inaugurata nella seconda metà del secolo scorso, volta non solo ad attrarre il diritto di famiglia a pieno titolo nell'ambito della disciplina del diritto privato, ma soprattutto diretta a leggere gli interessi dei membri della famiglia come bisogni da soddisfare ricercando nel diritto privato stesso gli opportuni strumenti regolativi a tal fine adatti[25].

La citata relazione conclusiva al decreto attuativo precisa ancora che la responsabilità genitoriale "è quella che meglio definisce i contenuti dell'impegno genitoriale, non più da considerare come una "potestà" sul figlio minore, ma come un'assunzione di responsabilità da parte dei genitori nei confronti del figlio. Si sottolinea, al riguardo, che "la modifica terminologica dà risalto alla diversa visione prospettica che nel corso degli anni si è sviluppata ed è ormai da considerare patrimonio condiviso: i rapporti genitori-figli non devono essere più considerati avendo riguardo al punto di vista dei genitori, ma occorre porre in risalto il superiore interesse dei figli minori"[26].

Alla luce di ciò, più che domandarsi se le due concezioni possano coesistere dopo la riforma, per far riferimento all'una o all'altra a seconda del contesto della norma, ovvero più che guardare alla responsabilità come conseguenza della potestà, privilegiando la tradizionale concezione sanzionatoria e riparatoria dell'istituto, occorre chiedersi se non si tratti di una scelta dotata di una più importante portata innovativa, che, ben lungi dal prendere definitivamente partito sulla contrattualizzazione del diritto di famiglia, miri a conciliare istanze diverse, patrimoniali e non, ricollegate alla qualità ovvero agli status dei membri della famiglia, e che, per la loro complessità, demandano al giudice, nel caso concreto, il compito di ricostruire il significato e l'ambito di operatività di un concetto elastico e mutevole, ma non per questo meno adatto ad una realtà complessa ed in divenire.

Dal che potrebbe anche inferirsi l'idea che la responsabilità civile venga ad arricchirsi di una nuova funzione, che solo in parte appare di general prevenzione, poiché la nuova previsione in tema di responsabilità genitoriale non si sostanzia nella minaccia di una sanzione ma nell'attribuzione di diritti ed obblighi, ovvero nell'assunzione di puntuali doveri, per usare le parole della citata Relazione,

25 Bianca, M.: "Il diritto di famiglia e la missione del giurista. L'insegnamento di mio padre Cesare Massimo Bianca", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, pp. 909 ss.

26 Sul punto si rimanda alle osservazioni di Sesta, M.: "La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale diritto di famiglia", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, pp. 1572 ss., il quale rimarca che "il legislatore ha, cioè, inteso collocare in evidenza il profilo degli interessi del figlio e, nel contempo, configurare l'esercizio della autorità genitoriale non più quale prerogativa sulla persona che si pretende ad altri sottoposta, bensì come strumento funzionale al soddisfacimento dei diritti del figlio e al tempo stesso alla compiuta attuazione dei doveri genitoriali".

destinati ad integrarne il contenuto, qualificando così lo status di genitore e, pertanto, verrebbe da notare, assumendo natura squisitamente sostanziale.

Di tale duplice valenza può dar conto la terminologia adoperata nel sistema anglosassone che con il termine "responsibility" allude alla cura e con quello di "liability" al dovere di risarcire un toro come conseguenza di una mancata assunzione di responsabilità ovvero di un difettoso esercizio dei relativi doveri.

In tale direzione, diversamente da quanto sostenuto[27], sarebbe da revocare in dubbio la tesi per la quale i doveri che corrispondono ai diritti fondamentali attribuiti al figlio nei confronti del genitore dall'art. 315 bis comma 1 c.c., non ricadono nel contenuto della responsabilità genitoriale; ciò non solo perché la previsione di detta norma può esser considerata speculare a quella del successivo articolo 316 c.c. che qualifica la posizione dei genitori verso i figli, ma anche poichè, diversamente ragionando si sacrificherebbe la rilevanza giuridica di alcuni dei più delicati risvolti della responsabilità genitoriale, i quali si colgono sotto sotto il profilo dei compiti educativi, ponendosi in relazione la disciplina recata dai citati articoli con il disposto dell'art. 2048 c.c., nei termini in cui a breve si dirà[28].

Siffatta conclusione sembrerebbe, peraltro, incontrare attualmente in dottrina un ostacolo di ordine sistematico, oltre che sul piano della politica del diritto; ciò non solo perché la responsabilità è istituto concepito come conseguenza di un fatto pregiudizievole, ma anche poichè si potrebbe essere indotti a condividere la tesi che ha posto in luce come la c.d. polifunzionalità della responsabilità civile sia il frutto in realtà di una visione distorta dell'istituto, la quale induce a sovrapporre il piano proprio della funzione primaria con quello dei suoi effetti sociali[29], non mancandosi di accostare all'istituto l'idea di una crisi (peraltro puntualmente smentita in altra sede[30]).

Sul punto si può osservare, tuttavia, che almeno nel caso della responsabilità genitoriale il dubbio di una rilevanza di un più ampio respiro del concetto possa essere legittimamente sollevato sol che si consideri il possibile raccordo tra gli aspetti fisiologici e quelli patologici della relazione educativa e dei rapporti genitori

27 De Cristofaro, G.: "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale", cit., p. 794.

28 Quanto poi al rilievo secondo si tratta di diritti che spettano, infatti, al figlio per il solo fatto dell'instaurazione del rapporto giuridico di filiazione e che solo mantenendo un più netto distinguo tra le due disposizioni normative si potrebbe assicurare la permanenza effettiva di tali diritti in capo ai figli anche nei confronti dei genitori privati in tutto od in parte della responsabilità si potrebbe opinare che trattasi di un profilo che attiene all'operatività degli istituti e degli strumenti di protezione della filiazione che in concreto peraltro vengono attivati nel presupposto di un inadempimento ai doveri genitoriali

29 Così, Barcellona, M.: "La responsabilità civile", cit., pp. 3 ss.

30 Il riferimento è alle riflessioni svolte da Rodotà, S.: "Modelli e funzioni della responsabilità civile", cit., pp. 595 ss., il quale ritiene che l'esplosione così marcata della responsabilità civile non autorizzi a parlare di crisi, poiché invece si tratta piuttosto di rimarcare la vitalità di un istituto e di ravvisarne nel lungo percorso che lo ha caratterizzato una vera e propria "rifondazione teorica" "parallela all'ampliarsi della sua sfera di incidenza".

figli reso esplicito, anzi tipico, grazie alla reinterpretazione che dell' art. 2048 c.c. può esser legittimamente offerta dalla lettura in combinato disposto con l'art. 316 c.c. ; a nulla potendo valere l'obiezione che si tratti di una norma pregressa, considerato che il tenore della disposizione beni si concilia con l'impostazione egualitaria della famiglia accolta dal Costituente, e non con quella autoritaria del diritto di famiglia vigente prima della riforma del 1975.

A differenza dei casi di atipicità dell'illecito riconducibili all'art. 2043 c.c. e tendenzialmente riferibili alla violazione di situazioni giuridiche di varia natura, afferenti al diritto di proprietà, ai diritti di credito ed ai diritti della personalità, come in generale alla circolazione della ricchezza, nel caso che qui occupa, sembrerebbe che il legislatore, sugellando un lungo percorso evolutivo, ormai detta diritti e doveri prevedendo, altresì, una sanzione per le relative violazioni, mercè un'ipotesi speciale di responsabilità.

Sotto quest'aspetto, poi, nemmeno deve trascurarsi che il termine responsabilità come usato nell'art. 316 c.c. sembrerebbe più ampio tanto di quello previsto nell'art. 2048 c.c.- poichè esso fa riferimento ai diritti oltre che ai doveri- quanto probabilmente anche della potestà, dal momento che, a differenza di questa, costituisce, come già precisato, un concetto in divenire, non statico ma dinamico, che si può adattare ad una realtà mutevole come la famiglia e, soprattutto, nel silenzio del legislatore si presta oltre che a dare un peculiare rilievo al compito di educare i figli anche al dovere di prendersene cura, e di questo si può aver conto sei si guarda ad esempio al delicato ambito dell'uso della rete e dei *social networks*, di cui a breve si dirà.

In questa direzione non solo potrebbero superarsi le perplessità sollevate dalla scelta di adottare il termine responsabilità (prendendosi a prestito un istituto del diritto delle obbligazioni, ritenuto in passato del tutto incompatibile con il contenuto dello status genitoriale)[31] ma soprattutto si potrebbe delineare una nuova funzione della responsabilità civile, ovvero una sua nuova dimensione di tipo etico-prescrittivo basata non sul danno prodottosi ma sull'interesse da tutelare, declinabile sul terreno delle relazioni che sfuggono ad un apprezzamento squisitamente economico-patrimoniale e che sono destinate a sfociare in doveri a carattere morale e sociale; una dimensione della responsabilità civile che ne emancipi l'operatività dal terreno della tutela successiva per attrarla nell'ambito della capacità del soggetto di compiere scelte mature e consapevoli sotto forma dell'assunzione di diritti e doveri, sia pure in ragione delle proprie qualità.

31 Scelta, peraltro, criticata osservando che il termine di riferimento adoperato nei sistemi d'oltralpe sarebbe quello di "responsibility", ovvero "sorge", che richiamano il prendersi cura ed evocano quindi una sfera di comportamenti che sarebbelontana dall'idea dell'obbligazione. Cfr. Patti, S.: "Le nuove frontiere", cit., p. 144.

Portandosi ad ulteriore sviluppo l'orientamento che rifugge dai tentativi di affermarne una crisi ed un uso inflattivo, in favore, al contrario, di un riconoscimento del ruolo centrale che la responsabilità è destinata a rivestire, vieppiù nelle zone dove più arduo diventa il compito del legislatore per la delicatezza dei temi trattati, si potrebbe altresì immaginare che le critiche rivolte alla giurisprudenza dalla dottrina[32], che, al contrario ritiene che la violazione dei doveri imposti per legge ai genitori dovrebbe ingenerare sempre una responsabilità contrattuale e non extracontrattuale, si tratterebbe di spostare il dibattito su un terreno ancor più ampio, evocandosi il cammino verso l'unificazione dei due modelli di illecito, quello ex art. 2043 c.c. e quello ex art. 1218 c.c.[33].

III. VERSO UNA NUOVA DIMENSIONE DELLA RESPONSABILITÀ? CRITICITÀ E PROSPETTIVE SECONDO L'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE DELL'ART. 2048 C.C.

La ricostruzione nei termini sopra delineati della natura della responsabilità genitoriale, nel momento in cui si volge l'attenzione al regime applicabile all'inadempimento dei doveri in cui questa si sostanzia, consente di far luce, come si accennava, su un elemento comune tanto alla figura delineata nella disciplina della filiazione che a quella contemplata dall'art. 2048 c.c., elemento, che appare per niente marginale.

Il *trait d'union* in questione sembra risiedere, infatti, in uno dei più delicati compiti in cui l'esercizio della predetta responsabilità si traduce, che è quello diretto all'educazione dei figli. Probabilmente è questo il profilo che opportunamente rivalutato, potrebbe supportare la tesi per cui la figura introdotta dal legislatore della Riforma, ben lungi dal concernere solo la conseguenza sanzionatoria e riparatoria per la violazione di un altrui interesse protetto, descrive, al pari della minore, età uno status nel suo aspetto fisiologico e sostanziale quale complesso di diritti e doveri.

Il c.d. diritto-dovere all'educazione, sebbene testualmente previsto tra i doveri genitoriali, non è definito[34]; il rilievo che il compito di educare i figli assume come

32 Si veda Gorgoni, A.: "Rapporti familiari tra doveri diritti e responsabilità: alcuni profili di tutela", *Pers. merc.*, 2021, p. 1126

33 Sul tema, Gazzara, M.: "Prospettive di regolamentazione del concorso tra responsabilità da inadempimento e responsabilità aquiliana alla luce del progetto di revisione del codice civile", *Jus civile*, 2021, pp. 1668 ss.; Lambrini, P.: "La responsabilità civile è una sola: una notazione sistematica", *Legal Roots. The International Journal of Roman Law, legal History and Comparative law*, 2015, pp. 129 ss.; Serio, M.: "La responsabilità civile in Europa: prospettive di armonizzazione", *Eur. dir. priv.*, 2014, pp. 327 ss.

34 Si veda anche Patti, S.: "Le nuove frontiere", cit., p. 143, il quale richiamando esperienze d'oltralpe ricorda che In Germania il codice civile (BGB) dell'inizio del Novecento parlava di *Gewalt*, una parola molto dura, che esprime potere e violenza. Il mutamento della terminologia, a prescindere dal contenuto delle norme, è significativo, perché si è passati da *Gewalt* a *Sorge*, che significa cura e preoccupazione: cura e preoccupazione dei genitori nei confronti dei figli, soprattutto per quanto attiene alla loro formazione.

primario interesse della persona tendenzialmente si coglie più facilmente nei suoi aspetti negativi, ovvero in tutte quelle circostanze in cui si ha motivo, perché ne sorge l'occasione, di dubitare di un difetto educativo, del quale da conto la ricca casistica giurisprudenziale in tema di responsabilità civile.

A riprova di quanto detto, basti ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale sulla fattispecie dell'art. 2048 c.c. che è andata via via riservando un ruolo primario all'apprezzamento della c.d. "culpa in educando"[35].

La difficoltà di ricostruire il profilo dell'onere probatorio, posto dal dettato normativo a carico dei genitori tenuti testualmente a dimostrare di non avere potuto impedire il fatto, nel momento in cui ha fatto discutere se si trattasse di responsabilità oggettiva, indiretta o per fatto proprio ed in questo caso per colpa presunta[36], ha indotto via via le Corti a tener presenti i mutamenti del contesto sociale, in cui i rapporti genitori figli non più riconducibili ad una asettico modello autoritario di correzione e disciplina, si sono rivelati improntati a maggiore discrezionalità ed ad un maggior grado di autonomia attribuito ai minori, in ragione dell'età[37].

La giurisprudenza, con interpretazione creativa, ha sostituito, così, il contenuto negativo della prova con la dimostrazione positiva dell'aver adempiuto ai propri doveri di genitori, impartendo una corretta educazione; ciò è stato possibile grazie al ricorso a paradigmi normativi esterni quali l'art. 30, comma 1, Cost. secondo cui testualmente «è dovere e diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori dal matrimonio», nonché le norme dettate in tema di matrimonio e di filiazione.

Tale approccio evolutivo deve intendersi come atto a confermare lo stretto nesso che intercorre tra le due dimensioni della responsabilità, quella presa in considerazione dall'art. 2048 c.c. e quella contemplata nell'art. 316 c.c., oltre il piano meramente terminologico.

35 Sul punto si rimanda per una rassegna dei diversi orientamenti delle Corti, si rinvia a Benedetti, A.P: "Responsabilità dei genitori per il trasporto in motorino di un passeggero da parte del figlio minorenne", nota a Cass. 29 novembre 2011 n. 25218, *Danno resp*., 2012, pp. 267 ss. Chiarella, M. L.: "Minore danneggiante e responsabilità vicaria", *Danno resp*., 2009, pp. 273 ss.; Di Ciommo, F.: "Minore "maleducato" e responsabilità dei genitori", nota a Cass. 10 luglio 1998 n. 6741, *Danno resp*., 1998, pp. 1087 ss.

36 Una posizione intermedia è stata elaborata da quanti propongono una distinzione tra ipotesi di responsabilità presunta e per colpa presunta, attraendo la prima nell'ambito delle responsabilità oggettive e la seconda in quella di tipo soggettivo, sul punto, Comporti, M.: "Fatti illeciti: le responsabilità presunte". Artt. 2044-2048, in AA. VV.: *Commentario al codice civile*, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 218 ss.

37 Frenda, D.M.: "La prova liberatoria dei genitori per il fatto illecito dei figli minori tra colpa e responsabilità oggettiva", *Jus civile*, 2019, pp. 484 ss.; Di Ciommo, F.: "Responsabilità civile per illecito compiuto dal minore", *Danno resp*., 2006, pp. 135 ss.

Va dato conto della circostanza per cui il citato revirement non è andato esente da contrasti interni alle Corti; esemplificativa al riguardo è la responsabilità dei genitori per illeciti commessi dai figli minori durante l'attività sportiva[38]: in particolare, si può citare il caso condotta violenta ed antisportiva tenuta durante una partita di calcio tra minori in occasione della quale a gioco fermo un atleta colpiva l'avversario con una testata alla bocca[39].

Mentre i giudici di merito- sposando l'orientamento tradizionale del contenuto negativo della prova- nell'impossibilità di configurare un dovere di vigilanza dei genitori che non avrebbero potuto intervenire, escludono la responsabilità, la Suprema Corte ritiene irrilevante detto aspetto ed afferma la responsabilità per "culpa in educando", assumendo quindi una linea interpretativa molto più rigorosa a sfavore dei genitori, sulla base del rilievo che il criterio suddetto non può essere determinante ai fini dell'apprezzamento del giudice dal momento che l'esperienza insegna che ormai il tempo che i figli trascorrono al di fuori della sfera di controllo dei propri genitori è cospicuo, ma non per questo ciò deve tramutarsi in una riduzione della responsabilità.

Si può ritenere che nel rapporto tra "culpa in vigilando" e "culpa in educando" alla seconda viene oggi riconosciuto un maggior peso, in guisa che l'illecito, commesso durante la sosta della partita di calcio, viene così considerato il frutto di vere e proprie carenze dell'attività educativa, di cui è considerata indice l'oggettiva mancanza di rispetto delle regole della civile coesistenza, proprie del contesto sociale in cui il minore vive.

Sulla scorta di questa impostazione i genitori più ed oltre che essere tenuti a dimostrare l'impossibilità del difetto di sorveglianza sono chiamati a fornire la

38 Peraltro, in tal caso si deve rilevare che si verte in tema di insegnamento di una disciplina sportiva e per questo il regime dell'art. 2048 c.c. subisce per così dire un correttivo: il vero connotato, che rende del tutto peculiare il regime della responsabilità degli istruttori sportivi, sembra dipendere dall'applicazione alle discipline sportive, ovunque praticate (è il caso di sottolineare) del c.d. rischio consentito, quante volte la condotta posta in essere possa farsi rientrare nella normalità della pratica sportiva. In argomento, Mite, F.; "Responsabilità civile degli insegnanti per i danni cagionati dall'allievo ad un altro allievo o a terze persone nell'esercizio dell'attività sportiva svolta in ambito scolastico", *Riv. dir. econ. dello sport*, 2020, pp. 159 ss; in giurisprudenza, si rimanda a Cass. ord., 10 aprile 2019, n. 9983, (in www.rivistadidirittosprtivo.coni.it), secondo cui «In tema di danni conseguenti ad un infortunio sportivo subìto da uno studente durante una gara svoltasi all'interno della struttura scolastica nell'ora di educazione fisica, ai fini della configurabilità della responsabilità della scuola ai sensi dell'art. 2048 cod. civ., è necessario: a) che il danno sia conseguenza del fatto illecito di un altro studente partecipante alla gara, il quale sussiste se l'atto dannoso sia posto in essere con un grado di violenza incompatibile con le caratteristiche dello sport praticato o con il contesto ambientale nel quale l'attività sportiva si svolge o con la qualità delle persone che vi partecipano, ovvero allo specifico scopo di ledere, anche se non in violazione delle regole dell'attività svolta. Non si configura illiceità dell'atto quando questo sia compiuto senza la volontà di ledere e di violare le regole della disciplina sportiva, ovvero se, pur in presenza di una violazione delle regole dell'attività sportiva specificamente svolta, l'atto lesivo sia a questa funzionalmente connesso; b) che la scuola non abbia predisposto tutte le misure idonee ad evitare il fatto».

39 Cass. 26 dicembre 2011 n. 26200, in *Giur. t.*, 2012, pp. 1530 ss., con nota di Airola Tavan, L.: "La responsabilità dei genitori di cui all'art. 2048 c.c. e il dovere di educazione dei figli".

prova di aver correttamente ducato il minore nei rapporti con il prossimo e, segnatamente, in quelli extrafamiliari.

Senonchè le difficoltà di accertamento delle carenze educative hanno indotto a dedurle dal solo fatto dell'accadimento dell'illecito o dalle modalità del fatto stesso, con ciò sacrificandosi il contributo che invece potrebbe pervenire da un bilanciamento dei doveri genitoriali con la libertà di autodeterminazione del minore, ponderazione, questa che però porterebbe a prospettare l'eventualità che, per quanto educato alle regole della convivenza civile, il minore assuma consapevolmente un comportamento antisociale.

IV. SEGUE. IL DIRITTO-DOVERE ALL'EDUCAZIONE: UNA FIGURA DAGLI INCERTI CONFINI.

Le difficoltà che l'applicazione della disciplina codicistica- segnatamente dell'art 2048 c.c.- presenta, soprattutto sotto il profilo dell'assolvimento dell'onere probatorio, possono ragionevomente ascriversi all'assenza di un modello unitario di comportamento del c.d. buon genitore cui far riferimento, se si vuole sul modello del "bonus pater familias" del diritto delle obbligazioni; modello, peraltro, difficile da ricostruire, non solo per la tendenza ad affermare il principio della libertà educativa, ma anche su un piano concreto, cioè, sulla scorta della comune esperienza, che ci restituisce una contrapposizione, talvolta netta, fra la necessità degli adulti di proteggere e controllare e la rivendicazione dell'autonomia, avanzata dai più giovani.

Rispetto alle cennate difficoltà non appare ragionevole privilegiare ancora una visione ed interpretazione adultocentrica, la quale presumendo la maturità solo nel soggetto maggiorenne, assuma per definizione la responsabilità del genitore per "culpa in educando"[40].

Dato questo che ha anche indotto parte della dottrina a lamentare che la riforma della filiazione a torto non abbia investito anche la responsabilità civile, in particolare l'art. 2048 c.c.; rinunciandosi tuttavia a rilevare, per esempio, che essa fa ricadere la responsabilità su entrambi genitori, non essendosi uniformato, in questo ambito, il legislatore del 1942 all'impostazione autoritaria e paternalistica della famiglia, prescelta nella originaria stesura del libro I del codice civile.

40 Contra Giacobbe, E.: "Il prevalente interesse del minore", cit., 817 ss., sottolinea che la nozione di potestà genitoriale è stata superata in favore di quella nuova di responsabilità, per delinearne i limiti stessi dell'esercizio nei confronti dei figli.

Si tratta di orientamenti cui fanno quanti[41] ritengono che nonostante il cambiamento del termine, la situazione giuridica così come individuata dalla responsabilità genitoriale "è sostanzialmente identica alla situazione giuridica che un tempo il codice civile designava come potestà, così come ricostruita e intesa dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recenti, con orientamenti interpretativi ormai largamente consolidati", per cui l'inserimento della responsabilità non inciderebbe da un punto di vista sostanziale.

Ciò infatti mette in crisi il tentativo di rilettura della responsabilità, attribuendovi una funzione non solo di riparazione e risarcimento ma anche una prescrittiva di regole di condotta, ovvero facendola assurgere ad una sorta di modello comportamentale, che individui tendenzialmente tutte quelle condotte doverose e quegli stili di vita, che si rendono necessari per proteggere i soggetti, i quali richiedono il delicatissimo compito di assumere su di sè la responsabilità delle decisioni che riguardano la crescita e maturazione di un'altra persona, il minore o, meglio, il figlio, per metterlo in grado un giorno di fare altrettanto in età adulta.

A tal fine, tuttavia, si pone all'interprete un difficilissimo compito: riempire di contenuto il concetto di educazione, sia ove lo si rappresenti come contenuto del diritto dei figli, che quale dovere dei genitori.

E' noto che già la riforma del diritto di famiglia attuata nel 1975 aveva sugellato il riconoscimento dell'educazione come diritto del figlio in quanto tale, rispetto al quale il compito del genitore si è venuto atteggiando come cura per la promozione di una crescita e maturazione libera e consapevole della persona, secondo le inclinazioni e le aspirazioni del figlio, tenuto, purtuttavia, in un'ottica relazionale al dovere di rispetto dei genitori.

Mancando una definizione a livello costituzionale e legislativo del contenuto dell'educazione, poiché l'unica indizio fornito dalla norma è che si tratta di un dovere da annoverare tra i compiti della famiglia, alla quale si deve riconoscere la libertà di scegliere i mezzi che ritiene più idonei, occorre attribuire certamente rilievo al principio personalista ed al principio di uguaglianza, alla luce dei quali anche l'art. 30 Cost fornisce indicazioni nel senso che , "la famiglia diventa luogo privilegiato di formazione della personalità minorile" e determinerebbe come conseguenza uno sganciamento della responsabilità dalla patria potestà, poichè ampio è il contenuto di tale obbligo.

41 De Cristofaro, G.: "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale", cit., p. 795, secondo cui, in realtà, la riforma "muoveva chiaramente dal presupposto della conservazione della nozione di potestà genitoriale, limitandosi a richiedere al Governo di intervenire sulla determinazione dei contenuti di tale nozione affinché al suo interno venisse opportunamente valorizzato, evidenziato e regolamentato il profilo attinente alla responsabilità genitoriale".

Quanto alla delimitazione del suo contenuto, in positivo e non in negativo, come espressione dell'adempimento di un dovere preordinato non all'esercizio di un potere autoritario frutto di una supremazia gerarchica, potrebbero soccorrere: la giurisprudenza che ne sottolinea la peculiarità del concetto da non identificarsi con la mera istruzione[42], nonché, la dottrina specialistica, che, secondo un approccio pedagogico, ravvisa la responsabilità in un compito di mediazione dell'adulto con l'ambiente esterno, nell'interesse del minore, verso il quale essa si manifesta attraverso atti di orientamento e preservazione. In tale direzione si osserva che la famiglia è la prima entità chiamata al delicato ruolo di educazione e formazione del minore e si opera un riferimento, con espressione pregnante, al cosiddetto progetto educativo, per sottolineare l'importanza degli obiettivi formativi prefissati dai genitori, e della necessità di rendere il minore partecipe del progetto stesso, attuando il principio secondo cui il minore deve essere considerato soggetto attivo nell'ambito del rapporto familiare.

In questa direzione poi le scienze umane sono dunque in grado di fornire un rilevante contributo di indagine a tal fine; in primo luogo, poiché distinguendo dalla *responsabilità legal*e, cui corrisponde la riparazione giuridica, e la *responsabilità per il da-farsi*, che obbliga ad azioni progettate per il benessere altrui, tenendo ben presenti il bisogno di autodeterminazione dei figli, che aumenta con il progredire nell'età, supportano la tesi che individua nel minore il protagonista della relazione educativa e guarda alla responsabilità dei genitori nella prospettiva che privilegia le esigenze legate alla sua crescita, sottolinendone la complessità e la necessità di una vera e propria programmazione e verifica.

Esse, se si vuole, contribuiscono a specificare la dimensione dell'interesse del minore, sotto il profilo educativo, delinenando diversi modelli comportamentali, che possano agevolare l'interprete che è chiamato a focalizzare l'attenzione sulla progettualità di vita che si deve tradurre in un costante e concreto impegno diretto a favorire lo sviluppo di una persona matura nella società[43].

Nella prospettiva sociologica poi si pone l'accento sulla finalizzazione dei compiti educativi ad un processo di apprendimento che in vista della costruzione dell'identità della persona dei minori in un determinato contesto sociale e culturale del quale, sia in grado di offrire i valori di riferimento, regole di condotta, linguaggio, stili di vita etc[44].

42 Sul punto si rinvia a Ferrari, M.: "Culpa in educando: l'ausilio della pedagogia alla giurisprudenza in tema di responsabilità civile dei genitori", *Foro it*., 2019, IV, pp. 407-408., ove si rileva che alla giurisprudenza si richiede di verificare se e quando i genitori abbiano mancato nell'educare il figlio alla convivenza, ai rapporti interpersonali ma ciò genera incoerenza nella prassi applicativa delle Corti.

43 Polini, B.: "Dalla genitorialità alla potestà genitoriale. Il contributo dei saperi esperti e della cultura giuridica", *Sociol. dir*., 2020, pp. 93 ss.

44 Nocenzi, M.: "L'identità sociale del minore di fronte alle sfide dei mutamenti familiari", in AA. VV.: *The best interest of child*, cit., pp. 1035 ss..

Un ulteriore prezioso apporto al delicato lavoro dell'interprete che si appresti al riflettere sul significato del diritto all'educazione, anche per escludere la "culpa in educando", potrebbe essere offerto riscoprendo le interrelazioni tra la responsabilità genitoriale e compiti educativi attribuiti dall'ordinamento a soggetti diversi, come gli insegnanti e più in generale la scuola[45].

Non è, poi, un caso che nell'art. 2048 c.c. la responsabilità dei genitori sia affiancata a quella degli istruttori, cui pure sono affidati puntuali compiti educativi, il cui apprezzamento non dovrebbe essere sottovalutato, tanto più che quella dei genitori e quella degli insegnanti sono due responsabilità che possono concorrere od escludersi a vicenda.

Sul punto verrebbe fatto di notare che l'equazione responsabilità genitoriale –"culpa in educando" e responsabilità degli istruttori – "culpa in vigilando", meriterebbe di essere rivista, poiché, è vero che anche i secondi sono chiamati a compiti educativi, e pertanto l'affermazione di una responsabilità per difetto di educazione solo in capo ai membri adulti della famiglia non pare garantire sufficientemente gli educandi, cioè coloro che sono titolari del diritto costituzionalmente garantito; forse in ciò si potrebbero cogliere de iure condendo possibili obiettivi di politica legislativa.

E' tuttavia doveroso che come i genitori, anche gli insegnanti si trovano oggi ad operare in una società complessa, che comporta per loro la «missione» di educare i giovani, con tutto il carico di responsabilità che ciò richiede; sempre più spesso, infatti, gli insegnanti lamentano di doversi occupare di tutto, fino al momento in cui, di fronte agli insuccessi e alle difficoltà, sono costretti a difendersi sostenendo di non essere né psicologi, né operatori sociali, né tanto meno i genitori degli studenti, e sottolineando indirettamente le eccessive aspettative che si riversano sul ruolo da essi ricoperto.

Inoltre, si può rilevare che a differenza dei genitori, la cui scelta del progetto educativo è improntata a maggiore autonomia, i compiti educativi degli insegnanti sono conformati da una normativa che ne fissa taluni aspetti e detta puntuali adempimenti, tali che essi sono più facilmente controllabili, almeno sul piano formale.

V. L'EDUCAZIONE DIGITALE.

Le nuove tecnologie hanno messo a dura prova i compiti educativi dei genitori, che sono preposti anche ad esercitare un non facile controllo sull'attività di uso

45 Ivi, pp. 407-408., ove si rileva che necessità di una sinergia tra le diverse scienze.

della rete, compito che incontra limiti nei diritti fondamentali del minore di informarsi nonché nel diritto di questi ultimi alla loro riservatezza[46].

Non si può ignorare che l'accesso alle piattaforme d'informazione e comunicazione rappresenta oggi un diritto per i minori, che utilizzano questi strumenti come mezzo di socializzazione, di realizzazione della loro identità personale; ne consegue che imporre un divieto di utilizzo si risolverebbe in un'ingiustificata lesione dei diritti fondamentali della persona del minore[47].

Come noto, il Regolamento europeo sulla Privacy (Reg. 2016/679) all'art. 8 prevede che i minori di età che abbiano compiuto anni sedici possano validamente prestare il loro consenso al trattamento dei dati e accedere all' "offerta diretta di servizi della società dell'informazione ai minori". Detto limite può essere ridotto fino alla soglia di anni tredici, per legge; in Italia, infatti, ad esempio è stato fissato il limite di età a quattordici anni[48].

Il tema dell' educazione digitale del minore presenta se possibile risvolti ancor più problematici nel quadro delle osservazioni sin qui condotte, anche perché l'uso della rete alla da parte dei più giovani oltre che sollevare la questione della tutela della personalità del minore e dei suoi diritti inviolabili, richiede una ricostruzione del fenomeno anche in chiave negoziale, e ciò non solo sotto il profilo del contratto concluso dal minore in rete, ma altresì per quanto attiene anche all'suo dei suoi dati personali[49].

Di questa esigenza si è preso atto a livello internazionale nel 2013, nell'ambito della conferenza internazionale sulla privacy tenutasi a Varsavia, in occasione della quale fu adottata apposita risoluzione dalle Autorità di protezione dati e della privacy, per promuovere la conoscenza delle tecnologie digitali ed a realizzare la formazione dei cittadini di tutte le età, così da esercitare efficacemente i propri diritti ed avere consapevolezza dei propri obblighi in tale contesto.

Non va trascurato un altro ordine di problemi, laddove la rapidità dei "nativi digitali" si contrappone alla lentezza degli adulti a discapito dei compiti di educazione e vigilanza cui sono chiamati. Oltre che in un paradosso questa contraddizione non

46 Pedrazzi, G.: "Minori e social media: tutela dei dati personali, autoregolamentazione e privacy", *Infor. dir.*, 2017, pp. 437 ss.

47 In questa prospettiva si rimanda all'analisi di Perlingieri, C.: *Profili civilistici dei social networks*, Esi, Napoli 2016, pp. 11 ss.

48 Sul punto si rinvia a Votano, G.: "Il libro bianco Media e minori: l'età del consenso digitale tra consapevolezza e responsabilità", in AA.VV.: *The best interest of child*, cit., 245 ss., ove si rimarca l'inadeguatezza di un apparato di tutela basato esclusivamente sul controllo e la censura di comportamenti violativi da parte dei soli operatori di comunicazione radio-televisiva tradizionale.

49 Per una trattazione dei relativi profili, nella prospettiva della vulnerabilità del soggetto rispetto ai poteri delle piattaforme, si rinvia a Adamo, E.: *La tutela dei minori nell'era digitale*, Esi, Napoli, 2021, in particolare pp. 81 ss.

sempre dimostra di per sé che la maggiore abilità nell'uso delle tecnologie sia il frutto di una maggior consapevolezza e maturità anzi. Tale circostanza rende ancor più stringente la necessità di attivare apposite iniziative volte a sviluppare ed a consolidare misure di carattere informativo ed educativo per i più giovan, da realizzare attraverso l'intervento dei diversi attori del processo educativo.

Non a caso di recente la Commissione Europea, ponendosi in una ideale continuità con quanto sancito dalla citata risoluzione di Varsavia del 2013, ha pubblicato lo scorso 11 ottobre apposite linee guida recanti orientamenti per gli insegnanti e gli educatori delle scuole primarie e secondarie diretti a contrastare la disinformazione e promuovere l'alfabetizzazione digitale degli studenti [50].

In definitiva, e riprendendo il tema della responsabilità genitoriale, si può osservare che le difficoltà applicative del regime codicistico dell'art. 2048 c.c si accentuano in questo ambito, per cui ad oggi è affidato al giudice nel caso concreto individuare il limite oltre il quale si può ravvisare il difetto di un'adeguata educazione.

La giurisprudenza di merito[51], da parte sua, nel rilevare la sempre più frequente utilizzazione da parte dei minori sia di internet che degli strumenti di comunicazione telematica, ha osservato che «i pericoli per gli stessi minori derivanti dall'anomalo utilizzo dei suddetti mezzi pone la necessità di una adeguata formazione di questi ultimi all'utilizzo della rete telematica».

La decisione in questione ha scelto di focalizzare l'attenzione sui compiti educativi ed in particolar modo sui risvolti che il relativo dovere comporta dal punto di vista della necessità di informare i minori sull'uso dei sociali, ma anche l'obbligo di vigilare e di verificare che il minore utilizzi correttamente detti mezzi, nel rispetto delle leggi, delle altrui libertà e dell'altrui dignità.

L'aspetto interessante di questa pronuncia risiede nell' attribuzione di una specifica valenza all'attività educativa in chiave preventiva, per evitare che occorrano danni come conseguenza dell'uso inappropriato dei mezzi telematici. I genitori, si legge nel provvedimento, «sono tenuti non solo ad impartire ai propri figli minori un'educazione consona alle proprie condizioni socio-economiche, ma anche ad adempiere a quell'attività di verifica e controllo sulla effettiva acquisizione di quei valori da parte del minore; riguardo all'uso della rete telematica, l'adempimento del dovere di vigilanza dei genitori è, inoltre, strettamente connesso all'estrema pericolosità di quel sistema e di quella potenziale esondazione incontrollabile dei contenuti».

50 Reperibili all'indirizzo www.dimt.it.

51 Tribunale per i minorenni di Caltanissetta, 8 ottobre 2019, inedita.

VI. CONCLUSIONI.

Concludendo, è opportuno interrogarsi sul ruolo degli educatori, mettendo, a tal fine, in relazione i compiti ed i doveri dei genitori, che si inscrivono nel quadro del regime giuridico delineato dal codice civile con quelli degli istruttori.

Occorre cioè tentare di stabilire se sussista tra le due ipotesi una forma di interazione, suscettibile di esser presa in considerazione dai giudici nelle controversie portate alla loro attenzione, ma anche meritevole di attenzione da parte del legislatore, in una prospettiva *de iure condendo*, nel quadro del riconoscimento di un cosiddetto pluralismo educativo, che potrebbe fondarsi sul principio di sussidiarietà orizzontale[52].

Del resto, la letteratura specialistica identifica la c.d. comunità educante con gli attori protagonisti di una pedagogia partecipativa, per la cura e l'educazione dei minori, identificandoli, peraltro, oltre che con la famiglia e la scuola, con il privato sociale, gli enti del terzo settore, le istituzioni religiose, l'associazionismo sportivo, chiamati a svolgere un complesso ruolo formativo, in particolare per contrastare le povertà educative[53].

Se è vero che nel caso dei genitori la prova liberatoria che a questi generalmente si richiede è la dimostrazione di aver correttamente educato il minore[54], anche in vista delle relazioni sociali di vita del figlio nell'ambiente extrafamiliare, è lecito domandarsi se quest'approccio possa informare anche la valutazione della responsabilità degli insegnanti, che con i genitori concorrono nel delicato compito di "un' adeguata attività formativa, impartendo l'educazione al rispetto delle regole della civile coesistenza, nei rapporti con il prossimo e nello svolgimento delle attività

52 In argomento, v. Carleo, R.: "La subsidiariedad en el lenguaje jurídico. ", Actualidad Juridica Iberomaericana, 2022, pp. 124 ss; D'Atena, A.: "Sussidiarietà e proporzionalità nelle dinamiche multilivello e nelle relazioni pubblico-privato", *federalismi.it*, 2022, pp. 336 ss.; Del Prato, E.: "Principio di sussidiarietà orizzontale e regole di diritto privato", giustiziacivile.com, 2014, pp. 381 ss.; Rescigno, G.U.: "Sussidiarietà orizzontale e diritti sociali", *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 5 ss.

53 Di Padova, P.; Piesco A., Marucci, M.; Porcarelli P.: *Dal sistema di garanzia per l'infanzia. Ai patti di comunità. Strategie comunitarie ed approcci integrati per il contrasto ai rischi di esclusione dei minori*, Istituto Nazionale per le politiche pubbliche, Roma, 2021, 25 ss.; Di Profio, L.: *Povertà educativa: che fare? Analisi multidisciplinare di una questione complessa*, Sesto San Giovanni (MI), 2020, passim.

54 Di recente, la Suprema Corte, in applicazione di tale principio, ha confermato la sentenza di merito la quale aveva escluso che i genitori avessero vinto la presunzione di responsabilità su di essi gravante, essendo emerso, nella specie, che il pugno sferrato dal figlio adolescente in faccia ad un compagno non avesse costituito una reazione immediata rispetto all›offesa ricevuta, restando irrilevante inoltre la circostanza che tale fatto si fosse verificato lontano dalla sfera di controllo dei genitori, nelle adiacenze della scuola; si veda Cass. 10 settembre 2019 n. 22541, in *Resp. civ. prev.*, 2020, pp. 505, ss., con nota di Murgo, C.: "Frammenti sul bullismo, tra doveri educativi e compensazioni risarcitorie. Responsabilità dei genitori",in *Nuova giur. comm.*, 2020, pp. 338, con nota di Caredda, V.: "Provocazione e reazione nel giudizio di responsabilità" e in *Danno resp.*, 2019, pp. 759, con nota di Ponzanelli, G.: "Educazione e responsabilità civile: il caso del bullismo. (Concorso di colpa)".

extrafamiliari"[55], avuto, cioè, riguardo alle regole di comportamento "vigenti nei diversi ambiti del contesto sociale in cui il soggetto si trovi ad operare"[56].

Si tratterebbe, tuttavia, di un'interpretazione da operare corrispondentemente ad un pieno superamento di una concezione paternalistica, che vede il minore oggetto delle relazioni educative, scolastica e familiare, ma persona, titolare di diritti e di doveri, e, quindi con un diverso grado di maturità e di autodeterminazione in regione dell'età.

Tale profilo acquista maggior rilievo, ove si rammenti che l'art. 2048 c.c. non adopera nessun ulteriore criterio, per esempio non contempla una graduazione delle responsabilità in base all'età stessa, ovvero al grado di maturazione del minore.

Eppure, la realtà nella quale la norma in commento è stata introdotta, in cui, nel caso di illecito del figlio minore, la presunzione di responsabilità dei genitori veniva ascritta senz'altro ad un'omissione degli obblighi educativi e di vigilanza, nel quadro di una concezione di stampo pubblicistico del compito dei genitori verso i figli nella famiglia, è ad oggi cambiata, ed è certamente molto più complessa[57].

Dall'entrata in vigore della Carta Costituzionale ad oggi, il legislatore ha si dato progressivamente conto di un distacco dalla visione autoritaria delle relazioni familiari, nell'ambito di un processo che vede i membri del gruppo in posizione di reciprocità; tuttavia, alcune norme, come quella dell'art. 2048 c.c., stentano ad adeguarsi al mutato contesto sociale, in cui sicuramente il grande minore trova modo di esprimersi, autodeterminandosi[58].

55 Cass. 19 febbraio 2014 n. 3964, in *Danno resp*., 2014, pp. 1052 ss., con nota di Monti, S.: "Responsabilità dei genitori: alcune riflessioni".

56 Cass. 6 dicembre 2011, n. 26200, cit.

57 Franzoni, M.: "Fatti illeciti", *Commentario al Codice civile Scialoja* e *Branca*, a cura di Galgano, Zanichelli, Bologna– Roma, 1993, pp. 308 ss

58 Patti, S.: "L'illecito del "quasi maggiorenne" e la responsabilità dei genitori: il recente indirizzo del Bundesgerichtshof", *Riv. dir. comm*., 1984, p. 2, il quale osserva che non è più possibile far rispondere i genitori del fatto illecito del figlio ormai vicino alla maggiore età per un presunto difetto di educazione o di vigilanza.

BIBLIOGRAFIA.

AA.VV.: *The best interest of child* (a cura di M. Bianca) Sapienza Università Editrice, Roma, 2021

Airola Tavan, L.: "La responsabilità dei genitori di cui all'art. 2048 c.c. e il dovere di educazione dei figli", nota a Cass. 26 dicembre 2011 n. 26200, in *Giur. t.*, 2012, pp. 1530 ss.

Al Mureden, E.: "La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari", *Fam. dir.*, 2014, pp. 466 ss.

Adamo, E.: *La tutela dei minori nell'era digitale*, Esi, Napoli, 2021

Alpa, G.: *La responsabilità civile*, Utet Giuridica, Milano, 2018

Bassett, U.C.: "Le nuove sfide di un concetto vago e magari antipatico," in AA.VV.: *The best interest of child*, (a cura di M. Bianca) Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, pp. 4 ss.

Benedetti, A.P: "Responsabilità dei genitori per il trasporto in motorino di un passeggero da parte del figlio minorenne", nota a Cass. 29 novembre 2011 n. 25218, *Danno resp.*, 2012, pp. 267 ss.

Bianca, C.M.: voce "Famiglia (diritti di)", *Novissimo Dig.*, VII, Utet, Torino, 1961, pp.71 ss.

Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, I, pp. 1 ss.

Bianca, M.: "Il diritto di famiglia e la missione del giurista. L'insegnamento di mio padre Cesare Massimo Bianca", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, pp. 909 ss.

Bizzarro, A.: "Famiglia e responsabilità", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2015, pp.145 ss.

Barcellona M.: "La responsabilità civile", in AA.VV.: *Trattatto di diritto privato. Le fonti delle obbligazioni diverse dal contratto* (a cura di S. Mazzamuto) vol. IV, tomo I, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 3 ss.

Busnelli, F.D.: "La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio", *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 273 ss.

Caredda V.: "Provocazione e reazione nel giudizio di responsabilità", nota a Cass. 10 settembre 2019 n. 22541, *Nuova giur. comm.*, 2020, pp. 338 ss.

Carleo, R.: "La subsidiariedad en el lenguaje juridíco", Actualidad Juridica Iberomaericana, 2022, pp. 124 ss.

Chiarella, M. L.: "Minore danneggiante e responsabilità vicaria", *Danno resp.*, 2009, pp. 273 ss.

Comporti, M.: "Fatti illeciti: le responsabilità presunte". Artt. 2044-2048, in *Commentario al codice civil*e, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 218 ss.

D'Atena, A.: "Sussidiarietà e proporzionalità nelle dinamiche multilivello e nelle relazioni pubblico-privato", *federalismi.it*, 2022, pp. 336 ss.

De Cristofaro, G.: Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di un'innovazione discutibile, *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 782 ss.

Del Prato, E.: "Principio di sussidiarietà orizzontale e regole di diritto privato", giustiziacivile.com, 2014, pp. 381ss.

Di Ciommo, F.: "Responsabilità civile per illecito compiuto dal minore", *Danno resp.*, 2006, pp. 135 ss.

Di Ciommo, F.: "Minore "maleducato" e responsabilità dei genitori", nota a Cass. 10 luglio 1998 n. 6741, *Danno resp.*, 1998, pp. 1087ss.

Di Padova, P.; Piesco, A.; Marucci, M.; Porcarelli, P.: *Dal sistema di garanzia per l'infanzia. Ai patti di comunità. Strategie comunitarie ed approcci integrati per il contrasto ai rischi di esclusione dei minori*, Istituto Nazionale per le politiche pubbliche, Roma, 2021, 25 ss.

Di Profio, L.: *Povertà educativa: che fare? Analisi multidisciplinare di una questione complessa*, Sesto San Giovanni (MI), 2020.

di Renzo Villata, M.G.: "Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno", *Dig. disc. priv.- sez. civ.,* XIII, Utet, Torino 1995, pp. 457 ss.

Ferrari, M.: "Culpa in educando: l'ausilio della pedagogia alla giurisprudenza in tema di responsabilità civile dei genitori", *Foro it.*, 2019, IV, pp. 407-408

Franzoni, M: "Il danno ingiusto fra il giudice e la legge", *Quest. giust.*, 2018, pp. 93 ss.

Franzoni, M.: "Fatti illeciti", in AA.VV.: *Commentario al Codice civile Scialoja* e *Branca* (a cura di F. Galgano) Zanichelli, Bologna– Roma, 1993, pp. 308 ss.

Frenda, D.M.: "La prova liberatoria dei genitori per il fatto illecito dei figli minori tra colpa e responsabilità oggettiva", *Jus civile*, 2019, pp. 484 ss.

Gazzara, M.: "Prospettive di regolamentazione del concorso tra responsabilità da inadempimento e responsabilità aquiliana alla luce del progetto di revisione del codice civile", *Jus civile*, 2021, pp. 1668 ss.

Giacobbe, E.: "Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma Bianca", *Dir. fam*., 2014, pp. 817 ss.

Gorgoni, A.: "Rapporti familiari tra doveri diritti e responsabilità: alcuni profili di tutela", *Pers. merc*., 2021, pp. 1126 ss.

Lamaruqe, E.: *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016

Lambrini, P.: "La responsabilità civile è una sola: una notazione sistematica", *Legal Roots. The International Journal of Roman Law, legal History and Comparative law*, 2015, pp. 129 ss.

Mantovani, M.: "Art. 2048. Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte", in AA.VV.: *Dei fatti illeciti. Artt. 2044-2059* (a cura di U. Carnevali) in *Commentario del codice civile,* dir. da E Gabrielli, Utet, Torino, 2011, pp. 108 ss.

Mancini, L.: *La colpa nella responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2015

Mite, F. "Responsabilità civile degli insegnanti per i danni cagionati dall'allievo ad un altro allievo o a terze persone nell'esercizio dell'attività sportiva svolta in ambito scolastico", *Riv. dir. econ. sport*, 2020, pp. 159 ss.

Monti, S.: "Responsabilità dei genitori: alcune riflessioni", nota a Cass. 19 febbraio 2014 n. 3964, in *Danno resp*., 2014, pp. 1052 ss.

Murgo, C.: "Frammenti sul bullismo, tra doveri educativi e compensazioni risarcitorie. Responsabilità dei genitori", nota a Cass. 10 settembre 2019 n. 22541, *Resp. civ. prev*., 2020, pp. 505, ss.

Navarretta, E.: "Il danno non patrimoniale contrattuale. Profili sistematici di una nuova disciplina", *Contr.*, 2010, pp. 728 ss.

Nocenzi, M.: "L'identità sociale del minore di fronte alle sfide dei mutamenti familiari", in AA. VV.:. *The best interest of child* (a cura di M. Bianca) Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, pp. 1035 ss.

Paradiso, M.: "Illecito risarcimento e nuove funzioni della responsabilità civile", *Actualidad Juridica iberoamericana*, 2022

Patti, S.: "Le nuove frontiere della responsabilità genitoriale", *Familia*, 2021, pp. 141 ss.

Patti, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1984

Patti, S.: "L' illecito del "quasi maggiorenne" e la responsabilità dei genitori: il recente indirizzo del Bundesgerichtshof"*, Riv. dir. comm.*, 1984, pp. 2 ss.

Pedrazzi, G.: "Minori e social media: tutela dei dati personali, autoregolamentazione e privacy"*, Infor. dir.*, 2017, pp. 437 ss.

Perlingieri, C.: *Profili civilistici dei social networks*, Esi, Napoli 2016

Perlingieri, P.: "Riflessioni sull'unità della famiglia", in AA.VV.: *Rapporti personali nella famiglia*, (a cura di P. Perlingieri) Esi, Napoli, 1982

Polini, B.: "Dalla genitorialità alla potestà genitoriale. Il contributo dei saperi esperti e della cultura giuridica", *Sociol. dir.*, 2020, pp. 93 ss.

Ponzanelli, G.: "Educazione e responsabilità civile: il caso del bullismo. (Concorso di colpa), nota a Cass. 10 settembre 2019 n. 22541, *Danno resp.*, 2019, pp. 759

Recinto, G.: "Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo", *federalismi.it.*, 2018, pp. 1 ss.

Rescigno, G.U.: "Sussidiarietà orizzontale e diritti sociali", *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 5 ss.

Rodotà, S.: "Modelli e funzioni della responsabilità civile", in Id.: *Critica del diritto rapporto. Editoriali e saggi della rivista Critica del Diritto privato,* raccolti da Guido Alpa e Maria Rosaria Marella, Jovene, Napoli, 2017, 595 ss.

Rosetti, R.: "Il contributo di Cesare Massimo Bianca alla riforma della filiazione", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, pp. 1408 ss.

Rossi Carleo, L.: "Status e contratto nel mosaico della famiglia", *Dir. fam. pers.*, 2016, pp. 229 ss.

Serio, M.: "La responsabilità civile in Europa: prospettive di armonizzazione", *Eur. dir. priv.*, 2014, pp. 327 ss.

Sesta, M.: "La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale diritto di famiglia", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, pp. 1572 ss.

Scia, F.: "Responsabilità civile e doveri genitoriali: le persistenti problematicità dell'art. 709 c.p.c.-*ter*", *Pers. merc.*, 2020, pp. 414 ss.

Trimarchi, P.: "Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito," *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pp. 217 ss.

Zoppini, A.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo", *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 213 ss.

LA RISARCIBILITA' DEL DANNO NON PATRIMONIALE DA DISINTERESSE GENITORIALE: INQUADRAMENTO ASSIOLOGICO E QUESTIONI APPLICATIVE

COMPENSATION FOR NON-PECUNIARY DAMAGE CAUSED BY PARENTAL DISINTEREST: AXIOLOGICAL FRAMEWORK AND APPLICATION ISSUES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 916-947

Claudio CORSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il dibattito circa la risarcibilità del danno non patrimoniale da disinteresse del genitore invera una questione dalle particolari implicazioni dommatiche e pratiche. Il riconoscimento del danno in parola costituisce l'ultimo approdo di una tendenza che ha portato, gradatamente, a "colorare" la tutela aquiliana del danno endofamiliare, riconoscendo sempre più variegate fattispecie meritevoli di esser risarcite alla luce dei principi costituzionali e sovrannazionali. Sicché, il presente lavoro cerca di offrire, dapprima, una panoramica introduttiva sul contesto assiologico che ha ospitato il dibattito relativo alla pretesa in parola, successivamente, analizza le questioni applicative di cui - sovente - ci si è imbattuti nel diritto vivente italiano: la natura - istantanea o permanente - dell'illecito; la decorrenza della prescrizione; il "danno-conseguenza" e, in ultimo, la quantificazione del danno, anche con riferimento all'applicazione dei criteri tabellari "a punto variabile".

PALABRAS CLAVE: Danno da disinteresse genitoriale; danno da disinteresse parentale; danno endofamiliare; tutela aquiliana dei rapporti familiari; diritto di famiglia; diritto al mantenimento; liquidazione del danno endofamiliare; danno-conseguenza; danno non patrimoniale.

ABSTRACT: *The issue of non-pecuniary damage "from parental disinterest" raises a question with peculiar theoretical and practical implications. This type of damage is the latest development in a trend that includes greater extra-contractual protection of "intra-family damage" in the light of constitutional and supranational principles. Therefore, this paper provides an overview of the axiological context relating to the debate on damage "due to parental disinterest". Thereafter, it analyses the application issues of Italian case law: the nature - instantaneous or permanent - of the tort; the commencement of the "limitation period"; the "damage-consequence" and the quantification of the damage, also with reference to the application of the 'variable point' tabular criteria.*

KEY WORDS: *Damage from parental disinterest; intra-family damage; extra-contractual protection of family relationships; family law; right to maintenance; liquidation of intra-family damage; consequential damage; non-asset damage.*

SUMARIO.- I. LA NOZIONE DI DANNO DA DISINTERESSE GENITORIALE.- II. LA CLASSIFICAZIONE DEL DANNO PER UN INQUADRAMENTO NELL'ASSIOLOGIA DELLE FONTI.- 1. Brevi cenni sul dibattito sulla natura (permanente o istantanea) dell'illecito.- 2. La prescrizione.- III. BREVI RIFLESSIONI SISTEMATICHE SULLE CONSEGUENZE PREGIUDIZIEVOLI DEL DANNO.- IV. LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO TRA EQUITÀ E CRITERI TABELLARI.

I. LA NOZIONE DI DANNO DA DISINTERESSE GENITORIALE.

Il danno endofamiliare è un *genus* di danno sviluppatosi negli ultimi decenni tramite il dovuto superamento della concezione della famiglia come istituto pubblicistico sostanzialmente estraneo alla tutela risarcitoria[1]: l'immunità di alcune condotte dai crismi della responsabilità civile deriva - probabilmente - dell'anacronistica impostazione della famiglia che, come suggestivamente ma infondatamente veniva intesa dagli interpreti, era una sorta di "isola che l'oceano normativo soltanto poteva lambire giammai inondare"[2].

A ben guardare, col tempo, l'impostazione "faziosa" e disequilibrata dei rapporti endofamiliari, si è dapprima sbilanciata verso la tradizionale impostazione gerarchico-patriarcale e, successivamente, verso la sproporzionata esaltazione di altre posizioni giuridiche, quale - ad esempio - quella del figli[3].

Dismessa siffatta peculiarità, si è ormai pienamente riconosciuto che - sotto l'aspetto del diritto - i rapporti familiari sono relazioni interpersonali ove possono manifestarsi condotte *contra ius*, *id est* fatti illeciti[4].

1 Per un'attenta ed approfondita analisi sui cambiamenti socio-giuridici del concetto di "famiglia" v., Stanzione, P.: "Rapporti personali nella famiglia: l'esperienza europea", *Familia*, 2001, fasc. IV, pp. 1097 ss; Giacobbe, E.: "*Le persone e la famiglia*", *Vol. 3\1*, in AA. VV.: *Il matrimonio. L'atto e il rapporto*, Utet Giuridica, Torino, 2011, pp. 12 ss.; Bizzarro, A.: "Famiglia e Responsabilità", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 3, agosto 2015, pp. 145-172.

2 Jemolo, C. A.: *La famiglia e il diritto*, in Ann. Sen. Giur. Università di Catania, 1948, III; per vero, necessita di esser citato - per gli opposti approdi - Rescigno, P.: "Immunità e privilegio", *Rivista di diritto civile*, Cedam, 1961, vol. 7, n. 1, pp. 438 ss. Pressocché in questi termini si è espressa Cassazione civile sez. III, 10 giugno 2020, n. 11097.

3 Sul punto, ben lungi dal voler disconoscere l'opportuna tutela alla posizione giuridica dei figli, tanto più se minori, ci si riferisce alla necessità di opporne adeguati limiti; si pensi, ad esempio, all'orientamento antecedente alla tendenza pretoria alla maggiore "auto responsabilizzazione" degli stessi, al cospetto del diritto al mantenimento, ovvero, la tematica relativa all'obbligo di mantenimento dei figli ultra-maggiorenni cfr. Cass. civ., Sez. I Ord. n. 38366/202; Cass. civ., Sez. I ord. n. 17183/2020; o su questioni più generali: Cass. civ., Sez. I, ord. 14 agosto 2020, n. 17183; Cass. civ., sent. 13 ottobre 2021, n. 27904; Cass. civ., Sez I, ord. 11 marzo 2022, n. 8049. Sul punto, in dottrina, Paolucci, F., Ciliberti, E.: "L'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne al vaglio della recente giurisprudenza di legittimità", *CamminoDiritto*, gen/2021, pp. 4-21.

4 Cass. Civ. Sez. III, sent. 10 giugno 2020, n. 11097.

• Claudio Corso
Dottorando di ricerca in "Diritto delle Persone, delle Imprese e dei Mercati" Università degli Studi di Napoli "Federico II". XXXVII ciclo. E-mail: claudio.corso@unina.it

Il che, d'altronde, era stato da tempo percepito, seppur in parte, dal legislatore, il quale aveva dettato regole di comportamento atte a prevenire condotte erronee, nonché a determinare, *a contrario*, il contenuto antigiuridico di quest'ultime[5]. Così, l'evoluzione, prima culturale e conseguentemente giuridica[6], ha portato ben oltre la mera positivizzazione di fatti illeciti, introducendo la condotta "doverosa" conforme ai paradigmi costituzionali e sovrannazionali, la cui violazione è fonte di una pretesa risarcitoria ex artt. 2043 e 2059 cod. civ.[7].

Nondimeno, la continua dialettica tra il dato socio-economico ed il mondo giuridico[8] ha portato gradatamente a "colorare" la tutela aquiliana del danno endofamiliare, riconoscendo sempre più variegate fattispecie meritevoli di

5 Il tema dell'applicabilità delle norme sulla responsabilità civile ai rapporti familiari non è comunque nuovo e anzi è anche già stato affrontato dal legislatore con la l. 8 febbraio 2006, n. 58, il quale ha introdotto l'art. 709-*ter* nel Codice di procedura civile il quale, com'è noto, prevede espressamente la possibilità che al minore o ad uno dei coniugi venga riconosciuto un risarcimento dei danni derivanti dal comportamento di un coniuge che sia contrario ai canoni definiti nel provvedimento di affidamento. I rapporti tra la modifica della norma processuale e la nozione di danno endofamiliare sono indagati da Missiaggia, M. L.: "Il danno da privazione del ruolo genitoriale", in AA.VV.: *Famiglia e responsabilità civile* (a cura di P. Cendon), Giuffrè, Milano, 2014, XXXII, 10, pp. 587 ss.; Danovi, F.: "Gli illeciti endofamiliari: verso un cambiamento della disciplina processuale?", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, fasc. I, pp. 293 ss.; Ambrosini, L.: "La responsabilità del genitore "inadempiente": accordi fra genitori e poteri del giudice anche alla luce della l. n. 219/2012", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2013, fasc. II, pp. 1133 ss.; Pirro, C.: "Art. 709 ter c.p.c.: note sull'esercizio della potestà genitoriale", *Giurisprudenza italiana*, 2013, fasc. IV, pp. 843 ss.; Amram, D.: "Cumulo dei provvedimenti ex artt. 709-ter e 614-bis c.p.c. e adempimento dei doveri genitoriali", *Danno e responsabilità*, 2012 , Vol. 17, Fasc. 7, pp. 783 ss.; Facci, G. *et al.*: *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Ipsoa, Milano, 2004, pp. 4 ss.

6 Ci si riferisce, ad esempio, a quella che istituiva gerarchicamente un "capofamiglia", e quella delle diversità, ai fini patrimoniali e non patrimoniali, dello *status* dei figli nati o meno in conseguenza di un rapporto coniugale. Sul punto, per un'analisi circa la configurabilità della responsabilità civile nel contesto familiare, si consideri la disamina proposta dalla miglior dottrina spagnola, tra cui, De Verda y Beamonte, J.R. e Chaparro Matamoros, P.: "Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales", in AA.VV.: *Responsabilidad civil en el àmbito de las relaciones familiares* (a cura di J.R. De Verda y Beamonte), Cizur Menor, 2012, pp. 103 ss.; De Verda y Beamonte, J.R. e Chaparro Matamoros, P.: "La responsabilità civile nell'ambito delle relazioni familiari in Spagna", *Diritto, famiglia e persone*, 2014, p. 390 ss.; Algarra Prats, E.: "Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil", in AA.VV.: *La responsabilidad civil en la relaciones familiares* (a cura di J.A. Moreno Martínez), Madrid, 2012, p. 11 ss.; García Cantero, G.: "Comentario al art. 67 CC", in AA. VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones* forales (a cura di M. Albaladejo), t. II, Madrid, 1982, p. 186 ss.; Lacruz Berdejo, J.L.: "Efectos del matrimonio", in AA.VV.: *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia,* I, 3ª ed., Barcelona, 1989, p. 146 ss.

7 Per vero, talvolta, la dottrina si sforza di rintracciare un fondamento alla responsabilità endofamiliare che vada oltre i presupposti aquiliani. Cfr. Rimini, C.: "Il danno conseguente alla violazione dei doveri matrimoniali", *Famiglia, persone e successioni*, 2010, vol.VI, fasc. IIX/IX, pp. 620 ss.; Mormile, L.: *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 31 ss. Critici nei confronti dell'applicazione dell'art. 2043 c.c., ma non completamente convinti della qualificazione in termini di contrattualità Paradiso, M.: "Famiglia e responsabilità civile endofamiliare", *Famiglia, persone e successioni*, 2011, vol. VII, fasc. I, pp. 14 ss.; Nicolussi, A.: "Obblighi familiari di protezione e responsabilità", *Europa e Diritto Privato*, 2008, vol. IV, pp. 929 ss. Orbene, è da osservare che la maggior parte della dottrina è comunque orientata nel senso della extracontrattualità. Cfr., Morozzo Della Rocca, P.: "Violazione dei doveri coniugali. Immunità o responsabilità", *Rivista critica del diritto privato*, 1988, pp. 624 ss.; Oberto, G.: "La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari", *Quaderni familia*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 24 ss.; Ferrando, G.: "Violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile", en AA. VV.: *Trattato della responsabilità contrattuale* (a cura di G. Visentini), Giuffré, Milano, 2009, *vol. I,* pp. 412 ss..

8 Per una disamina sul rapporto tra realtà sociale e realtà giuridica v., Perlingieri, P.: "Le funzioni della responsabilità civile", in *Rassegna di diritto civile,* Edizioni scientifiche Italiane, 2011, vo. I, pp. 115 ss.; Pugliatti, S.: "Fiducia e rappresentanza indiretta", in Id., *Diritto civile. Metodo, teoria e pratica. Saggi*, Milano, 1951, pp. 216 ss.; Grossi, P.: "Oltre le mitologie giuridiche della modernità", in AA.VV.: *Mitologie giuridiche della modernità* (Id.), Giuffè, Milano, 2007, pp. 58 ss.

esser risarcite, tra cui il danno da "disinteresse genitoriale" (o "da deprivazione parentale")[9].

Tale danno è una *specie* dell'illecito endofamiliare[10] la cui violazione non trova sanzione, necessariamente e soltanto, nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, ma può comportare, nell'ipotesi in cui provochi la lesione di diritti costituzionalmente protetti, la configurabilità del risarcimento dei danni non patrimoniali, come reinterpretato alla luce dei princìpi ripetutamente affermati, anche di recente, dalla Suprema Corte in tema di danni alla persona[11].

Il danno in commento è definibile come la violazione di quel diritto al rapporto "genitore/i-figlio" da cui discende il nucleo costitutivo dell'identità personale e relazionale dell'individuo: ciò produce delle ripercussioni - personali e sociali - derivanti da una traumatica gestione del rapporto endofamiliare, tale da far sorgere la contezza di non essere desiderati ed accolti come "figli". Invero, il danneggiato entra in una "condizione di sofferenza personale e morale" che imprime un tracciato di disagio nello sviluppo psicofisico, da cui può nascere una pretesa risarcitoria[12].

In nuce, il pregiudizio eventualmente causato si manifesta sia sotto il profilo della relazione affettiva, sia sotto il profilo della negazione dello *status*, essendo correlato al vuoto emotivo, relazionale e sociale dettato dall'assenza genitoriale[13].

Una questione di particolare rilevanza pratica attiene alla legittimazione ad agire in giudizio di colui che reclama la pretesa risarcitoria. Per vero, come la pratica sembra suggerire, sovente si è al cospetto di situazioni in cui il "danneggiato" si trova in una condizione in cui - *de iure o de facto* - l'azione giudiziale è particolarmente ardua. In effetti, un superficiale sguardo alla casistica giurisprudenziale permette di evidenziare due frequenti situazioni: o il figlio è minorenne e, pertanto, pur volendo non può invocare "*iure proprio*" la pretesa; oppure, laddove egli abbia raggiunto la maggiore età, la situazione abbandonica è così radicata da dover richiedere un particolare sforzo "emotivo", tale da essere infrequente un'azione giudiziale immediata.

9 Cfr. in dottrina: Busnelli, F. D.: "Le sezioni unite e il danno non patrimoniale", *Rivista di diritto civile*, Cedam, 2009, pp. 97 ss.; Scognamiglio, C .: "Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite", *Responsabilità civile* e *previdenza,* 2009, vol. LXXIV, fasc. II, pp. 21 ss.; Scalisi, V.: "Danno alla persona e ingiustizia", *Rivista di diritto civile*, 2007, vol. 53, fasc. 2, pp. 147 ss.; Scognamiglio, C.: "L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza in materia di responsabilità civile : il danno non patrimoniale", *Responsabilità civile* e *previdenza,* 2015, vol. LXXX, fasc. VI, pp. 1794 ss.

10 Cfr. Barbierato, D.: "Osservazioni su risarcimento del danno e illeciti endofamiliari", *Responsabilità civile* e *previdenza,* 2020, fasc. n. 6, pp. 2080 ss.

11 Si veda, ancora, Perlingieri, P.: "Le funzioni", cit., pp. 115 ss.; Pugliatti, S.: "Fiducia e", cit., pp. 216 ss.; Grossi, P.: "Oltre le", cit. , pp. 58 ss.

12 Così Cass. Civ. Sez. III 12 maggio 2022, n. 15148.

13 Così Cass. sez. I 22 novembre 2013 n. 26205, ovvero, la sentenza che - a parer dello scrivente - ha maggiormente approfondito la nozione di danno da disinteresse genitoriale.

Ciò pertanto, è stata riconosciuta - nel caso del minore - la legittimazione ad agire in giudizio in capo all'altro genitore fino al raggiungimento della maggior età del figlio; inoltre, secondo consolidata esegesi giurisprudenziale, anche laddove vi sia una pretesa risarcitoria relativa ad una situazione di disinteresse ormai consolidata, il momento dell'iniziativa giudiziale risulta ininfluente sulla determinazione del risarcimento, poiché la natura del diritto azionato ne rende del tutto giustificabile, in mancanza di limitazioni legali, l'esercizio in una fase di maturità personale compatibile con il coinvolgimento emotivo ad esso connesso[14].

Difatti, sovente, la condotta illecita lede la formazione della personalità del figlio stesso, incidendo sull'acquisizione delle capacità di discernimento, di corretta percezione e di conseguente reazione (soprattutto, laddove il disinteresse si manifesti sin dalla nascita del figlio); per acquisire tali capacità occorre che la vittima dell'abbandono si svincoli dall'incidenza percettiva e comportamentale dell'istintivo desiderio filiale di un rapporto positivo con il genitore, per raggiungere una maturità personale tale da comprendere la reale situazione a sé pregiudizievole e di assumere reattive decisioni di contrasto con la persona "desiderata". In altri termini, il figlio deve giungere ad una sorta di "emancipazione sentimentale" tale da accettare l'illeceità della condotta del genitore e chiederne il risarcimento del danno[15].

Ciò, ben lungi dall'essere privo di ripercussioni giuridiche, risponde positivamente alla possibilità di avanzare la pretesa risarcitoria anche ben oltre la maggiore età, senza che la denunzia "tardiva" (ad esempio laddove il figlio sia divenuto già da tempo maggiorenne) sia letta - per ciò solo - come una concausa del danno patito (*i.e.* come concorso colposo). Per vero, la giurisprudenza, in tema di azione volta al riconoscimento dei danni non patrimoniali - esercitabile anche nell'ambito della dichiarazione giudiziale di filiazione - ha escluso il concorso colposo nella produzione del danno (*ex* art. 1227 cod. civ.) in ipotesi di inerzia dei figli in relazione al momento dell'iniziativa giudiziale, in quanto - tale momento - è liberamente e legittimamente determinabile da parte dei titolari del diritto, oltre che del tutto ininfluente rispetto alla configurazione e determinazione del danno non patrimoniale[16].

La tutela del danno da disinteresse si correla all'obbligo genitoriale di concorrere al mantenimento del figlio, il quale sorge al momento della sua nascita, anche se la procreazione sia stata accertata con sentenza solo successivamente. Sicché, l'obbligazione trova la sua ragione giustificatrice nello *status* di genitore, la cui

14 Così, Cass. Civ. Sez. III 12 maggio 2022, n. 15148.

15 V. Cass. Civ., Sez. III, 10 giugno 2020, n.11097; Si consideri, inoltre, quanto si dirà in tema di qualificazione dell'illecito, affinché sia fugato - perlomeno per la tesi che appare preferibile - il dubbio circa la prescrizione del diritto esercitato dopo un considerevole lasso di tempo.

16 Così, Cass. sez.1, 22 novembre 2013 n. 26205.

efficacia retroattiva è correlata - per l'appunto - alla procreazione e alla susseguente nascita del figlio: ne discende, pertanto, che prestazione di mantenimento prescinde da qualsiasi domanda giudiziale. Vieppiù, anche laddove il figlio sia riconosciuto al momento della nascita da uno solo dei genitori, perciò tenuto *ab ovo* a provvedere per intero al suo mantenimento, non viene meno l'obbligo dell'altro genitore per il periodo anteriore alla pronuncia della dichiarazione di filiazione naturale, proprio perché il diritto del figlio ad essere mantenuto, istruito ed educato, è sorto fin dalla sua nascita e nei confronti di entrambi i genitori[17].

In conclusione, *prima facie*, salvo quanto appresso si dirà in tema di "danno-conseguenza", si può ritenere che la condizione di sofferenza personale e morale nella quale sono posti i figli non ha natura transeunte né può essere influenzata, "nell'an e nel quantum", da fattori temporali, poiché la mancanza di un genitore segna un tracciato di disagio e sofferenza esiziale nello sviluppo psicofisico del figlio.

Dunque, tali approdi necessitano di esser compresi alla luce di tutte le premesse logico-giuridiche che sono state conquista delle più avvedute ricostruzioni del diritto vivente.

II. LA CLASSIFICAZIONE DEL DANNO PER UN INQUADRAMENTO NELL'ASSIOLOGIA DELLE FONTI.

Appare necessario, in applicazione ad un metodo lineare di analisi, uno sforzo classificatorio onde meglio chiarire le principali questioni teoriche ed applicative sul punto, facendo seguito alla nozione di danno da disinteresse testé descritta.

Il danno endofamiliare può essere variamente classificato, anche alla luce delle conseguenze che derivano dallo stesso[18]; invero, la condotta illecita posta in essere da uno - o entrambi - i genitori può avere sia consistenza patrimoniale sia non patrimoniale[19].

17 Cfr. *ex plurimis* Cass. civ., sez. I, 22 novembre 2013, n. 26205; Cass. civ., sez. I, 10 aprile 2012, n. 5652 e Cass. civ, sez. I, 14 maggio 2003, n. 7386.

18 Cfr. Cordiano, A.: "Danno non patrimoniale e violazione dei doveri genitoriali", *Familia*, 2006; vol. VI, pp. 592-607; Senatore, E.: "L'evoluzione del diritto di famiglia. La responsabilità endofamiliare ed il riconoscimento del danno non patrimoniale tra le conseguenze dei rapporti familiari", *CamminoDiritto*, 2015 disponibile presso il seguente url: https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=930; Barbierato, D.: "Osservazioni su", cit., pp. 2080 ss.

19 Sul tema, ancora, Senatore, E.: "L'evoluzione", cit.; Barbierato, D.: "Osservazioni su", cit., pp. 2080 ss. A titolo di esempio, nello specifico caso di illecito da deprivazione parentale, le conseguenze patrimoniali si inverano nella perdita del sostegno economico che il minore avrebbe avuto se il genitore fosse stato presente, nonché nella perdita di opportunità che il figlio avrebbe se fosse stato educato e cresciuto dal proprio genitore. *In nuce*, ci si riferisce alla perdita di opportunità che deriva dalla mancanza dei mezzi economici necessari per raggiungere un livello di istruzione adeguato alle capacità del figlio, con conseguente pregiudizio per la formazione spendibile nel mondo del lavoro; le conseguenze patrimoniali, invece, consistono nella lesione subita dal rapporto familiare, vissuto come uno strappo - per volontà unilaterale del genitore - alla connessione con la propria famiglia. Ciò produce una sofferenza morale poiché

Ciò che emerge, sovente, è la netta cesura tra la pretesa al risarcimento del danno da disinteresse genitoriale e la domanda di maggior contribuzione economica. Del resto, l'obbligo di assistenza non ha un contenuto fisso (come gli alimenti), bensì dovrebbe essere determinato in base alle effettive esigenze del figlio e alle condizioni patrimoniali e sociali di ogni genitore. Del resto, la prole avrebbe "diritto a un livello di vita correlato alle possibilità economiche dei genitori", finalizzato ad un congruo inserimento sociale e lavorativo che garantisca la piena realizzazione individuale e meta-individuale di sé stessi[20]. Ciò, ben lungi dall'essere una mera precisazione qualificatoria, ha rilevanti conseguenze dommatiche e pratiche[21].

Il *genus* "danno endofamiliare" deve, anzitutto, essere ripartito in due *species*, cioè il danno relativo al rapporto di *coniugio*/unione e il danno relativo al rapporto genitoriale[22].

Ne discende che, come confermato sin dai primi arresti giurisprudenziali[23], la risarcibilità di siffatti danni deve - necessariamente - tener conto delle surrichiamate differenze; ovvero, il disinteresse parentale trova sanzione - come detto – anche attraverso misure giuridiche "atipiche" ove siano lesi diritti costituzionalmente protetti. Pertanto, è fatta salva la possibilità di avanzare un'autonoma pretesa - alla mera tutela degli aspetti non patrimoniali - volta al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 2059 cod. civ.[24], esercitabile anche nell'ambito dell'azione per la dichiarazione giudiziale di genitorialità[25].

priva il figlio delle attenzioni e dell'affetto del genitore, menomando l'aspetto esistenziale di quest'ultimo per il pregiudizio alla sua vita di relazione presente e futura. Cfr. *ex plurimis*, Cass. sent. n. 14382/2019.

20 Pressoché in questi termini Cass. Civ., Sez. III, 10 giugno 2020, n. 11097.

21 Ad esempio, si pensi alla questione circa il giudicato tra le due questioni proposte; invero, sovente, vi è un giudicato circa la pretesa al mantenimento e, successivamente, un giudizio volto all'accertamento dell'illecito endofamiliare. *A fortiori*, al di là delle ovvie considerazioni relative all'autonomia delle due azioni, si consideri l'esegesi di legittimità volta ad estendere il c.d. "giudicato sostanziale esterno" all'antecedente logico necessario posto alla base del successivo giudizio (*i.e.* gli accertamenti di fatto e/o di diritto che rappresentano le premesse necessarie e il fondamento logico-giuridico di due processi aventi i medesi fatti costitutivi), anche se esso ha finalità diverse rispetto al primo. Sul punto si segnala, di recente la cfr. Cass. Civ. Sent. n. 5138/2019, ovvero, già Cass. Civ. Sent. n. 9695/2003. Sotto altro verso, si prenda in considerazione la questione affrontata sul rapporto tra giudicato relativo alla pretesa di mantenimento, sull'illecito endofamiliare e sulla pretesa di cui all'art. 2057 cod. civ. Cfr. Cass. Sez. I Civile, Sent. n. 5652 del 10 Aprile 2012.

22 Da un altro punto di vista, poi, emerge il dibattito circa la natura - istantanea e/o permanente - della condotta illecita che darà luogo alla pretesa risarcitoria (su cui, però, sarà riservata una più attenta disamina *infra*).

23 Cfr. Cass. Civ. Sez. I Sent. 7 giugno 2000, n. 7713.

24 Sulla rilettura dell'art. 2059 alla luce della storica interpretazione delle Sez. Un. di cui si dirà a breve: Perlingieri, P.: "L'onnipresente art. 2059 c.c. e la tipicità del danno alla persona", *Rassegna di diritto civile,* Edizioni scientifiche Italiane, 2009, vol. 2, pp 520 ss.

25 Si determina, pertanto, un automatismo tra procreazione e responsabilità genitoriale, declinata secondo gli obblighi specificati negli artt. 147 e 148 cod. civ., che costituisce il fondamento della responsabilità aquiliana da illecito endofamiliare, nell'ipotesi in cui alla procreazione non segua il riconoscimento e l'assolvimento degli obblighi conseguenti alla condizione di genitore, così Cass. Civ. Sez. III 12 Maggio 2022, n. 15148.

Del resto, le tutele in parola devono essere intese alla luce della ben nota interpretazione costituzionalmente orientata relativa alla risarcibilità del pregiudizio di natura non patrimoniale, allorquando il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona e, come tali, degni di tutela[26]. È indubbio che "il disinteresse dimostrato da un genitore nei confronti di un figlio, manifestatosi per lunghi anni e connotato, quindi, dalla violazione degli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione, determini un *vulnus*, dalle conseguenze di entità rimarchevole ed anche, purtroppo, ineliminabili, a quei diritti che, scaturendo dal rapporto di filiazione, trovano nella carta costituzionale (in part., artt. 2 e 30) e nelle norme di natura internazionale recepite nel nostro ordinamento un elevato grado di riconoscimento e di tutela"[27].

Come *a torto ex adverso preteso*, l'endiadi "diritto ad essere educato e mantenuto" non sortisce un valore meramente descrittivo, ma sottende un ben più ampio ed immanente diritto, desumibile dalla lettura coordinata degli artt. 2 e 30 Cost., di condividere fin dalla nascita - con il proprio genitore – la relazione filiale nella sua veste ancipite: sia - da un lato – nell'accezione individuale, intesa nella sua consistenza intima ed affettiva, di primario rilievo nella Costituzione e per lo sviluppo psicofisico di ogni persona, sia - dall'altro – nella sfera sociale, mediante la condivisione ed il riconoscimento esterno dello *status* conseguente alla procreazione[28]. "…Entrambi i profili integrano il nucleo costitutivo originario dell'identità personale e relazionale dell'individuo e la comunità familiare costituisce la prima formazione sociale che un minore riconosce come proprio riferimento affettivo e protettivo. Nell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, fonte integratrice dello statuto dei diritti fondamentali di rango costituzionale delle persone, è specificamente contenuto, al terzo comma, il diritto per il bambino alla protezione e alle cure necessarie al suo benessere nonché quello d'intrattenere relazioni e contatti diretti con i propri genitori. La privazione di entrambi gli elementi fondanti il nucleo dei doveri di solidarietà del rapporto di filiazione costituisce una grave violazione dell'obbligo costituzionale (nel senso rafforzato dall'integrazione con la fonte costituzionale costituita dal

26 Ci si riferisce alla già citata Cass. sez. I, 10 aprile 2012 n. 5652, la quale si inserisce in un dibattito ben preparato da arresti che avevano riconosciuto l'obbligo di assistenza morale e materiale del genitore a decorrere dalla nascita del figlio anche se non derivata da procreazione "legittima" (v. p. es. Cass. sez. I, 4 maggio 2000 n. 5586, Cass. sez. I, 14 febbraio 2003 n. 2196, Cass. sez. I, 16 luglio 2005 n. 15100, Cass. sez. I, 11 luglio 2006 n. 15756, Cass. sez. I, 17 febbraio 2007 n. 26575 e Cass. sez. I, 4 novembre 2010 n. 22506): che "Il disinteresse mostrato … determina la lesione dei diritti nascenti da un rapporto di filiazione che trovano negli articoli 2 e 30 della Costituzione - oltre che nelle norme di natura internazionale recepite nel nostro ordinamento - un elevato grado di riconoscimento di tutela, sicché tale condotta è suscettibile di integrare gli estremi dell'illecito civile e legittima l'esercizio, ai sensi dell'art. 2059 c.c., di un'autonoma azione volta al risarcimento dei danni non patrimoniali sofferti dalla prole".

27 Così, S.U. Cass. Civ. 11 novembre 2008 n. 26972.

28 V. Cass. Civ., Sez. I, sentenza 19 giugno - 22 novembre 2013, n. 26205.

diritto dell'Unione europea e dalla Convenzione di New York del 20.11.89 ratificata con L. 176 del 1991 sui diritti del fanciullo) sopra delineato…"[29].

Del resto, ciò è già stato ben posto in luce da una storica sentenza della Corte costituzionale[30] relativa al danno-evento da lesione del diritto alla salute, ma riferibile - per la latitudine dei suoi enunciati - ad ogni analoga lesione dei diritti fondamentali della persona e, nello specifico, al danno esistenziale ed alla vita di relazione (o come successivamente chiamato "dinamico-relazionale")[31]. La vigente Costituzione, garantendo principalmente e primariamente valori personali impone, infatti, una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 2043 e 2059 "in correlazione agli articoli della Carta che tutelano i predetti valori", giacché esse siano idonee "a compensare il sacrificio che gli stessi valori subiscono a causa dell'illecito", attraverso "il risarcimento del danno [che] è sanzione esecutiva del precetto primario ed è la minima delle sanzioni che l'ordinamento appresta per la tutela di un interesse"[32]. Tali norme, correlate agli articoli 2 e ss. della Carta costituzionale vanno necessariamente intese come comprensive di tutti quei danni che - almeno potenzialmente – ostacolano le attività realizzatrici della persona umana[33]. Le norme costituzionali sono poste a presidio dei diritti fondamentali della persona e – pertanto – sono pienamente e direttamente operanti " anche nei rapporti tra privati" (cd. "drittwirkung"). Ne discende che, non è ipotizzabile un limite alla risarcibilità del danno dei diritti fondamentali, giacché il ristoro delle correlate conseguenze invera l'assiologia della Costituzione e delle fonti sovrannazionali[34].

Alla luce dell'inquadramento assiologico che si è cercato di offrire, è fuor di dubbio che la lesione dei diritti in parola debba trovare adeguata tutela nella sua consistenza non patrimoniale[35].

Nondimeno, al di là degli incontestabili approdi a cui si è giunti richiamando la rilettura costituzionale e sovrannazionale del lemma "legge" (di cui all'art. 2059 cod. civ.) è, altresì, opportuno ricordare che - già in precedenza - la condotta di disinteresse avrebbe dato luogo ad una responsabilità extracontrattuale da danno non patrimoniale: prima dell'introduzione della Costituzione, del codice civile e delle surrichiamate fonti sovrannazionali, l'ordinamento riconosceva detta ipotesi in caso di reato che avesse cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale;

29 Così Cass. Civ., Sez. I, sentenza 19 giugno - 22 novembre 2013, n. 26205.

30 Cfr. Cort. Cost. sent. 14 luglio 1986, n. 184.

31 Cfr. Cass. Civ. Sez. III 12 maggio 2022, n. 15148.

32 Così Cass. Civ. Sez. III 12 maggio 2022, n. 15148. Sulla questione relativa al risarcimento del danno esistenziale per il comportamento negligente del padre: Cass. Civ. Sez. I Sent. 07 giugno 2000, n. 7713.

33 Cfr. Perlingieri, P.: "Le funzioni", cit., pp. 115 ss.

34 Così, Cass. Civ. Sez. I Sent. 7 giugno 2000, n. 7713, relativa al riconoscimento del danno endofamiliare e al suo collocamento nel tessuto assiologico e delle fonti dell'ordinamento costituzionale.

35 Cordiano, A.: "Danno non", cit., pp. 592 a 607; Bizzarro, A.: "Famiglia e", cit., pp.147 ss.

di talché, nasceva, in capo al colpevole o alle persone che, a norma delle leggi civili debbono rispondere per il fatto di lui, la prestazione risarcitoria (*ex* art. 185 cod. pen.).

Per vero, al di là di inconferenti questioni sulla rilevanza penale delle condotte, alle quali si fa soltanto generica menzione, è di palmare evidenza che già la più antica ipotesi di danno non patrimoniale prevedeva il ristoro della condotta in parola per la violazione dell'art. 570 cod. pen. che, per l'appunto, sanziona la violazione degli obblighi di assistenza familiare. Del resto, in coerenza con la logica di sussidiarietà/"*extrema ratio*" dello *ius criminale*, ciò che trova rilevanza in detto ordinamento, *a fortiori*, avrà consistenza illecita in quello civile. In tale prospettiva, non v'è dubbio che il comportamento sanzionato dall'art. 570 cod. pen. – sia pur costituito nella sua materialità dalla mancata corresponsione di mezzi di sussistenza – rilevi, sul piano civile, in termini di violazione – non già di un mero diritto a contenuto patrimoniale – ma di sottesi e più pregnanti diritti fondamentali della persona, in quanto figlio ed in quanto, eventualmente, minore[36].

Orbene, attesa l'indubbia rilevanza della situazione giuridica descritta, nonché la sussistenza di una valida pretesa risarcitoria ad essa correlata, residuano alcune considerazioni pratiche relative all'incidenza del tempo sull'illecito in parola. Sulla base di ciò, la giurisprudenza di merito suole partire da una questione che pare dirimente: la natura - istantanea o permanente - della condotta di disinteresse. Ed è su tale dibattito che, parte della giurisprudenza di merito[37], talvolta, ha applicato *ex abrupto*, senza tenere conto della peculiarità della natura dell'illecito, un tradizionale orientamento relativo alla prescrizione.

Pertanto, emerge come necessaria la disamina di due questioni di preliminare importanza: la qualificazione dell'illecito in parola e il correlato regime prescrizionale.

1. Brevi cenni sul dibattito sulla natura (permanente o istantanea) dell'illecito.

Aspetto di particolare rilevanza sistematica e pratica è quello della qualificazione della natura istantanea e/o permanente dell'illecito da deprivazione parentale.

La questione invera, in via di estrema sintesi, due opposte esegesi. Da un lato, la giurisprudenza di merito, sovente, ritiene di qualificare siffatto illecito come istantaneo, dall'altro - fin d'ora - la Suprema Corte ha ritenuto più coerente la tesi dell'illecito permanente[38]. "Nella prima ipotesi (illecito istantaneo), la prescrizione del risarcimento comincia a decorrere dalla manifestazione iniziale del danno, mentre nella seconda (illecito permanente) la prescrizione ricomincia

36 Cass. Civ. Sez. I Sent., 7 giugno 2000, n. 7713.

37 Per una puntuale disamina della giurisprudenza di merito cfr. Cass. Civ. Sez. III 12 maggio 2022, n. 15148.

38 Per un inquadramento sistematico cfr. Cass. Civ. Sez. I Civile Sent. 7 giugno 2000, n. 7713.

continuamente a decorrere dalla manifestazione iniziale fino a quando la condotta illecita causante non è cessata, sicché il diritto al risarcimento sorge in modo continuo via via che il danno si produce ed in modo continuo si prescrive, se l'azione non viene esercitata entro cinque anni''[39].

Or bene, a parer della prima esegesi, ''la mera protezione degli effetti negativi derivanti da una mera condotta illecita integra un illecito istantaneo ad effetti permanenti e non già un illecito permanente, per il quale soltanto è configurabile un diritto al risarcimento che sorge in modo continuo e che in modo continuo si prescrive, se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si produce''[40]. Ne discende che, nello specifico, ''non si tratta di violazioni permanenti (come fosse la sottrazione di un minore o mancato pagamento, che perdurano finché non sopraggiunge l'adempimento), bensì (in ipotesi) di violazione sistematicamente reiterate (consistenti nel non eseguire correttamente giorno per giorno la ''prestazione'' genitoriale)''[41]. *In nuce*, secondo tale indirizzo, l'inadempimento - giorno per giorno - della prestazione genitoriale rientra nello schema di illecito istantaneo ad effetti permanenti[42].

A tale ricostruzione, come detto, si contrappone quella relativa all'illecito permanente, *i.e.* perdurante come tale finché non sopraggiunge l'adempimento. E' di palmare evidenza che la ricostruzione surricordata si imbatte in un'aporia argomentativa, quantomeno sotto l'aspetto delle argomentazioni: invero, non si ben comprende quale sia la differenza tra ''un mancato pagamento'' perdurante finché ''non sopraggiunge l'adempimento'' e il disinteresse parentale. Del resto, come ''a torto ex adverso preteso'', l'abbandono parentale consiste nel ''mancato adempimento'', protratto per un *minimum* temporale di rilevanza, di tutti gli obblighi che il genitore ha nei confronti della prole: ''una completa e costante assenza del genitore nella vita filiale, dunque, che è un perfetto esempio di omissione permanente, ontologicamente diversa dalla reiterazione di singoli illeciti istantanei''[43].

Sicché, in via generale, si ritiene maggiormente persuasiva la tesi testé esaminata.

A ciò, tuttavia, per sforzo di completezza, si dovrebbe ricondurre il tradizionale insegnamento della giurisprudenza secondo cui ''nel fatto illecito istantaneo la condotta dell'agente si esaurisce prima o nel momento stesso della produzione del danno, mentre in quello permanente essa perdura oltre tale momento e

39 Con queste parole v. Cass. Civ. sez. III, 10 giugno 2020, n.11097.

40 Pressocché in questi termini cfr. Cass. Civ, Sez. III, Sent 28 maggio 2013, n. 13201.

41 Pressocché in questi termini cfr. Cass. Civ. Sez. III 12 maggio 2022, n. 15148.

42 Cfr. Cass. Civ. Sez. III, Sent. 12 maggio 2022, n. 15148.

43 Così Cass. Civ. Sez. III, Sent. 12 maggio 2022, n. 15148

continua a cagionare il danno per tutto il corso della sua durata"[44]. Pertanto, si deve riconoscere che l'illecito endofamiliare nel rapporto genitoriale possa essere istantaneo e/o permanente.

Nel primo caso, come sopra si è visto, avviene quando la violazione di obblighi genitoriali consiste in una singolare condotta inadempiente, la cui natura, omissiva o commissiva, è comunque di rilievo così elevato da attingere il disvalore costituzionale (si pensi al disinteresse verso una importante scelta sanitaria relativa alla salute del figlio). Di talché, anche allorquando l'inadempimento sia costituito da una singola condotta "episodica", esso può integrare quel "*minimum* temporale e qualitativo" tale da configurare il danno da disinteresse, purché siano lesi i beni giuridici che la pretesa in parola mira a tutelare.

Nell'opposto caso, ove il genitore si estranei per un periodo significativo dalla vita dei figli, il relativo illecito endofamiliare è, di regola, di *species* permanente: è proprio la considerevole protrazione temporale a portare al livello del disvalore costituzionale la condotta illecita, la quale, se investisse soltanto un tempo così limitato da potersi definire occasionale, integrerebbe una mera violazione delle norme ordinarie relative agli obblighi[45].

2. La prescrizione.

Ad ogni buon conto, è fuor di dubbio che la casistica di danno da disinteresse di maggior avveramento - quantomeno nella prassi giurisprudenziale attuale - ha, di regola, consistenza permanente. Ciò reclama un'interpretazione conforme alla specialità dell'illecito, affinché - ai fini prescrizionali - la condotta abbandonica venga intesa alla luce del tradizionale paradigma della scissione "de die in diem" dell'illecito permanente, non essendo sufficiente *tout court* una pluralità di illeciti istantanei del genitore, ma dovendosi comunque raggiungere una soglia di inadempimento qualificata[46].

Come è noto, la violazione di un diritto assoluto - che costituisca la *causa petendi* di un'azione risarcitoria - non trasforma, per una sorta di "traslazione contenutistica", il conseguente diritto al risarcimento del danno in un diritto imprescrittibile; invero, quest'ultimo permane *tout court* nell'area dell'illecito aquiliano, disciplinato in via generale dalla regola prescrizionale di cui all'art. 2947 cod. civ., qual che sia il fatto illecito che abbia cagionato un danno, qual che sia il diritto inciso dalla condotta illecita del danneggiante[47].

44 Cfr. Cass. S.U., Sent. 5 novembre 1973 n. 2855.

45 Cass. Civ. Sez. III, 12 maggio 2022, n. 15148.

46 Cfr. Cass. Civ. sez. III, 10 giugno 2020, n.11097.

47 Pressocché in questi termini: Cass. sez. III, 8 aprile 2016 n. 6833; come del resto affermato - *mutatis mutandis* - dalle Sez. Un. in tema di "*dies a quo*" del termine prescrizionale del risarcimento del danno alla

Di talché, non si comprende quella tesi predicativa di una sorta di indefinita permanenza dell'illecito contestato al genitore, poiché "si confonde il momento della consumazione dell'illecito - di carattere evidentemente istantaneo, e già di per sé produttivo di effetti ipoteticamente dannosi - con quello della permanenza dei suoi effetti (e delle conseguenze dannose risarcibili), onde l'inconferenza del richiamo al principio della decorrenza della prescrizione dal momento della percezione o della percepibilità esterna della illiceità della condotta"[48].

Nello specifico, il caso riguardava le richieste da parte del padre di due ricoveri del figlio presso l'ospedale psichiatrico. Si evidenzia, pertanto, che la questione era - ed è - radicalmente diversa rispetto a quella del protratto disinteresse genitoriale che è qui in esame, giacché il precedente era *ictu oculi* un illecito istantaneo.

Le Sezioni Unite hanno centrato il problema interpretativo rimarcando che l'individuazione del *dies a quo* (o "exordium praescriptionis") nel codice civile è affidata "ad indicazioni piuttosto scarne e molto generiche": l'articolo 2935 cod. civ., "norma assolutamente aperta a molteplici e contrapposte interpretazioni", prevede che la prescrizione di ogni pretesa risarcitoria inizi a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere; invece, l'articolo 2947, primo comma, cod. civ., stabilisce che il diritto al risarcimento del danno da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il "fatto si è verificato".

Quest'ultima norma, benché riferita al settore aquiliano, è stata estensivamente interpretata come applicabile a tutte le azioni risarcitorie, degradando ad "un ruolo piuttosto periferico" l'articolo 2935 c.c. e conducendo "il sistema della prescrizione" a porsi nettamente sbilanciato a favore dei convenuti, con ovvie ricadute negative per gli attori: nel segno della certezza dei rapporti giuridici, così, si prescinde da qualsiasi considerazione relativa alle ragioni oggettive e soggettive del ritardo della vittima nell'instaurazione della sua pretesa, escludendo altresì "qualsiasi operazione di bilanciamento tra gli interessi della vittima e quelli facenti capo al soggetto evocato in giudizio"[49].

Ne discende che, a parer della ricostruzione in commento, il *dies a quo* coincide con il momento della verificazione dell'evento dannoso, ovvero, con ciò che - di regola - viene individuato come *exordium praescrizionis* dei fatti illeciti permanenti.

Tale orientamento, tuttavia, soggiace ad evidenti aporie, specialmente in relazione al danno alla persona (*rectius*, all'indomani della configurazione del danno biologico/dinamico- relazionale) relative ai principi di conoscibilità del danno e

salute da emotrasfusione dalla storica Sent. Cass. Sez. Un. 576/2008.

48 Così, Cass. Civ. Sez. III, 8 aprile 2016, n. 6833.

49 Così Cass. Civ. Sez. III, 12 maggio 2022, n. 15148.

della "rapportabilità causale" dello stesso. Di talché, è necessario spostare il *dies a quo* del verificarsi del "fatto" all'esteriorizzazione del danno, *i.e.* al momento in cui esso è oggettivamente percepibile e riconoscibile. Del resto, il tradizionale paradigma relativo alla individuazione del *dies a quo* della prescrizione dell'illecito permanente è sorto in un'epoca ormai risalente, ovvero quando governava l'interpretazione dell'istituto prescrizionale un'inclinazione rigorosamente oggettiva evinta dall'articolo 2947: interpretazione che è stata costituzionalmente orientata e pertanto complessivamente riequilibrata dal fondamentale intervento delle Sezioni Unite[50].

In nuce, nel caso di danno biologico si individua la decorrenza della prescrizione (*ex* art. 2947 cod. civ.), non già "dal momento in cui il terzo determina la modificazione che produce danno all'altrui diritto o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui la malattia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche"[51].

Pertanto, "l'individuazione del dies a quo ancorata solo ed esclusivamente al parametro dell'esteriorizzazione del danno…può rivelarsi limitante ed impedire una piena comprensione delle ragioni che giustificano l'attività (incolpevole) della vittima rispetto all'esercizio dei suoi diritti. È quindi del tutto evidente come l'approccio all'individuazione del *dies a quo* venga a spostarsi da una mera disamina dell'evolversi e dello snodarsi nel tempo delle conseguenze lesive del fatto illecito o dell'inadempimento - e cioè delle diverse tappe che caratterizzano il passaggio del danno "occulto" a quello che si manifesta nelle sue componenti essenziali ed irreversibili - ad una rigorosa analisi delle informazioni, cui la vittima ha avuto accesso o per la cui acquisizione si sarebbe dovuta diligentemente attivare, della loro idoneità a consentire al danneggiato una conoscenza, ragionevolmente completa, circa i dati necessari per l'instaurazione del giudizio (non solo il danno, ma anche il nesso di causa e le azioni/omissioni rilevanti) e della loro disponibilità in capo al convenuto, con conseguenti riflessi sulla condotta tenuta da quest'ultimo ..."[52].

Tuttavia, ciò non deve "dare la stura" alla valorizzazione della mera conoscibilità soggettiva del danneggiato, giacché - il principio in parola - deve essere "saldamente ancorato a due parametri obiettivi, l'uno interno e l'altro esterno al soggetto, e cioè da un lato al parametro dell'ordinaria diligenza, dall'altro al livello di conoscenze scientifiche dell'epoca". Peraltro, ciò ha trovato applicazione anche

50 Cass. Civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 576.

51 Cass. Civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 576.

52 Così Cass. Civ. Sez. III, 12 maggio 2022, n. 15148.

nel caso di illecito civile derivante da reato, *i.e.* la prescrizione decorre dalla data del fatto, da intendersi riferito al momento in cui il soggetto danneggiato abbia avuto - o avrebbe dovuto avere, usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche - sufficiente consapevolezza della rapportabilità causale del danno[53].

Orbene, per onere di esaustività, si ricorda - giacché con episodici riscontri - che tale ricostruzione della decorrenza della prescrizione (cioè, per l'appunto, non dalla mera esteriorizzazione "occulta" del danno, bensì dal momento in cui quest'ultimo diviene conoscibile secondo l'ordinaria diligenza e le conoscenze scientifiche del tempo) è stata adoperata finanche in relazione ad altri tipi di danni[54].

Tali casi, al di là dell'ardita applicazione del principio in ambiti ben lontani da quello in cui è stato elaborato, risultano criticabili nella parte in cui si riferiscono al mero criterio ("interno") di diligenza, abbandonando apoditticamente il criterio "esterno" della rapportabilità causale dell'evento (*i.e.* il criterio relativo alle "conoscenze scientifiche"). Del resto, ben consapevoli delle differenze endemiche tra "i campi di gioco" - tra detti esempi e quelli governati dalle scienze sanitarie - , non si comprende un così radicale - e asistematico - abbandono, tale da non meritare altro che un generico rimando all'unanime giurisprudenza di legittimità[55].

III. BREVI RIFLESSIONI SISTEMATICHE SULLE CONSEGUENZE PREGIUDIZIEVOLI DEL DANNO.

Un aspetto di particolare rilevanza dommatica e applicativa attiene alla sussistenza di effettive conseguenze pregiudizievoli ("danno conseguenza") derivanti dal danno da disinteresse genitoriale[56]. La giurisprudenza di merito, sovente, ha ritenuto insussistente alcun tipo di conseguenza data l'inattitudine del comportamento genitoriale a sconvolgere lo stile di vita del generato, poiché "abituato all'assenza, si sarebbe ormai adattato alla propria condizione", "onde il risarcimento del danno esistenziale avrebbe dovuto almeno fondarsi sull'allegazione e sulla prova di fatti da cui desumerlo nel "periodo estraneo alla prescrizione" - come l'evocazione frequente e penosa della sua condizione di figlio trascurato nei colloqui con familiari e conoscenti"[57].

53 Cfr. Cass. S.U., Sent. 18 novembre 2008, n. 27337.

54 In relazione al danno derivante da illegittimo trattamento di dati personali cfr. Cass. sez. III, 21 giugno 2011, n. 13616; nonché, in relazione alla fattispecie di danni subiti da un bene immobile cfr. Cass. sez. VI-III, ord. 27 gennaio 2012, n. 1263.

55 Tra tutte, la già citata Sent. S.U. Civ. 18 novembre 2008 n. 27337, che - sul punto - non parrebbe mai essere stata superata; o ancora, di recente, tra le tante: Cass. Civ. Sez. III, 12 Maggio 2022, n. 15148.

56 Giovagnoli, R.: *Manuale di diritto Civile*, Itaedizioni, Torino, 2019, pp. 1265 ss.

57 Così Cassazione Civ., sez. III, 10 giugno 2020, n.11097, la quale - senza condividere gli assunti citati - ricostruisce brevemente la posizione della Corte di appello di Firenze.

La ricostruzione in parola - obietta la giurisprudenza di legittimità[58] - è del tutto irrazionale, poiché non integra il "minimum" costituzionale di motivazione, laddove esclude che il figlio sia stato danneggiato dal disinteresse parentale, in sostanza, perché si sarebbe a ciò abituato[59]. In tal modo, si "svuota" l'illecito endofamiliare - *id est*, si sterilizza il diritto risarcitorio - tramite l'apodittico asserto secondo cui un totale disinteresse non possa giammai provocare danni, essendo il "figlio abbandonato" sempre vissuto nel disinteresse del genitore, *ergo* non avrebbe perso nulla, poiché non avrebbe mai avuto nulla[60].

In nuce, la Cassazione replica[61] che il "notorio insegna il contrario di quanto asserito" dalla ricostruzione in parola, attestando che la presenza o l'assenza dei genitori incide in modo considerevole sullo sviluppo psicologico-esistenziale del figlio.

Il dibattito invera una questione di particolare complessità, per la quale, non si ravvisa la possibilità di aderire - *tout court* - ad una delle suesposte ricostruzioni.

Ed, infatti, se si condivide che la ricostruzione di merito sia manchevole di qualsivoglia logica in relazione al discorrere del "danno-conseguenza", non può esimersi da una lettura complessiva della pronuncia. Da ciò, meglio si comprende che i giudici, ben lungi dalla sterilizzazione del danno patito, richiamano con ambigue parole i - pur giusti - principi di prova[62].

Al contempo, nell'obiezione degli Ermellini, a destare preoccupazione è proprio il mancato richiamo a ciò che quelle maldestre parole volevano sottendere. Del resto, tale intuizione risulta in parte avvalorata dall'inciso già citato della motivazione con cui la Cassazione ribadisce che "…il notorio insegna il contrario di quanto asserito dal giudice d'appello…". Beninteso, per quanto possa essere umanamente condivisibile siffatta considerazione, ciò non può esaurirsi - a sua volta - nell'apodittica liquidazione del danno e, cioè, affidata agli insegnamenti del "notorio", al di là dell'effettiva prova delle conseguenze derivanti dalla condotta "contra ius" e produttiva di un danno-evento.

58 Cfr. Cassazione Civ., sez. III, 10 giugno 2020, n. 11097.

59 Quasi come a dire, ad esempio, non può esserci responsabilità del sanitario per i danni causati durante il parto, poiché il nascituro nascerà convivendo *ab ovo* con la menomazione (es. sordità; cecità ecc.).

60 Cfr. Cassazione Civ., sez. III, 10 giugno 2020, n. 11097.

61 Cassazione Civ., sez. III, 10 giugno 2020, n. 11097; ancor prima, le già citate Cass. sez. I, Sent. 22 novembre 2013 n.26205 e Cass. sez.VI-III, Sent.16 febbraio 2015 n. 3079.

62 Ciò, del resto, conferma che la pronuncia abbia comunque inteso riconoscere il danno in parola, salvo siano rispettati i principi di allegazione e prova. Nello specifico, ci si riferisce a quanto segue: "abituato all'assenza, si sarebbe ormai adattato alla propria condizione…", "…onde il risarcimento del danno esistenziale avrebbe dovuto almeno fondarsi sull'allegazione e sulla prova di fatti da cui desumerlo nel "periodo estraneo alla prescrizione" come l'evocazione frequente e penosa della sua condizione di figlio trascurato nei colloqui con familiari e conoscenti…": in breve, perché mai richiamare gli oneri di prova se si asserisce che il diritto, al contrario, vada inteso nella sua veste "sterilizzata"?

Ciò sembrerebbe in linea con la più antica giurisprudenza, la quale ha sostenuto che "la lesione di diritti di rilevanza costituzionale va incontro alla sanzione risarcitoria per il fatto in sé della lesione (danno-evento) indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la stessa possa comportare (danno-conseguenza)"; da ciò ne discende "il diritto al risarcimento del danno, liquidato in via equitativa, del figlio naturale in conseguenza della condotta del genitore, tale riconosciuto a seguito di dichiarazione giudiziale, che per anni aveva ostinatamente rifiutato di corrispondergli i mezzi di sussistenza"[63].

In antitesi a tale massima è da ricordare una celebre pronuncia delle Sezioni Unite[64], la quale ha stabilito che il danno non patrimoniale, con particolare riferimento a quello cosiddetto esistenziale, non può essere considerato "in re ipsa", ma deve essere provato secondo la regola generale dell'art. 2697 cod. civ., dovendo consistere: nel radicale cambiamento di vita, nell'alterazione della personalità, nello sconvolgimento dell'esistenza del soggetto[65].

Tuttavia, già all'indomani dell'esegesi nomofilattica, la giurisprudenza di merito - sovente - accerta la pretesa in commento sulla base di un mero comportamento omissivo del genitore[66], talvolta portando ad una sostanziale erosione delle tradizionali regole della responsabilità dà torto (e segnatamente, ai principi di prova del danno-conseguenza). Del resto, trascendendo il singolo argomento in commento, ben si potrà costatare - fuor di alcuna pretesa di esaustività - che ad oggi si assiste, limitatamente ad alcuni diritti, ad una sorta di erosione pretoria del danno conseguenza; sicché, il dibattito sulla risarcibilità del danno *in re ipsa* sembrerebbe più vivido che mai, essendo riconosciute ipotesi risarcitorie che esulano dalla mera riparazione del pregiudizio sofferto[67].

63 Cass. Civ. Sez. I, 7 giugno 2000, n. 7713.

64 Cass. Civ. Sez. Un., Sent. n. 28742/2008.

65 Ciò, del resto, risulta essere confermato in tutte quei dibattiti ben noti al diritto vivente e relativi, ad esempio, al danno da perdita della vita; alla *compensatio lucri cum damno*; alla lesione del diritto all'autodeterminazione nelle varie forme in cui può venire in considerazioni. In tali occasioni, specialmente la giurisprudenza, si mostra fedele all'idea "compensativa" del risarcimento del danno, affermando - altresì - la necessità di una conseguenza pregiudizievole cagionata. V. sul tema l'illuminante disamina sui dibattiti più moderni relativi alla struttura dell'illecito aquiliano del Giovagnoli, R.: *Manuale di diritto Civile*, Itaedizioni, Torino, 2019, pp 1227 ss..

66 V. Paladini, M.: "Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?", in *Responsabilità civile e previdenza,* 2007, vol. 10, pp. 2005 ss.

67 Si pensi, ad esempio, ai nuovi dibattiti sul danno da morte (anticipata); danno da perdita della possibilità di una più lunga sopravvivenza, libertà di autodeterminazione laddove venga in rilievo la mancata diagnosi di una malattia che avrebbe giustificato scelte esistenziali diverse; fino arrivare alla questione oggetto di rimessione alle Sez. Un. relativa al danno da occupazione abusiva, ovvero, se esso vada qualificato come danno emergente o lucro cessante. Da ciò, in via di estrema sintesi, ci si chiede se la qualifica di "danno emergente" possa comportare l'immediata risarcibilità - oppure - richieda comunque una prova specifica in ordine all'*an* ed, eventualmente, al *quantum*, salvo la possibilità di ricorrere alla liquidazione equitativa laddove la quantificazione risulti impossibile o eccessivamente difficile.

Ciò mal si concilia - probabilmente - con la tradizionale funzione "compensativa" della responsabilità aquiliana[68], la quale, come ribadito in tema di delibazione delle sentenze straniere che liquidano danni punitivi, persegue una finalità meramente riparatrice dello stato "ex quo ante", salvo non sia diversamente previsto dalla legge (e nel rispetto dei principi di prevedibilità/legalità e proporzionalità). Essa - pertanto - mira a risarcire l'effettiva conseguenza subita, scongiurando quell'effetto di "over-compensation" che mal si spiega nell'assiologia dell'ordinamento giuridico interno[69].

IV. LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO TRA EQUITA' E CRITERI TABELLARI.

Uno degli aspetti di maggiore complessità "tecnica" del tema è, fuor di dubbio, quello della quantificazione del danno non patrimoniale. La questione invera un dibattito ben più ampio di quello segnatamente riservato alla tutela in parola di cui risulta inevitabile un accenno.

Il danno-conseguenza, invero, secondo la tesi maggiormente accreditata, si quantifica adottando il criterio c.d. differenziale: si accerta lo iato (per l'appunto, la differenza) tra la situazione che si sarebbe avuta senza l'illecito e la situazione che si ha in presenza ed a causa dello stesso[70].

La determinazione del danno non patrimoniale corrisponde alla concretizzazione, nel particolare episodio di vita, di una clausola generale. L'esigenza che sorge è quella dell'uniformità di trattamento nei giudizi aventi ad oggetto la domanda di risarcimento del danno biologico. Di talché, laddove manchino criteri stabiliti dalla legge, come del resto sembrerebbe fisiologico nella casistica endofamiliare, deve esser pur sempre garantita una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, nonché l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, essendo

68 Cfr. Vettori, V.: "La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente", *Persona e Mercato (a cura di Vettori. V.)*, 2008; disponibile al link: http://www.personaemercato.it/la-responsabilita-civile-fra-funzione-compensativa-e-deterrente-di-giuseppe-vettori/. Quest'ultimo, tra l'altro, dedica specifica trattazione all'illecito endofamiliare (punto "c"); si veda, inoltre, quella dottrina che ha offerto un'efficace visione sul punto: Scognamiglio, C.: "Il danno da micropermanenti: la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la funzione della responsabilità civile ed una condivisibile concretizzazione del principio di irrisarcibilità del danno non eccedente il livello della tollerabilità (Commento a Corte Cost. , 16 ottobre 2014, n. 235)", *Responsabilità civile e previdenza,* 2014, Vol. LIXXX, fasc. VI, pp. 1834 ss.; Scognamiglio, C.: "I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile. Cassazione civile, sez. I, ord. interloc., 16 maggio 2016, n. 9978", *Corriere Giuridico,* 2016, vol. XXXIII, fasc. VII, pp. 912 ss.; Scognamiglio, C.: "Principi di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi", *Responsabilità civile e previdenza,* 2016, vol. LXXXI, fasc. IV, pp. 1120 ss.; *Scognamiglio, C.: "La giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di risarcimento del danno non patrimoniale tra continuità ed innovazione (Commento a Cass. civ., 28 settembre 2018, n. 23469 (Ord.) e Cass. civ., 12 giugno 2018, n. 15213 Ord.), Responsabilità civile e previdenza, 2019, vol. LXXXIV, fasc. 2, p. 507;* Scognamiglio, C.: "Le sezioni Unite della Corte di Cassazione e la concezione polifunzionale della responsabilità civile", *Giustizia civile.com (Online),* 2017, vol. 4, fasc. 8, pp. 1 ss.

69 Sul punto, per le illuminanti riflessioni in ottica sistematica, v. Giovagnoli, R.: *Manuale di,* cit., p. 1278.

70 Cfr. Giovagnoli, R.: *Manuale di*, cit., p. 1295.

intollerabile - e non rispondente ad equità - che danni identici possano essere liquidati in misura diversa[71].

L'arresto in discorso ha riconosciuto al criterio di liquidazione tabellare - applicativo delle istanze surrichiamate di equità e uniformità applicativa, di cui agli artt. 1226 e 2056 cod. civ. - valenza di principio generale, in applicazione dell'art. 3 Cost., salvo che non sussistano in concreto circostanze idonee a giustificarne l'abbandono. Ne consegue che l'applicazione di criteri liquidativi difformi, salvo per quanto si dirà a breve, può essere fatta valere, in sede di legittimità, come vizio di violazione di legge (*i.e.* lo stesso art. 1226 cod. civ.).

L'assiologia costituzionale determina l'identificazione di un valore, il quale costituisce nella fattispecie legale il criterio per collegare ad un determinato presupposto di fatto, previsto in via astratta e generale, specifici effetti giuridici. Il valore viene concretizzato dal legislatore in una fattispecie, ossia in uno schema "fatto-effetto" ripetibile in una pluralità di casi concreti. La concretizzazione legislativa del valore può essere reiterata per una pluralità di fattispecie legali in modo che quel valore diventi un principio generale dell'ordinamento, soggiacente - cioè - ad una pluralità di previsioni normative. Il valore può essere però dal legislatore posto come tale; sorge - così - la clausola generale, la quale deve essere applicata al caso specifico attraverso un processo di "concretizzazione" operato dal giudice. Esemplare è il valore della buona fede. Essa, invero, non individua - in via generale ed astratta - il contenuto della regola giuridica, secondo la tecnica della norma a fattispecie: la buona fede non regola una classe di azioni o eventi, ma rintraccia il "criterio di identificazione della regola giuridica relativa al caso concreto" che dovrà essere applicato dal giudice. La disposizione che contempla una clausola generale non enuncia - quindi - una norma in senso proprio, ma un ideale di norma cui fare appello per l'identificazione della norma del caso concreto[72].

Pertanto, in applicazione a tali premesse, emerge che la "valutazione equitativa giudiziale è un'idea-limite, per adoperare un'espressione emersa nella dottrina tedesca[73], cui tendere per determinare il danno quando questo non può essere

71 Sul principio generale di cui all'art. 1226 cod. civ. cfr. Cass. 7 giugno 2011, n. 12408.

72 In questi termini Cass. Civ., Sezione III, Sent. 21 aprile 2021, n. 10579

73 "Con la giurisdizione per clausole generali si dispiega, in parallelo alla giurisdizione per fattispecie legali, un diritto casistico. Una lettura della concretizzazione della clausola generale integralmente coerente alla logica del diritto casistico dovrebbe spingere per l'ingresso del giudice nella catena delle precedenti concretizzazioni della clausola, con l'effetto di modellare la norma del caso concreto mediante il gioco dell'uniformazione e distinzione dai precedenti casi concreti sulla base del grado di analogia dei fatti. Nel diritto casistico non c'è sussunzione in una "species facti", ma il confronto fra i fatti di due o più casi concreti, per cui il precedente viene applicato fino ad una certa soglia, modellando e rimodellando la regola attraverso l'adeguamento del precedente al nuovo episodio di vita ("limiting"), fino all'estremo del "distinguishing" rispetto al precedente per la differenza fra i cosiddetti "materia facts", nozione centrale nella giurisprudenza anglo-sassone". Con queste parole Cass. Civ., Sezione III, sent. 21 aprile 2021, n. 10579.

provato nel suo preciso ammontare''[74]. Ciò, come *supra* accennato, oltre ad essere il rischio "endemico" di alcuni ambiti giuridici, risulta ancor più necessario nelle relazioni endofamiliari, in cui ci si deve affidare a regole elastiche che valorizzino le circostanze fattuali.

«La giurisdizione per clausole generali, coerentemente letta in chiave di diritto casistico, è in grado di dare luogo ad una peculiare forma di "stare decisis" in ambienti di "civil law", in base alla quale il precedente non sarebbe fonte di diritto ma costituirebbe la sede di manifestazione (in funzione dichiarativa) della norma concreta di diritto (norma giuridica a tutti gli effetti benché carente di disposizione) di cui il precedente medesimo abbia fatto applicazione. L'assenza, tuttavia, nell'ambiente di "civil law" di una forma di vincolatività del precedente in senso tecnico, diversamente da quanto accade nel modello di "common law", stante la prevalenza quantitativa della giurisdizione per fattispecie legali (giurisdizione costituente espressione nell'ordinamento italiano della soggezione del giudice soltanto alla legge - art. 101 Cost., comma 2), ha comportato in talune evenienze l'adozione di rimedi a garanzia dell'uniformità e prevedibilità delle decisioni nelle controversie la cui risoluzione è affidata alla concretizzazione di clausole generali. In Germania, per opera della dottrina, si è svolta un'opera di sistemazione di casi simili risolti mediante l'applicazione delle clausole generali (soprattutto quelle di buona fede e buon costume), denominata "Fallgruppen", cui la giurisprudenza attinge per l'uniforme decisione delle controversie. Sulla base della concretizzazione della clausola generale vengono individuate una serie di fattispecie, di portata perciò astratta e generale, nelle quali i giudici potranno sussumere i nuovi casi »[75].

Parimenti, in Italia, nella medesima logica dei "Faligruppen" si collocano le tabelle pretorie per la liquidazione del danno non patrimoniale: proprio come avviene con la tecnica della fattispecie e, cioè, positivizzando una serie di ipotesi risultanti dalla concretizzazione giudiziale della clausola di valutazione equitativa del danno, la tabella prevede una serie di caselle entro le quali sussumere il caso concreto. È di palmare evidenza che la tabella non abbia - e non possa avere - la cogenza del diritto legislativo[76], ben potendo consentire una "riespansione" della clausola generale, laddove le circostanze concrete lo giustifichino: sicché, al di là della previsione di una serie di indici infra-tabellari che permettano di adattare il caso concreto alla regola pretoria, è sempre possibile una liquidazione maggiore o minore, in relazione a casi la cui eccezionalità, specificatamente motivata, fuoriesca *ictu oculi* dallo schema standardizzato[77].

74 Così Cass. Civ., Sezione III, sent. 21 aprile 2021, n. 10579.

75 In questi esatti termini Cass. Civ., sezione III, Sent. 21 aprile 2021, n. 10579.

76 Salvo non sia una tabella, come quella introdotta dal Codice delle assicurazioni private (D. Lgs. n. 209 del 2005, art. 138), di ordine legislativa.

77 "Non si tratta del "distinguishing" proprio al modello di "common law", il quale presuppone la comparazione ad un precedente caso concreto, ma dell'impossibilità di sussunzione nella schematizzazione astratta. Al

È opportuno evidenziare che il discorso in parola sul "valore" delle tabelle di origine giurisprudenziale non si ritiene applicabile alla "tabella unica" introdotta dal Codice delle assicurazioni private (D. Lgs. n. 209 del 2005, art. 138), giacché essa è una "regola iuris" (per l'appunto, di matrice legislativa), la cui cogenza opera negli stessi termini della fattispecie legale. La norma in parola, peraltro, positivizza le condizioni in cui è consentito superare i limiti previsti dalla tabella stessa: al di là dei casi tassativamente indicati, il giudice non può derogare alla quantificazione prevista, ma "qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali documentati e obiettivamente accertati, l'ammontare del risarcimento del danno, calcolato secondo quanto previsto dalla tabella unica nazionale di cui al comma 2, può essere aumentato dal giudice, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, fino al 30 per cento" (art. 138, comma 3).

La positivizzazione di un sistema tabellare di origine legislativo risponde alla *ratio* di perseguire la funzione di garanzia dell'uniformità delle decisioni e di prevedibilità delle stesse; *ab inverso*, non può dirsi, nei campi delle pronunce affidate alla mera valutazione equitativa *tout court*, le quali, affinché siano rispettate pari garanzie, si affidano - di regola - ad un sistema tabellare di origine giurisprudenziale basato sullo strumento del punto variabile.

Sotto questo aspetto, giova ricordare il recente dibattito sorto in relazione all'asserita indefettibilità del criterio del punto variabile[78], giacché - a parer di una autorevole ricostruzione[79] - soltanto esso garantisce i principi in parola. Invero, osserva la Corte in detta occasione, la più celebre delle tabelle (*i.e.* quella meneghina), con riferimento al danno da perdita parentale, non segue la tecnica del punto, ma si limita ad individuare un tetto minimo e massimo, fra i quali ricorre una significativa differenza (ad esempio, nell'edizione 2021 delle tabelle, è prevista un'oscillazione fra euro 168.250,00 e euro 336.500,00 a favore del coniuge)[80].

giudice è consentito, sia pur eccezionalmente, di superare i limiti della tabella perché la schematizzazione in punti variabili risponde meramente al parametro dell'"id quod plerumque accidit", regola che per sua definizione nasconde l'avverarsi di episodi fattuali che fuoriescano da "ciò che accade più spesso". Quando il caso concreto impone la presa di distanza rispetto alla standardizzazione tabellare dei precedenti della giurisprudenza, e si torni in modo diretto alla clausola generale, determinante diventa la motivazione, la quale non è qui solo forma dell'atto giurisdizionale imposta dalla Costituzione e dal codice processuale, ma disvela la sostanza della decisione, perché la valutazione equitativa del danno, nella sua componente valutativa, si identifica con gli argomenti che il giudice espone. Una liquidazione del danno, oltre i valori massimi o minimi, priva di specifica motivazione, è pertanto violazione non solo della legge processuale, ma anche dell'art. 1226, perché ciò che difetta è non solo la motivazione, ma anche la valutazione". In questi esatti termini Cass. Civ., sezione III, Sent. 21 aprile 2021, n. 10579.

78 Per una spiegazione "operativa" sul tema v. Caminiti, R.: *Le tabelle del tribunale di Milano per la liquidazione del danno non patrimoniale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2020, p. 13 ss.

79 Ci si riferisce alla Cass. Civ., sezione III, Sent. 21 aprile 2021, n. 10579, la quale, nonostante i risultati "divisivi" nella prassi, ha avuto particolare rilevanza, specialmente per l'autorevolezza dei componenti del Consesso.

80 Si avrà modo, di qui a breve, di esporre le principali obiezioni che solleva siffatta ricostruzione giurisprudenziale; giova, tuttavia, rammentare che - il ventinove giugno duemilaventidue (29/06/2022) - sono state adottate le nuove tabelle milanesi conformi alle doglianze della giurisprudenza.

Tale ampio differenziale non garantisce la funzione perseguita dalla tabella, ovvero, come già ampiamente illustrato, quella dell'uniformità e prevedibilità delle decisioni a garanzia del principio di eguaglianza, bensì costituisce una mera perimetrazione della clausola generale di valutazione equitativa del danno (benché con un ridotto margine di generalità) e non una forma di concretizzazione tipizzata.

Al più, affinché ciò sia rispettato, a parer della Corte, sarebbe necessario un sistema a punti che preveda l'applicazione di specifici correttivi in ragione della particolarità del caso concreto. *In nuce*, i requisiti individuati dalla Corte sono così sintetizzabili: 1) adozione del criterio "a punto variabile"; 2) estrazione del valore medio del punto dai precedenti; 3) modularità; 4) elencazione delle circostanze di fatto rilevanti (tra le quali, da indicare come indefettibili, l'età della vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza) e dei relativi punteggi.

Tuttavia, laddove si addivenga ad un risultato (*rectius*, una quantificazione) non conforme al criterio suesposto, "l'onere di motivazione del giudice di merito, che non abbia fatto applicazione di una siffatta tabella, sorge nel caso in cui si sia pervenuti ad una quantificazione del risarcimento che, alla luce delle circostanze del caso concreto, risulti inferiore a quella cui si sarebbe pervenuti utilizzando la tabella in discorso, o comunque risulti sproporzionata rispetto alla quantificazione cui l'adozione dei parametri tratti da tale tabella avrebbe consentito di pervenire. Il criterio per la valutazione delle decisioni adottate sulla base del precedente orientamento è dunque quello dell'assenza o presenza di sproporzione rispetto al danno che si sarebbe determinato seguendo una tabella basata sul sistema a punti. Ove una tale sproporzione ricorra, il criterio di giudizio riposa nell'esame della motivazione della decisione"[81]. Orbene, ciò che desta maggiori riflessioni segnatamente a tale approdo, è un duplice ordini di questioni.

Innanzitutto, in relazione al tanto agognato sistema "a punti" relativo alla risarcibilità del danno da illecito endofamiliare, vi è da osservare che fin d'ora, la giurisprudenza ha basato le proprie decisioni sulle medesime "circostanze di fatto rilevanti". Invero, pur in assenza di un sistema tabellare basato sul meccanismo del punto variabile, come fervidamente auspicato dalla Suprema Corte, la medesima esigenza di uniformità è (stata) garantita dall'applicazione degli stessi criteri fattuali invocati, seppur in un *rang*e molto ampio (*i.e.* tra i quali criteri, nel caso di perdita del rapporto parentale: l'età della vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza).

In secondo luogo, non si comprende a fondo quale sia il ragionamento - in ultimo - invocato dalla Cassazione; si ritiene, infatti, che esso sia viziato da un'aporia argomentativa piuttosto evidente. *In nuce*, la Corte sembrerebbe aver sostenuto

81 Così Cass. Civ., sezione III, sentenza 21 aprile 2021, n. 10579.

che una liquidazione che non segua il sistema a punti necessiti di una sorta di onere motivazionale rafforzato; nondimeno, anche in caso di adozione di un sistema diverso, sarà necessaria la valutazione circa la "sproporzione" tra il *quantum* liquidato "in concreto" rispetto a quello cui si sarebbe giunti con l'applicazione del criterio del punto variabile.

Ci si chiede, nello specifico, cosa debba intendersi per "sproporzione". È di palmare evidenza che tale lemma faccia riferimento ad un giudizio di comparazione, il quale - per sua intrinseca definizione - postula un confronto tra tre parametri: il *comparatum*, ciò che viene comparato; il *comparandum*, ciò che si intende comparare; il *tertium comparationis*, ciò che funge da termine di paragone tra i due valori che precedono. Orbene, la sentenza in parola, nel richiedere che vi sia una proporzione, mal si concilia con l'assenza - fin d'ora - di un oggettivo metro di valutazione (i.e. un sistema tabellare "proporzionato") tra i due elementi in raffronto.

Le obiezioni analizzate all'indomani del dibattito giurisprudenziale vengono superate *per tabulas* dall'introduzione di una nuova tabella "a punti" conforme alle indicazioni pretorie[82].

Tuttavia, residua la questione - ben più complessa e meno arata - dell'effettiva quantificazione del danno - non già da perdita del rapporto familiare - ma da disinteresse parentale. È evidente, nonostante non sia stata predisposta una specifica tabella a ciò deputata, che la quantificazione debba seguire i principi di liquidazione equitativa già descritti (*ex* art. 1226 cod. civ.), la cui violazione sarebbe parimenti lesiva di un principio di effettività della tutela, uniformità e adeguatezza di giudizio.

La liquidazione equitativa del danno, infatti, anche nella sua forma cd. "pura", consiste pur sempre in un giudizio di "prudente contemperamento dei vari fattori di probabile incidenza sul danno, e cioè in un giudizio di mediazione tra le probabilità positive e le probabilità negative della produzione effettiva del danno nel caso concreto": il ruolo del giudice, pur essendo rilevante - tanto più nel contesto familiare - non può tradursi in un "merum arbitri", poiché egli è chiamato - pur sempre - a compiere un ragionevole apprezzamento circa le circostanze che nel caso concreto abbiano potuto avere incidenza (positiva o negativa) sull'ammontare del pregiudizio. Tale ruolo è "colorato" dall'obbligo di specifica motivazione, la quale deve esprimere il peso specifico attribuito a ciascuna circostanza di fatto, in modo da "rendere evidente il percorso logico seguito nella propria determinazione e

82 Tabelle delle 29 giugno 2022 dell'Osservatorio sulla Giustizia civile di Milano.

consentire il sindacato del rispetto dei principi del danno effettivo e dell'integralità del risarcimento"[83].

Di talché, qui ben si può condividere la conclusione a cui è giunta la migliore giurisprudenza, secondo cui, allo stato dell'arte, la liquidazione del danno da disinteresse parentale non può che ispirarsi - *mutatis mutandis* - ad alcuni dei principi che in questa sede si è cercato di sintetizzare. Invero, "il parametro equitativo del danno da perdita parentale non può essere assunto in modo integrale, attesa la diversità della lesione, ma in via analogica ed in via meramente equitativa nella soglia minima prevista, tenendo conto del fatto che il dovere genitoriale non si esaurisce nell'obbligo alimentare ma si estende a quello di far fronte ad una molteplicità di esigenze dei figli". Ne discende che, in assenza di parametri tabellari di liquidazione, attesa l'importanza di riconoscere la risarcibilità del danno in parola, delle due l'una: o quest'ultima viene affidata ad una quantificazione meramente arbitraria, violando quanto enunciato dall'intera giurisprudenza in tema di uniformità, prevedibilità e certezza del danno; oppure, si riprendono, con sforzo analogico, alcuni dei criteri all'uopo delineati in via pretoria. *Tertium non datur.*

La differenza tra i due danni in analisi, del resto, non può che afferire alla componete di liquidazione basata sulle circostanze fattuali, le quali, talvolta, partono da assunti piuttosto simili. Del resto, ben premesse le opportune considerazioni (di cui sopra) sull'autonomia dei due danni, si tratta pur sempre di una lesione di un diritto dovuta ad una privazione - una volta per la perdita, l'altra per un disinteresse - di una figura familiare. Sicché, la pretesa risarcitoria si volge, al pari, sulle asserite conseguenze dannose, siano esse patrimoniali o meno, derivanti - ad esempio - dal pregiudizio morale, esistenziale, economico e sociale di non poter contare su un familiare; dalla perdita del sostegno economico che il minore avrebbe avuto se il genito fosse presente; dalla perdita delle opportunità che il figlio avrebbe se fosse stato educato e cresciuto dal genitore (o da chi dovrebbe comportarsi come tale); dalla sofferenza morale ed esistenziale derivante dal non sentirsi/non sentirsi più "figlio"/"parente"; dalla perdita di opportunità che deriva dalla mancanza dei mezzi economici necessari per raggiungere un livello di istruzione adeguato alle capacità del figlio ecc.

Tali conseguenze, poi, vengono quantificate ricorrendo al metodo a "punti"; sebbene, anche in questo caso, non si vogliano trascurare le differenze che contraddistinguono i due danni, si può giungere a scovare dei principi "generali" attraverso un confronto analogico.

Così, considerando che il danno da perdita del rapporto familiare debba essere risarcito in relazione "all'età della vittima primaria" e quella della "vittima secondaria"

83 Cass. Civ., Sez. VI - III, Ord. 02 luglio 2021, n. 18795.

(i.e. i punti "A" e "B" della nuova tabella meneghina), ben può immaginarsi che tale parametro possa essere applicato - si ripete, *mutantis mutandis* - per il danno da disinteresse, ove compreso nella sua essenza di "principio". Di talché, non sembra ardita la prospettazione di una liquidazione in misura proporzionale, non solo al periodo di assenza del genitore, ma anche alla maggior incidenza dell'assenza della figura genitoriale durante il periodo cruciale degli anni di sviluppo e crescita (0-18 anni) e poi in misura decrescente per il periodo successivo, quando ormai la situazione abbandonica può ritenersi, almeno parzialmente, stabilizzata ed ormai, presumibilmente, quasi metabolizzata o in fase di progressiva compensazione[84].

Ancora, il punto "C" individua come parametro la situazione di "convivenza", la quale è - fuor di dubbio - un indice che porta alla valutazione dell'intensità del rapporto familiare; sicché, nel contesto del disinteresse parentale, esso potrebbe essere inteso come indicatore che gradua l'intensità del distacco del genitore, a seconda se questi abbia reciso completamente o parzialmente il rapporto con il proprio generato.

Ciò vale - *a fortiori* - ove si consideri il punto "D", *id est* la "sopravvivenza di altro/i congiunti del nucleo familiare primario del "de cuius": in tal caso, non si necessita di alcuno sforzo ermeneutico di "generalizzazione", in quanto, è evidente che la *ratio* sia sovrapponibile ai due casi: le conseguenze dannose devono essere proporzionalmente maggiori se la "privazione" del rapporto parentale (sia per morte che per disinteresse) si innesta in un contesto familiare determinato dall'assenza di altri legami affettivi.

In ultimo, il punto "E" individua come criterio la "qualità ed l'intensità della relazione affettiva che caratterizzava lo specifico rapporto parentale perduto". Tale parametro, come precisato dalla stessa tabella, deve essere considerato «in relazione sia alle circostanze obiettive di cui ai parametri precedenti e delle conseguenziali valutazioni presuntive, sia di ulteriori circostanze allegate e provate (anche con presunzioni) relative, ad esempio, ma non solo, alle seguenti circostanze di fatto»:

"1) frequentazioni/contatti (in presenza o telefonici o in internet); 2) condivisione delle festività/ricorrenze; 3) condivisione di vacanze; 4) condivisione attività lavorativa/hobby/sport; 5) attività di assistenza sanitaria/domestica n)… ecc."

Tali circostanze, prosegue la tabella, devono essere valutate in base alla frequenza temporale in cui esse si manifestano (*i.e.* sulla base di quattro differenti frequenze, a partire da "assente" fino a giornaliero/sempre").

84 Come condiviso dalla pronuncia Cass. Civ., Sez. III, Ord., 12 maggio 2022, n. 15148.

Anche in tal caso, riprendendo i parametri tabellari, si sostiene la possibilità di applicazione dei criteri in parola, benché nella loro veste "virtuale" e "negativa". Del resto, la differenza assiologica - e pur sempre sostanziale - delle due pretese risarcitorie si invera in una osservazione empirica: nel danno da perdita del rapporto parentale ci si duole della condotta del danneggiante, la quale comporta la sottrazione di un rapporto parentale (al danneggiato); di qui nascono una serie di conseguenze che - nella sostanza - spogliano la sfera giuridica e sentimentale dell'istante di un affetto che vi era già presente (al di là della possibilità di una materiale apprensione data dalla consistenza immateriale dell'interesse tutelato).

Nel secondo danno, *ab inverso,* la doglianza si muove da una diversa considerazione, ovvero, che il danneggiante - con la sua condotta - non priva (non per forza), ma si discosta - parzialmente o totalmente - dalle attenzioni che si attendono "virtualmente" e normalmente dalla figura genitoriale. Qui la differenza "miliare" sul piano meramente fattuale: nel danno da perdita del rapporto parentale, ci si duole di ciò che si è perduto e lo si valuta sulla base di alcuni indici in "positivo" che "quantificano" l'importanza, l'insostituibilità ecc. del rapporto parentale perduto (ad es. la frequenza delle telefonate; delle vacanze insieme ecc.); nel danno da deprivazione parentale, ci si duole - non già della perdita *tout court* - ma dello iato tra la condotta illecita e quella che sarebbe dovuta esserci: la valutazione di tale divergenza può - senz'altro - essere affidata ai medesimi indici (frequenza delle telefonate; vacanze ecc.), la cui presenza quantificherà e graduerà - in modo inversamente proporzionale rispetto al primo danno - la pretesa risarcitoria. *In nuce,* laddove ci siano tali circostanze (ad esempio, le telefonate al figlio; vacanza/e condivisa/e ecc.) tanto meno vi è uno scostamento con la condotta da "attendersi"; *ergo*, tanto minore sarà il danno.

All'esito della disamina appena proposta si può concludere con alcune considerazioni, beninteso, prive di qualsivoglia pretesa di esaustività. È di palmare evidenza che il rischio "endemico" della quantificazione di qualsiasi danno endofamiliare - o ancor prima non patrimoniale - soggiace all'obiezione della particolare difficoltà nella quantificazione. Tuttavia, a parer dello scrivente, ciò non può risolversi né in una sfiducia generalizzata verso il sistema equitativo, né evocare arditi giudizi di quantificazione scevri dai principi che si è cercato di tracciare poc'anzi. È altresì evidente che, tali problematiche di ordine pratico siano pressocché connaturate agli sviluppi innovativi del dato socio-giuridico, il quale, non può che farsi promotore - e conseguentemente attore - dell'esperienza metodologica ed empirica sviluppatasi in relazione a questioni pregresse, quali, nel caso di specie, segnatamente agli approdi elaborati per il danno da perdita del rapporto parentale.

Ciò reclama un'analisi sistematica onde riflettere, trascendendo il discorso di specie, sulle questioni più rilevanti che il danno da disinteresse familiare sollecita. Sul punto, per vero, si è dato atto, in adesione alla miglior dottrina, della progressiva "colorazione" della tutela aquiliana, la quale, all'esito delle evoluzioni esogene di cui si è discorso, raggiunge gradatamente nuovi addentellati all'azione risarcitoria. Ciò, tuttavia, non può (e non deve) risolversi, nell'asistematico ed indiscriminato allargamento della sfera di tutela dei diritti, anche laddove ciò sia scapito di valori parimenti importanti nella scala assiologica delle fonti: *in nuc*e, l'auspicio di una più compiuta ed effettiva tutela extracontrattuale in nome dei principi costituzionali e soprannazionali, non consente l'apodittico asservimento di quelle norme - quali quelle in tema di danno conseguenza o di liquidazione del danno - che sottendono interessi di pari rilievo per la tenuta complessiva dell'ordinamento civilistico.

BIBLIOGRAFIA

Algarra Prats, E.: "Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil", in AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (a cura di J.A. Moreno Martínez), Madrid, 2012.

Ambrosini, L.: "La responsabilità del genitore "inadempiente": accordi fra genitori e poteri del giudice anche alla luce della l. n. 219/2012", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2013, fasc. II, pp. 1133-1170.

Amram, D.: "Cumulo dei provvedimenti ex artt. 709-ter e 614-bis c.p.c. e adempimento dei doveri genitoriali", *Danno e responsabilità*, 2012 , Vol. 17, Fasc. 7, pp. 783- 787.

Barbierato, D.: "Osservazioni su risarcimento del danno e illeciti endofamiliari", *Responsabilità civile e previdenza,* 2020, fasc. n. 6, pp. 2080-2088.

Bizzarro, A.: "Famiglia e Responsabilità", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.. 3, agosto 2015, pp. 145-172.

Busnelli, F. D.: "Le sezioni unite e il danno non patrimoniale", *Rivista di diritto civile*, Cedam, 2009, II.

Caminiti, R.: *Le tabelle del tribunale di Milano per la liquidazione del danno non patrimoniale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2020.

Cordiano, A.: "Danno non patrimoniale e violazione dei doveri genitoriali", *Familia*, 2006; vol. VI, pp. 592-607.

Danovi, F.: "Gli illeciti endofamiliari: verso un cambiamento della disciplina processuale?", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, fasc. I.

De Verda y Beamonte, J.R. e Chaparro Matamoros, P.: "Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales", in AA.VV.: *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (a cura di J.R. De Verda y Beamonte), Cizur Menor, 2012.

De Verda y Beamonte, J.R. e Chaparro Matamoros, P.: "La responsabilità civile nell'ambito delle relazioni familiari in Spagna", *Diritto, famiglia e persone*, 2014.

Facci, G. *a alt..*: *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Ipsoa, Milano, 2004.

Ferrando, G.: "Violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile", in AA. VV.: *Trattato della responsabilità contrattuale* (a cura di G. Visentini), Giuffré, Milano, 2009, *vol. I*.

García Cantero, G.: "Comentario al art. 67 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (a cura di M. Albaladejo), t. II, Madrid, 1982.

Giacobbe, E.: "*Le persone e la famiglia*", *Vol. 3\I*, en AA.VV.: Il matrimonio. L'atto e il rapporto, Utet Giuridica, Torino, 2011.

Giovagnoli, R.: *Manuale di diritto Civile*, Itaedizioni, Torino, 2019.

Grossi, P.: "Oltre le mitologie giuridiche della modernità", en AA.VV.: *Mitologie giuridiche della modernità (*Id.), Giuffrè, Milano, 2007.

Jemolo, C. A.: *La famiglia e il diritto*, *Ann. Sen. Giur.* Università di Catania, 1948.

Lacruz Berdejo, J. L.: "Efectos del matrimonio", in ID e alt.:: *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, I, 3ª ed., Barcelona, 1989.

Missiaggia, M. L.: "Il danno da privazione del ruolo genitoriale", in AA.VV.: *Famiglia e responsabilità civile* (a cura di P. Cendon), Giuffrè, Milano, 2014, XXXII, 10, pp 587 ss.

Mormile, L.: *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Giappichelli, Torino, 2013.

Morozzo Della Rocca, P.: "Violazione dei doveri coniugali. Immunità o responsabilità", *Rivista critica del diritto privato*, 1988.

Nazzaro, A. C.: "Danno endofamiliare e danni nei rapporti tra "familiari"", *Giustizia Civile*, Giuffré, 2016, n. 4, pp. 827-848.

Nicolussi, A.: "Obblighi familiari di protezione e responsabilità", *Europa e Diritto Privato*, Giuffré, 2008, vol. IV, pp. 929 ss.

Oberto, G.: "La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari", *Quaderni familia*, Giuffrè, Milano, 2006, disponibile al seguente url: https://www.giacomooberto.com/OBERTO_responsabilit%C3%A0_contrattuale_e_famiglia.pdf.

Paladini, M.: "Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?", in *Responsabilità civile e previdenza,* 2007, vol. 10, pp. 2005 ss.

Paolucci, F., Ciliberti, E.: "L'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne al vaglio della recente giurisprudenza di legittimità", CamminoDiritto, gen/2021.

Paradiso, M.: "Famiglia e responsabilità civile endofamiliare", *Famiglia, persone e successioni*, 2011, vol. VII, fasc. I, pp. 14 ss.

Perlingieri, P.: "L'onnipresente art. 2059 c.c. e la tipicità del danno alla persona", *Rassegna di diritto civile,* Edizioni scientifiche Italiane, 2009, vol. 2, pp. 520-529.

Id: "Le funzioni della responsabilità civile", in *Rassegna di diritto civile,* Edizioni scientifiche Italiane, 2011, vo. I, pp. 115- 123.

Pirro, C.: "Art. 709 ter c.p.c.: note sull'esercizio della potestà genitoriale", *Giurisprudenza italiana*, 2013, fasc. IV, pp. 843 ss.

Pugliatti, S.: "Fiducia e rappresentanza indiretta", Id., *Diritto civile. Metodo, teoria e pratica. Saggi*, Milano, 1951, pp. 201 ss.

Rescigno, P.: "Immunità e privilegio", ora in *Persona e comunità*, il mulino, Bologna, 1966, 379-425, ivi 420. il saggio comparve in *Riv. dir. civ.*, 1961, i, 415 ss., e successivamente in Studi in onore di A.C. Jemolo, II, Milano, Giuffrè, 1963, 681 ss., *Rivista di diritto civile*, Cedam, 1961, vol. 7, n. I.

Rimini, C.: "Il danno conseguente alla violazione dei doveri matrimoniali", *Famiglia, persone e successioni*, 2010, vol.VI, fasc. IIX/IX, pp. 620 ss.

Scalisi, V.: "Danno alla persona e ingiustizia", *Rivista di diritto civile*, 2007, vol. 53, fasc. 2, pp. 147-163.

Scognamiglio, C.: "Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite", *Responsabilità civile e previdenza,* 2009, vol. LXXIV, fasc. II, pp. 261 ss.

Id: "Il danno da micropermanenti: la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la funzione della responsabilità civile ed una condivisibile concretizzazione del principio di irrisarcibilità del danno non eccedente il livello della tollerabilità (Commento a Corte Cost., 16 ottobre 2014, n. 235)", *Responsabilità civile e previdenza,* 2014, Vol. LIXXX, fasc. VI, pp. 1834 ss.

Id: "L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza in materia di responsabilità civile: il danno non patrimoniale", *Responsabilità civile e previdenza,* 2015, vol. LXXX, fasc. VI, pp. 1794 ss.

ID: "I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile. Cassazione civile, sez. I, ord. interloc., 16 maggio 2016, n. 9978", *Corriere Giuridico,* 2016, vol. XXXIII, fasc. VII, pp. 912 ss.

ID: "Principi di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi", *Responsabilità civile e previdenza,* 2016, vol. LXXXI, fasc. IV, pp. 1120 ss.

ID: "Le sezioni Unite della Corte di Cassazione e la concezione polifunzionale della responsabilità civile", *Giustizia civile.com (Online),* 2017, vol. 4, fasc. 8, pp. 1 ss.

ID: "La giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di risarcimento del danno non patrimoniale tra continuità ed innovazione (Commento a Cass. civ., 28 settembre 2018, n. 23469 (Ord.) e Cass. civ., 12 giugno 2018, n. 15213 Ord.), *Responsabilità civile e previdenza,* 2019, vol. LXXXIV, fasc. 2, pp. 507 ss.

SENATORE, E.: "L'evoluzione del diritto di famiglia. La responsabilità endofamiliare ed il riconoscimento del danno non patrimoniale tra le conseguenze dei rapporti familiari", *CamminoDiritto*, 2015 disponibile presso il seguente url: https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=930.

STANZIONE, P.: "Rapporti personali nella famiglia: l'esperienza europea", *Familia*, 2001, fasc. IV, pp. 1097 ss.

VETTORI, G.: "Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo", F*amiglia, Persone e successioni*, 2007, vol. 3, fasc. 3, pp. 197 ss.

ID : "La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente", *Persona e Mercato (a cura di Vettori. V.)*, 2008; disponibile al link: http://www.personaemercato.it/la-responsabilita-civile-fra-funzione-compensativa-e-deterrente-di-giuseppe-vettori/.

SOGGETTIVITÀ DELLE PERSONE MINORI DI ETÀ E ALLONTANAMENTO FORZATO DEI FIGLI

SUBJECTIVITY OF MINOR PERSONS AND FORCED REMOVAL OF CHILDREN

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 948-979

Veronica RITA MIARELLI

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La tutela dei diritti della personalità con un'analisi specifica circa il diritto all'ascolto del minore è l'oggetto della presente analisi.

La soggettività del minorenne nel percorso verso la maggiore età in relazione al principio "the best interest of the child" rappresenta il primo tema indagato; "The best interest of the child" è il principio informatore della normativa a tutela del fanciullo e fondamentale criterio interpretativo nell'ordinamento minorile: si è proceduto ad esaminare l'applicazione pratica di tale principio e la natura del provvedimento di allontanamento forzato dei figli da uno o entrambi i genitori. Il lavoro tiene conto del diritto interno, sovrannazionale e dei valori costituzionali.

Gli esiti della ricerca sono stati poi utilizzati per saggiare la coerenza della riforma del diritto di famiglia di cui alla Legge del 26 novembre 2021, n. 206.

PALABRAS CLAVE: Famiglia; genitorialità; minori; care leavers; abbandono; allontanamento; affido; emancipazione; autodeterminazione; ascolto; tutela.

ABSTRACT: *The protection of personality rights with a specific analysis about the right to listen to the child is the subject of the present analysis.*

The subjectivity of the minor on the path to majority in relation to the principle of "the best interest of the child" is the first topic investigated; "The best interest of the child" is the informing principle of child protection legislation and a fundamental interpretive criterion in the juvenile system: the practical application of this principle and the nature of the measure of forced removal of children from one or both parents were examined. The work takes into account domestic, supranational law and constitutional values.

The outcomes of the research were then used to essay the consistency of the family law reform set forth in Law No. 206 of Nov. 26, 2021.

KEY WORDS: *Family; parenting; minor, care leavers; abandonment, removal, foster care; emancipation; self-determination; listening; guardianship.*

SUMARIO.- I. PREMESSA.- II. FAMIGLIA E AUTODETERMINAZIONE DEL MINORE.- III. ASCOLTO DEL MINORE E POTERI DEL GIUDICE.- 1. LIMITI ALL'ASCOLTO DEL MINORE: IL DIRITTO A NON ESSERE ASCOLTATO.- 2. DARE VOCE AI CARE LEAVERS.- IV. THE BEST INTEREST OF THE CHILD E MISURE DI PROTEZIONE.- V. LEGGE DEL 26 NOVEMBRE 2021, N. 206.- VI. CONCLUSIONI.

I. PREMESSA.

A partire dagli anni Ottanta del XX secolo molti sono stati gli interventi legislativi volti a garantire i diritti dei minori di età, contribuendo a rendere esigibile il loro diritto alla famiglia.

Dai dati presentati dall'Istituto degli Innocenti[1], tra gli esiti dell'indagine campionaria più recente, si evince che tra i minorenni in affido familiare o in accoglienza residenziale le motivazioni dell'allontanamento forzato dalla famiglia di origine sono prevalentemente: l'incapacità educativa dei genitori, problemi di dipendenza di uno o entrambi i genitori, problemi di violenza domestica o trascuratezza materiale o affettiva del minore.

Lo Stato, tramite il provvedimento dell'allontanamento, li tutela dovendo poi però garantire loro un supporto economico, educativo e affettivo; questa tutela cessa, tuttavia, al compimento del diciottesimo anno di età - fatta eccezione per il prosieguo amministrativo - lasciando molti di questi stessi ragazzi c.d. "care leavers" in un limbo che li mette in una condizione svantaggiosa ulteriore rispetto i propri coetanei[2].

Il raggiungimento dell'autonomia di una/un giovane è sì un percorso individuale, che si basa però su strutture collettive: il sostegno familiare, le reti relazionali, la possibilità di studiare e di formarsi, un idoneo accompagnamento per l'inserimento nel mondo del lavoro. La presenza e l'adeguatezza di tali strutture transitorie sono necessarie per formare cittadini nel pieno possesso dei loro diritti di cittadinanza, che siano attori sociali consapevoli ed effettivamente autonomi.

Nel caso dei neomaggiorenni allontanati dalla famiglia di origine durante la loro minore età, sono le istituzioni a dover garantire sostegno e accompagnamento, sopperendo a un'assenza rilevante, ovvero quella del supporto familiare.

1 L'Istituto degli Innocenti di Firenze è una delle più antiche istituzioni pubbliche italiane dedicate all'accoglienza dei bambini, alla loro educazione e tutela. Dal 5 febbraio 1445, l'Istituto opera ininterrottamente per la difesa e la promozione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Oggi è un'Azienda pubblica di Servizi alla Persona (ASP, L.R. 43/2004, art. 32). Sito: https://www.istitutodeglinnocenti.it/it, la data dell'ultimo accesso alla Url citata è del 10 ottobre 2022.

2 Vedi § 3.2. "Dare voce ai Care Leavers".

• Veronica Rita Miarelli
Phd Student in Legal and Social Sciences, Università di Camerino. E-Mail: veronica.miarelli@unicam.it

In Italia non esiste un sistema di rilevazione preciso e affidabile che permetta di stabilire con certezza il numero di questi giovani presenti sul territorio nazionale. Il materiale di ricerca disponibile, relativo alle condizioni dei minori fuori famiglia, permette di fissare intorno alle 2.700-3.200 unità il numero di ragazzi e ragazze che ogni anno escono dal circuito di accoglienza perché maggiorenni.

Una risposta effettiva, alle difficoltà che i care leavers devono affrontare lungo la loro strada verso l'autonomia, può venire soltanto da un'azione congiunta degli attori che sono in prima battuta coinvolti nel loro percorso affinché si possa garantire un intervento di accompagnamento verso la piena autonomia, fornendo così un supporto di cui solitamente si fa carico la famiglia di origine.

II. FAMIGLIA E AUTODETERMINAZIONE DEL MINORE.

Il diritto italiano non offre una nozione generale e unitaria di famiglia, né questa può essere ricavata dal sistema normativo: vi è infatti una pluralità di nozioni di famiglia, diverse secondo il contesto.

Tuttavia, una nozione generale e unitaria, benché dai confini non determinati in modo analitico, si trova nel diritto europeo, precisamente nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di rispetto della vita familiare: proteggere la vita familiare presuppone infatti che vi sia un'entità qualificata famiglia.

La Corte, dunque, considera come famiglia i gruppi di persone legate da quei tipi di vincoli affettivi intimi che abitualmente sono qualificati come familiari[3].

I familiari sono prima di tutto persone; ad oggi, le norme della Costituzione italiana sui diritti fondamentali della persona, quindi anche su molti aspetti delle relazioni familiari, non posso essere interpretate unilateralmente ma necessitano di una integrazione con le norme previste dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e con quelle della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), secondo il contenuto e il significato attribuito a queste ultime dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Pertanto, l'insieme dei principi in materia di diritti fondamentali della persona, in seguito all'entrata in vigore della Carta di Nizza - art. 6 TUE/2012, noto come trattato di Lisbona, deve ormai essere considerato unitario e inscindibile: al comma terzo, stabilisce infatti che "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e

3 Lenti, L.: "Il diritto di famiglia e le sue fonti", in AA.VV.: *Diritto di famiglia e servizi sociali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 112-113.

risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

Tuttavia, appare significativo come il legislatore europeo, nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, dedichi ai "diritti del minore" una norma apposita ma disponendo semplicemente che "i minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere", art. 24, comma 1 e che "il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse", art. 24, comma 3, senza fare alcuna menzione del munus educativo dei genitori né del correlativo diritto del figlio nei loro confronti.

La relazione personale e il contatto diretto con i due genitori sono dunque riconosciuti come oggetto di un diritto del minore; ma quella relazione non è evidentemente percepita come il luogo in cui si incontrano e si realizzano i diritti educativi concorrenti degli uni e dell'altro. I compiti educativi dei genitori né i doveri di rispetto dei figli nei loro confronti sono contemplati. Rimangono solo i "diritti del minore", evidenziandosi con ciò la matrice astratta del documento normativo.

In quest'ottica, non è privo di significato il fatto che all'interno della Carta, la norma sui diritti dei minori è collocata nel titolo sull'uguaglianza: il problema della condizione giuridica del minore è percepito come un semplice problema di non discriminazione e non come un problema di promozione umana e sociale.

Nel preambolo della Carta si afferma invero che "l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà" e si dice pure che essa "pone la persona al centro della sua azione".

La "persona" di cui si parla qui sembra però essere colta a prescindere da quella fitta rete di relazioni in cui concretamente essa "si svolge". La relazione non sembra infatti essere intesa come il luogo del suo "pieno sviluppo". È piuttosto l'oggetto di un suo diritto, un mezzo per soddisfare un suo bisogno. Ma così la "persona" si riduce a semplice tensione verso il soddisfacimento di bisogni, e dunque a pura autodeterminazione. E nell'autodeterminazione sembra risolversi anche la sua "dignità". È un orizzonte assiologico profondamente diverso da quello della Costituzione repubblicana. E completamente diversa, di conseguenza, sembra essere anche la soluzione del problema della condizione giuridica del minore: una soluzione nel segno dei "diritti del minore" e della sua autodeterminazione assoluta.

Questa diversità di impostazione di fondo tra la Costituzione repubblicana e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea non sembra peraltro dover

preoccupare oltremodo l'interprete. Infatti, all'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, si attribuisce alla Carta "lo stesso valore giuridico dei trattati". Nondimeno, a parte il fatto che, secondo la dottrina dei "controlimiti", la Corte costituzionale può sempre essere chiamata a verificare se il diritto dell'Unione contrasti con i princìpi supremi dell'ordinamento costituzionale, e in particolare con i diritti inalienabili della persona, bisogna comunque tener presente che, ai sensi dell'art. 51 della Carta, le sue disposizioni si applicano alle istituzioni dell'Unione Europea, mentre vincolano le istituzioni statali e i loro atti solo in quanto tali istituzioni ed atti operano nell'attuazione del diritto dell'Unione. D'altra parte, com'è chiarito anche dall'art. 51, comma 2, la Carta non può certo essere interpretata come base per il riconoscimento in via indiretta di nuove competenze all'Unione, difatti è noto come le competenze delle istituzioni europee sulla disciplina della situazione sostanziale dei minori appaiono piuttosto circoscritte. È stato opportunamente rilevato, del resto, che, proprio tenendo conto di certi limiti, la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia esibisce un sano atteggiamento di rigoroso self-restraint nell'impiego dei diritti dei minori per dilatare le competenze dell'Unione, comprimendo la sovranità degli Stati membri.

In ogni caso, inoltre, è necessario considerare come l'art. 53 della Carta precisi che "nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione dalle costituzioni degli Stati membri".

In nessun modo dunque l'art. 24 della Carta potrebbe essere addotto per mettere in discussione il munus educativo dei genitori, giacché questo, ai sensi dell'art. 30, comma 1, Cost., costituisce indubbiamente un loro diritto inviolabile[4].

Il rapporto di filiazione può essere dunque definito: come un rapporto sociale basato su uno stato o condizione naturale di affettività. Quest'ultima va intesa quale pulsione dell'animo che si traduce in comportamenti esteriori, socialmente apprezzabili, connotati da un grado – più o meno ampio, a seconda del caso concreto – di attenzione e di cura amorevole tra genitori e figli. Pertanto, il diritto all'assistenza morale, di cui all'art. 315 bis, primo comma c.c., esprime la sintesi di tutti i diritti fondamentali del figlio, costituendo il fil rouge che li lega per la cura della persona del minore[5].

Gli obblighi genitoriali sono conseguenza dell'accertamento della filiazione e della costituzione del relativo stato e prescindono dall'esercizio della responsabilità

4 Bilotti, E.: "Diritti e interesse del minore", in AA.VV.: *Autodeterminazione e minore di età*, (a cura di R. Senigaglia), Pacini Giuridica, Pisa, 2020, pp. 13-38.

5 Scaglione, F.: "Situazioni giuridiche soggettive e capacità", in AA.VV.: *La Filiazione e i Minori* (a cura di A. Sassi e S. Stefanelli), UTET giuridica, Milano, 2018, p. 558.

genitoriale[6]; infatti, il genitore, anche se impedito o dichiarato decaduto, non è certamente esonerato dall'adempimento degli obblighi genitoriali tecnicamente intesi. Tali obblighi, risultano dunque essere gli strumenti attuativi della responsabilità genitoriale, consentendo a quest'ultimi di adottare decisioni rilevanti per la vita del figlio e di instaurare quelle relazioni affettive e di vicinanza, costituenti la fisiologia del rapporto filiale, come riconosciuto dal legislatore Comunitario con fonte immediatamente applicabile[7].

Il paradigma della promozione del minore per il tramite di una relazione educativa dialettica e non autoritaria garantisce i diritti fondamentali del minore. È bene ribadire peraltro che una relazione educativa non è configurabile, almeno in potenza, se non nell'ambito di un rapporto come quello che si dà tra il minore e i suoi genitori e ciò in virtù della gratuità che dovrebbe naturalmente conformarlo. All'interno di una relazione siffatta diviene infatti possibile quella maturazione progressiva del minore come persona libera e con ciò anche quella maturazione progressiva del suo diritto inviolabile a essere protagonista di una storia individuale e collettiva, che costituisce la finalità propria del munus educativo dei genitori. Per questo, la giusta privatezza da riconoscere alla relazione tra i genitori e il figlio non può correttamente intendersi come una pretesa di immunità e di chiusura totale ai valori fondanti della vita comunitaria.

In questa prospettiva il diritto a una relazione educativa con i propri genitori, che sia rispettosa del valore sovra utilitaristico della persona, emerge allora come il più importante diritto del minore. Laddove, infatti, questo diritto non sia rispettato, anche la garanzia del diritto al libero sviluppo della personalità finisce per diventare puramente illusoria[8].

Ciò giustifica l'intervento del legislatore a tutela del figlio anche quando la condotta di uno o di entrambi i genitori, pur non così grave da giustificare la decadenza dalla responsabilità genitoriale, può apparire comunque pregiudizievole

6 Palazzo, A.: "minori", in AA.VV.: *La filiazione,* Giuffrè, Milano, 2013, p. 597.

7 Come riconosciuto dal Reg. CE n. 2201/2003 del 27-11-2003, relativo alla competenza, al riconoscimento, e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, che ha chiarito caratteri e contenuti di tale complessa situazione giuridica. Stefanelli, S.: "Responsabilità genitoriale e affidamento", in AA.VV.: *La Filiazione e i Minori*, cit., pp. 619 ss.

8 È quel che aveva chiarito magistralmente Aldo Moro dinanzi all'Assemblea costituente, affermando che: "una costituzione non può esprimere il suo riconoscimento dell'autonomia umana se non attribuendo il diritto all'uomo in fieri di diventare uomo nella pienezza della sua umanità". Anche il giudice delle leggi, del resto, ha successivamente avuto modo di evidenziare in più circostanze la necessaria implicazione che sussiste tra la grundnorm personalista e un approccio al problema dei diritti del minore che non trascuri il munus educativo dei genitori e il correlativo diritto del figlio. In particolare, in una nota decisione risalente all'inizio degli anni ottanta del secolo scorso, con la prosa ispirata di Leopoldo Elia, la Corte costituzionale ha chiarito che gli artt. 2 e 30, commi 1 e 2, Cost., "riconoscendo come fine preminente lo svolgimento della personalità in tutte le sedi proprie, assumono a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo: da ravvisare in primissima istanza nella famiglia di origine, e, soltanto in caso di incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva", Corte cost., Sent. 10 febbraio 1981, n. 11.

per la prole. Ove ciò accada, si applica l'art. 333 c.c. che attribuisce al prudente apprezzamento del giudice l'individuazione della misura protettiva più adeguata al caso concreto. Il legislatore, al fine di garantire una tutala più efficiente, ha rinunciato a tipizzare le misure protettive, salvo per la misura dell'allontanamento[9]; affinché al minore, sia riconosciuta la titolarità di diritti inviolabili, anzitutto del diritto alla realizzazione di sé come persona libera.

Anche se a livello nazionale, la Costituzione non riserva una considerazione specifica ai diritti del minore né contiene l'enunciazione espressa di un divieto di discriminazione per ragioni di età, che potrebbe al più ricavarsi implicitamente dal riferimento alle "condizioni personali" nell'art. 3, comma 1, Cost., è pur vero però che la titolarità delle diverse situazioni soggettive di vantaggio, è riconosciuta alla persona in quanto tale, e dunque al minore non diversamente che all'adulto. Tuttavia, con una interpretazione restrittiva dell'art. 2 c.c., comma 1 "con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa" si allude alla proposta ermeneutica secondo cui, almeno di regola, l'autodeterminazione del minore sarebbe priva di qualsiasi rilievo, con la conseguenza che la sua condizione giuridica dovrebbe ritenersi interamente assorbita nella soggezione ai poteri e doveri di rappresentanza e di cura riconosciuti ai genitori nel suo interesse.

In effetti, in una simile prospettiva, il minore non è affatto compreso come protagonista attuale della sua vicenda esistenziale. In ragione della sua presunta e permanente immaturità psicologica, è considerato piuttosto come una persona oggetto di tutela in vista di un protagonismo futuro ma, nell'attesa del futuro, i suoi diritti degradano a meri interessi affidati alla cura discrezionale dei genitori. Tanto più che rispetto ai diritti e alle libertà fondamentali la dissociazione tra titolarità ed esercizio che si realizza nella rappresentanza legale dei genitori appare per lo più inopportuna laddove non è senz'altro esclusa dal legislatore, sicché l'asserita incapacità d'agire del minore si converte fatalmente in un'incapacità giuridica speciale.

In alternativa potrebbe allora sembrare degna di considerazione l'idea secondo cui l'ambito di operatività di una regola come quella enunciata dall'art. 2 c.c., comma 1 andrebbe circoscritta ai soli atti a contenuto patrimoniale, mentre con riferimento all'esercizio dei diritti e delle libertà della persona la capacità d'agire andrebbe senz'altro riconosciuta al minore sempre che risulti che abbia acquisito una sufficiente capacità di giudizio. Si afferma così che: i limiti alla capacità d'agire non avrebbero altra giustificazione se non quella di consentire l'esercizio di un controllo sociale sui minori volti alla normalizzazione dei comportamenti e delle scelte del futuro adulto. L'idea di fondo è che i minori costituirebbero un gruppo

9 Gorgoni, A.: *Famiglie e minore età: dall'atto al rapporto,* Giappichelli, Torino, 2021, p. 395.

sociale oppresso e discriminato; e ciò in virtù di una relazione di potere facente capo agli adulti, dalla quale dovrebbero appunto essere liberati attraverso il riconoscimento di un'ampia autonomia decisionale nell'esercizio dei propri diritti[10].

Riconoscere un'autonomia significa considerare il desiderio del ragazzo di essere protagonista attivo della propria vita e di agire in armonia con il proprio sé integrato, laddove questo non si traduce in una condizione di indipendenza dagli altri, quanto nel costruire un sentimento di libertà psicologica complessiva e di libera volontà interiore.

Il processo che consente la realizzazione di questa dimensione di libertà passa per una serie di attività concrete, che sono allo stesso tempo generate e generatrici della coscienza personale che, pur richiedendo uno sforzo fisico, emotivo e cognitivo, permettono al ragazzo di nutrire il proprio spirito vitale, di conoscere sé stesso, di immaginare un personale progetto di vita e di prendersi cura della propria persona nella sua globalità. A questa dimensione di autonomia, è opportuno evidenziare come spesso il minore finisce per essere considerato una risorsa da sfruttare.

L'idea dell'autodeterminazione piena del minore muove da una concezione astratta e materialista della persona, riguardata come semplice soggetto di bisogni materiali. Il rischio è allora che, spesso, nonostante le migliori intenzioni, anche questa proposta finisca in realtà per essere strumentale alle esigenze del mercato. Più precisamente, nella misura in cui la logica mercantile diviene sempre più pervasiva, di qui, l'esigenza di valorizzare l'autodeterminazione del minore in ordine alla sua sfera personale. Ma il minore rischia così di rimanere in balìa di condizionamenti esterni altrettanto – e, forse, ancor più – insidiosi di quelli che possono determinarsi nel rapporto con i genitori, mentre questi ultimi vengono progressivamente indotti al disimpegno e alla deresponsabilizzazione. L'idea che l'autodeterminazione del minore debba prevalere finanche nei confronti dei genitori sembra in realtà altrettanto incompatibile col disegno costituzionale del tradizionale approccio paternalista.

In effetti, nello statuire che l'educazione dei figli "è dovere e diritto dei genitori", l'art. 30 Cost., comma 1, configura inequivocabilmente in capo ad essi un autentico munus privato. Questa norma riconosce cioè ai genitori un potere che, a differenza di quel che avviene nel caso del diritto soggettivo, è strumentale non alla realizzazione di un loro interesse, ma all'adempimento del dovere imposto agli stessi genitori di farsi carico della formazione morale, spirituale e sociale dei figli: un dovere che, nel rispetto della norma personalista, e dunque del valore sovra utilitaristico della persona, dev'essere adempiuto dai genitori avendo di

10 Bilotti, E.: "Diritti e interesse del minore", cit. pp. 13-38.

mira non un qualche modello astratto di moralità, quale che sia, bensì il "pieno sviluppo" della persona concreta del figlio, e dunque la progressiva maturazione del suo diritto inviolabile alla realizzazione di sé. Ma se l'educazione dei figli, pur nel senso appena indicato, rimane comunque un munus dei genitori, allora questi ultimi devono senz'altro poter limitare quelle manifestazioni di autonomia del figlio che appaiano idonee a compromettere un progetto educativo autenticamente ispirato a finalità di promozione della sua persona. Nel sistema non sembra perciò che vi sia spazio per una comprensione della condizione giuridica del minore non solo secondo il tradizionale paradigma paternalista della protezione di un soggetto reputato per legge psichicamente immaturo, ma neppure secondo la logica libertaria dell'autodeterminazione assoluta del soggetto concretamente capace di discernimento.

Del resto, la capacità di discernimento non può essere ritenuta un concetto astratto, corrispondendo alla gradualità di sviluppo della persona, che è variabile in relazione alle situazioni ed ai soggetti che, nello specifico, devono essere considerati. Sembra piuttosto preferibile un'impostazione secondo cui l'autodeterminazione del minore, pur non essendo affatto priva di rilievo, trova comunque un limite nel munus educativo dei genitori, il quale però, nel rispetto della norma personalista, deve a sua volta presentare una struttura dialettica e non autoritaria. Dunque, non dovrebbe essere configurabile né una volontà del minore capace di porre nel nulla il munus dei genitori né una volontà dei genitori destinata a imporsi al figlio fino al punto di comprometterne libertà e diritti fondamentali. Di conseguenza, nel campo degli atti a contenuto personale del minore capace di discernimento la regola dovrebbe essere quella del concerto delle volontà, anche tacito.

La storia del diritto, d'altro canto, insegna che l'attenzione alla diversa maturità del minore nel corso del suo sviluppo psico-fisico non è nuova: già il diritto romano conosceva la distinzione, nell'ambito della categoria degli impuberi, tra bambini totalmente privi di intelletto e quindi incapaci di formulare un discorso ragionevole, e impuberi infantia maiores, ai quali invece si riconosceva un minimo di giudizio e di maturità intellettuale, che li rendeva capaci di formulare un discorso sensato[11].

La capacità di discernimento può dunque essere definita, quale attitudine del soggetto alla formulazione di un giudizio valutativo in ordine alle proprie situazioni esistenziali. Il minore, pertanto, può essere in grado di esprimere opinioni, in sede di ascolto, oppure di effettuare delle scelte, tramite, ad esempio, atti di assenso o di consenso, che incidono, in varia misura, sullo svolgimento del processo formativo della sua personalità, e il suo grado di maturità psichica sarà accertabile dal giudice attraverso un'indagine rimessa alla sua discrezionalità come naturale

11 Scaglione, F.: "Situazioni giuridiche soggettive e capacità", cit. p. 566.

conseguenza del diverso atteggiarsi, nei singoli casi concreti, della personalità in fieri del minore[12]; poiché, dunque, la capacità di discernimento è espressione della graduale evoluzione della persona, essa non può che essere suscettibile di diverse gradazioni a seconda dell'età, e, soprattutto, del personale percorso affettivo e intellettivo, nonché della situazione esistenziale che forma oggetto del giudizio valutativo[13].

III. ASCOLTO DEL MINORE E POTERI DEL GIUDICE.

Segno dell'evoluzione normativa volta a realizzare pienamente la tutela del minore come persona, è certamente la costante attenzione alla parola di quest'ultimo, tradotta nella previsione dell'ascolto del minore come criterio di ordine generale dagli artt. 315 bis e 336 bis c.c., volti ad assicurare la tutela della sua personalità e sensibilità in occasione di un'attività tanto importante quanto delicata e bisognosa di particolari tutele[14].

Dal punto di vista dell'inquadramento generale, l'ascolto trova ancoraggio, sul piano costituzionale, in diversi referenti che vengono in rilievo considerando l'ascolto nella sua veste di diritto inviolabile della persona umana minore di età, ovvero inquadrandolo nel contenuto suo proprio, indagandone la finalità in relazione al superiore interesse del minore. Il diritto ad essere ascoltato è riconducibile a quell'insieme di situazioni giuridiche di natura esistenziale afferenti alla persona umana - art. 2 Cost. - e per le quali l'ordinamento non ammette deroghe né scarti sulla base delle condizioni personali; con il diritto all'ascolto nella libertà di ciascuno di esprimere la propria opinione, si garantisce la libera manifestazione del pensiero - art. 21 Cost e art. 11 Carta di Nizza. Considerare l'ascolto funzionale a garantire il sano e armonico sviluppo psicofisico del minore, permette di ricondurlo all'art. 32 Cost. e all'art. 3 della Carta di Nizza. Pertanto, al fine di individuare il contenuto del diritto del minore ad essere ascoltato e le prerogative che da questo derivano, si rende opportuna innanzi tutto, considerare l'ascolto come diritto soggettivo assoluto del minore, segnando i doveri e i limiti in capo ai soggetti terzi, volti a consentirne l'effettività e l'attuazione[15]. Con ciò non è certo esclusa l'eventualità del conflitto tra il minore e genitori o soggetti terzi, e pertanto il necessario e conseguente intervento del giudice volto a dirimerlo[16].

12 Sassi, A.: "Azioni di Stato", cit. p. 433.

13 Perlingieri, P.: "minori", in AA.VV.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 949.

14 Perlingieri, P.: "Sull'ascolto del minore", in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2012, pp. 125 ss.

15 Ballarani, G.: "Il diritto all'ascolto", in AA.VV.: *La riforma della filiazione*, (a cura di C.M. Bianca), CEDAM, Milano, 2015, pp. 133-134.

16 In applicazione della legge delega del 6 novembre 2021, n. 206, il governo ha sottoposto al parlamento un atto di parere, il quale all'art. 473-bis specifica che: l'ascolto del minore è condotto dal giudice, il quale può farsi assistere da esperti e altri ausiliari. Se il procedimento riguarda più minori, di regola il giudice li ascolta separatamente. L'udienza è fissata in orari compatibili con gli impegni scolastici del minore, ove possibile

Il conflitto diviene anzi una possibilità reale solo nella prospettiva indicata: se cioè la volontà dei genitori non è destinata a sovrastare quella del figlio né viceversa.

L'intervento del giudice non può peraltro intendersi semplicisticamente come se fosse finalizzato a definire ciò che il figlio può o non può fare, quasi che il giudice possa sostituirsi ai genitori nell'esercizio del munus educativo, dando corso a indebite e pericolose forme di controllo esterno su di esso. In realtà, nella soluzione del conflitto tra genitori e figlio, il giudice è chiamato anzitutto a "risanare" la relazione educativa, rendendola di nuovo efficiente e perciò idonea a far sì che il minore possa essere ascoltato e allo stesso tempo possa sperimentare un'autonomia sempre maggiore in un contesto di permanente sostegno da parte dei suoi genitori. Il dato normativo, del resto, è sufficientemente chiaro nell'evidenziare che il ruolo del giudice non è mai sostitutivo. Il giudice è piuttosto chiamato a individuare il soggetto di volta in volta più idoneo a realizzare l'interesse del minore. E ciò non solo in caso di disaccordo tra i genitori su "questioni di particolare importanza" riguardanti il figlio minore - art. 316 c.c., ma, a ben vedere, anche nel caso del controllo giudiziale sulla responsabilità genitoriale - art. 330 ss del c.c..

Dunque, da ciò, si desume come il giudice sia tenuto preliminarmente ad accertare che le scelte adottate dai genitori siano frutto di un accordo e, soltanto successivamente, a valutare il merito della decisione. L'autonomia riconosciuta alla famiglia non è una autonomia incontrollata né univoca nel significato, dovendosi modellare secondo le circostanze e l'oggetto nei confronti del quale si svolge[17].

Anche nella famiglia, l'autonomia deve rispondere ad una valutazione di liceità e meritevolezza: da un lato, quindi, di non contrarietà a disposizioni imperative, di ordine pubblico o buon costume, ma dall'altro, di corrispondenza a una funzione propositiva e, si potrebbe dire, nel caso di specie della famiglia, promozionale della realizzazione della personalità dei suoi membri[18].

in locali idonei e adeguati alla sua età, anche in luoghi diversi dal tribunale. Prima di procedere all'ascolto, il giudice indica i temi oggetto dell'adempimento ai genitori, agli esercenti la responsabilità genitoriale, ai rispettivi difensori e al curatore speciale, i quali possono proporre argomenti e temi di approfondimento e, su autorizzazione del giudice, partecipare all'ascolto. Il giudice, tenuto conto dell'età e del grado di maturità del minore, lo informa della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto, e procede all'adempimento con modalità che ne garantiscono la serenità e la riservatezza. Il minore che ha compiuto quattordici anni è informato altresì della possibilità di chiedere la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'articolo 473-bis. Dell'ascolto del minore è effettuata registrazione audiovisiva. Se per motivi tecnici non è possibile procedere alla registrazione, il processo verbale descrive dettagliatamente il contegno del minore.

17 Sul concetto di "autonomia privata", v. Perlingieri, P.: "*Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*", 4ª ed., IV, *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, pp. 5 ss.

18 Ruscello, F.: "Condotta genitore", in AA.VV.: *Il Codice Civile Commentario Responsabilità dei genitori*, Giuffrè Editore, 2016, pp. 194-195.

Con un riferimento dunque al minore, ad esempio, si desume come il diritto ad essere ascoltato, si traduca nella necessaria partecipazione di questo, capace di discernimento, al processo, fatta salva la diversa volontà del minore stesso. Pertanto, il diritto all'ascolto può essere definito come il diritto costituzionale del minore ad essere informato e ad esprimere le proprie opinioni ed opzioni sulle questioni che riguardano la sua sfera esistenziale[19], esso pertanto, è lo strumento di tutela tanto delle situazioni esistenziali, quanto di quelle patrimoniali di cui egli è titolare, essendo riconducibile alla categoria dei diritti della personalità[20].

Il legislatore, con gli ultimi interventi legislativi, ha fatto sì che il minore, coinvolto nei procedimenti dei genitori, non fosse più considerato come parte passiva del procedimento, ma fosse ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardassero, chiamando i genitori a traslare il progetto educativo dei figli attraverso i diversi scenari che si possono configurare dal disgregarsi della convivenza. Pertanto, si ribadisce l'importanza al rispetto del principio della doverosità dell'audizione, reputando il minore un vero e proprio soggetto processuale.

Considerare l'opinione del minore non significa attuarne acriticamente il volere; il giudice deve valutare quanto ascoltato al fine di realizzare il superiore interesse del minore[21]. In questo modo, l'ascolto, costituisce un momento essenziale, un diritto che non può essere disatteso, con l'unica eccezione di quelle particolari situazioni in cui l'ascolto realizzerebbe un'attività contraria all'interesse primario e superiore dello stesso[22].

Nondimeno, l'audizione del minore è in via generale necessaria in ossequio alle Convenzioni di New York e di Strasburgo[23]. Tuttavia, sebbene le norme, i codici e le convenzioni facciano ampio riferimento alla capacità di discernimento, di essa non esiste un concetto sistematico. Pertanto, il mancato ascolto deve essere sorretto da un'espressa motivazione sull'assenza di discernimento, tale da giustificarne l'omissione, altrimenti si costituirà una violazione del principio del contraddittorio, dei principi del giusto processo e dei diritti del minore[24]. Insomma, deve sussistere una ragione congrua, orientata alla tutela del minore, affinché il giudice possa discostarsi da quanto avrebbe voluto il minore stesso. Pertanto, diventa difficile per l'organo giudiziario, onerato della motivazione, discostarsi

19 Cfr. Cass. Civ. Sez. I, n. 5676/2017.

20 Stefanelli, S.: "Diritto all'identità", in AA.VV.: *La Filiazione e i Minori*, cit., p. 438.

21 Gorgoni, A.: *Famiglie e minore età: dall'atto al rapporto*, cit., p. 336.

22 Cass. Civ. Sez. I, n. 16125/2020; Cass. Civ. Sez. I, n. 6471/2020.

23 Cass. Civ. sez. I, n. 16410/2020; Cass. Civ. sez. I, n. 12957/2018.

24 Il mancato ascolto deve essere sorretto da un'espressa motivazione sull'assenza di discernimento, tale da giustificarne l'omissione, altrimenti si costituirà una violazione del principio del contraddittorio, dei principi del giusto processo e dei diritti del minore. Cfr. Cass. Civ. sez. I., n.1471/2021.

dalla volontà del minore manifestata in modo netto, con convinzione, lucidità e consapevolezza delle conseguenze del proprio dire[25].

Il provvedimento giudiziale che adotti una soluzione diversa da quella prospettata dal minore, senza motivare o con motivazione irragionevole o illogica è impugnabile[26]. Lo è per violazione del diritto del minore di esprimere un'opinione che sia tenuta in conto da chi deve decidere, salvo l'esistenza di ragioni - da esplicitare - che inducano a propendere per una soluzione diversa nell'interesse del minore.

Difatti, nel quadro della revisione integrale della disciplina codicistica in tema di affidamento della prole in caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e di procedimenti relativi ai figli nati al di fuori del matrimonio, il decreto delegato sulla filiazione n. 154 del 28 dicembre 2013 ha provveduto a coordinare la disciplina dell'ascolto del minore con la nuova previsione generale in materia, di cui all'art. 336 bis c.c.. Inoltre, con riferimento all'art. 337-octies, deve, in linea di prima analisi, segnalarsi una specificazione in ordine all'ascolto rispetto alla precedente formulazione dell'art. 155-sexies con correlata inversione procedurale riguardo alla regola generale segnata dal nuovo art. 336-bis: art. 337-octies, infatti, nel ribadire il diritto all'ascolto del minore, dispone che, nei procedimenti in cui si omologhi o si prenda atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il minore sia ascoltato solo qualora il giudice lo ritenga necessario.

In ordine al diritto del minore di non essere ascoltato, in punto di interpretazione e di applicazione, la norma deve coordinarsi con la regola generale segnata all'art. 336-bis. In tal senso, infatti, quest'ultima accorda la facoltà al giudice di escludere motivatamente l'ascolto qualora lo ritenga contrario all'interesse del minore o manifestamente superfluo; per converso, l'art. 337-octies limita l'ascolto, nei casi di omologazione o di presa d'atto di un accordo dei genitori, alla sola ipotesi in cui il giudice lo ritenga necessario, creando con ciò un canone inverso rispetto alla prima. La norma in parola è, pertanto, da ritenersi di stretta interpretazione, generando una eccezione evidente rispetto alla regola generale, giustificata dal circoscritto ambito in cui il giudice debba valutare la conformità di un accordo intercorso tra i genitori con il superiore interesse del minore.

25 Cass. Civ. Sez. I, n. 5237/2014, cassa la sentenza impugnata che, in materia di sottrazione internazionale di minori nonostante l'atto illegittimo del padre che aveva condotto la figlia da New York dove viveva con la madre all'Italia – avrebbe dovuto tener conto della "netta preferenza" espressa dalla minore (tredicenne) di voler rimanere in Italia con il padre e col suo nuovo nucleo familiare.

26 Cass. Civ. Sez. I, n. 11890/2015, cassa la sentenza della Corte d'appello che, nel revocare lo stato di adottabilità, non ha tenuto in alcuna considerazione quanto dichiarato dalla minorenne durante l'audizione effettuata in sede di gravame. Ella aveva espresso una chiara volontà contraria a recarsi dalla zia, la quale aveva manifestato disponibilità ad accoglierla. È dunque viziato il provvedimento giudiziale che dà sì atto dell'intervenuta audizione, del cui esito il dispositivo non tiene conto.

Dal combinato disposto delle norme in analisi emerge che, la regola generale di diritto sostanziale e procedurale segnata dall'art. 336-bis trova applicazione in ogni procedimento compresi quelli previsti agli artt. dal 337-bis al 337-octies, con esclusione dei soli casi contemplati da quest'ultima ed entro gli stretti limiti in essa segnati. Sebbene non si possa omettere di segnalare il rischio che, nella prassi, il disposto degli artt. 336-bis e 337-octies si presti ad aprire la strada verso una strumentale omissione dell'ascolto, la ratio al fondo delle previsioni appare essenzialmente in linea con la volontà di salvaguardia dell'interesse del minore ad essere tenuto, per quanto possibile, al di fuori dei giudizi sulla crisi delle convivenze, specie qualora l'ascolto del minore, possa per un verso reputarsi pregiudizievole al suo interesse e, per altro verso, ritenersi non essenziale alla composizione degli elementi su cui fondare la decisione[27].

1. Limiti all'ascolto del minore: il diritto a non essere ascoltato.

La tradizionale definizione di diritto soggettivo ad essere ascoltati viene definita come fondamentale posizione di vantaggio accordata dall'ordinamento ad un soggetto in ordine ad un bene e consistente nella attribuzione dei relativi poteri, pretese e facoltà - connessi all'esercizio concreto - atti a consentirgli la piena realizzazione dell'interesse che quel bene rappresenta per lui.

Il bene in parola è da individuarsi nell'affermazione della personalità e dell'identità del minore attraverso l'espressione delle proprie opinioni in ordine a scelte, peraltro sovente assunte da terzi, che incideranno sulla sua sfera esistenziale e di relazione.

Pertanto, emerge come insita nella tutela dell'esercizio del diritto soggettivo dell'ascolto del minore e soprattutto della sua personalità, meritevole di effettiva considerazione a seguito dell'attestazione di una reale capacità di discernimento, la facoltà discrezionale dell'esercizio dello stesso. Sicché, se l'ascolto è una facoltà legata al libero esercizio del diritto, questo non può non comprendere in sé la contrapposta facoltà del minore di non esercitarlo, che si traduce nel diritto del minore a non essere ascoltato[28].

Infatti, non sarebbe ammissibile un potere in capo al giudice di imporre l'ascolto, poiché altrimenti il diritto di essere ascoltato in capo al minore degraderebbe ad obbligo di esprimersi, di essere ascoltato, esulando dall'impianto garantista e di tutela finora delineato.

27 Ballarani, G.: "Il diritto all'ascolto", cit., pp. 873 ss.

28 Ballarani, G.: "Il diritto del minore a non essere ascoltato", in *Dir. fam. pers.*, 2011, II, pp. 1807 ss.

Così, se l'ascolto del minore si inquadra nella tutela del superiore interesse del minore, ed è funzionale alla stessa, allora a garanzia di questo interesse deve comprendersi contemporaneamente sia il diritto positivo ad essere ascoltato, sia l'opposto diritto in negativo, ovvero a non essere ascoltato[29]. E tale impostazione è conforme al concetto stesso di superiore interesse del minore, considerando le ipotesi in cui dall'ascolto possa derivare un vulnus al minore medesimo, ad esempio in ragione del suo stato psichico, così come confermato anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

2. Dare voce ai Care Leavers.

Il termine "care leavers" viene utilizzato per identificare i ragazzi e le ragazze che sono in fase di dimissione o sono già stati dimessi da un collocamento in comunità o da un affidamento etero familiare, successivo all'allontanamento dal nucleo familiare di origine, disposto sulla base di un procedimento dell'autorità giudiziaria a causa di gravi problemi di sicurezza e tutela, come previsto dall'art. 1, comma 250, L. 27/12/2017, n. 205.

La soggettività del minorenne nel percorso verso la maggiore età deve essere valutata in relazione al principio "the best interest of the child".

Dall'unione del diritto ad ascoltare e il diritto a essere ascoltati dipendono la crescita e la formazione dell'individuo, indispensabili per garantire il diritto costituzionale al pieno sviluppo della persona umana come previsto dalla Convenzione ONU dei Diritti per l'Infanzia e l'Adolescenza – artt.12, 13 e 17. L'acquisizione dello status di care leavers, si ha con l'uscita da un sistema di accoglienza.

Ad oggi, in Italia, non è ancora presente un programma specifico per la tutela dei giovani care leavers, eccetto l'istituto del prosieguo amministrativo attraverso il quale si offre a questi giovani la possibilità di essere "accuditi" non fino alla maggiore età ma fino ai 21 anni, consentendo loro di rimanere presso la famiglia affidataria o in comunità.

Tuttavia, questa si rileva una politica sì di tutela ma non garantisce una piena formazione al giovane. La definizione della gravità del fenomeno di per sé non è sufficiente ad individuare in maniera esaustiva le problematiche che ne scaturiscono.

Ora, più nello specifico, è necessario quindi evidenziare come in molti paesi, tra cui l'Italia, la maggiore età si realizza con il compimento del diciottesimo anno di

29 Ballarani, G.: "Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336-bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato", in *Dir. fam. pers*, 2014, II, pp. 850-851; In generale, sul concetto di interesse del minore si legga in argomento, la nota di Perlingieri P.: "Norme costituzionali e rapporti di Diritto Civile", in *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, pp. 95 ss.

età o in alternativa in un momento successivo, ma comunque entro il compimento del ventunesimo anno d'età, qualora sia stato predisposto dal Tribunale il c.d. prosieguo amministrativo.

Quest'istituto giuridico, risalente al R.D. 1404/1934, assicura un'estensione del sostegno e dell'accompagnamento al neomaggiorenne che versa in situazioni di particolare disagio, di fatto "prolungando" giudizialmente il termine della piena autonomia, nel limite massimo di tre anni.

La fuoriuscita dal sistema di accoglienza presuppone, infatti, l'autonomia individuale del ragazzo o della ragazza, che si affaccia alla vita adulta in maniera indipendente. Il requisito anagrafico "fissa", per così dire, un'età ben precisa in cui però il giovane è considerato a tutti gli effetti come individuo autonomo all'interno della società. Non si può non tenere conto, dunque, del fatto che si tratta di soggetti fragili, nel pieno del proprio percorso formativo che avviene in condizioni di disagio materiale, psicologico o emotivo; pertanto, nel caso dei giovani care leavers, le istituzioni devono garantire una maggiore tutela di sostegno e accompagnamento durante questo percorso, sopperendo a un'assenza rilevante, ovvero quella del supporto familiare.

Affinché questi ragazzi non si sentano "diversi" dal resto della società è necessario dare loro una voce; non possono essere considerati solo persone fragili, ma anzi, hanno diritto di essere considerati una risorsa per la comunità, per il territorio e per l'innovazione.

IV. THE BEST INTEREST OF THE CHILD E MISURE DI PROTEZIONE.

Come specificato al paragrafo primo, gli obblighi genitoriali sono conseguenza dell'accertamento della filiazione e della costituzione del relativo stato, e prescindono dall'esercizio della responsabilità genitoriale. Ciò giustifica l'intervento del legislatore a tutela del figlio anche quando la condotta di uno o di entrambi i genitori, pur non così grave da giustificare la decadenza dalla responsabilità genitoriale, può apparire comunque pregiudizievole per la prole. Ove ciò accada, si applica l'art. 333 c.c. che attribuisce al prudente apprezzamento del giudice l'individuazione della misura protettiva più adeguata al caso concreto.

La decadenza dalla responsabilità genitoriale può, non garantire un'adeguata protezione del figlio. Quando ciò accade, il tribunale per i minorenni, oltre a questa, assume, se sussistono gravi motivi, i seguenti provvedimenti: a) allontanamento del figlio dalla residenza familiare; b) l'allontanamento del genitore o del convivente che maltratta o abusa del minore, art. 330, co.2, c.c..

L'art. 330, comma 2, c.c. esordisce con l'espressione "in tal caso", a voler richiamare quanto disposto dal comma 1. Pertanto, se la domanda di decadenza è rigettata o non è proposta, non si potrà ottenere il provvedimento giudiziale di allontanamento.

Allontanare il figlio dalla casa familiare è una misura "estrema" che necessita di gravi motivi ed uno di essi è lo stato di "abbandono" del minore, determinato non già dalle condizioni di indigenza dei genitori, ma dall'essere lo stesso privo di assistenza morale e materiale.

Tuttavia, coessenziale a questa indicazione è il principio presente nelle direttive del diritto internazionale, secondo il quale esiste comunque una priorità del diritto del minore ad essere educato nell'ambito della propria famiglia di sangue. Un principio la cui efficacia è stata autorevolmente ribadita dalla giurisprudenza e del quale è espressione l'affermazione circa la natura di extrema ratio dell'adozione, da perseguire sussistendo lo stato di abbandono del minore, mediante la sostituzione della famiglia biologica con quella degli affetti, allo scopo precipuo di soddisfare il diritto del minore alla formazione della propria personalità nel contesto di un nucleo familiare stabile ed armonioso[30].

L'allontanamento del figlio è legato non già a fattispecie tipiche, ma alle ragioni che hanno determinato la decadenza dalla responsabilità; esse, devono essere così gravi da esigere anche l'allontanamento dalla propria famiglia[31]. Pertanto, si può desumere come l'allontanamento dalla famiglia d'origine rappresenti una tra le misure di protezione dei minori disposta dall'Autorità Giudiziaria in situazioni di estrema gravità e ad elevato rischio psico-fisico per i bambini e gli adolescenti.

Tale intervento dovrebbe rappresentare una misura residuale, da attuarsi solo ove i plurimi interventi di prevenzione, sostegno e cura attuabili dai Servizi sociali degli Enti locali nei confronti di nuclei familiari a "rischio", non siano stati sufficienti a rimuovere le cause che impediscono l'esercizio adeguato delle funzioni educative e di cura da parte dei genitori nei confronti dei loro figli.

La logica relazionale nell'approccio al problema della condizione giuridica del minore – una logica che impone la considerazione preminente del diritto del minore a ricevere dai propri genitori un'educazione rispettosa del valore sovra utilitaristico della persona – è stata fedelmente tradotta dal legislatore ordinario

30 Il principio di diritto comune è dunque nel senso di proteggere l'interesse del minore a poter essere educato nella propria famiglia di origine, ma solo a condizione che quest'ultima sia in grado di rendere effettivo, in concreto, tale interesse, il quale viene meno al di sotto di quella soglia minima di cura occupata dalla clausola generale dello "stato di abbandono" da intendersi, non necessariamente in senso fisico e materiale. Morozzo della Rocca, P.: "Tutela minori" in AA.VV.: *Commentario del diritto civile Della Famiglia* (a cura di E. Gabrielli), UTET giuridica, Milano, 2010, p. 8.

31 Gorgoni, A.: *Famiglie e minore età: dall'atto al rapporto,* cit., p. 336.

nella formula secondo cui i compiti educativi dei genitori devono essere assolti nel rispetto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni dei figli: una formula originariamente dettata, dal legislatore della riforma del diritto di famiglia del 1975, con riferimento al "dovere" educativo dei genitori nei confronti dei figli[32] poi riproposta dal legislatore della più recente riforma della filiazione del 2012, con significativo mutamento di prospettiva, con riferimento al correlativo "diritto" dei figli nei confronti dei genitori all'interno di una nuova norma-manifesto, intitolata appunto ai "diritti e doveri del figlio" e contenente un vero e proprio "statuto unitario" del rapporto genitori-figli[33].

La riforma rappresenta un notevole sforzo di adeguamenti di principi costituzionali: si tende a sostituire ad un modello autoritario, uno comunitario di famiglia, fondato, da un lato, sull'uguaglianza dei coniugi, dall'altro, sulla considerazione del contributo dato da ciascuno alla vita familiare e su una disciplina dei vari istituti, tale da agevolare lo sviluppo psicofisico dei minori[34].

Tuttavia, sulla scorta degli orientamenti emersi anche in sede internazionale, il legislatore dell'affidamento condiviso ha atteso attuare appieno il diritto del minore, non soltanto ad un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori, ma anche con i parenti di ciascun ramo genitoriale, con i quali ha diritto di conservare i rapporti significativi, purché questo non gli rechi però pregiudizio[35].

Questa norma si apre appunto con l'enunciazione del diritto del figlio al mantenimento, all'istruzione e all'educazione nei confronti dei genitori, cui segue immediatamente l'ulteriore statuizione secondo cui "il figlio ha diritto di crescere in famiglia", come previsto dall'art. 315 bis c.c., comma 2; ciò, allo scopo di mettere in chiaro fin da subito che la famiglia – o, più precisamente, quella peculiare "formazione sociale" che si origina per il fatto della generazione – è il luogo in cui, in virtù dell'indicato carattere di gratuità del legame che in essa si dà, una relazione educativa autenticamente rispettosa delle esigenze della norma personalista può e deve essere coltivata, con esclusione di soluzioni alternative che sottraggano ai genitori i compiti educativi, salvo i casi in cui manchino o siano "incapaci" di provvedervi, secondo quanto disposto anche dall'art. 30, comma 2, Cost. "Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti" e, nella maniera forse più compiuta, dall'art. 1, comma 1, l. 4 maggio 1983, n. 184 "Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della

32 Art. 147 c.c. nel testo vigente a seguito dell'entrata in vigore della l. 19 maggio 1975, n. 151 e fino all'entrata in vigore del d. l.gs. 28 dicembre 2013, n. 154.

33 Art. 315 bis c.c., comma 1, inserito ad opera della l. 10 dicembre 2012, n. 219.

34 Dogliotti, M.: "La filiazione", in AA.VV.: *Commentario Codice Civile La filiazione fuori del matrimonio*, Giuffrè Editore, Milano, 2015, p. 56.

35 Ballarani, G.: "Interesse minore", in AA.VV.: *Provvedimenti riguardo i figli* (a cura di S. Patti, L. Rossi Carleo), Zanichelli Editore, Bologna, 2010, p. 46.

propria famiglia". In questi casi, si ritiene opportuno specificare che le misure di protezione, come quella di allontanamento riguardi, in casi di particolare gravità, sia il genitore che il convivente, autori di maltrattamento o di abusi nei confronti del minore[36]. Il legislatore, quindi, nell'art. 333 c.c., da un lato, prevede misure atipiche che il tribunale è chiamato a individuare volta per volta a seconda dello specifico interesse del minore, dall'altro, ripropone l'allontanamento dell'adulto, ma quale misura singola.

Rispetto all'art. 330 c.c., l'art. 333 c.c. fa riferimento a condotte, tenute da entrambi i genitori o da uno soltanto, non così gravi da giustificare la decadenza dalla responsabilità genitoriale, ma che appaiono comunque pregiudizievoli al figlio.

L'allontanamento del genitore o del figlio dalla casa familiare postula l'inadeguatezza a svolgere il ruolo di padre e/o di madre, quando non addirittura la pericolosità per l'incolumità fisica del figlio della condotta genitoriale.

Tuttavia, in tali situazioni, il nostro legislatore ha previsto l'istituto dell'affidamento familiare che, sempre attraverso l'allontanamento, protegge il minore temporaneamente privo di un ambiente idoneo alla sua crescita. La temporanea mancanza di un tale ambiente è il presupposto per l'applicabilità dell'istituto; ove tale condizione fosse definitiva, vi sarà la pronuncia che dichiara lo stato di adottabilità come previsto dall'art. 8, comma 1, L. n. 184/1983.

L'affidamento familiare, com'è stato osservato, costituisce una risposta alla prescrizione costituzionale che impone al legislatore, in caso di incapacità dei genitori, di "provvedere a che siano assolti i loro compiti" art. 30, comma 2, Cost.. è "una forma di assistenza alla famiglia".

Mediante la misura dell'affidamento familiare il minore viene allontanato dalla casa familiare e affidato a un'altra famiglia o a una persona singola "in grado di assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno", art. 2, comma 1, L. n. 184/1983. Qualora ciò non sia possibile, è consentito l'inserimento del minore in una comunità di tipo familiare come previsto dall'art. 2, comma 4, l. n. 184/1983.

Secondo un'autorevole dottrina l'inserimento del minore in una comunità di tipo familiare, si sostanzia in un affidamento all'ente locale, ossia al suo Servizio sociale, con collocazione in comunità; la quale, mera collocataria del minore, è subordinata al Servizio sociale che è l'affidatario del minore.

36 In questa disposizione il maltrattamento è una misura autonoma che costituisce una esemplificazione normativa dei "provvedimenti convenienti" che il tribunale per i minorenni può adottare.

Pertanto, affinché possa essere garantita la piena e corretta tutela del minore, i servizi sociali rappresentano i soggetti chiave nella crescita, i quali svolgono una funzione di natura esistenziale; questi, hanno la responsabilità del programma di assistenza, nonché la vigilanza durante l'affidamento e l'obbligo di riferire al giudice tutelare o al tribunale per i minorenni del luogo in cui il minore si trova ogni evento di particolare rilevanza.

L'istituto dell'affidamento familiare è volto a recuperare la famiglia di origine che si trova in una situazione di difficoltà temporanea. Durante il decorso del tempo di allontanamento dalla famiglia di origine, i genitori e gli altri componenti della stessa mantengono rapporti con il minore in riferimento a quanto viene stabilito del provvedimento di affido familiare[37].

In realtà, è solo nell'indicata prospettiva costituzionale del "pieno sviluppo" della persona del minore all'interno della relazione educativa con i genitori – una relazione rispettosa della norma personalista e perciò a struttura dialogica e non autoritaria – che l'interesse del minore, senza depotenziare i diritti dei minori, rimettendone la realizzazione all'arbitrio degli adulti, può conservare un ruolo decisivo quale strumento necessario per la loro piena attuazione, e dunque in funzione di supporto e di rafforzamento degli stessi. In effetti, solo se si muove dall'assunto che anche il minore è titolare di diritti che può però far valere solo insieme ai suoi genitori e comunque non in maniera pienamente autonoma, l'interesse del minore può ancora svolgere un ruolo insostituibile quale criterio valutativo dell'esercizio di un qualche diritto del minore in un determinato caso di vita, e dunque anzitutto dell'esercizio della responsabilità genitoriale e dell'eventuale intervento del giudice in funzione correttiva o integrativa. Ma con ciò si comprende anche perché l'interesse del minore non può intendersi correttamente né come un interesse generale ed astratto, individuabile a priori e una volta per tutte, né come un interesse riferito unicamente al futuro, all'adulto che il minore è destinato a diventare. Deve trattarsi piuttosto dell'interesse concreto del singolo minore nella precisa situazione in cui si trova, e dunque di un interesse individuabile solo a posteriori, sulla base di una valutazione personalizzata e contestualizzata. Si tratta infatti di promuovere hic et nunc il "pieno sviluppo" di una persona determinata, tenendo conto dei suoi concreti bisogni affettivi e educativi, non di imporre ad essa un astratto paradigma educativo.

L'interesse del minore non può definirsi se non come nozione sfumata dai contorni indefiniti, affidata alla concretizzazione sapiente di un giudice equilibrato e adeguatamente formato, che sia versato non solo nel sapere giuridico e che sia soprattutto consapevole che il suo compito è quello di risolvere al meglio il caso

37 Gorgoni, A.: *Famiglie e minore età: dall'atto al rapporto,* cit., pp. 336 ss.

specifico venuto alla sua attenzione e non quello di perseguire, attraverso le sue pronunce, un qualsiasi obiettivo di rinnovamento sociale.

Difatti, gli strumenti di partecipazione del minore ai giudizi che a diverso titolo possono coinvolgerlo sono funzionali a far sì che questi giudizi realizzino al meglio il suo interesse, e cioè garantiscano al minore in essi coinvolto il massimo benessere possibile. È ben noto, del resto, che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, della Convenzione di New York, "in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente".

Una statuizione analoga si rinviene nell'art 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che pure al comma 1 della stessa norma, subito dopo aver riconosciuto che "i minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere", sancisce il diritto del minore all'ascolto e cioè il diritto a che l'opinione da lui liberamente espressa sulle diverse questioni che lo riguardano sia presa in considerazione tenuto conto della sua età e maturità.

Il riferimento all'interesse "superiore" dei minori ricorre poi anche in talune norme della Convenzione di Strasburgo, e segnatamente nell'enunciazione della finalità complessiva del testo all'art. 1, comma 2 "promuovere, nell'interesse superiore dei minori, i loro diritti", nella conferma della finalità dell'intervento dell'autorità giudiziaria nei diversi procedimenti che coinvolgano un minore all'art. 6, lett. a, "al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore", nonché all'art. 10, al fine di limitare i doveri di informazione del rappresentante del minore nei suoi confronti nei diversi procedimenti giudiziari che lo riguardino "a meno che non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore".

D'altra parte, proprio in virtù di queste chiare indicazioni che si rinvengono nelle fonti internazionali, i riferimenti all'interesse del minore – anche qualificato come "superiore", "preminente", "prioritario" o "esclusivo" – sono divenuti sempre più frequenti anche a livello della legislazione ordinaria[38].

Tenuto conto dei dati normativi e anche in forza dell'art. 117 Cost., comma 1, secondo cui la potestà legislativa deve essere esercitata non solo nel rispetto della Costituzione, ma anche "dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli

38 Nel codice civile si possono consultare i seguenti articoli: artt. 158, comma 2; art. 250, commi 4 e 5; art. 251, comma 1; art. 252, commi 2 e 5; art. 317 bis, comma 2; art. 336 bis, comma 1; art. 337 ter, comma 2; art. 337 quater, comma 2; art. 337 sexies, comma 1; art. 337 octies, comma 1; e nella disciplina dell'adozione: art. 4, commi 5 e 5 ter; art. 11, comma 1; art. 14, comma 2; art. 25, commi 3, 4 e 5, art. 32, comma 1, art. 33, comma 4; art. 35, commi 3 e 4, art. 43, comma 3; art. 46, comma 2; art. 57, comma 1, n. 2; l. 4 maggio 1983, n. 184.

obblighi internazionali", è stato allora giustamente osservato che l'interesse del minore è ormai divenuto un "valore apicale di sistema", avendo assunto il ruolo di "nuovo principio sistematico organizzatore di tutto il diritto minorile e si potrebbe senz'altro dire di tutto il diritto di famiglia".

L'applicazione del suddetto principio è tuttavia destinato a mutare in maniera significativa a seconda della tipologia di approccio di fondo dell'interprete alla questione minorile.

In effetti, è del tutto evidente anzitutto che, nella tradizionale prospettiva paternalista, che nega qualsiasi rilievo alla volontà del minore anche in ambito personale, l'interesse dello stesso è destinato ad assumere addirittura un ruolo sostitutivo dei suoi diritti e finisce pertanto per operare come uno strumento di controllo autoritario sulla sua vita in funzione delle esigenze degli adulti titolari dei poteri di cura su di esso.

Di contro, nella diversa prospettiva che esalta l'autodeterminazione piena del minore capace di discernimento, il ruolo del principio in questione o è del tutto svalutato, in quanto l'attuazione degli interessi meritevoli del minore è già garantita dal riconoscimento in capo ad esso del libero esercizio dei diritti corrispondenti - quanto meno dei diritti e delle libertà fondamentali della persona - oppure, non avendo comunque un ruolo davvero significativo da svolgere, finisce per prestarsi a un uso puramente retorico, che serve solo a rendere più persuasivo l'esito di un bilanciamento tra diritti fondamentali facenti capo ai diversi protagonisti di una determinata vicenda o addirittura a far prevalere un interesse degli adulti o comunque una visione astratta e ideologizzata del benessere del minore, del tutto avulsa dall'interesse del concreto minore coinvolto.

La discrezionalità del giudice non può comunque ritenersi priva di qualsiasi limite. È del tutto evidente, infatti, che in nessun modo la concretizzazione giudiziale dell'interesse del minore potrebbe condurre ad esiti contrastanti con i princìpi fondamentali dell'ordinamento, e dunque anzitutto con le esigenze poste dal rispetto del valore sovra utilitaristico della persona. Per alcuni, non è ipotizzabile che l'interesse del minore debba imporsi sui diritti fondamentali degli altri soggetti con i quali il minore entra in relazione e sugli altri interessi anch'essi di rilievo costituzionale eventualmente in gioco. Secondo questi, l'interesse del minore dovrebbe piuttosto entrare in bilanciamento. Una simile idea, non sembra trovare altro fondamento che in una traduzione approssimativa – e peraltro priva di qualsiasi ufficialità – della formula inglese "best interests of the child" adottata dalla Convenzione di New York: una traduzione per cui la formula "i migliori interessi del bambino" – e dunque "il maggior benessere possibile per il bambino", "la soluzione migliore per il bambino tra tutte quelle possibile" – è stata resa sbrigativamente come "superiore interesse del fanciullo", esprimendo così un'idea

di comparazione tra gli interessi del minore e quelli di altri soggetti e di superiorità dei primi ai secondi del tutto assente nella formula originaria. Ciò nondimeno la traduzione ha finito per consolidarsi nell'uso del legislatore e della giurisprudenza nazionali, nonché nella stessa versione ufficiale in lingua italiana della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, offrendo così per alcuni un comodo e inattaccabile argomento retorico – ma in realtà privo di qualsiasi fondamento – utile al fine di motivare interventi legislativi o singole decisioni giudiziali.

L'interesse preminente del bambino costituisce in tal modo il risultato cui debbono mirare le decisioni che lo concernono, da chiunque prese, si tratti di autorità pubbliche o private.

L'interesse del minore, come la nostra Corte di cassazione ha avuto modo di notare, non costituisce un parametro astratto, traguardato sui minori intesi come categoria, esso va, piuttosto, riferito alla situazione concreta in cui ciascun minore si trova, tenuto conto dei suoi reali bisogni e della sua specifica situazione esistenziale[39].

Questo, giustifica l'interrogazione della giustizia condotta direttamente dal giudice in piena libertà da ogni vincolo sistematico, a contatto diretto con i valori supremi dell'ordinamento, segnatamente col principio del superiore interesse del minore, che viene riconosciuto al fatto sotteso alla sua attenzione a prescindere dalla mediazione della fattispecie, consentendo anzi il superamento di eventuali confliggenti prescrizioni legali non più al passo coi tempi.

Sembra allora opportuno prendere sul serio la preoccupazione di una giurisprudenza che, sicuramente mossa dalle migliori intenzioni, attraverso il ricorso al principio del superiore interesse del minore, intende scongiurare il rischio che il processo di costruzione delle relazioni familiari ad opera delle prassi sociali – un processo che la legge non riesce più a orientare né a inseguire – dia luogo a esiti contraddittori rispetto alla prospettiva di un'autentica promozione umana.

Bisogna nondimeno essere avvertiti del fatto che, nel suo costante dinamismo, la morfogenesi sociale contemporanea è orientata da una sintesi culturale che

39 La riforma del 2012 sviluppa i seguenti principi: da un lato giunge alla piena unificazione dello status di figlio, dall'altro sostituisce alla nozione di potestà quella di responsabilità genitoriale. Il riconoscimento della dignità, dell'identità, dell'autonomia del minore, in uno con quello della responsabilità degli adulti e delle istituzioni nella formazione della sua personalità sta alla base delle dichiarazioni dei diritti che si sono ricordate. Nello scorrere del tempo l'elenco dei diritti del fanciullo si fa sempre più ricco e completo, segno di una nuova consapevolezza delle sue esigenze e degli abusi cui è esposto. Contemporaneamente si avverte, tuttavia, l'insufficienza di queste dichiarazioni, per quanto significative, che rischiano di ridursi a formule astratte, se non si dispone degli strumenti necessari alla loro realizzazione. Si fa strada la consapevolezza che alla proclamazione teorica dei diritti civili e sociali del bambino fa riscontro la crescente esposizione dei giovani a situazioni di rischio e si accompagna la carenza di strumenti concreti di attuazione. Ferrando, G.: "Famiglia e minori", in AA.VV.: *Diritto di famiglia*, quarta edizione, Zanichelli Editore, Torino, 2020, pp. 262-263.

sovrasta l'agire eticamente orientato dei singoli e dei gruppi e che s'impone come prassi oggettiva, super personale e globale, manifestandosi talora con la "forza" di un assoluto. Il vero rischio è allora che prevalgano comunque sintesi culturali alienanti, capaci di istituire la supremazia delle logiche mercantili finanche nell'ambito delle relazioni familiari, consumandole nella ricerca della gratificazione individuale e nella reciproca strumentalizzazione.

Una cultura giuridica all'altezza delle sfide di questo tempo deve allora saper suscitare nella giurisprudenza il dubbio che certe decisioni, anche in maniera inconsapevole e anzi nonostante le migliori intenzioni, finiscano in realtà per assecondare una progettualità sociale ispirata dalle logiche individualiste imperanti[40].

V. LEGGE DEL 26 NOVEMBRE 2021, N. 206.

La riforma del processo civile è uno degli obiettivi concordati con l'Unione europea per accedere alle risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR). In merito, il Parlamento ha approvato la Legge n. 206 del 2021, che prevede una delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, nonché una serie di misure urgenti per la razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie e in materia di esecuzione forzata[41].

Nel disciplinare in modo compiuto e univoco il nuovo procedimento dell'area famiglia, il Legislatore delegante individua uno schema unico, ricalcato sul modello degli attuali procedimenti camerali nei quali si svolgono numerose controversie familiari, imponendo preclusioni e decadenze che oggi non sono presenti e introducendo in ogni caso la previsione di provvedimenti provvisori ed urgenti a tutela dei soggetti coinvolti nella lite che si trovino in una posizione di particolare vulnerabilità.

In particolare, all'art. 1, comma 23, si enunciano i principi e criteri direttivi per l'introduzione, nel Codice di procedura civile, di un rito unificato applicabile a tutti i procedimenti relativi allo stato delle persone, minorenni e famiglie, attualmente attribuiti alla competenza del tribunale ordinario, del tribunale per i minorenni e del giudice tutelare.

Un elemento di novità estremamente significativa della Riforma si rinviene nei poteri non istruttori né decisori, ma puramente "gestori" che vengono attribuiti al giudice.

40 Bilotti, E.: "Diritti e interesse del minore", cit., pp. 13-38.

41 In attuazione della delega, il Governo ha trasmesso alle Camere lo schema di decreto legislativo A.G. 407, sul quale le Commissioni competenti hanno formulato un parere favorevole, condizionato all'accoglimento di alcuni rilievi. La delega deve essere esercitata entro il 24 dicembre 2022.

Sin dal primo atto ciascuna delle Parti, in presenza di figli minorenni, deve depositare un "piano genitoriale", inteso come planning settimanale che "illustri gli impegni e le attività quotidiane dei minori, relativamente alla scuola, al percorso educativo, alle eventuali attività extrascolastiche, sportive, culturali e ricreative, alle frequentazioni parentali e amicali, ai luoghi abitualmente frequentati, alle vacanze normalmente godute", come disciplinato al comma 23, lett. f.

Primo obiettivo della disposizione è dunque di permettere al giudice di conoscere subito la situazione concreta del figlio minorenne, per disciplinarne adeguatamente affidamento, collocamento e diritto di visita.

Da specificare però che, il medesimo piano genitoriale, può essere oggetto di successive modifiche anche da parte del giudice: sin dai provvedimenti provvisori ed urgenti, può formulare una "proposta" di piano genitoriale; essa può essere accettata anche parzialmente dalle parti genitoriali. Una volta stabilito il piano, le parti ne devono dare attuazione e un eventuale inadempimento costituisce un "comportamento sanzionabile ai sensi dell'art. 709-ter del Codice di procedura civile" - comma 23, lett. r.

Gli effetti secondari della disposizione sono evidenti: evitare i prevedibili dissidi che oggi comportano una serie di sub-procedimenti che spesso minano l'efficacia e la tempestività dell'intervento giudiziario[42].

Non sfugge però che al giudice venga attribuita una funzione ulteriore rispetto alla classica e in abdicabile funzione decisionale: quella di individuare un punto di incontro nella gestione dei figli minori, che trascolora nella gestione della genitorialità in crisi; infatti, viene imposto al giudice di indicare quali comunicazioni i genitori debbano scambiarsi obbligatoriamente, salvi i casi di limitazione della responsabilità genitoriale.

Inoltre, tra le varie modifiche, il provvedimento interviene sulla disciplina dell'affidamento dei minori, escludendo che il minore possa essere affidato a un soggetto che abbia partecipato a qualsiasi titolo al procedimento che ha determinato la sua collocazione fuori famiglia; ancora, viene inserita nella legge sulle adozioni una specifica disciplina dell'affidamento del minore al servizio sociale.

Pertanto, tra i vari interventi previsti vi è quello all'art. 336 del Codice civile, che disciplina il procedimento per l'adozione dei provvedimenti in tema di responsabilità genitoriale al fine di garantire l'ascolto del minore e la valorizzazione del ruolo del suo curatore speciale come disciplinato all'art. 1, comma 26.

42 Ciò giustifica lo scopo della riforma del processo civile, incentrata sull'obiettivo della riduzione del tempo del giudizio.

Si prevede che, l'ascolto del minore possa avvenire anche in assenza di istanze di parte; è obbligatorio "qualora un figlio minore rifiuti di incontrare uno o entrambi i genitori" in presenza di allegazione di violenza domestica o di genere, come previsto dal comma 23, lett. b. L'ascolto può coinvolgere anche il minore infradodicenne "ove capace di esprimere la propria volontà" e quest'ultimo, come disciplinato al comma 23, lett. t, non può essere delegato; pertanto, attraverso una interpretazione dello stesso sembra escluso in via radicale e definitiva che questo avvenga ad esempio tramite Servizi Sociali, al contrario, è espressamente vietata la delega ai Giudici onorari, nell'attuale Tribunale per i Minorenni come previsto al comma 23, lett. c.; ciò però non esclude l'ascolto da parte del Giudice togato assieme al Giudice onorario.

Inoltre, si desume che non siano escluse anche le ipotesi di ascolto "assistito", ad esempio da Consulente Tecnico d'Ufficio psicologo o psichiatra. Tali competenze si rivelano infatti di particolare utilità per comprendere appieno se il minorenne infradodicenne sia effettivamente "capace di esprimere la propria volontà"; e, in via generale e per tutte le fasce d'età, se e quanto l'opinione espressa sia genuina o non[43]. In questo caso, considerata l'estrema delicatezza dell'adempimento processuale, appare opportuno e necessario che il Legislatore delegato disciplini anche quali siano le modalità per la sua esecuzione in quanto il diritto all'ascolto costituisce un valore fondamentale.

Il diritto ad essere ascoltati non deve essere solo un principio guida, ma il vero presupposto giuridico affinché i provvedimenti giudiziari che coinvolgono i ragazzi non siano affetti da vizi procedurali.

VI. CONCLUSIONI.

Nel momento in cui un ragazzo care leavers si appresta a lasciare la comunità o la famiglia affidataria entra in gioco una dimensione nuova, spesso insidiosa e angosciante, ma che richiama in sé aspetti ancorati ai temi dell'indipendenza, dell'autonomia e dell'emancipazione.

Si passa dalla protezione come dimensione caratterizzante la tutela, all'"autonomia". Il diritto di famiglia italiano, nonostante i numerosi cambiamenti che lo hanno interessato negli ultimi anni e che hanno portato all'importante conquista dello stato unico di figlio, è ancora lontano dall'essere inclusivo e plurale[44].

43 L'ascolto "assistito" è comunque espressamente previsto in caso di minorenni vittime di violenza domestica o di genere - comma 23, lett. b.

44 Chiappetta, G.: "I nuovi orizzonti del diritto allo stato unico di figlio", in AA. VV.: *Lo stato unico di figlio*, Edizioni Scientifiche Italiana, Napoli, 2014, p. 11 ss.

Pertanto, vista l'assenza in Italia di una tutela specifica – eccetto il prosieguo amministrativo – una soluzione potrebbe essere quella di avere un "équipe" di persone che si occupino dell'accompagnamento verso la piena autonomia dei giovani senza il limite del ventunesimo anno di età, fornendo loro il supporto che viene a mancare dalla famiglia di origine affinché quest'ultimi possano sentirsi protagonisti di uno spostamento da un approccio clinico/terapeutico ad un approccio di empowerment, teso alla promozione e valorizzazione delle risorse del singolo, che ormai si appresta alla vita autonoma.

Una maggiore tutela può essere assicurata attraverso un intervento sull'intero territorio nazionale di sistemi a supporto dei minorenni e dei neomaggiorenni; ovvero, progetti volti a garantire un modello di accoglienza, residenziale e temporanea, frutto di un intreccio di attori che a vario titolo contribuiscano alla sua realizzazione e al suo mantenimento in una logica di governance partecipata, di co-responsabilità e di continua generazione di opportunità.

In Italia, più specificatamente nella regione Umbria, attraverso il progetto sperimentale Rockability, ora Terrirori Intrapendenti[45], si sta lavorando affinché i giovani Care Leavers possano avere una tutela fino al raggiungimento dei loro obiettivi. Questo progetto promuove a Roccaporena di Cascia, uno spazio attivo di relazione e azione per favorire e attuare un programma di trasformazione e rigenerazione dell'area e dei giovani fornendo contributi allo sviluppo del territorio a partire dai suoi elementi identitari, attraverso un metodo di intervento caratterizzato dalla partecipazione e dal confronto costruttivo.

Da qui, si sviluppa il concetto di comunità diffusa che innesca un processo di valorizzazione delle singole risorse materiali e immateriali che, entrando in relazione tra loro, diventano capitale effettivamente utilizzabile individualmente e collettivamente; "capitale", il cui valore si innesca principalmente nella capacità da parte delle persone di riprodurlo e scambiarlo secondo una dinamica relazionale. Il valore, dunque, sta nella "disponibilità" e nella "messa a disposizione" del capitale in un'ottica di reciprocità e nella capacità di sfidare l'esperienza.

Con il concetto di comunità diffusa troviamo alcuni fattori stabili grazie ai quali aumentare la chance per i care leavers ed in generale per i giovani in condizione di fragilità di intercettare, utilizzare e generare risorse. Questi fattori sono: la densità

45 Il progetto sperimentale Rockability ora rinominato Territori Intraprendenti, prende in considerazione e connette alcune aree tematiche di riferimento: il welfare territoriale per lo sviluppo di una comunità accogliente ed educante nella presa in carico delle fragilità sociali, in particolare quelle legate ai minorenni a partire dalla ridefinizione del Centro Educativo di Roccaporena; la valorizzazione del patrimonio storico - artistico e naturalistico, la diffusione di pratiche di turismo responsabile, sostenibile e accessibile; la qualità della vita e dell'ambiente, le opportunità per i giovani. In questo contesto di effervescenza collettiva, di pensiero e di relazioni educanti trova spazio e condizioni la sperimentazione di una particolare metodologia di intervento rivolta ai ragazzi/e care leavers. Siti: https://www.rockability.net, https://www.territorintraprendenti.it, la data dell'ultimo accesso alla Url citata è del 9 ottobre 2022.

relazionale, la prossimità delle relazioni e delle risorse immateriali e materiali e quindi l'immediatezza con cui sono intercettabili e disponibili, elementi che uniti alla intenzionalità comune degli attori della comunità diffusa si traducono in capitale effettivamente utilizzabile.

Alla base quindi della comunità diffusa c'è un mandato di accompagnamento del care leavers verso l'autonomia attraverso percorsi che possano far sentire il giovane protagonista attivo in ascolto e in crescita nella formazione di sperimentazione.

In questo senso, l'intensità stessa degli scambi che si realizzano nell'ambito della comunità diffusa, è una caratteristica distintiva che la differenzia da contesti che rimangono disarticolati e le cui risorse devono essere continuamente intercettate, richiedendo un continuo dispendio di energie che non necessariamente si traduce nel raggiungimento del risultato.

Da qui, si può cogliere una visione di "genitorialità" più ampia; genitorialità che si esprime non solo attraverso la presenza di due genitori, ma anche attraverso un servizio, una "genitorialità di luogo sociale". L'idea di concepire "un luogo" per l'autonomia dei giovani che non abbia delle mura impermeabili; non il classico gruppo di appartamento dove i giovani potrebbero vivere insieme, ma una realtà diffusa, in cui i ragazzi compartecipano insieme ai giovani del territorio in un'ottica di politiche giovanili che attraversano politiche pubbliche[46].

Per avere un cambiamento e garantire loro una tutela nella crescita, è necessario un rovesciamento in termini, ovvero, vedere quello che "portano" i giovani e "cucire addosso a loro degli abiti".

Dunque, con il termine "comunità diffusa" s'intendono tanti luoghi, tante esplorazioni in cui i ragazzi sono attraversati da esperienze. Il cuore della comunità diffusa è l'idea di pensare ai ragazzi insieme in un luogo contaminato.

Pertanto, affinché i giovani non si sentano in uno status di abbandono, una volta diventati "adulti", è necessario l'intervento da parte del legislatore affinché si possa sostenere, favorire e garantire percorsi riparativi e di cura capaci di perturbare la rappresentazione della relazione e dell'adulto come, trascurante, ostile o violento. Una perturbazione che se incanalata, costante, rassicurante può trasformare la percezione dell'altro e quindi quella del sé. Un sé che sente di non essere rifiutato e abbandonato. Ne derivano un aumento dell'autostima e un'interiorizzazione della sicurezza capaci di mobilitare le risorse personali del giovane verso l'acquisizione di competenze relazionali e di vita, verso una sempre maggiore autonomia.

46 Sul concetto di genitorialità v. anche Barba, V.: "Tecniche procreative, genitorialità e interesse del minore", in AA.VV.: *Diritto civile Minorile*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, pp. 125-158.

BIBLIOGRAFIA

Ballarani, G.: "Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336-bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato", in *Dir. fam. pers*, 2014, II, pp. 850-851.

Ballarani, G.: "Interesse minore", in AA.VV.: *Provvedimenti riguardo i figli* (a cura di S. Patti, L. Rossi Carleo), Zanichelli Editore, Bologna, 2010.

Ballarani, G.: "Il diritto all'ascolto", in AA.VV.: *La riforma della filiazione*, (a cura di C.M. Bianca), CEDAM, Milano, 2015, pp. 133-134.

Ballarani, G.: "Il diritto del minore a non essere ascoltato" in *Dir. fam. pers*., 2011, II, pp. 1807 ss.

Barba, V.: "Tecniche procreative, genitorialità e interesse del minore", in AA.VV.: *Diritto civile Minorile*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022.

Bilotti, E.: "Diritti e interesse del minore", in AA.VV.: *Autodeterminazione e minore di età*, (a cura di R. Senigaglia), Pacini Giuridica, Pisa, 2020.

Chiappetta, G.: "I nuovi orizzonti del diritto allo stato unico di figlio", in AA. VV.: *Lo stato unico di figlio*, Edizioni Scientifiche Italiana, Napoli, 2014.

Dogliotti, M.: "La filiazione", in AA.VV.: *Commentario Codice Civile La filiazione fuori del matrimonio*, Giuffrè Editore, Milano, 2015.

Ferrando, G.: "Famiglia e minori", in AA.VV.: *Diritto di famiglia*, quarta edizione, Zanichelli Editore, Torino, 2020.

Gorgoni, A.: *Famiglie e minore età: dall'atto al rapporto,* Giappichelli, Torino, 2021.

Lenti, L.: "Il diritto di famiglia e le sue fonti", in AA.VV.: *Diritto di famiglia e servizi sociali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018.

Morozzo della Rocca, P.: "Tutela minori" in AA.VV.: *Commentario del diritto civile Della Famiglia* (a cura di E. Gabrielli), UTET giuridica, Milano, 2010.

Palazzo, A.: "Minori", in AA.VV.: *La filiazione,* Giuffrè, Milano, 2013.

Perlingieri P.: "Norme costituzionali e rapporti di Diritto Civile", in *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, pp. 95 ss.

PERLINGIERI, P.: "*Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*", 4ª ed., IV, Napoli, 2020, pp. 5 ss.

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

PERLINGIERI, P.: "Sull'ascolto del minore", in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2012, pp. 125 ss.

RUSCELLO, F.: "Condotta genitore", in AA.VV.: *Il Codice Civile Commentario Responsabilità dei genitori*, Giuffrè Editore, 2016.

SASSI, A.: "Azioni di Stato", in AA.VV.: *La Filiazione* e *i Minori* (a cura di A. SASSI E S. STEFANELLI), UTET giuridica, Milano, 2018.

SCAGLIONE, F.: "Situazioni giuridiche soggettive e capacità", in AA.VV.: *La Filiazione* e *i Minori* (a cura di A. SASSI E S. STEFANELLI), UTET giuridica, Milano, 2018.

STEFANELLI, S.: "Responsabilità genitoriale", in AA.VV.: *La Filiazione* e *i Minori* (a cura di A. SASSI E S. STEFANELLI), UTET giuridica, Milano, 2018.



EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA VACUNA CONTRA LA COVID-19 EN LA ACTUALIDAD: DE LA IMPOSICIÓN GENERAL A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE PROGENITORES*

THE LEGAL REGIME OF THE COVID-19 VACCINE TODAY: FROM GENERAL IMPOSITION TO THE RESOLUTION OF CONFLICTS BETWEEN PARENTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 980-1015

* Esta investigación ha sido financiada por el Ministerio de Universidades a través del programa de Formación del Profesorado Universitario (Referencia: FPU19/00862).

Víctor
MORENO
SOLER

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: El presente trabajo analiza la evolución en el tratamiento jurídico de la vacunación contra la Covid-19 en el ordenamiento jurídico español y la complejidad que presenta la temática en las coordenadas actuales.

PALABRAS CLAVE: Vacunación; menor de edad; conflictos; progenitores.

ABSTRACT: *The present paper analyses the evolution in the legal treatment of vaccination in the Spanish legal system and the complexity of the subject in the current coordinates.*

KEY WORDS: *Vaccination; minors; conflicts; parents.*

SUMARIO.- I. VACUNAS Y DERECHO.- 1. Una pandemia ¿impredecible? – 2. Vacunas y salud pública: la negativa por motivos religiosos o de conciencia.- II. EL NUEVO ESCENARIO MARCADO POR LA PANDEMIA PRODUCIDA POR LA COVID-19.- 1. Las distintas fases que ha sufrido la vacunación en España.- 2. La regulación de la vacunación obligatoria en otros países.- A) Austria.- B) Italia.- 3. España: ¿Una excepción? – III. LA DECISIÓN DE VACUNAR CONTRA LA COVID EN EL ÁMBITO FAMILIAR: ¿QUIÉN DECIDE? – 1. Cuestiones generales.- 2. Pronunciamientos judiciales respecto a la vacuna contra la COVID-19 en menores de edad.- 3. Argumentos a favor de la vacunación infantil.- A) Vacuna instrumento ideal.- B) Aconsejado por las instituciones sanitarias.- C) Solidaridad social.- D) El eventual riesgo de la administración de la vacuna es menor que los beneficios que reporta.- E) Perjuicio directo o indirecto en su vida social, familiar o educativa.- 4. Argumentos en contra de la vacunación infantil.- A) Incidencia COVID-19 en menores de edad.- B) Efectos adversos a largo plazo desconocidos.- C) Escasa certeza sobre la seguridad de la vacuna y autorización de "emergencia".- D) Improcedente solidaridad.- E) Cuestionamiento eficacia para frenar contagios.- IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

I. VACUNAS Y DERECHO.

1. Una pandemia ¿impredecible?

Desde que apareciera en nuestras vidas la enfermedad por coronavirus (provocada por el virus SARS-CoV-2) ha habido pocos momentos en los que se haya dejado de abordar los datos de personas infectadas, hospitalizadas y fallecidas a consecuencia de la enfermedad. De hecho, nos encontramos en un momento en que se vuelve a advertir la llegada de "una nueva ola"[1] que aconsejaría el mantenimiento de algunas restricciones – como el uso de la mascarilla obligatoria en transporte público – y la exploración de nuevas medidas para evitar una "Navidad peor que el año pasado"[2].

Sea como fuere, es innegable que la pandemia global provocada por la COVID-19 ha traído consigo la necesidad de hacer frente a múltiples desafíos manifestados en distintos ámbitos económicos, sociales y políticos. Es evidente afirmar que el Derecho cuenta con la dificultad de no poder ofrecer siempre respuestas con anterioridad a los retos que se plantean.

1 Al menos así lo manifiestan distintos expertos, basándose en los datos ofrecidos por las fuentes oficiales actualizadas a fecha 21 de octubre de 2022. No obstante, somos conscientes de que en el momento de la lectura de este artículo, la situación podría ser distinta. Véase: https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Actualizacion_642_COVID-19.pdf (Última consulta: 23/10/2022).

2 Así lo ha declarado recientemente la conocida viróloga Margarita del Val. Véase: https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/alerta-margarita-val-contagios-covid-esta-navidad-habra-situacion-peor-que-ano-pasado_2022102463568dcf8fa20000019cf4df.html (Última consulta: 23/10/2022)

• Víctor Moreno Soler
Contratado Predoctoral de Investigación en el Departamento de Derecho Romano y Eclesiástico del Estado en la Universitat de València. Correo electrónico: Victor.Moreno@uv.es

Además, pocos hubieran podido pronosticar la aparición de un virus que pudiera traer estas consecuencias para el conjunto de la humanidad. No obstante, también cabe resaltar que desde hacía unos años contábamos con algunas advertencias desde distintos organismos y ámbitos. De este modo, sírvase los siguientes ejemplos para ilustrar al lector acerca de la amenaza que existía y se ponía de manifiestos por parte de distintos actores. En 2015, tras el brote de ébola de 2014, se creó el Grupo de Alto Nivel sobre la Respuesta Mundial a las Crisis Sanitarias dentro de Naciones Unidas, con el objeto de proponer recomendaciones que servirían para prevenir y responder de manera eficaz a futuras crisis sanitarias. Pues bien, el 9 de febrero de 2016, la Asamblea General de Naciones Unidas advertía en su Resolución 70/723[3]: "El elevado riesgo de que se produzcan grandes crisis sanitarias suele, por lo general, subestimarse y que la preparación y la capacidad de respuesta del mundo es lamentablemente insuficiente. En el futuro, las epidemias podrían superar con creces la magnitud y la devastación del brote de ébola en África Occidental. Preocupa (…) saber que la aparición de un virus de gripe altamente patógeno, que podría causar rápidamente millones de muertes y grandes trastornos sociales, económicos y políticos, no es un escenario poco probable"[4].

Un año más tarde, la propia Estrategia de Seguridad Nacional de España[5] reconocía como uno de los desafíos a tratar "las epidemias y pandemias", ya que disponía que en las últimas décadas había aumentado "el número de enfermedades emergentes identificadas y de situaciones de riesgo asociadas a ellas". Y advertía: "España, un país que recibe más de 75 millones de turistas al año, con puertos y aeropuertos que se cuentan entre los de mayor tráfico del mundo, un clima que favorece cada vez más la extensión de vectores de enfermedades, con una población envejecida y una situación geopolítica polarizada, no está exenta de amenazas y desafíos asociadas a enfermedades infecciosas tanto naturales como intencionadas"[6].

Incluso desde la ciencia jurídica, precisamente eclesiasticista, ya se había puesto de manifiesto con anterioridad que la globalización también estaba presente en el ámbito de las enfermedades. De este modo, la Profª. García Ruíz advertía de que no existían fronteras para las enfermedades y que los riesgos de sufrir pandemias

3 A/70/723. Proteger a la humanidad de futuras crisis sanitarias. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre Respuesta Mundial a las Crisis Sanitarias.

4 Ibid., p.5.

5 Estrategia de Seguridad Nacional 2017. Puede consultarse: https://www.defensa.gob.es/Galerias/defensadocs/Estrategia_Seguriad_Nacional_2017.pdf (última consulta: 29/10/2022).

6 Ibid., p. 76.

a escala mundial eran "más reales en la actualidad que en cualquier otro momento de la historia de la humanidad"[7].

Sea como fuere, lo cierto e innegable es que la pandemia apareció en nuestras vidas y con ella un nuevo modo de vida impuesto por los efectos derivados por ella. Es evidente el daño que nos causó – y sigue causando – esta pandemia a nivel mundial en múltiples ámbitos, aunque lo más cuantificable sea, sin duda, el número de personas que han perdido la vida y las repercusiones económicas que ha tenido – y sigue teniendo – la pandemia sobre los ciudadanos, empresas y Estados. Estos efectos secundarios fueron señalados desde el inicio de la pandemia por las autoridades sanitarias[8].

Ante esta situación de tales magnitudes, se produjo un despliegue de medios con el fin de pudiera obtenerse el instrumento idóneo para frenar los efectos negativos de la pandemia: la vacuna. Sin duda, los distintos pasos agigantados que se dieron en aquellos meses recibieron la máxima atención de los medios de comunicación, ya que se esperaba con ansia su llegada con el planteamiento de que cuando éstas estuvieran disponibles, recuperaríamos la vida "normal" a la que habíamos estado acostumbrados. Y, ciertamente, pese a que se empezó a jugar en cierta medida con la terminología – un ejemplo lo encontramos en la mal llamada "nueva normalidad" aludiendo a la normalidad que se presenta como "nueva" –, es cierto que se fueron recuperando prácticas habituales de forma progresiva. No obstante, con la llegada de éstas, también se requería de la intervención del Derecho para regular la configuración legal que se otorgase en diversos ámbitos.

2. Vacunas y salud pública: la negativa por motivos religiosos o de conciencia.

La relación entre estos dos términos no suele ser demasiado sencilla. Lo podemos atestiguar de múltiples modos, precisamente porque no estamos ante un fenómeno nuevo. En realidad, contamos con vacunas desde hace mucho tiempo. Gracias a ella hemos conseguido detener – e incluso erradicar – numerosas enfermedades. Por ello, es evidente que la vacuna se presenta como el instrumento idóneo para preservar la salud pública en las sociedades.

Ahora bien, la evidencia científica que muestran los diferentes datos respecto al control de la expansión de numerosas enfermedades infecciosas no ha traído consigo un apoyo unánime a éstas. De hecho, parece que siempre han existido

7 García Ruiz, Y.: "¿Vacunas obligatorias de menores contra la voluntad de los padres?", *HUMANITAS Humanidades Médicas*, Enero 2009, núm. 35, p. 8.

8 De este modo, la Organización Mundial de la Salud, junto con la Cámara de Comercio Internacional: Declaración conjunta de la ICC y la OMS: Un llamamiento a la acción sin precedentes dirigido al sector privado para hacer frente a la COVID-19. Disponible en https://www.who.int/es/news/item/16-03-2020-icc-who-joint-statement-an-unprecedented-private-sector-call-to-action-to-tackle-covid-19. (Última consulta: 14/10/2022).

grupos sociales que han mostrado reticencias a la inoculación de una vacuna. Se puede advertir que los motivos que han llevado a estas personas a rechazar las vacunas han sido diversos[9]. No obstante, las creencias religiosas han sido uno de las razones que más se han argumentado en distintas situaciones[10]. En la última pandemia, las confesiones religiosas han llevado a cabo pormenorizados estudios para cerciorarse de que la vacuna y los componentes utilizados en su desarrollo no fuesen contrarios a los preceptos propios. Se puede advertir que en nuestra realidad más cercana las confesiones han aceptado e incentivado la vacunación contra esta enfermedad contagiosa, teniendo un importante papel en la difusión de una imagen positiva sobre sus comunidades[11].

Ante la negativa de estos grupos sociales y/o religiosos a recibir el tratamiento médico, los ordenamientos jurídicos han debido articular una configuración legal que pudiese ofrecer respuestas ante los eventuales escenarios que pudieran darse. Conviene destacar que cada vez que sucede un hecho de esta naturaleza, el eco que se presta desde los medios de comunicación es considerable. Además, esta respuesta jurídica no ha resultado ser uniforme, sino que han sido los Estados quienes, teniendo presentes las particularidades concretas presentes en su territorio, han decidido implementar un modelo u otro. Por tratar de agrupar de una manera sencilla – aunque, como tal, siempre corremos el riesgo de caer en simplismo – podríamos identificar un modelo de recomendación y otro de obligación. Por supuesto, dentro de cada uno de estos dos grupos las diferencias que encontramos entre un Estado y otro son considerables, por ejemplo, respecto al tratamiento jurídico aplicable a aquellos que no cumplen con la obligación de vacunación en aquellos casos donde ésta es preceptiva, o en el número y causas de posibles excepciones ante esta obligación general de vacunación.

En este sentido, es inevitable mencionar el supuesto estadounidense, que se inclina hacia una mayor intervención en el colectivo de los menores de edad, llegando a condicionar el acceso a la escolarización. En las legislaciones federales del país americano, se fueron adoptando exenciones por motivos médicos, cuando la inoculación de la vacuna tenía contraindicaciones para el paciente en cuestión. Además, en algunas de ellas también se contemplaron exenciones por motivos ideológicos o filosóficos y exenciones por motivos religiosos, siempre que

9 De este modo, los motivos pueden ser muy diversos: "porque se ven como una imposición injustificada de la industria farmacéutica; porque tienen efectos secundarios mucho más graves que los beneficios que tratan de aportar; porque están hechas con sustancias gravemente peligrosas para salud; porque atenta contra formas de medicina más naturales; y, en general, por variadas razones de índole filosófica o incluso religiosa". Véase Bellver Capella, V.: "Vacunas", *Revista ROL Enfermería*, 2015, núm. 38 (10), p. 659.

10 Un ejemplo lo tendríamos en el debate político-social que tuvo lugar en los Países Bajos en 2013, que tenía como objeto una epidemia de sarampión y como sujeto un grupo de calvinistas holandeses que se negaban a la vacunación contra dicha enfermedad. Véase García Ruiz, Y., "Salud pública y multiculturalidad: inmunización poblacional y seguridad alimentaria", *AFDUAM*, 2014, núm. 18, pp. 269-289.

11 Milani, D.: "Vaccinazioni e bene comune: la prospettiva ecclesiasticistica", *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, agosto 2022, Fascicolo 2, pp. 362-370.

cumplieran con unos requisitos. No obstante, la puesta en práctica de éstos no ha conllevado una ausencia de conflictos judiciales, ya que muchas situaciones han requerido la actuación de los tribunales. A su vez, se ha observado una tendencia hacia una mayor restricción en la aplicación de las exenciones religiosas, dejando la cuestión al "al arbitrio de las autoridades estatales, que se perciben como las más adecuadas para valorar las medidas de las que disponen para proteger la salud pública", como ha puesto de manifiesto la Profª. Meseguer[12].

El mayor intervencionismo de los Estados Unidos podrían ser debido a que "se entiende que el bien de la salud pública justifica el recorte de las libertades individuales y la imposición de la vacunación"[13]. Lo llamativo – como sostiene el Prof. Bellver – es que en países como el nuestro "la ausencia de castigo no ha dado pie a un incumplimiento generalizado: al contrario, el porcentaje de personas vacunadas en España es de los más altos del mundo"[14]. Por otro lado, es procedente subrayar la correspondiente responsabilidad de la Administración Pública que puede traer consigo la implantación del deber legal de inocularse la vacuna, por los daños derivados de la administración de la misma.

Por tanto, lo que está en discusión no es el éxito de la vacuna como instrumento de inmunización de la población ante enfermedades contagiosas, sino si resulta ético que los Estados intervengan imponiendo su administración en aras de proteger la salud pública. Especialmente, en un contexto caracterizado por un éxito en la vacunación. Evidentemente, lo óptimo es alcanzar estas altas tasas mediante otros medios diferentes a la imposición, tales como las campañas de sensibilización. Ello trae consigo resultados muy similares sin resultar afectados otros intereses jurídicos en juego.

II. EL NUEVO ESCENARIO MARCADO POR LA PANDEMIA PRODUCIDA POR LA COVID-19.

1. Las distintas fases que ha sufrido la vacunación en España.

Sin duda alguna, en estos dos últimos años hemos presenciado numerosos sucesos que han tenido lugar en el mundo. Además, una nota característica de este período ha sido la inmediatez de los hechos, que precisaba desarrollar en mayor grado la capacidad de adaptación a un entorno en constante cambio. Ello

12 Puede apreciarse en el detallado estudio, Meseguer Velasco, S.: "Libertad religiosa, salud pública y vacunación Covid-19", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2021, núm. 56, pp. 1-36.

13 Resulta de especial interés Bellver Capella, V.: "Vacunas", cit., pp. 658-667. La cita se encuentra en la p. 663.

14 Ídem.

trae como consecuencia una variación en algunas cuestiones que giran en torno a la vacunación[15].

En un primer momento, es cierto que la preocupación giraba en torno a quién debía tener prioridad para acceder a la vacuna. Esto es fácilmente comprensible al situarnos en un momento en que el número de dosis disponibles era muy limitado, y el porcentaje de la población que deseaba inyectarse la vacuna era muy superior a éste. Esto llevó a los distintos Estados a adoptar estrategias de vacunación, priorizando unos grupos de población sobre otros a la hora de administrar la vacuna. En el caso de España, el 2 de diciembre de 2020 se aprobó la Estrategia de vacunación frente a la COVID-19 en España. Este documento, aprobado por el Grupo de Trabajo Técnico de Vacunación COVID-19, de Ponencia de Programa y Registro de Vacunaciones, ya advertía desde el inicio que pretendía ser un "documento vivo", que precisaría de nuevas actualizaciones conforme se tuviera mayor nivel de conocimiento[16]. En efecto, fue así, y al momento de escribir estas líneas existen once Actualizaciones de Estrategia disponibles en el Portal del Ministerio de Sanidad; la última de ellas, del 8 de febrero de 2022[17].

El establecimiento de la prioridad de los grupos de población a vacunar, lejos de ser una tarea sencilla, precisó de importantes dosis de reflexión. Aunque también es cierto que en el ámbito sanitario siempre debe decidirse hacia qué y quiénes van destinados los recursos. Ello es así porque, tal y como afirma el Comité de Bioética de España: "El todo, para todos, siempre y ya casi nunca es posible"[18]. Por tanto, esta priorización en los recursos sanitarios no es una cuestión exclusiva de la pandemia provocada por la COVID-19.

Ahora bien, a nadie se le escapa, que en esos meses todo el mundo estaba esperando fervientemente la llegada de la vacuna que pudiese reestablecer, en la mayor proporción, el orden preestablecido hasta ese momento. Es por ello que se oían voces que clamaban en favor de visiones más técnicas y utilitaristas, en detrimento de otros criterios que se fundamentaban en la protección de los más

15 Esto comportaría la no tan fácil extrapolación de algunos viejos resortes a la nueva situación. La misma dificultad se aplicaría a las conclusiones a las que llega la conocida Sentencia Vavřička y otros c. la República Checa, de 8 de abril de 2021, pese a que efectivamente la fase de deliberación tuvo lugar en pleno contexto pandémico. Para una mayor profundización, véase Meseguer Velasco, S.: "Objeción de conciencia a la vacunación de los menores de edad en la jurisprudencia de Estrasburgo", *Jus: Rivista di Scienze Giuridiche*, 2022, núm. 1, pp. 100-132.

16 Así está dispuesto en el Resumen Ejecutivo de la Estrategia de vacunación frente a COVID19 en España, de 2 de diciembre. Puede consultarse en: https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/vacunaciones/covid19/Actualizaciones_Estrategia_Vacunacion/docs/COVID-19_EstrategiaVacunacion.pdf (Última consulta: 10/10/2022).

17 Pueden consultarse todas ellas en: https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/vacunaCovid19.htm (Última consulta: 10/10/2022).

18 Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus, 25 de marzo de 2020, p. 4. Puede verse: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf (Última consulta: 10/10/2022).

vulnerables. Como en toda situación de recursos limitados para cubrir necesidades de mayor tamaño, existían importantes dilemas que tenían que resolverse.

Huelga mencionar que los efectos que se derivasen de las decisiones que se tomaran, en un sentido u otro, se desplegarían sobre distintos ámbitos y tendrían una relevancia destacable, además de a nivel sanitario, también en el plano social, político y económico. No obstante, las importantes consecuencias que los criterios tenían sobre el tejido industrial y social de las sociedades no fue impedimento para que las decisiones que se tomasen no atendiesen exclusivamente a criterios científicos, económicos o sociológicos, sino a principios y valores éticos[19].

Por tanto, podríamos afirmar indudablemente que inicialmente la preocupación giraba en torno a *quién* debía tener prioridad para acceder a la vacuna. De este modo, el foco mediático se centró en aquellos casos en los que personas se habían inoculado la vacuna a pesar de que no les correspondía en ese momento. Quizá los casos con más eco mediático fueron los de los políticos de distintos niveles, que se vacunaron "saltándose" la cola que guardaba el resto de la población[20]. En ningún caso hasta el momento ha habido consecuencias jurídicas, limitándose tan sólo algunos de ellos a dimitir, forzados generalmente por las cúpulas de sus propios partidos.

No obstante, los tribunales no han dudado ni un instante en condenar a Administraciones Públicas por no respetar la prioridad que se fijaba en la normativa que establecía el orden y prioridad a la hora de administrar las primeras vacunas que se recibieron contra la COVID-19. Así, la Comunidad Valenciana relegó a los médicos de la sanidad privada, retrasando la vacunación de éstos respecto a aquellos trabajadores que prestaban servicios en la sanidad pública. Por ello, la administración autonómica fue condenada por vulneración de derechos fundamentales a indemnizar con 10.000€ al Colegio de Médicos de Alicante[21]. Otro ejemplo lo tendríamos en Cataluña, donde se optó por no vacunar a policías nacionales y guardias civiles en las fechas en las que sí que se estaban dispensando las vacunas a los Mossos y la Guardia Urbana. De esta forma, mientras "ya había sido vacunado el 80,3 % de los Mossos d'Esquadra, el 71,2 % de los policías locales y el 79,1 % de los integrantes de la Guardia Urbana de Barcelona", la situación era

19 Así lo han declarado Federico de Montalvo Jääskeläinen y Vicente Bellver Capella, que eran, respectivamente, presidente y miembro del Comité de Bioética de España e integrantes del mencionado Grupo Técnico para la Estrategia de la Vacunación frente al COVID-19. Véase https://www.vacunacovid.gob.es/voces-expertas/la-etica-protagonista-de-la-estrategia-espanola-de-vacunacion-contra-el-covid-19 (Última consulta: 10/10/2022).

20 Consúltese https://www.rtve.es/noticias/20210121/politicos-se-saltan-cola-vacunacion-nuevo-tipo-corrupcion-pandemica/2068383.shtml (Última consulta: 10/10/2022).

21 Véase la Sentencia de 3 de enero de 2022, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 3 de Alicante, Procedimiento Especial de DDFF Nº 3/2022.

bien distinta en los otros cuerpos, ya que "el porcentaje de los policías nacionales destinados en Cataluña era del 9,9 % y del 6,3 % en la Guardia Civil"[22].

Más tarde, cuando el número de dosis de disponibles fue ampliándose y el abastecimiento ya no presentaba un problema real, se dejó de hablar acerca de *quién* se vacunaba primero y pasó a hablarse de *qué sucedía* con quien no deseaba vacunarse. En otras palabras, cuáles serían las consecuencias que deberían afrontar aquellos individuos y grupos sociales que mostrasen su rechazo a la inoculación de la vacuna. E incluso se llegó a plantear en alguna ocasión el posible establecimiento de la vacunación obligatoria.

No obstante, la mención del recurso a la imposición de la vacuna no ha traído consigo un posterior recorrido en el ámbito nacional, quizá en parte por la gran acogida que han tenido las vacunas en nuestro país. Cabe destacar que en otros países de nuestro entorno ha sido una cuestión de Estado, enfrentando a partidos políticos en la defensa o reticencia a la adopción de medidas coercitivas concretas para aquellas personas no vacunadas. De hecho, en algunos de ellos se ha llegado a imponer la vacunación obligatoria, bien sea para la población en su conjunto, a partir de una edad, bien para un colectivo concreto, como por ejemplo los trabajadores en el ámbito sociosanitario.

2. La regulación de la vacunación obligatoria en otros países.

A) Austria.

Sin duda, entre los Estados que han impuesto la vacunación obligatoria es inevitable destacar a Austria, por ser el primer país de la Unión Europea que estableció la vacunación obligatoria en su territorio. Además, es importante también porque, a diferencia de otros países, en este caso la obligación fue general para cualquier persona mayor de 18 años que residiese en el país. Por tanto, no se trataba únicamente de una regulación para un colectivo específico de edad – con mayor vulnerabilidad – o un personal específico – por trabajar en con colectivos más vulnerables –. Ante el incumplimiento de esta medida se estableció que se impondrían sanciones de 600€, llegando a poder elevarse la cuantía de la multa pecuniaria a 3.600€, en caso de que el ciudadano persistiese en su intención de no inocularse la dosis[23]. El Parlamento austríaco ya había antes ordenado confinar a los no vacunados, unos 2 millones de habitantes por aquel entonces, de modo que

22 Véase la Sentencia 4789/2021, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo.

23 COVID-19-Impfpflichtgesetz (en español: Ley de Vacunación COVID-19). Puede consultarse el texto legal en línea, en versión original en: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/ME/ME_00164/fname_1024580.pdf (Última consulta: 12/10/2022).

únicamente pudieran salir de casa con fines estrictos como el de acudir al trabajo o comprar alimentos.

Pese a que la norma establecía que la disposición estaría vigente hasta finales de enero de 2024, jamás llegó a aplicarse. Y ello a pesar de que entró en vigor el 1 de febrero de este mismo año. Pero, en la norma se establecía un período de "fase inicial" hasta el 15 de marzo. Dentro de esta fase, se estableció que se informaría por escrito a todos los hogares sobre la medida. Pasada esa fecha, se procedería a aplicar ya las sanciones previstas. Lo que sucedió es que, a menos de una semana de que se pasase a la siguiente fase prevista por la norma, se anunció que la norma quedaría en suspensión durante tres meses, amparándose en un informe de una comisión de expertos que consideraba que ya no existían razones para ponerla en marcha debido al carácter leve de los contagios de la variante Ómicron. Así, se ordenó el 9 de marzo, que los efectos de esta norma quedaban suspendidos por el momento, sin que quedase en ningún caso derogada la ley. La Ministra de Asuntos Constitucionales, Karoline Edtstadler, tras una reunión del Consejo de Ministros, precisó que ante la variante ómicron del SARS-CoV-2, la vacuna obligatoria no respondía al principio de "proporcionalidad" entre los beneficios que aporta a la sociedad y las limitaciones a las libertades individuales que exigía la Constitución[24].

Ahora bien, pese a la reiteración y énfasis en la no derogación, sino suspensión de los efectos de la norma, la ley fue derogada definitivamente tan sólo tres meses más tarde. De este modo, el 23 de junio de 2022 se derogaron las enmiendas llevadas a cabo en la Ley de Epidemias austríaca de 1950, para dejar de nuevo en el olvido la idea de la vacunación obligatoria[25]. Así, aquel país que había resultado ser abanderado de los cambios legislativos con el foco centrado en la vacunación obligatoria, daba un paso al lado, argumentando que las circunstancias no eran las mismas y que en el contexto vigente era más perjudicial que beneficioso la imposición en la realidad nacional, sin dejar de manifestar que la vacuna seguía siendo el mejor instrumento para protegerse frente al virus.

Pese a que hemos optado por destacar en mayor medida las modificaciones legislativas que hubo en Austria, otros países también trataron de adoptar alguna norma con un alcance similar a ésta. Un ejemplo sería Alemania, que pese a que lo intentó jamás la llegó a aprobar.

24 Se puede consultar todo lo manifestado por la Ministra austríaca en: https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/nachrichten-der-bundesregierung/2022/03/verfassungsministerin-edtstadler-covid-19-impfpflicht-wird-ausgesetzt.html (Última consulta: 12/10/2022).

25 Puede consultarse la versión consolidada de la norma, y también las distintas enmiendas en: https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10010265 (Última consulta: 12/10/2022).

No obstante, tanto Alemania como otros países – Francia e Italia, por ejemplo – sí que adoptaron otras normas encaminadas a la vacunación obligatoria. La diferencia radica en que estas disposiciones no tenían un alcance general, esto es, para toda la ciudadanía residente en el país; más bien, se centraban en un colectivo específico de la población.

B) Italia.

El caso italiano también es digno de mención porque recientemente ha habido modificaciones al respecto. Primero, se aprobó una norma (Decreto Ley nº44/2021 de 1 de noviembre 2020)[26], que preveía la vacunación obligatoria para ejercer una serie de profesiones. De este modo, el artículo cuarto de la norma desarrollaba el contenido de los practicantes de las profesiones sanitarias y operadores de interés sanitario a los que se aplicaba la obligación[27]. Por tanto, la aprobación de esta norma traía consigo la configuración de la vacunación como "requisito esencial" para poder desarrollar las actividades profesionales[28]. La decisión de no someterse a la imposición conllevaba, pues, la suspensión de la prestación laboral (artículo 6). La norma fijaba que sería de aplicación como máximo hasta el 31 de diciembre del 2021. Y, además, en su artículo 4.2 delimitaba que únicamente podrían alegarse causas de "accertato pericolo per la salute" derivado de específicas condiciones clínicas documentadas para permitir la exoneración de la obligación o el aplazamiento en su administración. Por tanto, la objeción de conciencia no podía tener lugar.

El contenido de la norma sufrió algún cambio con la aprobación del Decreto Ley nº172 de 26 de noviembre 2021[29]. Esta norma, a los efectos de lo que nos ocupa, se prorrogó esta obligatoriedad un año más, hasta el 31 de diciembre 2022. Y, además, se extendió también su obligatoriedad a otras profesiones, que ya no se ceñían de forma estricta al ámbito socio-sanitario. De esta forma, en el artículo 2 de la norma se modificaba el alcance del decreto anterior con el objeto de incluir a cualquier trabajador que prestara servicios en una de estas dependencias que se recogían en la norma, no sólo a los sanitarios y personal de interés sanitario. Además, también era de aplicación para el personal educativo, el personal del ámbito de la defensa, seguridad y bomberos y todo el personal que prestase servicios en el "Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria" o en el

26 Puede consultarse en: https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2021/04/01/79/sg/pdf (Última consulta: 03/11/2022).

27 El apartado uno del mencionado artículo incluye en este grupo de profesiones a: "gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali".

28 El mismo apartado explicita: "La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati".

29 Puede consultarse la norma: https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/11/26/21G00211/sg (Última consulta: 03/11/2022).

"Dipartimento per la giustizia minorile e di comunita'", además del personal que trabajase en el interior de los propios centros penitenciarios de adultos y menores de edad.

La obligatoriedad de estos grupos – seleccionados por profesión – se complementaba con la obligatoriedad de las personas residentes en Italia que fuesen mayores de cincuenta años. Así se aprobó por medio del Decreto Ley nº1 de 7 de enero 2022[30]. No obstante, la misma norma preveía que su vigencia se limitaría al 15 de junio del mismo año. No hubo ninguna otra modificación, y en esa fecha quedó sin efecto esa imposición para los mayores de cincuenta años. También cesó la obligatoriedad para los grupos profesionales que habían sido incluidos en un momento posterior, quedando desde ese momento restringida la administración obligatoria para los trabajadores socio-sanitarios. Estaba prevista que ésta se extendiese hasta el 31 de diciembre del mismo año, salvo que hubiese novedad. No obstante, el nuevo ejecutivo recientemente ha anticipado el fin de la aplicación de la norma. Así, con la aprobación del Decreto Ley nº162 de 31 de octubre 2022[31], la suspensión de empleo y sueldo para aquellos trabajadores no vacunados en el ámbito sanitario y asistencial queda sin efecto desde el 1 de noviembre de 2022, esto es, dos meses antes de lo previsto. Por tanto, ya no queda tampoco ninguna medida en vigor en Italia.

3. España: ¿Una excepción?

En contraste con las realidades puestas de manifiesto, en el ámbito nacional parecería que no se ha aprobado ninguna norma conducente a la vacunación obligatoria. Y ello es cierto. Pero tan sólo parcialmente. Y decimos ello porque, si bien es cierto que no se ha aprobado ninguna norma en las Cortes Generales, distintos parlamentos autonómicos han aprobado normas con cláusulas relativas a esta cuestión.

De esta forma, en este tiempo se han adoptado normas autonómicas que contemplan medidas preventivas que incluyen la vacunación obligatoria. Un ejemplo lo encontramos en Galicia, con la aprobación de Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia[32]. Otro, en el País Vasco, con la Ley 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de COVID-19[33].

30 La norma está disponible en: https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2022/01/07/22G00002/sg (Última consulta: 03/11/2022).

31 Puede consultarse en: https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2022/10/31/22G00176/sg (Última consulta: 03/11/2022).

32 «BOE» núm. 79, de 2 de abril de 2021, páginas 37859 a 37887 (29 págs.).

33 «BOE» núm. 168, de 15 de julio de 2021, páginas 84466 a 84501 (36 págs.).

Las mencionadas normas tenían por objeto articular un instrumento jurídico que permitiese que la mencionada comunidad autónoma contase con los resortes jurídicos para aplicar las medidas consideradas necesarias en un contexto como el que hemos tenido que hacer frente en estos últimos dos años. El problema es que en el desarrollo de estas normas autonómicas se previeron medidas que incluían la vacunación obligatoria, sin requerirse resolución judicial para ello, tanto en la norma vasca[34] como en la gallega[35].

Por ello, ambas normas autonómicas fueron impugnadas ante el Tribunal Constitucional, utilizando el mismo resorte previsto en la Constitución[36], aunque sin tanta celeridad en el caso de la ley vasca. Posteriormente, el Tribunal ha tenido que pronunciarse sobre el levantamiento o mantenimiento de la suspensión acordada.

En ambos casos, el Tribunal ha decidido mantener la suspensión, aunque en el caso de la ley gallega, ha sido de forma parcial, ya que ha levantado parte de la suspensión que había acordado el ejecutivo nacional[37].

El ATC 74/2021, de 20 de julio[38], que aborda la ley gallega ha establecido: "Pues bien, la vacunación obligatoria no es una medida preventiva que aparezca expresamente contemplada en la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública, y supone una intervención corporal coactiva y practicada al margen de la voluntad del ciudadano, que ha de someterse a la vacunación si se adopta esta medida, so pena de poder ser sancionado, en caso de negativa injustificada a vacunarse, conforme a lo previsto en el artículo 44 bis de la Ley de salud de Galicia, en relación con los artículos 41 bis d), 42 bis c) y 43 bis d) de la misma ley. Cabe, por tanto, apreciar en este caso que el levantamiento de la suspensión del precepto impugnado sería susceptible de provocar perjuicios

34 Su artículo 14.3 disponía: "La realización de pruebas diagnósticas de acuerdo con lo previsto en esta ley se ajustará a lo previsto en los artículos 8 y 9.2.a de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La denegación del consentimiento para la realización de las pruebas por la persona afectada se recogerá por escrito y llevará aparejada como consecuencia la imposibilidad de llevar a cabo el trabajo o la actividad sujeta a la realización de la misma, así como, en su caso, la posibilidad de que se impongan restricciones u obligaciones personalizadas en los términos previstos por esta ley. Este mismo precepto se aplicará a los efectos de la exigencia de vacunación".

35 El artículo 38.2.b.5ª de la norma modificada recogía ahora que "las autoridades sanitarias autonómicas" podrían adoptar "las medidas oportunas para el control de las personas enfermas", incluyendo como posible medida preventiva el "sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación o inmunización, con información, en todo caso, de los posibles riesgos relacionados con la adopción o no adopción de estas medidas".

36 En concreto, en el artículo 161 CE, que dispone: "El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses".

37 En concreto, en el fallo del Auto: "Levantar la suspensión que afecta al resto de lo dispuesto en el artículo 38.2 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, en la redacción dada por el apartado cinco del artículo único de la Ley 8/2021, de 25 de febrero".

38 ATC 74/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:2021:74A)

ciertos y efectivos que pueden resultar irreparables o de difícil reparación, en la medida en que la vacunación puede imponerse en contra de la voluntad del ciudadano" (FJ 4º).

Por otro lado, el ATC 112/2022, de 13 de julio[39], que aborda la ley vasca: "En relación con los perjuicios de difícil reparación impuestos contra la voluntad del ciudadano, por cuanto la norma asocia consecuencias desfavorables a la negativa a someterse a la vacunación y, en tal medida, puede modular intensamente el principio de voluntariedad en la participación de actuaciones de salud pública que deriva del art. 5.2 de la Ley 3/2011, de 4 de octubre, general de salud pública" (FJ 4º).

En el caso de Galicia, es además interesante advertirlo, ya que el entonces Presidente de la región es hoy presidente del principal partido de la oposición. Por tanto, goza de una cierta relevancia, e incluso la mayoría de las encuestas dan un notable ascenso que le podría permitir alcanzar el Gobierno en las próximas elecciones generales. Este partido político ha traído en numerosas ocasiones a colación una "Ley de Pandemias" que consistiría en un instrumento jurídico mediante el cual el Estado pudiese hacer frente, de modo específico, a una eventual pandemia como la que hemos vivido – o estamos todavía viviendo –. Así, han tratado de que el proyecto se convirtiese en una norma jurídica aprobada por las Cortes Generales en dos ocasiones. Primero, con la Proposición de Ley Orgánica de protección de la salud y de los derechos y libertades fundamentales, registrada el 5 de agosto de 2020[40]. Más tarde, mediante la Proposición de Ley Orgánica de medidas especiales en materia de salud pública con el fin de controlar enfermedades transmisibles, registrada el 14 de abril de 2021[41].

El hecho de contar con una instrumento específico no nos parece negativo *per se*, aunque sí consideramos que debe ser extremadamente cauto cuando abordamos la restricción de derechos y libertades fundamentales o cuando quedan afectados los pilares básicos de la configuración del derecho a la salud[42].

39 ATC 112/2022, de 13 de julio (ECLI:ES:TC:2022:112A).

40 122/000077.

41 122/000140.

42 Es cierto que, desgraciadamente, en muchas ocasiones la aprobación de estas normas – que pueden generar un impacto en los derechos fundamentales y libertades públicas – no trae consigo una preocupación social demasiado alta. Un ejemplo de ello sería el desarrollo que ha tenido el Proyecto de Ley de modificación de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. No parece haber despertado excesivo interés en el debate público, pese a que en su articulado se recoge la posibilidad de movilizar a cualquier ciudadano mayor de edad, para obedecer a órdenes "generales o particulares", sin derecho a indemnización por ello. De este modo, el artículo 28.2 del mismo recoge: "En los casos de situación de interés para la Seguridad Nacional, cualquier persona, a partir de la mayoría de edad, estará obligada a la realización de las prestaciones personales que exijan las autoridades competentes, siguiendo las directrices del Consejo de Seguridad Nacional o de la autoridad funcional, sin derecho a indemnización por esta causa, y al cumplimiento de las órdenes e instrucciones, generales o particulares, que aquellas establezcan".

Tampoco hay que olvidar que en la Cámara Baja se registró una Proposición No de Ley (PNL), a iniciativa del Grupo Parlamentario Vox, que instaba al Gobierno a "elaborar un Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la vacunación obligatoria de los menores de 0 a 16 años", argumentando que "el derecho del niño a la salud es más importante que los derechos de los padres a tomar una decisión que pudiera resultar incorrecta"[43]. Claro que eso fue antes de que esta formación política cambiase su posicionamiento y se orientase hacia una postura más liberal respecto a la imposición de medidas adicionales como el Pasaporte COVID-19 o incluso el uso obligatorio de las mascarillas en los espacios públicos. Por ello, el Grupo Parlamentario retiró la PNL unas semanas más tarde[44], pese a que había sido uno de los puntos de su programa electoral[45].

Sea como fuere, la cuestión relevante a destacar es que en España no se ha llegado a adoptar ninguna norma nacional que estableciese la vacunación obligatoria, a diferencia de otros países de nuestro entorno[46]. Además, los preceptos de las normas autonómicas que contemplaban la posibilidad de que se pudiera establecer, han sido suspendidos por parte del Tribunal Constitucional. Como consecuencia, no se han originado algunas controversias jurídicas que han tenido lugar en los Estados en los que se ha implementado esta medida con el objetivo de frenar el contagio del virus o reducir los efectos adversos de contraer la enfermedad. Lo más parecido que se ha llegado a implementar ha sido el certificado COVID digital. Este certificado – o "pasaporte" como en muchas ocasiones se le denominó – fue introducido por el Derecho de la Unión Europea, con el fin de controlar la transmisión del virus en la circulación de las personas[47].

43 Proposición no de Ley relativa a la política de vacunación de menores en España tras la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. (161/001085).

44 Se puede ver la retirada de la PNL en el portal del Congreso de los Diputados, en la sección correspondiente a la Actividad Parlamentaria de las Cortes Generales: https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=161/001085. (Última consulta: 10/10/2022).

45 El punto 56 del Programa Electoral con el que concurrieron a las últimas elecciones generales de 2019 contenía en su punto 56: "Las vacunas infantiles serán obligatorias y gratuitas". Cierto es que la elaboración de ese Programa fue redactado en un momento anterior al contexto de la pandemia provocada por la COVID-19.

46 Aunque es cierto que el ordenamiento jurídico español cuenta con resortes legales suficientes para poder imponer la vacunación obligatoria, por medio de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. No obstante, sería necesaria la intervención de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, para autorizar o ratificar judicialmente tales medidas, conforme al artículo 8.6.II de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Por tanto, tal medida debería ser proporcionada y mostrarse necesaria para los fines legítimos que se pretendiesen. Al respecto, véase Barceló Doménech, J.: "Régimen jurídico de las vacunas en España: reflexiones ante la situación creada por el coronavirus", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, mayo 2020, núm. 12 bis, pp. 118-125.

47 Se pretendía así optar por una tercera vía, para evitar el modelo de vacunación obligatoria que "requeriría la fijación de una serie de garantías, como la responsabilidad por daños del Estado, que no se pueden obviar, ni desconocer". Vid. García Ruiz, Y.: "Libertad vs. solidaridad: ¿de la vacunación voluntaria a la vacunación obligatoria en Europa tras la pandemia del COVID-19?", *Revista Jurídica de les Illes Balears*, 2022, núm. 21, p. 138.

No obstante, también fue usado posteriormente para controlar el acceso a lugares cerrados, tales como lugares de ocio y restauración.

Pese a la ausencia de estas cuestiones relativas a la imposición directa de la vacuna por parte de las autoridades públicas, la administración de la dosis no ha estado exenta de judicialización, desde distintos órdenes jurisdiccionales. En algunas ocasiones los conflictos se originaban como consecuencia de actos posteriores a la decisión de no vacunarse de una persona, por ejemplo, un despido. En otras, en cambio, el conflicto se originaba con el objeto de determinar si cabía administrar la dosis a una persona en cuestión. Los supuestos más comunes, personas mayores que residían en residencias y que no tenían la capacidad de obrar para poder tomar la decisión respecto a si inoculársela; y menores de edad, en los que cada padre tenía un planteamiento distinto respecto a la vacunación del niño. Es precisamente este segundo supuesto el que será objeto de investigación en las próximas páginas, tratando de aproximarnos a una cuestión que está candente en los tribunales españoles.

III. LA DECISIÓN DE VACUNAR CONTRA LA COVID EN EL ÁMBITO FAMILIAR: ¿QUIÉN DECIDE?

Se debe reconocer que las cuestiones relativas al consentimiento de administrar la vacunación contra la COVID en menores de edad no cuentan con un largo recorrido. No es difícil percatarse de ello, si atendemos al hecho de que la vacunación de adolescentes (12-15 años) no se inició hasta el mes de junio de 2021, después de recibir la autorización del Comité de Medicamentos de Uso Humano de la Agencia Europea de Medicamentos en mayo del mismo año[48]. Y, la de los niños (5-11 años), comenzó algo más tarde. Concretamente, el 15 de diciembre de 2021 – siendo autorizada el 25 de noviembre del mismo año–[49].

Además, tras haber visto la poca repercusión jurídica que tuvo la vacunación obligatoria de adultos, es por tanto fácil de imaginar que en el caso de los menores hubiera tenido menos sentido. Si no se impone a los adultos que son quienes más padecen los efectos, ¿por qué los menores iban a recibir un tratamiento jurídico distinto?

Ante tal planteamiento, pues, es necesario atender a la regulación que ofrece el ordenamiento jurídico español. Para ello, conviene acudir a las distintas normas relevantes que se aplican a los menores en el ámbito sanitario.

48 Véase: https://www.ema.europa.eu/en/news/first-covid-19-vaccine-approved-children-aged-12-15-eu (Última consulta: 01/11/2022).

49 Consúltese: https://www.ema.europa.eu/en/news/comirnaty-covid-19-vaccine-ema-recommends-approval-children-aged-5-11 (Última consulta: 01/11/2022).

1. Cuestiones generales.

En primer lugar, cabe destacar que el principio rector que rige las relaciones clínico-asistenciales es el del consentimiento informado del afectado, por lo que el mismo se precisa para cualquier actuación que afecte a su salud.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente (en adelante, Ley 41/2002)[50], en su artículo 3 establece la definición del consentimiento informado: "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud"[51]. Es por ello que, tal y como reza el art. 4 de la norma: "Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma". Este derecho, establece el mismo precepto, incluye incluso el "derecho a que se respete su voluntad de no ser informada".

En aras de poder aproximarse de un mejor modo al consentimiento informado, cabe tener en mente lo previsto en el artículo 8 de la Ley 41/2002:

"1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general.

Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

50 "BOE" núm. 274, de 15 de noviembre de 2002, pp. 40126 a 40132 (7 pp.).

51 Sobre la naturaleza jurídica, elementos y caracteres del consentimiento informado, puede verse Rovira, A.: *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Pamplona, 2007.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento".

Además, es imprescindible resaltar el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, y ratificado por España el 23 de julio de 1999[52]. En su artículo 2, titulado "primacía del ser humano", establece: "El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia". Además, el artículo 5 del Convenio establece que, como regla general "una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento". Ahora bien, el siguiente artículo, en su apartado segundo contempla el supuesto en que un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, indicando que "ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley". En este escenario, establece acto seguido que "la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez".

El *quid* de la cuestión será determinar la capacidad del menor para la válida emisión del consentimiento. Además, la autonomía del menor se consigue no solo mediante el reconocimiento de la titularidad de los derechos, sino que es esencial la capacidad progresiva para ejercerlos en función de las condiciones de madurez[53].

Por otro lado, el menor, además de sujeto de derechos, también es persona en desarrollo o formación. Esta situación de vulnerabilidad temporal justifica la protección que se le ha de garantizar, y que se consagra a través del principio del *favoris minoris* o *interés superior del menor*, que debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir[54]. Es importante destacarlo, porque en muchas ocasiones se ha podido confundir el interés de los padres, o de otras personas relacionadas en el ámbito familiar, con el interés propio del menor de edad[55]. Por este motivo, hay quienes proponen un criterio mixto para que se

52 "BOE" núm. 251, de 20 de octubre de 1999, pp. 36825 a 36830 (6 pp.).

53 El principio rector será el desarrollo evolutivo en el ejercicio de los derechos, que implica una capacidad de obrar progresiva para ejercerlos, según la aptitud para entender el significado y alcance del acto que realiza y de sus consecuencias (*cfr.* Santos Morón, M.ª J.: *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Madrid, 2000, pp. 35-36).

54 De este modo, el art. 2 de la LOPJM: "En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

55 Al respecto, nos puede facilitar en la tarea de trazar esta distinción la lectura de Bueno Biot, Á.: "La incidencia de la justa causa en el derecho de relación de los abuelos y los nietos", *Actualidad Civil*, marzo 2022, núm. 3, pp. 1-29.

tengan en cuenta los factores de la edad, la capacidad (madurez) y el interés superior del menor, a efectos de determinar los ámbitos en los que el menor debería poder prestar su consentimiento en el ámbito sanitario[56].

Ahora bien, hemos de reconocer que la cuestión relativa a la inoculación de la vacuna genera interrogantes importantes en el terreno práctico. E, indudablemente, los padres juegan un papel muy relevante en lo que afecta a esta esfera del menor. Ellos son quienes ejercen la patria potestad, esto es, la facultad de decidir, acerca de las cuestiones relativas al niño o adolescente. Ello no es óbice para que se atienda el interés superior del menor. Más bien, en la toma de decisiones debe estar presente lo que resulta más beneficioso para él[57]. Las dificultades se manifiestan cuando surgen conflictos paterno-filiales, bien sea porque existen conflictos entre ambos progenitores que ostentan la patria potestad; bien porque la decisión de los padres no coincide con la voluntad del menor[58]. Por ello, consideramos relevante citar el artículo 156 del Código Civil, que dispone:

"La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad.

(…)

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirla total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años".

Así, como norma general, el ejercicio de la patria potestad se llevará a cabo de forma conjunta por los padres, en caso de que exista una nulidad, separación o divorcio. No obstante, cabe también la posibilidad de que exista ejercicio individual,

56 En este caso, Vid. Ortiz Fernández, M.: "Autonomía de la voluntad y derecho de autodeterminación de los menores de edad en el ámbito sanitario: últimas tendencias en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2022, núm. 16, pp. 176-203.

57 Ello es más fácil de comprender en situaciones en las que la decisión puede traer un efecto irreversible. Véase Moreno Soler, V.: "La evolución de la libertad religiosa del menor de edad y su incidencia en el ámbito de la salud", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2020, núm. 13, pp. 142-161.

58 Uno de los ámbitos donde estos conflictos están más presentes guarda relación con la educación religiosa de los hijos menores. Véase Ramírez Navalón, R. M.ª.: "Patria potestad y educación religiosa de los hijos menores", *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19, pp. 142-162.

en el caso en que sea acordado en el convenio regulador o judicialmente en beneficio de los hijos[59].

Además, también conviene tener clara la distinción que existe entre los actos de ejercicio ordinario de la patria potestad y los actos de ejercicio extraordinario. Los primeros, corresponden al progenitor custodio (o al no custodio mientras el menor se encuentre en su compañía); mientras los segundos, requieren el consentimiento de ambos progenitores o, en caso de no ser posible éste, una resolución judicial atribuirá a uno u otro la facultad de decisión. En este segundo grupo se hallarán los actos referidos a las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida de un menor y que resultan excepciones conforme a los usos sociales.

De este modo, entre aquellos actos de ejercicio ordinario podríamos mencionar algunos ejemplos como autorizar al menor a excursiones o salidas, servicio de comedor, clase de ropa o calzado o actividades de ocio que no comporten riesgo. En cambio, por lo que respecta al ejercicio extraordinario, los actos revestirían una entidad mayor, como la elección del lugar de residencia del menor, la elección del colegio o institución de enseñanza – con todo lo que ello comporta respecto al ideario del centro –, acudir a un lugar de culto y, sin duda alguna, las decisiones relativas a la salud física o psíquica del menor[60]. Por tanto, no parece que existan excesivas dudas respecto a la inclusión de la administración de la vacuna como elemento integrante de este grupo de actos de ejercicio extraordinario.

Teniendo claro el consenso que debe existir a la hora de decidir en este punto, se deduce por tanto que, en caso de desacuerdo entre progenitores, cualquiera de ellos podrá acudir al juez. Pero se debe poner de manifiesto que el juez no será quien tome la decisión respecto al punto en cuestión. Aun en el supuesto de desacuerdo reiterado, los progenitores seguirán siendo quienes tomen la decisión que consideren más conveniente. Lo único que hará el juez – porque así lo ha deseado el legislador – será atribuir esta facultad de decisión a uno de los dos progenitores, que será quien ejerza la capacidad de decisión sobre un extremo en cuestión. En el ámbito en que nos movemos, esto es, la administración de la vacuna, el juez no decidirá si inocularla o no, sino que atribuirá esta competencia a uno de los dos progenitores.

Además, existe otra garantía que se establece, y es aquella referente al máximo de dos años para la atribución de la toma de decisiones relativas a la patria potestad

59 Así se estable en el artículo 92.4 del Código Civil, que dispone: "Los padres podrán acordar en convenio regulador, o el juez podrá decidir en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges".

60 Todos estos ejemplos han sido puestos de manifiesto, entre otros, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18, del 27 de junio de 2017.

total o parcial, en cuestiones específicas como puede ser la administración de la vacuna contra la COVID.

En cualquier caso, pese a que esté regulado en el ordenamiento jurídico y, efectivamente, en la práctica se acuda a los órganos judiciales para resolver disputas de esta naturaleza, es innegable que este recurso a la Justicia no suele ser lo más adecuado. Así se ha puesto de manifiesto también en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, del 26 de noviembre de 2018:

"La judicialización de estos conflictos es, cuanto menos, inapropiada. En materias esencialmente de naturaleza ética, son los progenitores los que deben consensuar en todo caso lo que es más conveniente para los hijos en cuestiones como la educación, la formación y los valores culturales que desean transmitir -en lo ningún juez puede sustituirles- ni tampoco en materia religiosa o en la apreciación de la mayor o menor conveniencia de que fijen su residencia en uno u otro lugar, sigan un curso de idiomas en el extranjero o vayan a pasar sus vacaciones a unas colonias o a otras".

Por tanto, todos los supuestos que veremos a continuación serán relativos a los casos en los que los padres del menor, tras no ponerse de acuerdo, han llegado a la judicialización de la causa, ya que uno de los dos ha solicitado la iniciación de un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

2. Pronunciamientos judiciales respecto a la vacuna contra la COVID-19 en menores de edad.

Lo cierto es que, hasta la emergencia de esta pandemia, las controversias que se habían generado en sede judicial por discrepancia entre los progenitores respecto al hecho de suministrar la vacuna al hijo en común habían planteado pocos interrogantes. Los tribunales se habían mostrado favorables a la administración de ésta, en aras de proteger el interés superior del menor. Se entendía que los riesgos que conllevaba su inoculación no revestían la suficiente entidad como para desatender a los beneficios que aportaba al menor de edad. Ahora bien, desde que se inició con el plan de vacunación en nuestro país, empezaron a surgir algunas dudas respecto a si la jurisprudencia fallaría del mismo modo en relación con la vacuna contra el SARS-CoV-2.

En un primer momento, surgieron controversias en el seno de algunas residencias de personas mayores. El motivo fue que algunas personas carecían de capacidad de obrar y sus representantes legales se negaban a que se les suministrase la vacuna. No obstante, la jurisprudencia ha resuelto sin titubeos esta cuestión, situándose del lado de la administración de la vacuna[61]. En un primer momento,

61 La única excepción la encontramos en el AJPII Telde 627/2021, de 5 de octubre de 2021.

fueron los Juzgados de Primera Instancia los encargados de dictar los autos que resolvían estos asuntos. Más tarde, han venido numerosos autos de Audiencias Provinciales que resolvían recursos de apelación interpuestos por las personas mayores y/o sus tutores. Pues bien, la respuesta judicial ha sido exactamente la misma, y éstas se han limitado a confirmar el criterio que había sido mantenido por los juzgados previamente[62].

Los tutores se mostraban en muchas ocasiones reacios a la inyección de la dosis fundamentándolo en el temor que tenían a que la administración causase en la persona tutelada efectos adversos, ya que algunas de ellas presentaban patologías o enfermedades de base que podrían facilitar la aparición de éstos y, con ello, pudiese ser más perjudicial su administración que la no inoculación.

Los pronunciamientos judiciales han razonado el sentido del fallo favorable a la vacuna sobre la base de que las personas en cuestión eran vulnerables y los datos demostraban el éxito de ésta en la hospitalización y mortalidad de la enfermedad[63]. Además, hay un hecho relevante en esta cuestión, y es el efecto que tiene sobre los demás residentes del centro, ya que no hay que olvidar que se trata de un colectivo especialmente golpeado por la gravedad de los efectos de la enfermedad. Y a ello hay que sumar el propio entorno, las residencias de mayores, que han resultado ser uno de los lugares sin duda alguna donde la virulencia se ha hecho notar de forma realmente dramática[64].

Los pronunciamientos judiciales de asuntos relativos a la vacunación de menores contra el SARS-CoV-2 vinieron, como es lógico, posteriormente, ya que fue el último grupo en las estrategias de vacunación, tras despejarse algunas incógnitas respecto a la conveniencia y edades comprendidas en el grupo de los menores de edad. Lo primero que tuvimos fueron los Autos correspondientes a Juzgados de Primera Instancia. Esto es así por la sencilla razón de que, conforme el artículo 86 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, es el órgano competente para conocer estos asuntos[65]. Y, posteriormente, algunos progenitores

62 Algunos ejemplos los podemos encontrar en AAP Ourense, 22 noviembre 2021 (CENDOJ 32054370012021200141); AAP Barcelona, 12 enero 2022 (CENDOJ: 08019370182022200009); AAP Jaén, 16 diciembre 2021 (CENDOJ 23050370012021200272); AAP Santander, 14 diciembre 2021 (CENDOJ: 39075370022021200223); y AAP Valencia, 11 abril 2022 (CENDOJ: 46250370102022200165).

63 En aras de una mayor profundización en administración de vacunas a personas mayores, véase el pormenorizado estudio Gil Membrado, C.: "Autonomía, capacidad y jueces que vacunan en tiempo de pandemia", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2021, núm. 18-19, pp. 37-56.

64 Basta mencionar como en el territorio valenciano, las residencias de mayores de las localidades de Torrent y Alcoy sufrieron un impacto al que nadie podía dar crédito. Véase: https://www.abc.es/espana/comunidad-valenciana/abci-coronavirus-amplia-dispositivo-para-actuar-residencias-ancianos-torrent-y-alcoy-202003191254_noticia.html (Última consulta: 23/10/2022).

65 Así, el artículo 86.2 de la mencionada Ley establece: "Será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del hijo. No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores hubiera sido establecido por resolución judicial, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que la hubiera dictado".

han interpuesto recursos de apelación contra éstos, por lo que algunas Audiencias Provinciales han tenido que pronunciarse al respecto en los últimos meses.

A diferencia del consenso que han mantenido los órganos judiciales en los asuntos que afectaban a las personas mayores sin capacidad de obrar en decisiones relacionadas con sus propia salud, la vacunación infantil en caso de discrepancias entre progenitores no ha obtenido una única respuesta jurídica por parte de éstos.

De este modo, no resulta posible efectuar un análisis con pincel de brocha gorda porque dejaríamos en el tintero cuestiones no del todo irrelevantes en esta cuestión. En efecto, como puede imaginar el lector, no hay dos casos iguales. En el mundo del Derecho es muy difícil que existan. Tampoco los ha habido en el caso de las personas de edad avanzada o que presentaban alguna discapacidad. Pero en el caso de los menores, cada pequeña diferencia parece tener mayor relevancia, por aquello que siempre está en el razonamiento jurídico cuando tratamos algún aspecto concerniente al menor denominado "interés superior del menor".

En los diversos pronunciamientos judiciales de los asuntos relativos a menores de edad se puede apreciar como cada uno tiene una edad diferente. Hay casos de niños de ocho años, pero también hay asuntos que conciernen a menores de dieciocho. Algunos de ellos han participado en el proceso. Unos se han mostrado favorables a la vacuna mientras que otros han manifestado su reticencia a la misma. Además, en unas ocasiones el juez ha seguido el criterio del menor a la hora de redactar el fallo, mientras en otras éste ha resultado ser en sentido opuesto a lo manifestado por el menor.

Por otro lado, también existen diferencias respecto a qué progenitor ha resultado ser el interesado en iniciar el proceso, en algunos casos era el progenitor que deseaba tener la facultad de decisión para administrar la vacuna al menor; en cambio, en otras era el progenitor que mostraba su negativa a que el otro progenitor decidiese administrarla.

Otro factor a destacar ha sido el posicionamiento adoptado por el Ministerio Fiscal, ya que éste no ha sido siempre el mismo. En unos casos, ha considerado más conveniente el argumento de la protección al menor y al resto de la sociedad a través de la vacuna; en otros, ha estimado que el estudio entre beneficios y riesgos tenía como conclusión la inoportunidad de la vacuna. Además, los pronunciamientos judiciales no siempre han seguido el criterio adoptado por el Ministerio Fiscal.

Del mismo modo, no siempre han existido informes médicos forenses que arrojaran claridad al respecto. E, incluso, en los casos en los que se ha contado con un informe, éste no siempre ha llegado a las mismas conclusiones, inclinándose

algunas veces en favor de la administración del medicamento y, otras, en contra de su suministro.

También, ocasionalmente ha habido dictámenes periciales, principalmente llevados a cabo por doctores en Ciencias Químicas. Unas veces, éstos han sido tenidos en cuenta la hora de redactar el fallo del auto. En otras, en cambio, no han resultado tener la suficiente fuerza para los jueces.

Por no hablar de la relación entre las consecuencias alcanzadas por el médico forense y el sentido de la resolución judicial. Cabe destacar que en ocasiones ha coincidido uno y otro, mientras que en otras no ha estado coincidente lo manifestado por el informe forense y el fallo del juez respecto a qué progenitor debía tener la facultad de decisión en la administración de la vacuna.

Todo ello no es impedimento para poder llevar a cabo un estudio en este terreno, sino más bien refuerza en mayor medida la importancia que tiene analizar estos fallos para poder identificar ciertos rasgos comunes que pueden derivarse de los mismos, en aras de poder ofrecer unas notas básicas que pueden extraerse. Para facilitar la labor del lector, hemos decidido hacer una división clara. Por un lado, los argumentos esgrimidos por los pronunciamientos judiciales que se han mostrado favorables a la vacunación – esto es, que han concedido el poder de decisión al progenitor que pretendía vacunar al menor –; por otro, los argumentos con los que los pronunciamientos judiciales en contra de la vacunación – esto es, que han coincidido la facultad de decidir al progenitor que se negaba a la inoculación del menor – han sostenido sus fallos.

3. Argumentos a favor de la vacunación infantil.

A) Vacuna instrumento ideal.

Una de las cuestiones que más se ha puesto de manifiesto en los asuntos que se han inclinado a favor del progenitor que deseaba la administración de la vacuna para el menor es el recurso de la misma se presenta como el medio idóneo para controlar los efectos negativos que trae consigo el contagio del virus.

De este modo, se ha afirmado que "es innegable que desde la existencia de las vacunas, la mortalidad, la gravedad y las consecuencias que produce la infección por covid ha disminuido, y la asistencia sanitaria por causas grave corresponde proporcionalmente a más personas sin vacunar que vacunadas"[66].

66 AJPII Avilés 11/2022, de 13 enero 2022 (FJ 4º).

También se señala que "la vacunación es la medida más efectiva para combatir la pandemia actual"[67]. En el mismo fundamento jurídico del auto se destaca que "las medidas no farmacológicas (como son el distanciamiento físico y las medidas de higiene respiratoria y de contacto) contribuyen al control de la diseminación de la infección, pero algunas de ellas no se pueden mantener de forma indefinida sin que se afecte la normalidad deseada".

B) Aconsejado por las instituciones sanitarias.

Otro de los argumentos que con más fuerza se han utilizado en los fallos de los autos judiciales favorables al progenitor que deseaba la potestad de decisión para administrar la vacuna al menor de edad ha sido el hecho de que ésta ha recibido la aprobación de las autoridades sanitarias competentes.

De esta forma, se ha enfatizado que la misma "no es un ensayo clínico, es un medicamento aprobado por la Agencia Estatal de Medicamentos y por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios"[68]. Ello se ha considerado como un aval suficiente, ya que "permite suponer que se ha elaborado con las máximas garantías de calidad, seguridad y eficacia"[69].

En estos fallos, cuando la otra parte ha presentado estudios de algunos investigadores que refutarían esta tesis, los jueces han considerado que los "estudios de dos Doctores en Ciencias Químicas" no constituyen "informes oficiales avalados por las autoridades sanitarias"[70].

El hecho de que "en el calendario de vacunas del año 2022 de la asociación española de pediatría incluyen la vacunación de mayores de 5 años contra el Covid" y que "las autoridades sanitarias españolas son las que facilitan y proporcional (sic) la misma" también es argumentado para afirmar que "vacunar a la menor no va contra su interés"[71].

C) Solidaridad social.

Los órganos judiciales han puesto de manifiesto que no se trata únicamente de resultar su administración beneficiosa para el propio menor, sino que también lo es "para toda la sociedad en evitación de futuros contagios", ya que proporciona beneficios respecto a "la aparición de brotes en los centros educativos"[72].

67 AJPI Santiago de Compostela 67/2022, de 24 enero 2021 (FJ 5º).

68 AAP Valladolid 33/2022, de 17 febrero 2022 (FJ 2º).

69 AJPI Vigo 624/2021, de 15 noviembre 2021 (FJ 3º). En términos muy similares, AAP Valladolid 33/2022, de 17 febrero 2022 (FJ 2º).

70 AAP Valladolid 33/2022, de 17 febrero 2022 (FJ 2º).

71 AJPII Avilés 11/2022, de 13 enero 2022 (FJ 4º).

72 AAP Valladolid 33/2022, de 17 febrero 2022 (FJ 2º).

En otro pronunciamiento, también se argumenta que "es un hecho notorio que los menores sí se infectan y no son inmunes, y que a la vez se contagian entre ellos como ocurre con los colegios o agrupaciones similares de menores, y que aun teniendo menor carga viral que un adulto, pueden contagiar a los mismos"[73].

Por este motivo, la vacunación de los niños debe balancearse "buscando contribuir al control de la infección de la comunidad" [74]. Conforme a este pronunciamiento, esta vacunación sirve "como protección no solo individual, sino, también , de las personas vulnerables del entorno de los niños". En otro auto, se concretiza el caso particular del eventual contagio del menor, y el efecto de un mayor riesgo para su madre, sus abuelos maternos e incluso abuela paterna. De modo que, "llegado el caso y si la menor contagia a todos sus cuidadores la misma quedará sin asistencia, y por tanto esta medida se adopta en su interés"[75].

D) El eventual riesgo de la administración de la vacuna es menor que los beneficios que reporta.

Los juzgados que fallan en favor de la vacunación no tienen dudas en afirmar que "los beneficios de su administración de las mismas superan los riesgos derivados de la misma constatados hasta el momento"[76]. Además, el mismo fallo establece que "en el momento actual parece la única alternativa eficaz frente al riesgo real de desarrollar la enfermedad". "Y tampoco se acredita que las personas vacunadas desarrollen otros efectos perjudiciales para su salud en estos momentos", es afirmado en otro auto, que enuncia que "no hay estudios que consideren que a los menores les causa un mayor perjuicio la vacuna, que de no vacunarse, para su salud"[77]. Además, también se argumenta que el "sistema español de farmacovigilancia de medicamentos de uso humano coordinado por la citada Agencia Española cuenta con un plan específico para analizar eventuales acontecimientos adversos que sean comunicados"[78].

En algún pronunciamiento se ha reconocido que "es cierto que en jóvenes y adolescentes se ha notificado con mayor frecuencia casos de miocarditis y pericarditis asociados a la vacunación", no obstante, tras realizar el correspondiente balance riesgo/beneficio, éste "es claramente favorable a la vacunación"[79]. Todos estos efectos además "han sido ponderados por las diferentes autoridades

73 AJPII Avilés 11/2022, de 13 enero 2022 (FJ 4º).

74 AJPI Santiago de Compostela 67/2022, de 24 enero 2021 (FJ 5º).

75 AJPII Avilés 11/2022, de 13 enero 2022 (FJ 4º).

76 AJPI Vigo 624/2021, de 15 noviembre 2021 (FJ 3º).

77 AJPII Avilés 11/2022, de 13 enero 2022 (FJ 4º).

78 AJPI Santiago de Compostela 67/2022, de 24 enero 2021 (FJ 4º).

79 AAP Valladolid 33/2022, de 17 febrero 2022 (FJ 2º).

europeas y en particular españolas y aun así han recomendado la vacunación en menores de esa edad"[80].

También en el supuesto en el que un padre solicitaba retrasar la decisión de vacunar a la hija menor por un periodo de cinco meses, el pronunciamiento estima que "el riesgo de no vacunarse es, como mínimo, tan alto como la vacunación, sin que existan datos para creer que esperar unos meses pueda servir para despejar las dudas actuales; antes al contrario: puede provocar que la menor permanezca indefensa ante un posible contagio o contagie a terceros"[81].

Es interesante también conocer otra justificación que se ofrece para avalar la inyección en el menor, que guarda relación con el desconocimiento "(d)el futuro de los menores infectados que no se han vacunado aun cuando no hubieran desarrollado de manera inmediata los síntomas de un adulto, pero que pudiera afectar a otros organismos"[82].

En este apartado, resulta relevante destacar que también se ha atendido al estado de salud que tenía el menor de edad. Por ello, en los autos judiciales observamos que éste se ha constatado por medio de informes médicos, evidenciando que no constaban "alergias conocidas ni patología médica activa que pueda resultar incompatible con la vacuna contra el SARS-Cov-19"[83]. Esta preocupación se fundamenta en que su administración "estaría contraindicada en personas con antecedentes de reacciones alérgicas graves", pero "no es el caso del menor en el supuesto de autos", reza otro auto[84].

E) Perjuicio directo o indirecto en su vida social, familiar o educativa.

Es cierto que este último argumento ha tenido menor repercusión en los pronunciamientos judiciales analizados. No obstante, en alguno de ellos se ha enunciado que "el principal beneficio indirecto de la vacunación es que les permite recuperar su vida social y de relación imprescindible para su buen desarrollo emocional"[85]. Alude este mismo auto al incremento que ha habido de síntomas de depresión y ansiedad durante la pandemia, además de otros factores que han afectado como el aislamiento físico, la alta dependencia de las redes sociales para mantener las relaciones, carencias socioeconómicas, falta de ejercicio físico y la "persistente exposición a los medios de comunicación". Todo ello lleva al juzgado a considerar que "la vacunación constituiría un beneficio personalizado".

80 AJPI Santiago de Compostela 67/2022, de 24 enero 2021 (FJ 4º).

81 AJPI Torremolinos 534/2021, de 14 diciembre 2021 (FJ 3º).

82 AJPII Avilés 11/2022, de 13 enero 2022 (FJ 4º).

83 AJPI Vigo 624/2021, de 15 noviembre 2021 (FJ 3º).

84 AAP Valladolid 33/2022, de 17 febrero 2022 (FJ 2º).

85 AJPI Santiago de Compostela 67/2022, de 24 enero 2021 (FJ 4º).

En otro auto, también vemos la relación de la falta de suministración de la dosis con la interferencia que puede tener en su vida educativa. Así, se expresa: "Lo mismo acontece con su formación académica, la cual puede tener un retroceso, si ante la falta de vacunación a menores, se debe suspender las clases presenciales"[86].

4. Argumentos en contra de la vacunación infantil.

A) Incidencia COVID-19 en menores de edad.

Una de las primeras cuestiones que suele analizarse y tomar como argumento es que los menores de edad "apenas sufren las consecuencias del COVID, atendiendo a la baja mortalidad (0,00023861%) y la baja hospitalización con pronóstico grave, en UCI (0,002484%) de los menores de 19 años"[87].

Además, se ha afirmado que en los niños estos casos graves "suele estar asociado a la preexistencia de una patología previa, presentando mayoritariamente un cuadro clínico mucho más leve que en adultos, desarrollando el 99,7% de los casos un cuadro leve, siendo la mitad asintomáticos, únicamente el 0,21% de los casos precisó hospitalización y el 0,016% ingreso en UCI pediátrica, de los ingresados más del 50% tenían patología previa"[88].

Por ello, se ha sostenido que "se podría recomendar la vacunación en niños que formen parte de los grupos de riesgo (trasplantados, inmunodeprimidos, etc.) pero en niños sanos la relación riesgo/beneficio no está clara"[89], ya que "entre los menores de 12 años, y sin patologías previas, la enfermedad apenas tiene incidencia en su salud"[90].

Ello llevaría a algunos juzgados a afirmar que "se deduce que la vacuna no evita la transmisión de la infección sino la gravedad de sus efectos y, en niños, el riesgo de desarrollar complicaciones graves por contraer la enfermedad es muy baja"[91].

B) Efectos adversos a largo plazo desconocidos.

También se plantea en estos pronunciamientos judiciales el hecho de que se desconocen por el momento los efectos secundarios que pudiera tener la vacuna a largo plazo. Algún auto manifiesta que "los riesgos y efectos adversos de la vacuna covid, al igual que los de cualquier medicamento, fármaco o vacuna, pueden

86 AJPII Avilés 11/2022, de 13 enero 2022 (FJ 4º).

87 AJPII Icod de los Vinos 314/2021, de 10 diciembre 2021 (FJ 1º).

88 AJPI Torrent 158/2022, de 30 marzo 2022 (FJ Único).

89 AJPII San Lorenzo de El Escorial 119/2022, de 7 abril 2022 (FJ 2º).

90 AJPII Palencia 10/2022, de 1 febrero 2022 (FJ 2º).

91 AJPII San Lorenzo de El Escorial 119/2022, de 7 abril 2022 (FJ 2º).

aparecer muchos años después de su ingesta o inoculación y que el hecho de que aparezcan tardíamente no significa que vayan a tratarse de efectos o secuelas leves, ya que nada obsta para que se trate de dolencias de gravedad"[92].

Otro pronunciamiento judicial reconoce que los estudios se han realizado "a marchas forzadas, no teniendo una perspectiva temporal suficiente para conocerlo en profundidad, lo que cabe extender a las vacunas que se han ido desarrollando que, si bien han dado signos de ser efectivas, se han elaborado de forma urgente y rápida, acortando los plazos que se suele exigir para la aprobación de este tipo de fármacos, por lo que tampoco se dispone de un conocimiento exacto de los efectos que dichas vacunas pueden producir"[93].

En otros, se menciona este desconocimiento respecto a los efectos a largo plazo, además de los efectos que conocen por los informes oficiales: "los efectos adversos de las vacunas para Covid-19 en son aún incompletos (faltan los efectos a largo plazo), pero por ahora (último informe con fecha 19/1/22) se han notificado en España alrededor de 11.000 casos adversos graves y 375 muertes sobre un total de 40 .683.950 vacunados"[94].

Esta cuestión de los efectos adversos ha sido puesta de manifiesto en el sentido de que "no podemos obviar la abundante jurisprudencia existente acerca de condenas ya a farmacéuticas, ya a Administraciones Públicas por los efectos adversos de vacunas o medicamentos que han aparecido tiempo después de su ingesta o inoculación o que años después se ha determinado su relación de causalidad con el fármaco ingerido años atrás"[95].

C) Escasa certeza sobre la seguridad de la vacuna y autorización de "emergencia".

Por otro lado, ha sido argumentado por médicos forenses adscritos a los correspondientes juzgados que "las vacunas en comercio contra la Covid-19 son experimentales y se encuentran en fase IV (fase de notificación, recogida y evaluación de los efectos adversos"[96]. Por ello, se ha dicho que "ninguna de ellas cuenta con una autorización de vacuna que ha finalizado sus ensayos clínicos", sino que "la Comisión Europea por previa recomendación de la EMA (Agencia Europea de Medicamento) ha concedido una autorización condicional de comercialización de emergencia a varias empresas o entidades farmacéuticas, por lo que Europa y por tanto, España disponen de ella"[97].

92 AJPII Nº1 de Montilla y Juzgado de Violencia sobre la Mujer 81/2022, de 10 octubre 2022 (FJ 3º).

93 AJPI Torrent 158/2022, de 30 marzo 2022 (FJ Único).

94 AJPII San Lorenzo de El Escorial 119/2022, de 7 abril 2022 (FJ 2º).

95 AJPII Icod de los Vinos 314/2021, de 10 diciembre 2021 (FJ 1º).

96 AJPII San Lorenzo de El Escorial 119/2022, de 7 abril 2022 (FJ 2º).

97 AJPI Icod de los Vinos 314/2021, de 10 diciembre 2021 (FJ 1º).

En algún pronunciamiento judicial se recoge el contenido mismo de "la ficha técnica del medicamento Comirnaty (Pfizer-BioNtech)" señalando que "la eficacia y seguridad de la vacuna no se podrá confirmar hasta diciembre de 2023"[98]. En este auto se recogen distintos informes aportados por las partes y que proceden de distintos órganos oficiales y asociaciones de profesionales médicos, como el Comité Asesor de Vacunas de la Asociación Española de Pediatría[99] o el Comité Conjunto de Vacunación e Inmunización británico[100], entre otros[101].

D) Improcedente solidaridad.

Este argumento se opone frontalmente a lo que argumentan los autos judiciales que fallan en favor del progenitor que desea administrar la dosis al menor. En este sentido, se argumenta que proceder a la vacunación infantil "cuando el covid apenas tiene incidencia entre ellos, bajo el pretexto de que así protegen a sus abuelos, sería éticamente dudoso, máxime cuando hay mecanismos que se han revelado eficaces para evitar la propagación del virus tales como mascarillas u otras precauciones"[102].

Además, en otro se arguye que "una inmunización completa no excluye la capacidad de contagio, ni de trasmisión del virus a personas con patologías o de edad avanzada, por lo que el debate entre el interés del bien común por encima del interés individual ya no es discutible"[103].

E) Cuestionamiento eficacia para frenar contagios.

En otras ocasiones se plantea la propia eficacia para frenar contagios que tiene la vacuna. Así, se recoge en algún auto lo manifestado por el médico forense relativo a que "los datos epidemiológicos actuales confirman que la vacuna no

98 AJPII Palencia 10/2022, de 1 febrero 2022 (FJ 2º). En el mismo se reproduce: "Para confirmar la eficacia y seguridad de Comirnaty, el TAC deberá enviar el informe del estudio clínico final para el estudio aleatorizado, controlado con placebo y con enmascaramiento para el observador C4591001". Fecha límite: diciembre 2023".

99 El mismo reconocería: "Se espera que en los próximos meses se pueda disponer de estudios específicos en población infantil, lo que permitirá establecer si el perfil de seguridad en adolescentes y niños es diferente al de la población adulta".

100 Se recoge que dicho Comité indica que, pese a que "los beneficios de la vacunación son marginalmente mayores que los posibles daños conocidos", existe "una incertidumbre considerable con respecto a la magnitud de los daños potenciales".

101 Este auto es uno de los pronunciamientos judiciales que contiene más informes, datos de evolución y decisiones en otros Estados. Así, puede verse también evidencias de la Alta Autoridad Sanitaria francesa (HAS) (Haute Autorité de Santé - Covid-19: la HAS précise la place de Spikevax® dans la stratégie vaccinale (has-sante.fr); un estudio europeo (Questions and answers on COVID-19_ Children aged 1 – 18 years and the role of school settings); otro de la Universidad de Columbia, denominado Vacunación COVID y riesgo de mortalidad por todas las causas estratificado por edad, realizado por Spiro Pantazatos y Herve Seligmann; por citar algunos.

102 AJPI Icod de los Vinos 314/2021, de 10 diciembre 2021 (FJ 1º). Añade el Juzgado que "en los casi dos años que llevamos de pandemia (uno de años sin autorización alguna para comercializar vacunas) no consta que XXXXXXXXX hubiere contraído el virus ni que lo hubiere contagiado a nadie".

103 AJPII San Lorenzo de El Escorial 119/2022, de 7 abril 2022 (FJ 2º).

ha influido significativamente en la vehiculación del virus, es más los contagios notificados desde que comenzó la campaña de vacunación se han incrementado respecto a los contagios en época pre- vacunación, no obstante más del 80% de la población española resulte inmunizada"[104]. Por tanto, el juez argumenta que "ninguna de las vacunas que se suministran en España en la actualidad inmuniza frente al virus, ninguna evita el contagio ni impide la transmisión. De forma que, difícilmente se van a beneficiar los no vacunados de una inmunidad que no se da por el hecho de que los demás se vacunen"[105].

Se argumenta que "es un colectivo que incide poco en el contagio comunitario"[106]. Y ello se fundamenta en que "en la transmisión niño-adulto parece que los niños no son casi nunca los transmisores primarios a los adultos"[107]. Esto explicaría que "hasta ahora, los niños no han sido el grupo que más ha influido en el comportamiento comunitario de la infección por SARS-CoV-2"[108]. Y se llega a comparar con otras enfermedades: "se dice que la transmisión niño-niño es menos eficiente para SARS-Cov-2 que para la gripe"[109].

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

Tras haber analizado el estado de la cuestión, es momento de aportar algunas notas conclusivas acerca de la temática abordada.

En efecto, es indiscutible que España se ha salvado de las controversias jurídicas que se hubieran derivado ante un escenario de imposición de la vacunación obligatoria. Como hemos visto, países de nuestro entorno han gestionado la situación de un modo diverso, recurriendo a la coerción, aunque no siempre llegándose a aplicar en la práctica[110].

Esta no obligatoriedad no ha traído consigo una ausencia de conflictos, sino que éstos simplemente se han desplazado del Derecho público al Derecho privado. De este modo, la acción de vacunar no ha sido configurada como un deber legal, sino como un deber moral. Y, en el ámbito de los menores de edad, en esta decisión los progenitores indudablemente ocupan una relevancia innegable.

104 AJPII San Lorenzo de El Escorial 119/2022, de 7 abril 2022 (FJ 2º).

105 El juez se apoya en los datos que aporta el médico forense, que proceden de fuentes oficiales: "De hecho, conforme al informe de Don Sergio Pérez Olivera, fechado en octubre de 2021, si comparamos los datos de España de hace un año con los actuales: la Incidencia Acumulada, era 8 veces menor que la actual; los fallecidos Covid eran 15 veces menos; el número de ingresos hospitalarios era 9 veces inferior y el número de ingresados UCI estaba 14 veces por debajo".

106 AJPII Palencia 10/2022, de 1 febrero 2022 (FJ 2º).

107 AJPI Torrent 158/2022, de 30 marzo 2022 (FJ Único).

108 AJPII Palencia 10/2022, de 1 febrero 2022 (FJ 2º).

109 AJPI Torrent 158/2022, de 30 marzo 2022 (FJ Único).

110 Hemos visto el caso de Austria, que aprobó una norma que preveía la obligatoriedad para cualquier ciudadano mayor de 18 años, pero que después suspendía sus efectos y, en un momento posterior, la derogaba por completo.

La controversia surge cuando los planteamientos de los padres no son homogéneos en esta cuestión. Nace, pues, una discrepancia entre los titulares de la patria potestad, que deben tomar una decisión, bien afirmativa o negativa, respecto a la administración de este medicamento especial. La solución que ofrece el legislador en estas situaciones es acudir a la vía judicial, por medio de un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Resulta innegable la inconveniencia que genera judicializar una decisión de esta naturaleza. Pero, en muchas ocasiones, se tiene la percepción de que no existe alternativa a ello. En esa situación, lo que realiza el juez no es sustituir la capacidad de decisión de los padres, esto es, tomar la decisión por ellos. Más bien, concede la facultad de decisión a uno de ellos, respecto a un ámbito determinado.

Si en el pasado contábamos con un consenso jurisprudencial relativo a los asuntos de vacunación infantil, esta unidad en la interpretación de esta cuestión se ha visto afectada por la situación provocada por la pandemia global.

Hasta ese momento, los distintos fallos habían acabado inclinándose del lado de la inoculación de la correspondiente vacuna, considerando que los posibles efectos adversos que pudiera tener su administración no revestían la suficiente entidad para poder obviar los beneficios que reportaba la misma. Es innegable que el común denominador de todas ellas era que se trataba de una enfermedad de la que se tenía bastante conocimiento y, sobre todo, de una vacuna de la cual existía una dilatada experiencia y estudio respecto a sus efectos, beneficios y riesgos.

No obstante, es inevitable hacer mención que, en la vacuna que nos ocupa en esta ocasión, en cambio, este recorrido es distinto – por razones obvias de plazos de tiempo –. Ello ha hecho que en muchas ocasiones, el padre o la madre haya mostrado reticencias a la hora de decidir si administrar la dosis al hijo.

Ante esa negativa, se han tenido que analizar los motivos que estaban detrás de ésta. En alguna ocasión, en concreto, el AJPI N.º 51 de Barcelona 28 julio 2021, el progenitor que rechazaba la inoculación realizaba un cambio de posicionamiento respecto al resto de vacunas previstas en el calendario de vacunación, pese a que con anterioridad no había mostrado ninguna reticencia a ello. Es evidente que en este supuesto nos hallamos ante un escenario distinto, pues supone un cambio de criterio repentino respecto a aquello que se había mantenido hasta el momento.

En el resto de ocasiones, en cambio, esta negativa se ha limitado a la vacuna contra SARS-CoV-2. En estos casos, a veces ha existido una mayor argumentación y fundamentación por parte de las partes, mientras que en otros, ha brillado por su ausencia. En esta fundamentación, en muchas ocasiones se aportaron pruebas que evidenciaban los argumentos esgrimidos de las partes. Pues bien, los jueces

han debido entrar en estos documentos e informes para tratar de dilucidar qué era lo mejor para el menor de edad en cuestión, siendo en muchas ocasiones recabado el informe de un médico forense con el fin de ayudar a esclarecer la cuestión científica que estaba detrás del asunto.

Como es de sobra conocido, en cualquier situación sanitaria, una de las máximas aplicables es la ponderación entre riesgos y beneficios y, como hemos visto, de los pronunciamientos no se deduce unanimidad al respecto. Más bien, existe una ausencia de consenso acerca de si los beneficios que reporta la administración de la misma superan los riesgos que comporta. Como en algún pronunciamiento se ha puesto de manifiesto, incluso los propios expertos en la materia van conociendo nuevos efectos, beneficios y riesgos con el paso del tiempo y tras conocer resultados de nuevas investigaciones.

No podemos concluir que la vacuna sea un instrumento más perjudicial que beneficioso para el colectivo de menores de edad. Pero tampoco lo contrario.

No podemos extraer que la facultad de decisión debe corresponder al progenitor que se opone a la inoculación. Pero tampoco lo contrario.

Somos conscientes de no estar descubriendo la pólvora en estas líneas. Tampoco se puede esperar que se haga, cuando la propia jurisprudencia no lo ha hecho tampoco hasta la fecha. Pero, precisamente por ello, conviene poner de manifiesto la particularidad de la situación actual y las consecuencias que conlleva en esta temática. Y comprendemos con ello que muchos tribunales hayan decidido aplicar el principio de la prudencia, para preservar el interés superior del menor ante la discrepancia que existía entre sus progenitores.

Por este motivo, los órganos judiciales han atendido no en pocas ocasiones a la fundamentación razonada que realizaban las partes. Para ello, han debido dejar a un lado las etiquetas que podían tener unos u otros. Y han decidido en unos casos en un sentido, y en otros, en el opuesto. Por tanto, han prestado más atención al objeto que al sujeto, que no es otro que el interés superior del menor.

Es evidente que en los próximos años la cuestión avanzará hacia una dirección u otra. El escenario será bien distinto al presente en la actualidad. En ese caso, la respuesta por parte de los órganos judiciales es posible que se aproxime en mayor medida a la que se ofrece en relación con el resto de vacunas que hoy se administran a los menores de edad. Ello irá acompañado de la evolución que vaya experimentando también esta vacuna, en dirección hacia una situación que resulte más homologable al resto. Hasta entonces, el debate en los órganos judiciales está servido.

BIBLIOGRAFÍA

Barceló Doménech, J.: "Régimen jurídico de las vacunas en España: reflexiones ante la situación creada por el coronavirus", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, mayo 2020, núm. 12 bis, pp. 118-125.

Bellver Capella, V.: "Vacunas", *Revista ROL Enfermería*, 2015, núm. 38 (10), pp. 658-667.

Bueno Biot, Á.: "La incidencia de la justa causa en el derecho de relación de los abuelos y los nietos", *Actualidad Civil*, marzo 2022, núm. 3, pp. 1-29.

García Ruiz, Y.: "¿Vacunas obligatorias de menores contra la voluntad de los padres?", *HUMANITAS Humanidades Médicas*, Enero 2009, núm. 35, pp. 1-23.

García Ruiz, Y., "Salud pública y multiculturalidad: inmunización poblacional y seguridad alimentaria", *AFDUAM*, 2014, núm. 18, pp. 269-289.

García Ruiz, Y.: "Libertad vs. solidaridad: ¿de la vacunación voluntaria a la vacunación obligatoria en Europa tras la pandemia del COVID-19?", *Revista Jurídica de les Illes Balears*, 2022, núm. 21, pp. 121-138.

Gil Membrado, C.: "Autonomía, capacidad y jueces que vacunan en tiempo de pandemia", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2021, núm. 18-19, pp. 37-56.

Meseguer Velasco, S.: "Libertad religiosa, salud pública y vacunación Covid-19", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2021, núm. 56, pp. 1-36.

Meseguer Velasco, S.: "Objeción de conciencia a la vacunación de los menores de edad en la jurisprudencia de Estrasburgo", *Jus: Rivista di Scienze Giuridiche*, 2022, núm. 1, pp. 100-132.

Milani, D.: "Vaccinazioni e bene comune: la prospettiva ecclesiasticistica", *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, agosto 2022, Fascicolo 2, pp. 362-370.

Moreno Soler, V.: "La evolución de la libertad religiosa del menor de edad y su incidencia en el ámbito de la salud", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2020, núm. 13, pp. 142-161.

Ortiz Fernández, M.: "Autonomía de la voluntad y derecho de autodeterminación de los menores de edad en el ámbito sanitario: últimas tendencias en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2022, núm. 16, pp. 176-203.

RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.ª.: "Patria potestad y educación religiosa de los hijos menores", *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19, pp.142-162.

ROVIRA, A.: *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Pamplona, 2007.

SANTOS MORÓN, M.ª J.: *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Madrid, 2000.

PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA *POST MORTEM*, *STATUS FILIATIONIS* E DIRITTI SUCCESSORI DEL NATO

MEDICALLY ASSISTED POST MORTEM PROCREATION, BORN'S STATUS FILIATIONIS AND INHERITANCE RIGHTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1016-1049

Carlo PETTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il ricorso alla tecnica della procreazione medicalmente assistita post mortem pone una serie di rilevanti questioni morali e, soprattutto, giuridiche che incidono sul possibile riconoscimento dello status filiationis del nato e sui suoi diritti successori nei confronti del padre deceduto. Il contributo esamina entrambe le questioni muovendo da una prospettiva necessariamente sistematica e assiologica volta a tutelare il miglior interesse del minore che risulterebbe irragionevolmente leso laddove si proceda a un'interpretazione formalistica e restrittiva della normativa di riferimento.

PALABRAS CLAVE: Procreazione medicalmente assistita post mortem; filiazione; stato giuridico del nato; situazioni esistenziali e patrimoniali; diritto all'identità personale; ordine pubblico internazionale; diritti successori; capacità a succedere; miglior interesse del minore.

ABSTRACT: *The post mortem medically assisted procreation technique raises a series of relevant questions which affect the status filiationis of the newborn and his or her successor rights. The contribution examines both issues starting from a necessarily axiological perspective aimed at protecting the best interest of the child who would inevitably be harmed if a formalistic and restrictive interpretation of the legislation is carried out.*

KEY WORDS: *Medically assisted post mortem procreation; filiation; legal status of the born; existential and patrimonial situations; right to personal identity; international public order; inheritance rights; best interest of the child.*

SUMARIO.- I. LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA POST MORTEM: LA LEGGE N. 40 DEL 2004 E LE RICADUTE SULLE SITUAZIONI ESISTENZIALI E PATRIMONIALI DEL NATO.- II. "IMPIANTO" E "FECONDAZIONE" POST MORTEM. IL RICONOSCIMENTO DELLO STATUS FILIATIONIS TRA LA DISCIPLINA CODISTICA E L'ART. 8 L. N. 40 DEL 2004. LA TUTELA DEL MIGLIOR INTERESSE DEL MINORE.- III. LA P.M.A. POST MORTEM REALIZZATA ALL'ESTERO, IL RICONOSCIMENTO DEL PROVVEDIMENTO STRANIERO E LA CLAUSOLA DELL'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE.- IV. LA CAPACITÀ DI SUCCEDERE DEL MINORE RISPETTO AL PADRE DEFUNTO. L'INTERPRETAZIONE ADEGUATRICE E SISTEMATICA DELL'ART. 462 C.C.- V. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA *POST MORTEM*: LA LEGGE N. 40 DEL 2004 E LE RICADUTE SULLE SITUAZIONI ESISTENZIALI E PATRIMONIALI DEL NATO.

Il moltiplicarsi di nuovi modelli affettivi e familiari[1] nonché la costante evoluzione delle tecniche procreative pongono l'interprete innanzi al delicato compito di risolvere le numerose questioni d'ordine giuridico e pratico che emergono dalla realtà e che involgono i diritti fondamentali della persona.

Siffatte dinamiche risultano particolarmente presenti in caso di procreazione medicalmente assistita (*breviter*, p.m.a.) *post mortem*, con ciò designandosi, genericamente, il ricorso alle tecniche di inseminazione artificiale omologa da parte della donna dopo la morte del coniuge o del convivente, anche a fronte dell'espresso consenso informato di questi all'esecuzione delle descritte procedure su iniziativa della superstite, prestato in vita alla struttura sanitaria. In un simile contesto, come emerge dalla giurisprudenza, possono verificarsi due distinte ipotesi[2]: l'impianto *post mortem* nel grembo materno di un embrione fecondato e crioconservato quando il coniuge o il convivente era ancora in vita[3] ovvero la

1 Sulla rilevanza assiologica dei nuovi modelli familiari, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, Esi, Napoli, 2020, pp. 355 ss.

2 Quelle riportate nel testo, che saranno l'oggetto esclusivo del presente studio, rappresentano ipotesi di procreazione *post mortem* omologa nella quale entrambi i gameti utilizzati per la formazione dell'embrione appartengono agli aspiranti genitori. Tuttavia, da un punto di vista tecnico, è possibile anche la realizzazione di una fecondazione eterologa, ove, invece, v'è l'apporto di gameti da parte di donatori estranei alla coppia.

3 Un caso simile è stato affrontato da Trib. Palermo, ord. 8 gennaio 1999, *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, pp. 225 ss., con nota di Palmerini, E.: "La sorte degli embrioni *in vitro*: in assenza di regole, il ricorso ai principi"; e di Busnelli, F.D.: "Postilla"; *Fam. dir.*, 1999, pp. 384 ss., con nota di Cassano, G.: "Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale *post mortem*"; *Foro it.*, 1999, I, cc. 1654 ss., con nota di Nivarra, L.: "Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo sul metodo)"; *Dir. fam. pers.*, 1999, pp. 231 ss., con nota di Miranda, A.: "'*Tragic choice*' *in Italy*: brevi note in tema di esecuzione *post mortem* del contratto di procreazione medicalmente assistita"; e di Giaimo, G.: "Brevi riflessioni su una gravidanza indotta per decisione del giudice"; *ivi*, 1999, pp. 1175 ss., con nota di Natoli, R.: "L'impianto di embrioni *post mortem* tra scontri ideologici e prezzi da pagare (a proposito di un'ordinanza palermitana)"; nonché da Trib. Bologna, 21 maggio 2014, e da Trib. Bologna, 16 gennaio

• Carlo Petta
Ricercatore di Diritto dell'economia nell'Università LUMSA. E-mail: c.petta1@lumsa.it

fecondazione dell'ovulo per mezzo dei gameti del deceduto prelevati prima o dopo[4] la sua morte[5].

Il ricorso alla descritta tecnica – che dimostra come l'evoluzione della scienza biomedica imponga un necessario ripensamento della genitorialità, dei rapporti di filiazione e, più in generale, del diritto di famiglia "tradizionale"[6] – pone una serie di rilevanti questioni etiche e giuridiche che involgono fondamentali situazioni esistenziali e patrimoniali del nato, quali, tra tutti, il riconoscimento dello *status filiationis*[7] e la capacità di succedere rispetto al padre defunto, posto che il legislatore, con una scelta che sin da súbito ha suscitato perplessità in dottrina[8], non ha puntualmente disciplinato tali aspetti.

In generale si ritiene che sia indirettamente desumibile il divieto al ricorso alla procreazione medicalmente assistita *post mortem* dal disposto dell'art. 5 l. 19

2015, *Corr. giur.*, 2015, pp. 933 ss., con nota di Attademo, L.: "Il trasferimento intrauterino di embrioni crioconservati anni dopo la formazione degli stessi e la morte del padre".

4 Si vedano Trib. Bologna, 31 maggio 2012, *Foro it.*, 2012, I, cc. 3349 ss., che ha rigettato la domanda della donna volta ad accedere alla p.m.a. ricorrendo al seme crioconservato del marito deceduto; nonché Trib. Roma, 19 novembre 2018, *Foro it.*, 2019, I, cc. 692 ss., che ha respinto il ricorso d'urgenza proposto dalla vedova per poter conseguire, da parte dei centri medici presso i quali era stato depositato, la consegna del seme crioconservato del marito premorto al fine di poter accedere alle tecniche di p.m.a. all'estero; da Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 1282 ss., con nota di Faccioli, M.: "La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita *post mortem*"; *Fam. dir.*, 2020, pp. 27 ss., con nota di Giunchedi, D.: "La procreazione assistita *post mortem* tra responsabilità procreativa e *favor stabilitatis*"; *Dir. fam. pers.*, 2019, 3, pp. 1117 ss., con nota di Zappatore, F.: "Fecondazione omologa c.d. *post mortem*: regole e principi di determinazione dello *status filiationis* in una recente pronuncia di legittimità"; Trib. Messina, 28 settembre 2017, *Foro it.*, 2019, I, c. 1430; Trib. Lecce, ord. 24 giugno 2019, *Fam. dir.*, 2020, pp. 949 ss., con nota di Barone, I.: "Procreazione *post mortem* e *status filiationis*".

5 Le ipotesi di fecondazione medicalmente assistita *post mortem* che rilevano anche ai fini del presente studio sono esclusivamente quelle *ex latere patris*, giacché "*ex latere matris*, invece, la procreazione medicalmente assistita *post mortem*, indipendentemente dal lasso di tempo di verificazione del decesso della donna – anteriore o successivo alla fecondazione dell'ovulo e, quindi, alla formazione dell'embrione – richiederebbe il ricorso a ben altra tecnica di PMA, la surrogazione di maternità, espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, L. n. 40 del 2004 e severamente punita con il ricorso alla sanzione penale" (così, Barone, I.: "Procreazione *post mortem* e *status filiationis*", cit., p. 952).

6 Si sottolinea opportunamente in Carapezza Figlia, G. – Cipriani, N. – Frezza, G. – Perlingieri, G. e Virgadamo, P.: *Manuale di diritto di famiglia*, Esi, Napoli, 2021, p. 149 che, con riferimento alla p.m.a. in generale, "[...] il rapporto di filiazione e lo *status* di figlio trovano il loro fatto costitutivo innanzitutto nella procreazione, che, di norma, avviene a seguito di fecondazione naturale, quindi mediante l'atto sessuale. L'evoluzione della tecnica ha però consentito lo sviluppo e la diffusione di pratiche di procreazione medicalmente assistita, mediante le quali la fecondazione avviene fuori dal corpo della donna, con successivo impianto dell'embrione fecondato nell'utero materno. Ovviamente la normativa codicistica era impreparata a regolare questo tipo di problematiche, che hanno posto questioni del tutto nuove da un lato in ordine al tema della sussistenza stessa e dell'accertamento del rapporto di filiazione; dall'altro in merito ai limiti entro i quali le pratiche di P.M.A. devono considerarsi ammissibili".

7 Sul diritto del nato ad avere la certezza della propria origine biologica quale elemento fondamentale dell'identità personale v. Cass., 21 luglio 2016, n. 15024, *Foro it.*, 2016, I, c. 3114; Cass., Sez. un, 25 gennaio 2017, n. 1946, *ivi*, 2017, 2, I, c. 477; Cass. 20 marzo 2018, n. 6993, *ivi*, 2018, 4, I, c. 1134.

8 Moscati, E.: "Questioni vecchie e nuove in tema di capacità di succedere e indegnità", in *Tradizione e modernità del diritto successorio* (a cura di S. Delle Monache), Cedam, Padova, 2007, p. 41, definisce il legislatore "distratto e improvvido" per non aver fatto tesoro "dell'esperienza francese sia anteriore che successiva alla legge n. 94-654 del 29 luglio 1994, sull'accesso alla procreazione assistita, che nelle applicazioni pratiche in materia successoria aveva dato luogo a situazioni aberranti e a palesi disparità di trattamento tra figli di uno stesso genitore", anche in considerazione del fatto che la giurisprudenza interna, già prima della l. n. 40 del 2004, si era trovata ad affrontare le problematiche in ordine allo status e ai diritti successori dei concepiti *post mortem* (il riferimento è a Trib. Palermo, ord. 8 gennaio 1999, cit.).

febbraio 2004, n. 40 (recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"), che, nell'individuare i "requisiti soggettivi" per l'accesso alle tecniche di p.m.a., ne limita l'accesso alle sole "coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi". In aggiunta, il successivo art. 12, comma 2, l. cit. ("Divieti generali e sanzioni") prevede l'irrogazione di una sanzione amministrativa nei confronti di "chiunque, a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi"[9].

La lettura congiunta delle due disposizioni depone, dunque, nel senso di vietare tanto l'impianto *post mortem* dell'embrione crioconservato quanto l'inseminazione con l'utilizzo dei gameti del coniuge o del convivente deceduto, giacché, in entrambi i casi, risulterebbe violato il presupposto legislativo dell'esistenza in vita di entrambi i genitori[10] posto dal legislatore del 2004 al fine di garantire il diritto alla bigenitorialità del nato attraverso il ricorso alla p.m.a. ed evitargli, essenzialmente, i possibili pregiudizi derivanti dalla mancanza della figura paterna[11]. La questione, tuttavia, appare ben più complessa, non solo per le rilevanti ricadute sulle situazioni esistenziali e patrimoniali del nato attraverso il ricorso alla p.m.a. *post mortem*, ma anche perché, da un punto di vista tecnico-interpretativo, l'infelice formulazione dell'art. 5 l. n. 40 del 2004 non consente di comprendere inequivocabilmente quale

9 Sulla p.m.a. *post mortem*, v., senza pretesa di esaustività, Sesta, M.: "Procreazione medicalmente assistita", in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 2004, pp. 8 e 9; Villani R.: *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 175 ss.; Casini, C. - Casini, M. e Di Pietro, M.L.: *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Commentario*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 108 ss.; Naddeo, P.: "Accesso alle tecniche", in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40* (a cura di P. Stanzione e G. Sciancalepore), Giuffrè, Milano, 2004, pp. 74 ss.; Santosuosso, F.: *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 49 ss.; Oppo, G.: "Diritto di famiglia e procreazione assistita", *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 335 ss.; Gazzoni, F.: "Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale", *Dir. fam. pers.*, 2005, pp. 168 ss.; Perlingieri, P.: "L'inseminazione artificiale tra princípi costituzionali e riforme legislative", in Id., *La persona e i suoi diritti*, Esi, Napoli, 2005, pp. 186 ss.; d'Avack, L.: *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 164 ss.; Porcelli, M.: *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, Esi, Napoli, 2016, pp. 91 ss.; Valongo, A.: *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Esi, Napoli, 2017, p. 59 ss.; Ead.: "Profili evolutivi della procreazione assistita *post mortem*", *Dir. succ. fam.*, 2019, 2, pp. 525 ss.

10 Come si sottolinea in Gazzoni, F.: "Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale", cit., p. 198, con l'imposizione dei severi requisiti di cui all'art. 5 l. n. 40 del 2004 il legislatore ha voluto escludere la "possibilità di una procreazione *post mortem* dell'uomo".

11 La ricostruzione della *ratio legis* nel senso di garantire la doppia figura genitoriale viene incidentalmente affermata – pur essendo stata chiamata a decidere sulla diversa questione di legittimità costituzionale del divieto di accesso alle tecniche di PMA da parte di coppie formate da due donne – in Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, *Foro it.*, 2019, cc. 3782 ss., con nota di Casaburi, G.: "'Qui sto. Non posso fare altrimenti': la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla p.m.a. delle coppie omosessuali (femminili)"; *Corr. giur.*, 2019, pp. 1460 ss., con nota di Recinto, G.: "La legittimità del divieto per coppie *same sex* di accedere alla PMA: la Consulta tra quale 'chiarimento' e alcuni 'revirement'"; *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 548 ss., con nota di Barone, I.: "Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la consulta il divieto è legittimo". Sul punto, v., altresì, Salanitro, U.: "Legge 19 febbraio 2004, n. 40", in *Della famiglia. Leggi complementari* (a cura di G. Di Rosa), nel *Commentario* Gabrielli, Utet, Torino, 2018, p. 1712; Id.: "A *strange loop*. La procreazione assistita nel canone della corte costituzionale", *Nuove leggi civ.*, 2020, pp. 206 ss.; Venuti, M.C.: "La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 664 ss.; Sesta, M.: "Procreazione medicalmente assistita", cit., p. 8; Casini, C. - Casini, M. e Di Pietro, M.L.: *La legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 108; Senigaglia, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere", *Eur. dir. priv.*, 2017, III, pp. 953 ss.; Bilotti, E.: "Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni", *Dir. fam. pers.*, 2017, III, p. 873 ss.

sia il momento effettivo in cui entrambi gli aspiranti genitori devono essere in vita per accedere legittimamente alle tecniche di p.m.a., sicché è rimesso all'interprete valutare, caso per caso, le legittimità del ricorso alla pratica in esame. Come efficacemente sottolineato dalla stessa Cassazione, sussiste, in buona sostanza, la necessità di "comprendere se i divieti di genitorialità pure evincibili dal nostro ordinamento possano fungere da "controlimite" alla tutela dei diritti di chi è nato, oppure se occorra superare i confini della tradizione ed accettare, regolandoli, i nuovi percorsi della genitorialità stessa"[12].

Risulta, in particolare, centrale, il riconoscimento dello *status filiationis* del minore: se in entrambe le declinazioni della p.m.a. *post mortem* non v'è dubbio che il nato sarà figlio della donna che ha fatto ricorso alla tecnica procreativa, ben più complesso risulta affermare il rapporto giuridico di filiazione con l'uomo, posto che, in relazione a tale profilo, concorrono, astrattamente, la più tradizionale disciplina codicistica e quella speciale cui alla l. n. 40 del 2004, che, muovendo da due concetti di concepimento tra loro incompatibili, risultano di difficile coordinamento.

Gli interessi di indubbia rilevanza costituzionale coinvolti nella fattispecie in esame, specie quelli riferibili alla persona del nato[13], impongono di individuare soluzioni conformi ai princípi e ai valori che informano l'ordinamento unitariamente considerato, rifuggendo da un concettualismo che rischia di sacrificare, irragionevolmente, il miglior interesse del minore[14], che come noto, deve essere congruamente tutelato in tutti i procedimenti che lo riguardano[15]. È, infatti,

12 Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, cit., § 7.3.3., sulla quale si tornerà diffusamente *infra*, § 2.

13 Come autorevolmente insegnato, la promozione della persona umana opera come principio di ordine pubblico costituzionale, ponendosi dunque al vertice dell'assiologia ordinamentale: così, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, III, *Situazioni soggettive*, cit., pp. 1 ss.

14 Perlingieri, P.: "Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione", *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 593 ss., e spec. p. 597 ove si sottolinea che "[r]egole e princípi, infatti, costituiscono entrambi, e inseparabilmente, i riferimenti normativi di ogni interpretazione giuridica, la quale si concretizza mediate un bilanciamento di interessi e valori"; Id.: "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", *Riv. dir. civ.*, 2010, I, pp. 318 ss.; Id.: "L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il broccardo *in claris non fit interpretatio*, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.; Id. e Femia, P.: "Metodo giuridico e interpretazione", in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 2017, p. 109 ss. Sull'importanza della rilettura delle categorie ricostruttive alla luce dei fattori storici e fattuali, rifuggendo dalla dipendenza dal formalismo, Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 98; in argomento, v., infine, Ascarelli, T.: "Antigone e Porzia", in Id., *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1959, 158.

15 La tutela del *best interest of the child* trova solenne enunciazione all'art. 3 della Convenzione di New York del 1989 (resa esecutiva in Italia dalla legge 28 maggio 1991, n. 176), mentre in àmbito europeo, oltre a essere stata ribadita nel considerando n. 33 del Regolamento 2201/2003 (relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale), alla luce del quale lo stesso deve essere interpretato e applicato, è stata ulteriormente sancita all'interno dell'art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Rilevano, altresì, l'art. 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli emanata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996 (resa esecutiva in Italia dalla l. 20 marzo 2003, n. 77), nonché le Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore, adottate il 17 novembre 2010, nella 1098ª riunione dei delegati dei ministri. La Corte europea dei diritti dell'uomo, inoltre, ha spesso utilizzato il principio in esame quale elemento di specificazione e concretizzazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU nonché quale criterio sulla cui base procedere al bilanciamento tra diritti individuali e interesse pubblico di cui al secondo comma. Da un punto di vista interno, infine, il principio è desumibile dagli artt. 2, 30 e 31 Cost. e ad esso si ispirano le riforme del

evidente che un'aprioristica negazione dello *status filiationis* del nato rispetto al padre deceduto, argomentata sulla base del mero dato letterale dell'art. 5 l. n. 40 del 2004 o della disciplina codicistica in materia di filiazione, comprometterebbe, in maniera rilevante, il suo *status personae*, con riferimento, in particolare, all'identità personale e familiare[16] nonché, di riflesso, alla posizione successoria.

Con il presente studio, pertanto, si analizzeranno i due profili da ultimo evocati adottando una prospettiva necessariamente sistematica e assiologica[17], che, ad avviso di chi scrive, rappresenta l'unica in grado di fornire una lettura della normativa di riferimento coerente con la legalità costituzionale e in grado di tutelare i diritti esistenziali e patrimoniali del minore, all'esito di un ragionevole bilanciamento tra i diversi interessi rilevanti nel caso concreto[18].

II. "IMPIANTO" E "FECONDAZIONE" *POST MORTEM*. IL RICONOSCIMENTO DELLO *STATUS FILIATIONIS* TRA LA DISCIPLINA CODISTICA E L'ART. 8 L. N. 40 DEL 2004. LA TUTELA DEL MIGLIOR INTERESSE DEL MINORE.

L'oscura lettera dell'art. 5 l. n. 40 del 2004 in merito all'individuazione del momento nel quale i coniugi o conviventi che accedono alla tecnica procreativa devono risultare "entrambi viventi" ha dato luogo a due possibili e, tra loro, contrapposte interpretazioni.

Mentre un'impostazione restrittiva ritiene che il requisito *ex* art. 5. l. n. 40 del 2004 renderebbe illegittimo il ricorso alla p.m.a. *post mortem* in qualunque caso[19], diversamente, secondo l'opinione di gran lunga prevalente e consolidata, l'infelice espressione normativa postulerebbe la necessità che gli aspiranti genitori

diritto di famiglia del 1975, dell'adozione, dell'affidamento condiviso e della filiazione. Sul *best interest of the child*, v., tra gli altri, Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 86 ss.; Id.: "'Best Interest of the Child" o 'best interest of Children'", *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, pp. 157 ss.; Scalisi, V.: "*Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*", *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 40 ss.; Lamarque, E.: *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016, *passim*. Ad avviso di chi scrive è opportuno tradurre *best interest of the child* non già come "*superiore* interesse del minore", bensì come "*migliore* interesse del minore", in quanto, come sottolineato da attenta dottrina che si condivide, l'interesse in discorso deve essere opportunamente valutato e bilanciato nel singolo caso concreto al fine di individuare, tra le tante, le soluzioni interpretative e applicative che possano tutelare al meglio l'interesse di *quel* minore. Sul punto, v. Perlingieri, G. e Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Esi, Napoli, 2019, pp. 100 ss.

16 In merito alla rilevanza del nome quale mezzo di identità familiare e personale, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, III, *Situazioni soggettive*, cit., pp. 97 ss. e 347 ss.; ma anche Cass., 11 luglio 2017, n. 17139, *Dejure online*, per la quale "il diritto al nome costituisce uno dei diritti fondamentali della persona, avente copertura costituzionale assoluta, quale strumento identificativo di ogni individuo".

17 Per autorevole insegnamento, l'interprete deve rifuggire dal concettualismo e dal formalismo e, al contrario, adottare una prospettiva sistematica e assiologica, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, *Fonti e interpretazione*, cit., pp. 278 ss.

18 Sulla ragionevolezza nel diritto civile, v., per tutti, Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015, *passim*.

19 Naddeo, P.: "Accesso alle tecniche", cit., pp. 82 ss. In giurisprudenza, cfr. App. Ancona, 12 marzo 2018, *Foro it.*, 2019, 4, I, c. 1429.

siano viventi almeno fino al momento della manifestazione del consenso di cui al successivo art. 6, comma 3, l. n. 40 del 2004 (sul "Consenso informato")[20]. Si rammenti, infatti, che, in forza di tale disposizione, la volontà di accedere alle tecniche può essere revocata da ciascuno dei richiedenti fino al momento della fecondazione dell'ovulo. Dunque, la consapevole manifestazione di accesso alle tecniche in discorso – che risulta centrale nel sistema delineato dalla legge n. 40 del 2004[21] – si perfezionerebbe definitivamente con la fecondazione dell'ovulo, momento nel quale entrambi i genitori devono essere in vita, sicché la successiva morte dell'uomo (così come l'eventuale revoca della sua volontà in vita) risulterebbe irrilevante rispetto a un consenso ormai perfezionatosi[22]. Come evidenziato, il decesso del padre dopo la fecondazione ma prima dell'impianto consentirebbe di dar séguito al procedimento sulla base del solo consenso della donna, fermo restando quello espresso in vita dall'uomo: a ben vedere, infatti, la morte di quest'ultimo, intervenuta dopo la fecondazione dell'ovulo, risulterebbe un fatto giuridico che, pur privando il figlio della figura paterna, integrerebbe una situazione identica a quella che si potrebbe determinare in caso di decesso dopo il concepimento in caso di procreazione "tradizionale"[23]. Concretamente, la donna potrà, dunque, legittimamente richiedere di procedere all'impianto dell'embrione

20 Tra gli altri, v. Oppo, G.: "Diritto di famiglia e procreazione assistita", cit., p. 332; Dossetti, M.: "L'accertamento non contenzioso dello stato di figlio", in Aa. Vv.: *La nuova filiazione. Accertamento e azioni di stato*, Zanichelli, Bologna, 2017, p. 145; cfr., inoltre, Valongo, A.: *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit., pp. 55 ss., spec. p. 65, ove l'a., discostandosi dall'orientamento in analisi, ritiene che "la permanenza in vita della coppia richiedente possa riferirsi al momento della manifestazione del consenso e non al momento della fecondazione dell'ovulo".

21 Oltre a quanto già detto nel testo sulla rilevanza del consenso nel ricorso alle tecniche di p.m.a. in ordine non soltanto all'accesso al trattamento sanitario ma, anche, all'assunzione della genitorialità nei confronti del nato, si consideri che l'art. 9 l. n. 40 del 2004, in caso di fecondazione eterologa, stabilisce che: *a*) è precluso l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità e l'impugnazione del riconoscimento al coniuge o al partner che abbia manifestato, anche per atti concludenti, il consenso all'applicazione della tecnica (comma 1); *b*) è parimenti escluso, per la madre, l'esercizio del diritto all'anonimato (comma 2); *c*) il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi. In argomento, tra i più recenti contributi, Cordiano, A.: "Legami affettivamente (in)sicuri e biologicamente (ir)reali: le regole per contestarli ancora all'esame della Corte costituzionale", nota a Corte cost., 25 giugno 2020, n. 127, *Fam. dir.*, 2021, 3, pp. 260 ss.; Favilli, C.: "Stato filiale e genitorialità sociale: dal fatto al rapporto", nota a Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, *Giur. it.*, pp. 314 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti a dottrina e giurisprudenza.

22 In giurisprudenza si segnala Trib. Santa Maria Capua Vetere, ord. 25 novembre 2020, *Fam. dir.*, 2021, 11 pp. 1048 ss., con nota di de Pamphilis, M.: "Il diritto dell'embrione all'impianto tra consenso informato e genitorialità imposta", per le interessanti indicazioni sul perfezionamento del consenso *ex* art. 6, comma 3, l. n. 40 del 2004. In un caso in cui gli aspiranti genitori, dopo la creazione degli embrioni, avevano iniziato il procedimento di separazione personale, il Tribunale ha accolto il ricorso d'urgenza della donna volto all'impianto degli embrioni crioconservati nonostante l'espresso rifiuto, in tal senso, da parte dell'uomo, il quale, *inter alia*, eccepiva il venir meno del proprio consenso e, quindi, dei requisiti di accesso alla p.m.a. La decisione, che ruota intorno al perfezionamento e irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo e la creazione dell'embrione, è stata poi confermata, in sede di reclamo, da Trib. Santa Maria Capua Vetere, ord. 27 gennaio 2021, *ivi*, 2021, pp. 1051 ss.

23 Oppo, G.: "Procreazione assistita e sorte del nascituro", *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 104. Nello stesso senso, cfr., prima della l. n. 40 del 2004, Furgiuele, G.: "La fecondazione artificiale", *Quadrimestre*, 1989, p. 265, il quale osserva che "[...] la moglie – o comunque quello dei coniugi sopravvissuto all'altro – può utilizzare lo sperma o l'embrione alle stesse condizioni di cui in generale in ordine alla coppia, e cioè solo se consti espresso consenso in proposito prestato in vita dal *partner* con riferimento all'eventualità del suo decesso".

crioconservato, formato all'esito di una procedura di p.m.a., cui si era sottoposta con il coniuge o con il convivente, in séguito deceduto[24], anche in via giudiziale[25].

La ricostruzione da ultimo richiamata trova, peraltro, conforto sulla base di ulteriori argomenti. Anzitutto, la tutela dell'embrione che informa la legge n. 40 del 2004, specie con riferimento agli artt. 1 e 14 (ove si sancisce il divieto di soppressione e di crioconservazione degli embrioni oltre i limiti di legge), risulta senz'altro prevalente rispetto all'asserita esigenza di evitare i pregiudizi al nascituro derivanti dalla privazione della figura paterna, che, peraltro, si presenta come una circostanza meramente eventuale[26]. Inoltre, l'art. 7 d.m. (Salute) 1 luglio 2015 (recante "Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita") afferma, chiaramente, il diritto della donna a ottenere sempre il trasferimento degli embrioni crioconservati[27].

Se, dunque, dottrina e giurisprudenza maggioritarie, alla luce della seconda interpretazione riportata, appaiono inclini ad affermare l'ammissibilità *ex* art. 5 l. n. 40 del 2004 dell'impianto *post mortem*, le maggiori incertezze si sono registrate in merito alla legittimità della fecondazione attuata a séguito della morte dell'aspirante genitore, quantunque consenziente al ricorso a suddetta pratica[28], con le rilevanti conseguenze in merito al riconoscimento del rapporto di filiazione tra quest'ultimo e il minore in tal modo procreato.

24 Sesta, M.: "Procreazione medicalmente assistita", cit., pp. 8 ss.; Casini, C. - Casini, M. e Di Pietro, M.L.: *La legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 186 ss.; Oppo, G.: "Diritto di famiglia e procreazione assistita", cit., p. 305; Gazzoni, F.: "Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale", cit., p. 198; Natale, A.: "I diritti del soggetto procreato *post mortem*", *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 531; Valongo, A.: *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit., p. 63; Stefanelli, S.: "Indagine preimpianto e autodeterminazione bilanciata", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 671; Salanitro, U.: "Legge 19 febbraio 2004, n. 40", cit., p. 1705 ss.; D'Alessandro, V., "Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e *status* del nato", *Dir. succ. fam.*, 2020, 2, p. 659.

25 Trib. Palermo, ord. 8 gennaio 1999, cit., ove l'organo giudicante accolse il ricorso della vedova ritenendo preminente, a fronte del decesso dell'aspirante padre, il diritto alla vita dell'embrione già formato prima di tale evento rispetto al diritto del nascituro alla doppia figura genitoriale; similmente, anche in Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, cit., venne autorizzato l'impianto nel corpo della donna di embrioni crioconservati dal 1996 nonostante il marito fosse deceduto nel 2011. In questo caso l'uomo aveva sottoscritto una "dichiarazione di interesse al futuro impianto" sicché, ad avviso dei giudici, posto che la scelta di procedere al trasferimento era condizionato alla volontà esclusiva della donna, l'impianto veniva giustificato per il preminente interesse a conservare gli embrioni già formati ed evitare la loro distruzione (vietata dall'art. 14 l. n. 40 del 2004) rispetto all'interesse del nascituro a non essere inserito in un contesto familiare monogenitoriale; più recentemente, Trib. Lecce, ord. 24 giugno 2019, cit., ove, sulla scorta dei medesimi argomenti, il Tribunale, adíto in via d'urgenza, ha ordinato a un centro medico di procedere all'impianto dell'embrione crioconservato formato prima della morte dell'uomo, il quale, colpito da una grave malattia, aveva ribadito il proprio consenso per portare avanti il progetto di genitorialità. In dottrina, tra gli altri, cfr., Stefanelli, S.: "Indagine preimpianto e autodeterminazione bilanciata", cit., p. 671; D'Alessandro, V., "Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e *status* del nato", cit., p. 659.

26 Faccioli, M.: "*Procreazione medicalmente assistita*", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. III, 2, Utet, Torino, 2007, pp. 1060 ss. Sul punto si tornerà diffusamente *infra* nel testo.

27 In questo senso, v., in particolare, le argomentazioni addotte da Trib. Lecce, ord. 24 giugno 2019, cit.

28 Sulla qualificazione giuridica del consenso espresso in vita dall'aspirante genitore sulla prosecuzione *post mortem* della tecnica, v. Valongo, A.: "Profili evolutivi della procreazione assistita *post mortem*", cit., pp. 540 ss. Cfr., tuttavia, Barone, I.: "Procreazione *post mortem* e *status filiationis*", cit., p. 960, ad avviso del quale l'intervenuta morte di uno degli aspiranti genitori prima della fecondazione dell'ovulo determinerebbe il venir meno del consenso del defunto alla prosecuzione della p.m.a.

Sulla descritta problematica è intervenuta, in tempi piuttosto recenti, la Cassazione[29] in relazione a un procedimento volto alla rettifica di un atto di nascita formato sul territorio nazionale a séguito di un'inseminazione *post mortem* avvenuta in Spagna con il consenso espresso dall'uomo prima del decesso[30]. La principale questione sottoposta all'attenzione della Corte non era relativa alla legittimità o meno della pratica (posto che la stessa aveva avuto luogo in un Paese ove, a certe condizioni, risulta consentita[31]), bensí al possibile riconoscimento dello *status filiationis* per mezzo della tradizionale disciplina codicistica ovvero dello specifico regime dell'art. 8 l. n. 40 del 2004 che lega l'attribuzione di detto stato al consenso espresso dalla coppia ad accedere alla p.m.a. La questione non appare meramente teorica, giacché il ricorso alla disciplina dettata dal codice civile o a quella della l. n. 40 del 2004 condurrebbe, in caso di fecondazione *post mortem*, a esiti completamente diversi.

Si rammenti, infatti, che mentre il regime codicistico si basa su un concetto tradizionale di procreazione, ponendo le presunzioni di paternità e di concepimento di cui, rispettivamente agli artt. 231 e 232 c.c.[32], diversamente, l'art. 8 l. n. 40 del 2004, rubricato "Stato giuridico del nato", dispone che "[i] nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime, ai sensi dell'art. 6". Quest'ultima norma si spiega alla luce del valore e della centralità del consenso nella disciplina della procreazione medicalmente assistita, anche a fronte dell'espresso rinvio all'art. 6 l.

29 Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, cit.

30 Nel caso sottoposto all'attenzione della Cassazione, due coniugi, al fine di attuare un condiviso progetto di genitorialità, decidevano di sottoporsi a p.m.a. di tipo omologo, ma nel corso di detta terapia il marito scopriva di essere gravemente malato. Pertanto, confermando il proprio consenso, autorizzava espressamente la moglie a utilizzare *post mortem* il proprio liquido seminale crioconservato al fine di realizzare il comune desiderio di genitorialità attraverso la formazione di un embrione in epoca successiva alla sua morte. Dopo il decesso del marito e sulla scorta del consenso da questi prestato la vedova si sottoponeva in Spagna al trattamento di fecondazione assistita, dando alla luce una bambina in Italia oltre i trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio. In sede di redazione dell'atto di nascita, la donna richiedeva di indicare quale padre della bambina anche il defunto marito presentando anche i documenti clinici che ne attestavano la paternità biologica. A fronte del rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile di procedere all'iscrizione della paternità del coniuge defunto, la donna formulava ricorso *ex* art. 95 d.P.R. n. 396 del 2000, in proprio e nell'interesse della minore, che, tuttavia, veniva rigettato nei primi due gradi di giudizio.

31 In Spagna la l. 14 giugno 2006, n. 14 (*Ley de técnicas de reproducciòn humana asistida*), come modificata con la legge 13 luglio 2015, prevede la possibilità di ricorrere alla p.m.a. *post mortem* prevedendo, tuttavia, che l'inseminazione deve avvenire entro dodici mesi dalla morte dell'uomo, la cui volontà deve risultare da atto pubblico o testamento. Inoltre, ai fini successori, i figli nati attraverso il ricorso a tale tecnica verranno considerati come concepiti al tempo dell'apertura della successione. Sul punto, v., per tutti, de Verda y Beamonte, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, 8, pp. 12 ss.; Ramon Fernandez, F.: "Reflexiones acerca del documento indubitado en la fecundación "post mortem", *ivi*, 9, pp. 454 ss.

32 Il codice pone, come richiamato nel testo la presunzione di paternità dell'art. 231 c.c. ("[i]l marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio") e quella di concepimento dell'art. 232 c.c. ("[s]i presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando non sono ancóra trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti giuridici del matrimonio"), fermo restando quanto disposto dell'art. 234 c.c. che consente di provare che, nonostante il mancato rispetto del termine prima richiamato, il concepimento sia avvenuto, comunque, durante il matrimonio.

cit. Segnatamente, oltre a costituire un consenso informato al trattamento medico, la manifestazione di volontà di accedere alle tecniche in discorso costituisce piena assunzione di responsabilità verso il nascituro, posto che, per la disciplina in analisi, "il consenso è il fondamento dello stato di figlio, uno stato che origina non dalla generazione, ma dalla scelta, della volontà/responsabilità di essere genitori"[33]. Le profonde differenze tra i due diversi regimi di attribuzione dello *status* di figlio hanno, peraltro, indotto la dottrina prevalente ad affermare che il sistema di cui agli artt. 8 e 9 l. n. 40 del 2004 sia autonomo e speciale rispetto alla disciplina codicistica, essendo, pertanto, sufficiente per la produzione degli effetti sul rapporto di filiazione il solo consenso legittimamente manifestato dai richiedenti di sottoporsi alla p.m.a.[34]. D'altronde, il ricorso alla tecnica garantisce la certezza della corrispondenza genetica tra gli aspiranti genitori e il nato, sicché in difetto del rapporto di coniugio non sarebbe necessario un formale atto di riconoscimento *ex* art. 254 c.c., che, in questa prospettiva, risulterebbe superfluo[35], pur non mancando posizioni critiche sul punto[36].

Orbene, a fronte del contrastante quadro normativo sinteticamente riportato e nel silenzio del legislatore circa la condizione giuridica del nato da fecondazione *post mortem*, la Cassazione è stata chiamata a dirimere la questione sulla disciplina applicabile per il riconoscimento dello *status filiationis* nelle fattispecie considerate, a fronte di un contrasto tra gli interpreti sul punto.

33 Così, Ferrando, G.: "Separazione dei coniugi, impianto degli embrioni *in vitro*, dissenso del marito", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 3, p. 653. Nello stesso senso, tra gli altri, Trabucchi, A.: "La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità", *Riv. dir. civ.*, 1982, I, pp. 662 ss.; Rossi Carleo, L.: "Le informazioni al consenso per la procreazione assistita", *Familia*, 2004, pp. 705 ss.

34 Cfr., tuttavia, Barone, I.: "Procreazione *post mortem* e *status filiationis*", cit., p. 956, il quale osserva criticamente che "[s]e *prima facie* l'interpretazione testuale dell'art. 8, L. n. 40 del 2004 sembrerebbe suggerire di individuare nel consenso della coppia che accede alla PMA l'elemento integrante la sussistenza del rapporto di filiazione, altri indici normativi depongono nel senso che il legislatore – pur avendo attribuito rilevanza al consenso quale atto di assunzione della responsabilità genitoriale – abbia inteso richiamare l'applicazione dell'intera disciplina generale in materia di filiazione", prendendo a riferimento i tre commi di cui si compone l'art. 9 l. n. 40 del 2004.

35 Senza pretesa di esaustività, cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 2.1., *La famiglia*, 6ª ed., Giuffrè, Milano, 2017, pp. 442 ss.; Bianca, Mir.: "L'unicità dello stato di figlio", in *La riforma della filiazione* (a cura di C.M. Bianca), Cedam, Padova, 2015, pp. 18 ss.; Faccioli, M.: "*Procreazione medicalmente assistita*", cit., pp. 1060 ss.; Oppo, G.: "Diritto di famiglia e procreazione assistita", cit., p. 331; Sciancalepore, G.: "Disposizioni concernenti la tutela del nascituro", in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40* (a cura di P. Stanzione e Id.), cit., p. 130; Dogliotti, M. e Figone, A.: *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Ipsoa, Milano, pp. 178 ss.; Quadri, E.: "Osservazioni sulla nuova disciplina della procreazione assistita", *Dir. e giust.*, 2004, pp. 228 ss.; Rossi Carleo, L.: "Le informazioni al consenso per la procreazione assistita", cit., p. 715; Casini, C. - Casini, M. e Di Pietro, M.L.: *La legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., pp. 119 ss. e 154 ss.; Villani, R.: *La procreazione assistita*, cit., pp. 101 ss.

36 Altra parte della dottrina, infatti, pur non negando il ruolo preminente dell'elemento volontaristico nell'architettura della l. n. 40 del 2004, ritengono che per la filiazione extramatrimoniale sia sempre necessario l'atto di riconoscimento. A sostegno di quest'impostazione si è sottolineato che gli artt. 8 e 9 l. n. 40 del 2004, nel richiamare la disciplina codicistica in materia di azioni di disconoscimento della paternità e di impugnativa del riconoscimento al fine di escluderne l'esperibilità, dimostrerebbero la perdurante validità delle regole dettate dal codice per la costituzione dello *status*. Per questa diversa impostazione, cfr., Sesta, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, 8ª ed., Cedam, Padova, 2019, pp. 416 ss.; Renda, A.: *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e principi evolutivi*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 163 ss.; Finocchiaro, M.: "Dopo il consenso impossibile riconoscere la prole", in Aa. Vv.: *Le prospettive della famiglia. Dalla procreazione assistita alle coppie di fatto*, *Guida al diritto. Dossier*, 2004, p. 41; Scia, F.: *Procreazione medicalmente assistita e status del generato*, Jovene, Napoli, 2010, pp. 149 ss.

Un primo e più tradizionale orientamento, muovendo dall'applicabilità anche in caso di p.m.a. delle regole codicistiche, riteneva che la nascita del figlio da fecondazione *post mortem* oltre il lasso di tempo utile a rendere operante la presunzione di cui all'art. 232 c.c. avrebbe determinato, ai fini del riconoscimento nei confronti del defunto, la necessaria proposizione di una domanda di dichiarazione giudiziale di paternità *ex* art. 276 c.c., giacché l'eventuale consenso, reso in vita, all'utilizzo dei propri gameti per procedere alla fecondazione, non avrebbe potuto dispiegare l'effetto di un riconoscimento preventivo[37].

Per una seconda impostazione, definibile intermedia, la nascita del figlio oltre i trecento giorni non avrebbe rappresentato un ostacolo all'operatività della presunzione di paternità laddove fosse stato possibile provare, *ex* art. 234 c.c., il concepimento in costanza di matrimonio da intendersi come fecondazione dell'ovulo e, dunque, creazione dell'embrione, purché la donna non avesse contratto, *medio tempore*, nuove nozze[38].

Un terzo e più recente orientamento, fatto proprio dalla Cassazione del 2019, infine, a fronte dell'evidente inadeguatezza delle tradizionali regole codicistiche per risolvere le questioni in analisi[39], ritiene direttamente applicabile anche in ipotesi di fecondazione *post mortem* l'art. 8 l. n. 40 del 2004, muovendo dal rilievo che il legislatore non avrebbe espressamente limitato l'applicabilità della disposizione alle sole ipotesi di procreazione medicalmente assistita "lecite", avendo anche contemplato la sua operatività, seppur indirettamente, ai casi in cui è possibile accedere alla procreazione eterologa. Riprendendo le parole utilizzate dalla Cassazione, "ove si sia proceduto, nonostante il tenore letterale della L. n. 40 del 2004, art. 5 e art. 6, comma 1, dopo la morte del marito ed acquisito il suo univoco consenso in vita, alla formazione di embrioni con il seme crioconservato dello stesso e gli ovociti della moglie ed al loro impianto, dovrebbe prevalere la tutela legislativa del nato da fecondazione omologa, posto che il sicuro legame genetico consentirebbe comunque l'instaurazione del rapporto di filiazione nei confronti di entrambi i genitori genetici, anche ove volesse ritenersi violato il quadro normativo derivante dalle disposizioni relative all'accesso alla P.M.A. nel nostro ordinamento interno"[40].

Per la Corte, è, dunque, padre chi ha espresso il consenso alla p.m.a., così delineandosi un sistema di attribuzione del rapporto di filiazione autonomo e

37 Salanitro, U.: "La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita", *Familia*, 2004, pp. 496 ss.; Natale, A.: "I diritti del soggetto procreato *post mortem*", cit., pp. 523 ss. Ovviamente, nel caso di nascita entro i trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio per l'avvenuta morte del marito non vi sarebbe alcun ostacolo all'operatività della presunzione legale di paternità.

38 Sesta, M.: "Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?", *Corr. giur.*, 2004, p. 1409; Oppo, G.: "Diritto di famiglia e procreazione assistita", cit., pp. 331 ss.

39 Sul punto, v., anche Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, cit., § 7.8.6.1

40 Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, cit., § 7.8.4.3.

alternativo rispetto a quello codicistico, basato sull'assoluta centralità dell'elemento consensualistico *ex* artt. 6 e 8 l. n. 40 del 2004[41]. Infatti, il differimento della nascita rispetto alla manifestazione del consenso non è in grado di incidere, in alcun modo, sulla certezza della paternità biologica anche qualora l'uomo sia morto prima della formazione dell'embrione (ferma restando la manifestazione del consenso all'esecuzione della p.m.a. *post mortem*)[42], così determinandosi l'inapplicabilità delle disposizioni codicistiche contrastanti e, in particolare, del sistema di presunzioni che risulta centrale nell'attribuzione della genitorialità "tradizionale"[43].

Ad avviso di chi scrive la terza impostazione riportata, avallata anche dalla Cassazione, risulta quella maggiormente condivisibile. Come anticipato, infatti, l'opera dell'interprete deve muoversi nella prospettiva di tutelare adeguatamente i diritti della persona nata attraverso la p.m.a. (e nel caso specifico la fecondazione) *post mortem* sulla quale non possono, evidentemente, ricadere le conseguenze negative determinate dalla scelta degli aspiranti genitori di ricorrere a una tecnica procreativa ritenuta illegittima o illecita[44]. Dunque, tra le diverse opzioni interpretative disponibili, deve essere privilegiata quella che riesca a garantire maggiormente il rispetto della dignità, e dell'identità del figlio, a partire dal suo

41 Sul punto v., anche, Faccioli, M.: "La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita *post mortem*", cit., p. 1285; D'Alessandro, V., "Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e *status* del nato", cit., p. 664; Locatello, D.M.: "L'attribuzione dello *status filiationis* al nato da fecondazione omologa eseguita *post mortem*", *Corr. giur.*, 2020, 6, p. 760. Sul consenso nella procreazione assistita, v., per tutti, Perlingieri, P.: "L'inseminazione artificiale tra princípi costituzionali e riforme legislative", cit., p. 187; più recentemente, Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, III, *Situazioni soggettive*, cit., pp. 55 ss.; Salanitro, U., "La procreazione medicalmente assistita", in *Tratt. dir. fam.* Bonilini e Cattaneo, IV, *La filiazione e l'adozione*, Torino, 2016, p. 3717. Sullo *status* del nato in caso di consenso mancante o inesatto, Moretti, M.: "La fecondazione artificiale: problemi in un'analisi comparatistica", *Quadrimestre*, 1988, pp. 453 ss. L'*iter* motivazionale della Cassazione in ordine alla tutela del superiore interesse del minore e alla centralità del consenso ai fini dell'attribuzione della genitorialità ex art. 8 l. n. 40 del 2004 non è dissimile rispetto a quello offerto, in precedenza, da Trib. Messina, 28 settembre 2017, cit.

42 Sul punto, cfr. Casaburi, G.: "Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente", *Foro it.*, 2019, I, c. 2023.

43 Così, recentemente, D'Alessandro, V., "Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e *status* del nato", cit., p. 662, in linea con la precedente dottrina favorevole all'applicabilità diretta dell'art. 8 l. n. 40 del 2004. In questo senso, v., anche, Villani, R.: "La 'nuova' procreazione medicalmente assistita", in *Il nuovo diritto della filiazione* (a cura di L. Lenti e M. Mantovani), in *Tratt. dir. fam.* Zatti, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 328 ss.; Moretti, M.: "Procreazione medicalmente assistita e *status* del nato", in Aa. Vv.: *La nuova filiazione. Accertamento e azioni di stato*, cit., pp. 446 ss.; Porcelli, M.: *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, cit., pp. 71 ss.; Valongo, A.: *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit., pp. 13 ss.; Pane, R.: *Mutamenti sociali e itinerari del diritto di famiglia*, Esi, Napoli, 2018, pp. 93 ss.

44 In giurisprudenza, v. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, *Foro it.*, 2016, 11, I, c. 3329, con nota di Casaburi, G.; *Corr. giur.*, 2017, pp. 181 ss., con nota di Ferrando, G.: "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli 'status filiationis'", ove, in caso di ricorso all'estero di una p.m.a. vietata dall'ordinamento italiano, la Corte ha recisamente affermato che "è decisivo il rilievo [...] che le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004 – imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia – non possono ricadere su chi è nato, il quale ha un diritto fondamentale, che dev'essere tutelato, alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero nei confronti della madre genetica e alla continuità dei rapporti affettivi" (§ 10.3.). In dottrina, v., tra gli altri, Baldini, G.: "Ricognizione dei profili problematici in tema di fecondazione artificiale *post mortem*", *Rass. dir. civ.*, 1995, 4, p. 742; e, soprattutto, Perlingieri, P.: "Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica", in Id., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 175, ove si avverte che a prescindere dal tipo di inseminazione, sul piano delle conseguenze non possono essere avallate soluzioni che potrebbero pregiudicare il figlio nato. Per una recente opinione contraria, cfr. Barone, I.: "Procreazione *post mortem* e *status filiationis*", cit., pp. 959 ss.

status[45]. Al contrario, risulta evidente che il miglior interesse del minore risulterebbe irragionevolmente pregiudicato da un approccio formalistico e tradizionale che determinerebbe un'immotivata distinzione della situazione giuridica del nato sulla base della p.m.a. concretamente eseguita[46].

Nel giudizio di bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti la tutela del migliore interesse del minore risulta assolutamente prevalente rispetto tanto all'asserito diritto costituzionale alla bigenitorialità[47], quanto all'autodeterminazione delle scelte procreative o all'aspirazione a diventare genitori, rilevanti, secondo certa dottrina, *ex* artt. 2,1 13, 29, 30, 31 cost.[48], sebbene la Corte costituzionale abbia sottolineato nella sentenza n. 221 del 2019 che l'ordinamento non garantisce in nessun modo un diritto assoluto alla genitorialità[49]. Con particolare riferimento ai rigorosi requisiti di accesso alla tecnica all'art. 5 l. n. 40 del 2004, volti a garantire l'inserimento del nato per mezzo della p.m.a. all'interno di una famiglia formata da due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile[50], la Corte costituzionale – nella medesima pronuncia cui si è poc'anzi fatto cenno – ha chiarito che la scelta operata dal legislatore nella l. cit. risulta legittima, pur potendo risultare parimenti conformi alla *Grundnorm* "soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata"[51], tenuto anche conto del fatto che l'inserimento di un minore in un contesto bigenitoriale,

45 Cfr., anche, Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 giugno 2014, ric. 65192/11, Mennesson c. Francia, *Foro it.*, 2014, IV, c. 561.

46 D'Alessandro, V., "Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e *status* del nato", cit., pp. 661 s. Sul principio del *best interest of the child*, v. *retro*, nota 15.

47 Ad avviso di alcuni autori la rilevanza costituzionale del diritto del figlio di essere istruito, educato e mantenuto dai propri genitori di cui agli artt. 29 e 30 cost. determinerebbe l'illiceità degli accordi volti a realizzare la fecondazione *post mortem* giacché il nato verrebbe inevitabilmente privato della figura paterna. In questa prospettiva, cfr. Auletta, T.: "Fecondazione artificiale: problemi e prospettive", *Quadrimestre*, 1986, pp. 22 ss.; Santosuosso, F.: *La fecondazione artificiale umana*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 100 ss.; Calogero, M.: *La procreazione artificiale*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 130 ss.; Ascalone, G. e Rossi Carleo, L.: *La procreazione artificiale, prospettive di una regolamentazione legislativa nel nostro paese*, Esi, Napoli, 1989, pp. 36 ss. *Contra*, tra gli altri, Santosuosso, A.: *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2011, pp. 173 ss., ove si osserva che il diritto alla doppia genitorialità non avrebbe alcun fondamento costituzionale e pertanto la morte del coniuge o del convivente non potrebbe impedire la continuazione della procedura.

48 In particolare, viene affermato in Valongo, A.: "Profili evolutivi della procreazione assistita *post mortem*", cit., p. 528 che l'eventuale consenso informato reso dall'uomo prima della suo decesso alla struttura sanitaria di procedere alla fecondazione o all'impianto *post mortem* su esclusiva iniziativa della donna integrerebbe una situazione soggettiva che può essere "ricondotta a pieno titolo sia nell'àmbito del diritto alla salute nella sua dimensione psichica e sociale, sia nell'àmbito del diritto a sviluppare liberamente la propria personalità, sia nella sfera della libertà di svolgere pienamente la vita privata e familiare". In questa prospettiva, cfr., anche, Pace, A.: *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1985, p. 4; Corti, I.: *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 60; Liserre, A.: "In tema di danno prenatale", *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 102; Baldini, G.: "La legge sulla procreazione medicalmente assistita: profili problematici, prime esperienze applicative e prospettive", *Rass. dir. civ.*, 2006, pp. 350 ss.

49 Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, cit. Nella medesima prospettiva, cfr., più recentemente, Corte cost., 9 marzo 2021 n. 32, *Fam. dir.*, 2021, p. 677; e Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, *Familia*, 2021, pp. 391 ss., con nota di Morace Pinelli, A: "La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata".

50 Cfr., Gorassini, A.: "Procreazione (dir. civ.)", in *Enc. dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 952 ss.; Bellelli, A.: "Procreazione medicalmente assistita e situazioni soggettive coinvolte," *Familia*, 2009, pp. 19 ss.

51 Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, cit., § 13.1.

per lo stesso Giudice delle leggi, non è costituzionalmente imposto[52]. Non a caso, lo stesso legislatore ha mostrato una, seppur timida, apertura laddove ha previsto la possibilità di procedere all'adozione piena di un minore da parte di persona singola nell'ipotesi di morte, incapacità o separazione intervenute nel corso dell'affidamento preadottivo (art. 25, comma 4, l. 4 maggio 1983, n. 184)[53] a riprova del fatto che non è inverosimile che l'unico genitore (nella fattispecie in analisi, la madre superstite) possa adeguatamente far fronte ai bisogni del figlio[54].

In buona sostanza, la mancanza di un obbligo costituzionalmente imposto per il legislatore di assicurare la bigenitorialità determina la preminenza del riconoscimento dello *status filiationis* del nato da fecondazione *post mortem* nonostante il rigore dell'art. 5 l. n. 40 del 2004 che, all'esito del descritto giudizio di bilanciamento e sulla scorta delle indicazioni della Corte costituzionale, non rappresenta – in una prospettiva di bilanciamento assiologico – un controlimite e deve, dunque, essere disapplicato al fine di tutelare il miglior interesse del nato[55] che, diversamente opinando, vedrebbe leso il proprio diritto all'identità personale, senz'altro rilevante *ex* art. 2 cost., nonché la propria dignità, che rappresenta un supremo valore ordinamentale[56].

52 Corte cost., 16 maggio 1994, n. 183, *Fam. dir.*, 1994, p. 245, con nota di Dogliotti, M. Con riferimento alle scelte compiute dal legislatore all'interno della l. n. 40 del 2004, cfr. Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, cit., ove, seppur incidentalmente, si rammentata che nei precedenti interventi che hanno interessato la l. cit. la Corte non ha mai sindacato la scelta del legislatore "di riprodurre il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una figura materna e di una figura paterna" (§ 11.).

53 Valongo, A.: "Profili evolutivi della procreazione assistita *post mortem*", cit., p. 529.

54 Perlingieri, P.: "L'inseminazione artificiale tra princípi costituzionali e riforme legislative", cit., pp. 186 ss.; Zatti, P.: "*Familia*, *familiae*. Declinazioni di un'idea. Valore e figure della convivenza della filiazione", *Familia*, I, 2002, pp. 353 ss. Cfr., inoltre, Gorgoni, M.: "Rilevanza giuridica dell'embrione e 'procreazione' di un solo genitore", *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, pp. 402 ss.; Busnelli, F.D.: "Procreazione artificiale e filiazione adottiva", *Familia*, 2003, p. 23; Stefanelli, S.: "Procreazione e diritti fondamentali", in *Le persone e la famiglia* (a cura di A. Sassi, F. Scaglione, Ead.), 4, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Utet, Torino, 2018, pp. 79 ss. Nella stessa prospettiva ulteriori e preziose indicazioni sono ricavabili in Cass., ord. 26 giugno 2019, n. 17100, *Riv. dir. fam. succ.*, 2019, p. 315, che ha riconosciuto la possibilità di accedere all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, lett. *d*), l. n. 184 de 1983 alle persone *single*, anche se di età avanzata (ma non oltre il limite di cui al comma 4 dell'art. cit.), in caso di impossibilità dell'affidamento preadottivo e sempre se una simile soluzione risulti rispondente, nel singolo caso concreto, al superiore interesse del minore; e Corte cost., 23 dicembre 2021, n. 252, *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 3, pp. 609 ss., con nota di Corso, S.: "Prestigiazione, ovvero sull'adozione del minore da parte del singolo", cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

55 Conferma questa impostazione, oltre alla pronuncia di legittimità del 2019, la giurisprudenza di merito che, investita delle problematiche in analisi, ha avuto il merito di ritenere prevalente, nel descritto giudizio, la tutela del nato per mezzo di p.m.a. *post mortem* rispetto all'asserito diritto del nascituro alla bigenitorialità. Per questa condivisibile prospettiva, v. Trib. Palermo, ord. 8 gennaio 1999, cit.; Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, cit.; Trib. Messina, 28 settembre 2017.

56 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, I, *Metodi e tecniche*, cit., pp. 16 ss.; Scalisi, V.: *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè, Milano, 2018, *passim*, spec. pp. 81 ss. per i riferimenti alla tutela dell'embrione; Busnelli, F.D.: "Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana", *Riv. dir. civ.*, 2019, pp. 1071 ss. Ritiene, invece, essere prevalenti il diritto costituzionale alla bigenitorialità del nato, che vedrebbe lesa la propria dignità in caso di inseminazione *post mortem*, Barone, I.: "Procreazione *post mortem* e *status filiationis*", cit., p. 952.

Nella medesima prospettiva, infine, la giurisprudenza interna, nel "dialogo" con quella della Corte di Strasburgo[57], ha sempre mostrato una certa attenzione nel tutelare il miglior interesse del minore attraverso il mantenimento dello *status* acquisito anche in caso di ricorso alla tecnica della surrogazione di maternità[58], severamente vietata nel nostro ordinamento e rilevante penalmente *ex* art. 12, comma 6, l. n. 40/2004[59], in relazione alla quale si impone un bilanciamento tra *favor veritatis* e *favor minoris* che, al contrario, in caso di p.m.a. omologa *post mortem* risultano coincidenti[60] e, pertanto, il riconoscimento del rapporto con il padre defunto *ex* art. 8 l. cit. (senza, dunque, l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità ai sensi dell'art. 276 c.c.) è in grado di tutelare adeguatamente il diritto all'identità del minore.

III. LA P.M.A. *POST MORTEM* REALIZZATA ALL'ESTERO, IL RICONOSCIMENTO DEL PROVVEDIMENTO STRANIERO E LA CLAUSOLA DELL'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE.

Le riportate coordinate ermeneutiche e assiologiche risultano funzionali a risolvere il problema legato alla possibilità, in un'ottica internazional-privatistica e nel silenzio della l. n. 40 del 2004 sul punto, di riconoscere in Italia i provvedimenti stranieri o gli atti di nascita redatti in un Paese ove la p.m.a. *post mortem* (e, in special

57 Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 giugno 2014, ric. 65192/11, *Mennesson c. Francia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 giugno 2014, ric. 65941/11, *Labassee c. Francia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 luglio 2014, ric. 29176/13, *D. e altri c. Belgio*; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, tutte disponibili all'indirizzo *www.echr.coe.int*. Sulla tutela del nato in caso di ricorso alla maternità surrogata, v., inoltre, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 10 aprile 2019, *Parere consultivo relativo al riconoscimento nel diritto interno di un rapporto legale tra un figlio nato attraverso un accordo di maternità surrogata all'estero e la madre d'intenzione, richiesto dalla Corte di cassazione francese (Richiesta n. P16-2018-001)*, *ivi*. Sul dialogo tra le Corti, Perlingieri, P.: *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee: per un unitario sistema ordinamentale*, Esi, Napoli, 2008, *passim*.

58 In particolare, cfr. Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 740 ss., con commento di Salanitro, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità"; *Fam. dir.*, 2019, 7, pp. 653 ss., con note di Dogliotti, M.: "Le Sezioni unite condannano i due padri e assolvono le due madri", e di Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le sezioni unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento"; *Giur. it.*, 2020, pp. 543 ss., con nota di Valongo, A.: "Gestazione per altri e ordine pubblico internazionale. La c.d. 'filiazione omogenitoriale' al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione"; *Corr. giur.*, 2019, pp. 1198 ss., con note di Winkler, M.: "Le sezioni unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?"; e di Giunchedi, D.: "Maternità surrogata tra ordine pubblico, *favor veritatis* e dignità della maternità". Cfr., inoltre, Corte cost., 9 marzo 2021 n. 32, cit.; e Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit. Sulla tutela del minore in caso di ricorso alla maternità surrogata v. le condivisibili considerazioni di Perlingieri, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Luci e ombre nella recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata", *Dir. succ. fam.*, 2019, pp. 337 ss.

59 Peraltro, il trattamento sanzionatorio previsto in caso di violazione di siffatto divieto appare meno gravoso rispetto a quello previsto in altri casi – come, per l'appunto, la maternità surrogata – a riprova del fatto che, anche per il legislatore, la fattispecie in analisi è, evidentemente, dotata di minor disvalore, come argomentato in Giunchedi, D.: "La procreazione assistita *post mortem* tra responsabilità procreativa e *favor stabilitatis*", cit., p. 43. *Contra*, Barone, I.: "Procreazione *post mortem* e *status filiationis*", cit., pp. 959 ss.

60 Si sottolinea opportunamente in Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, cit. che in caso di fecondazione omologa post mortem non risulta "in alcun caso ipotizzabile un contrasto tra *favor veritatis* e *favor minoris*, coincidendo quest'ultimo con il diritto del minore alla propria identità" (§ 7.8.8.2.)

modo, l'inseminazione) è consentita, come la Spagna[61], e, dunque, affermare, per questa via, il rapporto di filiazione del nato per mezzo della tecnica in discorso con il padre deceduto, nonostante il divieto desumibile dall'art. 5 l. cit.

In generale, l'art. 17 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 ("Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile"), richiamando in parte la regola già stabilita dall'art. 65 della l. 21 maggio 1995, n. 218 ("Riforma del sistema italiano del diritto internazionale privato"), condiziona la produzione interna degli effetti del provvedimento straniero all'avvenuta trascrizione nello stato civile italiano, fermo il caso di intrascrivibilità di cui al successivo art. 18 d.P.R. cit. per contrarietà dello stesso all'ordine pubblico. In altre parole, un provvedimento straniero – quale l'atto di nascita del minore nato per p.m.a. *post mortem* – seppur validamente formato all'estero, potrebbe non produrre effetti in Italia per la contrarietà con l'ordine pubblico internazionale.

Sotto questo aspetto giova ricordare che "l'ordine pubblico, in quanto clausola generale, è una nozione storica e relativa, a contenuto variabile, che si riempie – a seconda delle circostanze del caso concreto – soprattutto di quei princípi dell'ordinamento di volta in volta rilevanti e rilevabili"[62]. Concretamente, il giudice dovrà individuare e valutare i valori e i princípi giuridici fondamentali e in contrasto nella singola vicenda bilanciandoli con ragionevolezza al fine di determinare l'eventuale prevalenza di uno rispetto all'altro e, quindi, la compatibilità degli effetti di una norma o di un atto straniero con l'ordine pubblico internazionale[63]. I princípi giuridici fondamentali non devono essere ricavati esclusivamente dal contenuto delle norme imperative, come sostenuto dalla giurisprudenza più risalente che attribuiva all'ordine pubblico una funzione difensiva dell'identità e della coerenza interna del nostro ordinamento, facendo coincidere, di fatto, l'ordine pubblico interno (limitativo dell'autonomia privata) e quello internazionale[64]. Al contrario – per riprendere la condivisibile impostazione promozionale della clausola in discorso avallata anche dalle Sezioni unite in considerazione dell'apertura del nostro sistema al diritto sovranazionale – "i principi di ordine pubblico vanno individuati in quelli fondamentali della nostra Costituzione o in quelle altre regole che, pur non trovando in essa collocazione, rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo, o che informano l'intero

61 Per la legislazione spagnola e i relativi riferimenti alla dottrina, v. *retro*, nota 31. Sul fenomeno del c.d. "turismo procreativo", tra gli altri, Carapezza Figlia, G. – Cipriani, N. – Frezza, G. – Perlingieri, G. e Virgadamo, P.: *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 151.

62 Perlingieri, G. e Zarra, G.: *Ordine pubblico interno* e *internazionale*, cit., pp. 30-31. Sull'ordine pubblico internazionale, nella medesima prospettiva v., anche, Barba, V.: "L'ordine pubblico internazionale", *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 403 ss.

63 Perlingieri, G. e Zarra, G.: *Ordine pubblico interno* e *internazionale*, cit., p. 86.

64 Cfr., Cass., 12 marzo 1984, n. 1680, *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1419.

ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale"[65].

In buona sostanza, in caso di tecnica attuata all'estero, specie se legittimamente, la valutazione di ordine pubblico, secondo le riportate coordinate, non si basa esclusivamente sulla possibile tensione della p.m.a. in analisi con l'art. 5 l. n. 40 del 2004, dovendosi bilanciare, ragionevolmente, gli interessi sottesi alla scelta operata dal nostro legislatore e il miglior interesse del minore, soggetto terzo, in buona fede, che deve essere concretamente tutelato[66]. Orbene, in funzione delle indicazioni offerte nel paragrafo precedente, in caso di legittimo ricorso della p.m.a. *post mortem* all'estero è dato ritenere che, nella maggior parte dei casi, il miglior interesse del minore è rappresentato dal riconoscimento e, quindi, dal mantenimento dello *status* familiare acquisito in forza dell'atto di nascita straniero.

IV. LA CAPACITÀ DI SUCCEDERE DEL MINORE RISPETTO AL PADRE DEFUNTO. L'INTERPRETAZIONE ADEGUATRICE E SISTEMATICA DELL'ART. 462 C.C.

Il riconoscimento dello *status* giuridico del nato per mezzo della p.m.a. *post mortem* involge rilevanti questioni anche di diritto successorio. Infatti, una volta attribuito lo stato di figlio anche al concepito a séguito della morte dell'uomo, quantunque siano decorsi i trecento giorni che renderebbero operante la presunzione di paternità, è necessario volgere l'attenzione al conseguente riconoscimento, a favore del minore, dei relativi diritti successori rispetto al defunto[67].

Ancóra una volta, nel silenzio della legge, occorre individuare una soluzione al problema della capacità di succedere del minore in sintonia con quella relativa al suo stato e, quindi, ai princípi e ai valori rilevanti nella fattispecie considerata al fine di "evitare di introdurre nell'ordinamento quella che sarebbe una inedita (e fortemente anomala) scissione tra *status filiationis* e diritti successori"[68].

Tra l'altro, anche con riferimento alla posizione successoria del minore si ripropone, similmente a quella dello *status*, l'alternatività tra l'applicazione delle

65 Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit., §12.1.

66 Perlingieri, G. e Zarra, G.: *Ordine pubblico interno* e *internazionale*, cit., p. 99

67 In argomento, Moscati, E.: *Studi di diritto successorio*, Torino, 2013, p. 169; Id.: "Questioni vecchie e nuove in tema di capacità di succedere e indegnità", cit., p. 21 ss.; in Valongo, A.: "Profili evolutivi della procreazione assistita *post mortem*", cit., pp. 534 ss.; Faccioli, M.: "*Procreazione medicalmente assistita*", cit., pp. 1060 ss.; Id.: "La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita *post mortem*", cit., pp. 1286 ss.; D'Alessandro, V., "Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e *status* del nato", cit., pp. 668 ss.; per le tesi a favore della scissione tra lo *status filiationis* e i diritti successori, cfr., Fortunato, S.: "Profili giuridici dell'inseminazione artificiale", *Giur. it.*, 1990, IV, pp. 24 ss.; Gorgoni, A.: "Rilevanza giuridica dell'embrione e 'procreazione' di un solo genitore", cit., pp. 367 ss.

68 Faccioli, M.: "La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita *post mortem*", cit., p. 1286.

norme dettate dal codice civile, che, come quelle già esaminate in materia di filiazione, si presentano anacronistiche e inadeguate a regolare i diritti dei nati attraverso il ricorso alle nuove tecniche procreative, e la ricerca, in via interpretativa, di una soluzione ragionevole e adeguata a soddisfare gli interessi in gioco.

Dal punto di vista applicativo, le principali difficoltà legate al riconoscimento dei diritti successori del nato attraverso la p.m.a. *post mortem* (e, in particolare, della possibilità di succedere per legge al padre) sono poste dall'art. 462 c.c. che, muovendo da un presupposto eminentemente naturalistico e tradizionale, assegna la capacità di succedere soltanto ai "nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione", così escludendo chiaramente – con la sola eccezione del comma 3, di cui a breve si dirà – i non concepiti[69].

Invero, la giurisprudenza, già prima dell'entrata in vigore della l. n. 40 del 2004, aveva avuto il merito di fornire un'interpretazione adeguatrice e assiologicamente conforme[70] dell'art. 462, comma 1, c.c., riconoscendo al nato attraverso l'impianto dell'embrione crioconservato formatosi prima della morte dell'uomo la capacità di succedere nei confronti di quest'ultimo[71], ritenendo soddisfatto il requisito normativo del "concepimento" con l'avvenuta fecondazione dell'ovulo[72]. Peraltro, seguendo tale impostazione, potrebbe trovare applicazione anche il secondo comma del citato articolo ogniqualvolta il minore nasca entro i trecento giorni dalla morte del *de cuius*.

69 Sulla capacità a succedere *ex* art. 462 c.c., v., senza alcuna pretesa di esaustività, v. Azzariti, G.: *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del Codice civile*, Jovene, Napoli 1990, pp. 27 ss.; Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 2.2., *Le successioni*, 5ª ed., Giuffrè. Milano, 2015, pp. 14 ss.; Cicu, A.: *Testamento*, rist. 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1969, pp. 167 ss.; Ferri, L.: *Successioni in generale*, 2ª ed., in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *sub* artt. 456-511, Zanichelli – Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 1980, pp. 147 ss.; Grosso, G. e Burdese, A.: *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt.* Vassalli, Utet, Torino, 1977, p. 101 ss.; Salvestroni, U.: *Della capacità di succedere. Dell'indegnità*, in *Commentario c.c.* Schlesinger (diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2003, pp. 11 ss.

70 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, *Fonti e interpretazione*, cit., p. 376, rimarca che "[l]'adeguamento è uno dei possibili risultati dell'interpretazione sistematica, anche quando l'interpretazione di una disposizione di rango ordinario si adegua ad un principio desumibile da disposizioni del medesimo rango. Ciò è da riconoscere, a maggior ragione, allorché regole e princípi non sono dello stesso rango. Sí che la superiorità di una interpretazione adeguatrice v'è non soltanto quando la superiorità gerarchica di una norma è "materiale" (come quella tra legge ordinaria e Costituzione), ma anche quando è definita "strutturale" (come quella tra legge di delegazione e decreto legislativo delegato) o "assiologica" (come quella tra i princípi fondamentali del sistema ordinamentale e altre norme".

71 Trib. Palermo, ord. 8 gennaio 1999, cit.

72 Per Palazzo, A.: *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2013, pp. 57-59, dal momento della fecondazione dell'ovulo si sarebbe in presenza di un individuo. Cfr., tuttavia, la diversa opinione di Moscati, E.: "Questioni vecchie e nuove in tema di capacità di succedere e indegnità", in *Tradizione e modernità del diritto successorio* (a cura di S. Delle Monache), cit., p. 47, ove si afferma che "[i]n realtà, alla luce della legge n. 40/2004, l'unica ipotesi in cui si può riconoscere con certezza al nato da embrione crioconservato il diritto di succedere al padre defunto è quella che si fonda su un'interpretazione restrittiva dell'art. 462 c.c., considerando concepito solo l'embrione già impiantato al momento dell'apertura della successione", aggiungendo, inoltre, alla nota 90, che "[...] anche nella dottrina tedesca questa soluzione è considerata l'unica veramente tranquillante, stante il contrasto sull'applicazione analogica al caso di specie del 2° comma del § 1923 BGB".

Se, dunque, con riferimento all'impianto *post mortem* sarebbe possibile riconoscere la capacità di succedere per legge al nato per mezzo di un'interpretazione adeguatrice dell'art. 462 c.c., maggiori difficoltà si presentano, nuovamente, in caso di fecondazione *post mortem*, essendo evidente che in tal caso mancherebbe al momento dell'apertura della successione un soggetto quantomeno "concepito".

A legislazione invariata, una soluzione abbastanza pacifica per poter riconoscere in entrambi i casi di p.m.a. *post mortem* la capacità a succedere del minore nonché per consentire al padre di disporre della sua futura successione è rappresentata da una possibile disposizione testamentaria da parte di quest'ultimo a favore del nascituro, giacché, *ex* art. 462, comma 3, c.c., "possono ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché non ancora concepiti" e pertanto la "persona vivente" potrebbe essere l'aspirante genitrice superstite[73]. Sul punto non appare decisivo il rilievo per cui il possibile ricorso alla fecondazione *post mortem* anche diversi anni dopo dall'apertura della successione determinerebbe un'eccessiva dilazione temporale con le conseguenti incertezze dal punto di vista successorio, atteso che una situazione analoga si verificherebbe ogniqualvolta sia chiamato a succedere per testamento un nascituro non concepito figlio di "persona vivente al tempo della morte del testatore"[74]. Si ritiene, infatti, che la disposizione testamentaria *ex* art. 462, comma 3, c.c. determini, in ogni caso, una delazione caratterizzata dalla particolare incertezza legata alla futura nascita che potrebbe durare a lungo, ossia fino a quando non risulti definitivamente esclusa (per esempio in caso di morte) la possibilità della sopravvenienza dei figli della persona indicata dal testatore[75].

Al fine di colmare la lacuna esistente in materia, che consentirebbe di riconoscere i diritti successori al nato per mezzo di fecondazione *post mortem* soltanto attraverso la redazione del negozio testamentario, determinando, anche in questo caso, una discriminazione tra i figli sulla base della tecnica procreativa utilizzata, si è opportunamente tentato di fornire un significato al "concepimento al tempo dell'apertura della successione" nel contesto della p.m.a. in analisi tale da soddisfare gli interessi coinvolti. Se, come visto, l'elemento consensualistico risulta centrale nell'accesso alle tecniche procreative, soprattutto nella prospettiva dell'assunzione del ruolo genitoriale, l'eventuale espressa autorizzazione all'utilizzo *post mortem* del proprio seme rappresenterebbe un indice della consapevole scelta di genitorialità, sicché "la medesima *ratio* sottesa alla instaurazione del rapporto di filiazione – il preminente interesse del nascituro – potrebbe condurre

73 Villani, R.: *La procreazione assistita*, cit., 190 s.; Vesto, A.: *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 40; Valongo, A.: "Profili evolutivi della procreazione assistita *post mortem*", cit., p. 535; D'Alessandro, V., "Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e *status* del nato", cit., p. 670.

74 D'Alessandro, V., "Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e *status* del nato", cit., p. 670.

75 Cicu, A.: *Testamento*, cit., p. 169.

a riconoscere che, al momento dell'apertura della successione, vi sia stato quantomeno il segmento inziale di un concepimento, sia pure non secondo la relativa nozione tradizionale"[76].

In generale, dunque, sembrerebbe coerente attribuire in ogni caso al nato da fecondazione *post mortem*, oltre allo *status* di figlio, anche la capacità a succedere per legge al padre con il quale sussiste un certo legame biologico, superando l'elemento testuale dell'art. 462 c.c. – disposizione evidentemente inadeguata a regolare il rapporto tra detti soggetti in caso di procreazione artificiale – sulla scorta di un'interpretazione assiologica e sistematica giustificata della preminenza del miglior interesse del minore, anche alla luce della complessiva volontà del *de cuius* che emerge nella singola vicenda (quale quella di autorizzare la superstite a dar comunque séguito al progetto genitoriale) che, in sede applicativa, non può essere ignorata.

Sotto altro aspetto, il riconoscimento della capacità di succedere al nato da p.m.a. *post mortem* pone ulteriori problemi legati alla conseguente situazione di incertezza sui tempi e sul contenuto della successione giacché i gameti, così come gli embrioni, possono essere conservati anche per lungo tempo. In relazione a tale problematica si contrappongono diverse impostazioni, essendovi chi ritiene di dover applicare le previsioni codicistiche dettate per la successione del *conceptus*, ossia l'art. 643 c.c. per l'amministrazione dei beni ereditari (che spetterebbe alla madre) e l'art. 715 c.c. giacché "la presenza di embrioni non ancora impiantati potrebbe determinare la permanenza della comunione ereditaria e l'impossibilità di procedere alla divisione"[77] fino al momento della nascita, salvo autorizzazione del giudice accompagnata dalla fissazione di apposite cautele. Altri invece, nutrendo talune riserve sulle ricadute pratiche di una simile soluzione, suggeriscono di equiparare la posizione del soggetto procreato *post mortem* a quella del figlio nato fuori dal matrimonio che abbia agito per l'accertamento giudiziale della paternità a séguito del decesso del genitore[78], riconoscendo, dunque, la possibilità di esperire

76 D'Alessandro, V., "Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e *status* del nato", cit., p. 671. Cfr., anche, Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, cit., nella parte in cui, seppur incidentalmente, si afferma che in presenza di tecniche che consentono il differimento della nascita, senza intaccare la certezza biologica della paternità, "si rivelano inapplicabili, in materia, quei principi, dettati dal codice civile (artt. 232 e 234, ma si veda anche l'art. 462, comma 2, del medesimo codice), basati su un sistema di presunzioni tramite le quali si cerca di stabilire quella certezza" (§ 7.8.6.1).

77 Così, Musio, A.: "Misure di tutela dell'embrione", in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40* (a cura di P. Stanzione e G. Sciancalepore), cit., p. 246, cui si rinvia per ulteriori riferimenti a dottrina conforme. Nello stesso senso, prima della legge n. 40 del 2004, Auletta, T.: "Fecondazione artificiale: problemi e prospettive", cit., pp. 1 ss.

78 Sul diritto del figlio non matrimoniale di partecipare alla successione del padre in caso di accertamento giudiziale della paternità, cfr., tra gli altri, Sassi, A.: *Stato di figlio e diritti ereditari*, in Id. - Scaglione, F. e Stefanelli, S., *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Utet, Torino, 2018, p. 705; Sesta, M.: "Filiazione (dir. civ.)", *Enc. dir., Annali*, VIII, Giuffrè, Milano, 2015, p. 472; Dogliotti, M.: *La filiazione fuori dal matrimonio*, artt. 250-290 c.c., in *Commentario c.c.* Schlesinger (diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2015, pp. 441 ss.

l'azione di petizione ereditaria, ovvero di riduzione, qualora ne sussistano i presupposti, nei confronti degli altri chiamati alla successione del padre defunto[79].

Peraltro, accogliendo la prospettiva da ultimo richiamata, si potrebbe ritenere che la nascita del figlio da procreazione assistita *post mortem* potrebbe comportante anche la revoca del testamento confezionato dal padre ai sensi dell'art. 687 c.c., atteso che, per parte della dottrina e della giurisprudenza, tale disciplina possa essere invocata anche in caso di sopravvenuto accertamento della filiazione extramatrimoniale[80].

V. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

La rassegna delle questioni attinenti al riconoscimento dello *status filiationis* e dei diritti successori del nato attraverso il ricorso alla p.m.a. *post mortem* conferma l'importanza del ruolo dell'interprete nell'individuare soluzioni conformi all'assiologia dei valori all'esito di un ragionevole bilanciamento dei diversi interessi contrapposti. Come autorevolmente insegnato, l'interpretazione comporta sempre, in fase applicativa, una selezione di princípi e valori alla luce degli interessi in gioco e del sistema ordinamentale complessivamente considerato, rappresentando, quindi, uno strumento necessario per garantire la legalità costituzionale nel singolo caso concreto[81]. In altre parole, "il bilanciamento degli interessi è fortemente condizionato dal profilo fattuale della fattispecie concreta e le conseguenze che l'interpretazione produce sono un elemento costitutivo dell'operazione ermeneutica superandosi la perentorietà del broccardo *dura lex sed lex*"[82].

79 Rizzuti, M.: "Diritto successorio e procreazione assistita", *Riv. BioDir.*, 2015, pp. 34 ss.

80 Sul punto, v. Bilotti, E.: "Testamento, sopravvenienza di figli ulteriori, successivo accertamento giudiziale dello *status*", *Fam. dir.*, 2018, pp. 556 ss.; Omodei Salè, R.: "La revocazione del testamento per sopravvenienza di figli (sulla dinamica della devoluzione ereditaria)", *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 751; e, soprattutto, Musolino, G.: "Revoca testamentaria per sopravvenienza di figli. 1) Il caso di dichiarazione giudiziale di paternità dopo la morte del *de cuius* 2) il caso di sopravvenienza di figli oltre quelli presenti alla redazione del testamento 3) il caso del figlio nato con procreazione medicalmente assistita omologa dopo la morte del padre", *Riv. not.*, 2019, 4, pp. 833 ss., ove, in relazione al caso deciso da Cass. n. 13000 del 2019, l'a. ritiene che "nell'ipotesi in cui il figlio primogenito sopravvenuto mediante fecondazione medicalmente assistita omologa sia stato concepito — come nel caso di specie — con l'assenso anche del genitore morto, possa trovare applicazione l'art. 687 c.c. e, di conseguenza, il testamento sia invalido. Possono valere, al riguardo, da un lato, le considerazioni circa il sentimento di paternità e la conseguente volontà tipicamente presunta dal legislatore, che è alla base della disposizione in esame, considerato l'assenso dato dal testatore poi morto alla pratica di fecondazione assistita e al prelievo e congelamento del seme, al fine dell'attuazione concreta della fecondazione medesima". Per un'efficace analisi dei fondamenti dell'istituto di cui all'art. 687 c.c. e dell'impostazione volta ad applicare tale revoca anche nel caso, non contemplato dalla norma, di dichiarazione giudiziale di paternità intervenuta *post mortem*, v., anche per gli opportuni riferimenti a dottrina e giurisprudenza, Garofalo, G.: "La caducità del testamento per sopravvenienza di figli in caso di dichiarazione giudiziale di paternità: note a margine di un dibattito dottrinale mai sopito", *Dir. succ. fam.*, 2020, 2, pp. 686 ss.

81 Perlingieri, P.: "Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione", cit., pp. 593 ss., e spec. p. 597 ove si sottolinea che "[r]egole e princípi, infatti, costituiscono entrambi, e inseparabilmente, i riferimenti normativi di ogni interpretazione giuridica, la quale si concretizza mediate un bilanciamento di interessi e valori".

82 Perlingieri, P.: "Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione", cit., p. 605.

I problemi interpretativi e applicativi determinati dalla fecondazione *post mortem* hanno dimostrato l'importanza di procedere alla risoluzione dei problemi individuando e selezionando la disciplina più adeguata a tutelare la persona del minore nel singolo caso concreto. La rilevanza, a livello costituzionale, degli interessi esistenziali e patrimoniali del nato impongono di procedere attraverso un'irrinunciabile interpretazione adeguatrice delle disposizioni analizzate al fine di garantire congruamente la persona del minore che, attraverso l'applicazione diretta dell'art. 8 l. n. 40 del 2004 e la rilettura sistematica e assiologica dell'art. 462 c.c., potrà vedersi riconosciuti i propri diritti verso il padre defunto in ottemperanza al proprio irrinunciabile interesse ad acquisire la certezza della propria discendenza bigenitoriale.

A fronte della rilevanza delle situazioni esistenziali e patrimoniali coinvolte sarebbe auspicabile l'intervento del legislatore al fine di evitare le incertezze interpretative che nel presente lavoro sono state riportate fissando le condizioni per poter ricorrere alla p.m.a. *post mortem* (con riferimento, per esempio, alle modalità, formali e temporali, attraverso le quali l'uomo può esprimere il proprio consenso) nonché regolando il relativo fenomeno successorio prendendo atto dell'evoluzione della tecnica e della società che impone un ripensamento degli istituti tradizionali del codice civile per evitare i rilevanti pregiudizi che ricadrebbero, da ultimo, sul minore incolpevole.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV.: *La nuova filiazione. Accertamento e azioni di stato*, Zanichelli, Bologna, 2017.

ASCALONE, G. e ROSSI CARLEO, L.: *La procreazione artificiale, prospettive di una regolamentazione legislativa nel nostro paese*, Esi, Napoli, 1989, pp. 36 ss.

ASCARELLI, T.: "Antigone e Porzia", in ID., *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1959, 158.

ATTADEMO, L.: "Il trasferimento intrauterino di embrioni crioconservati anni dopo la formazione degli stessi e la morte del padre", *Corr. giur.*, 2015, pp. 933 ss.

AULETTA, T.: "Fecondazione artificiale: problemi e prospettive", *Quadrimestre*, 1986, pp. 22 ss.

AZZARITI, G.: *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del Codice civile*, Jovene, Napoli 1990, pp. 27 ss.

BALDINI, G.: "La legge sulla procreazione medicalmente assistita: profili problematici, prime esperienze applicative e prospettive", *Rass. dir. civ.*, 2006, pp. 350 ss.

BALDINI, G.: "Ricognizione dei profili problematici in tema di fecondazione artificiale *post mortem*", *Rass. dir. civ.*, 1995, 4, pp. 725 ss.

BARBA, V.: "L'ordine pubblico internazionale", *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 403 ss.

BARONE, I.: "Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la consulta il divieto è legittimo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 548 ss.

BARONE, I.: "Procreazione *post mortem* e *status filiationis*", *Fam. dir.*, 2020, pp. 949 ss.

BELLELLI, A.: "Procreazione medicalmente assistita e situazioni soggettive coinvolte," *Familia*, 2009, pp. 19 ss.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 2.1., *La famiglia*, 6ª ed., Giuffrè, Milano, 2017 pp. 442 ss.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 2.2., *Le successioni*, 5ª ed., Giuffrè. Milano, 2015, pp. 14 ss.

Bianca, Mir.: "L'unicità dello stato di figlio", in *La riforma della filiazione* (a cura di C.M. Bianca), Cedam, Padova, 2015, pp. 18 ss.

Bilotti, E.: "Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni", *Dir. fam. pers.*, 2017, III, p. 873 ss.

Bilotti, E.: "Testamento, sopravvenienza di figli ulteriori, successivo accertamento giudiziale dello *status*", *Fam. dir.*, 2018, pp. 556 ss.

Busnelli, F.D.: "Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana", *Riv. dir. civ.*, 2019, pp. 1071 ss.

Busnelli, F.D.: "Postilla", *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, pp. 225 ss.

Busnelli, F.D.: "Procreazione artificiale e filiazione adottiva", *Familia*, 2003, p. 23.

Calogero, M.: *La procreazione artificiale*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 130 ss.

Carapezza Figlia, G. – Cipriani, N. – Frezza, G. – Perlingieri, G. e Virgadamo, P.: *Manuale di diritto di famiglia*, Esi, Napoli, 2021, pp. 149 ss.

Casaburi, G.: "'Qui sto. Non posso fare altrimenti': la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla p.m.a. delle coppie omosessuali (femminili)", *Foro it.*, 2019, cc. 3782 ss.

Casaburi, G.: "Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente", *Foro it.*, 2019, I, c. 2023.

Casini, C. - Casini, M. e Di Pietro, M.L.: *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Commentario*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 108 ss.

Cassano, G.: "Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale *post mortem*", *Fam. dir.*, 1999, pp. 384 ss.

Cicu, A.: *Testamento*, rist. 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1969, pp. 167 ss.

Cordiano, A.: "Legami affettivamente (in)sicuri e biologicamente (ir)reali: le regole per contestarli ancora all'esame della Corte costituzionale", *Fam. dir.*, 2021, 3, pp. 260 ss.

Corso, S.: "Prestigiazione, ovvero sull'adozione del minore da parte del singolo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 3, pp. 609 ss.

Corti, I.: *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 60.

D'Alessandro, V., "Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e *status* del nato", *Dir. succ. fam.*, 2020, 2, p. 654 ss.

d'Avack, L.: *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 164 ss.

de Pamphilis, M.: "Il diritto dell'emrbione all'impianto tra consenso informato e genitorialità imposta", *Fam. dir.*, 2021, 11 pp. 1048 ss.

de Verda y Beamonte, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, 8, pp. 12 ss.

Dogliotti, M. e Figone, A.: *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Ipsoa, Milano, pp. 178 ss.

Dogliotti, M.: "Le Sezioni unite condannano i due padri e assolvono le due madri", *Fam. dir.*, 2019, 7, pp. 653 ss.

Dogliotti, M.: *La filiazione fuori dal matrimonio*, artt. 250-290 c.c., in *Commentario c.c.* Schlesinger (diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2015, pp. 441 ss.

Faccioli, M.: "La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita *post mortem*", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 1282 ss.

Faccioli, M.: "*Procreazione medicalmente assistita*", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. III, 2, Utet, Torino, 2007, pp. 1060 ss.

Favilli, C.: "Stato filiale e genitorialità sociale: dal fatto al rapporto", *Giur. it.*, pp. 314 ss.

Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le sezioni unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", *Fam. dir.*, 2019, 7, pp. 653 ss.

Ferrando, G.: "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli 'status filiationis'", *Corr. giur.*, 2017, pp. 181 ss.

Ferrando, G.: "Separazione dei coniugi, impianto degli embrioni *in vitro*, dissenso del marito", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 3, pp. 649 ss.

Ferri, L.: *Successioni in generale*, 2ª ed., in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *sub* artt. 456-511, Zanichelli – Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 1980, pp. 147 ss.

Finocchiaro, M.: "Dopo il consenso impossibile riconoscere la prole", in Aa. Vv.: *Le prospettive della famiglia. Dalla procreazione assistita alle coppie di fatto*, *Guida al diritto. Dossier*, 2004, p. 41.

Fortunato, S.: "Profili giuridici dell'inseminazione artificiale", *Giur. it.*, 1990, IV, pp. 24 ss.

Furgiuele, G.: "La fecondazione artificiale", *Quadrimestre*, 1989, p. 265.

Garofalo, G.: "La caducità del testamento per sopravvenienza di figli in caso di dichiarazione giudiziale di paternità: note a margine di un dibattito dottrinale mai sopito", *Dir. succ. fam.*, 2020, 2, pp. 686 ss.

Gazzoni, F.: "Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale", *Dir. fam. pers.*, 2005, pp. 168 ss.

Giaimo, G.: "Brevi riflessioni su una gravidanza indotta per decisione del giudice", *Dir. fam. pers.*, 1999, pp. 231 ss.

Giunchedi, D.: "La procreazione assistita *post mortem* tra responsabilità procreativa e *favor stabilitatis*", *Fam. dir.*, 2020, pp. 27 ss.

Giunchedi, D.: "Maternità surrogata tra ordine pubblico, *favor veritatis* e dignità della maternità", *Corr. giur.*, 2019, pp. 1198 ss.

Gorassini, A.: "Procreazione (dir. civ.)", in *Enc. dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 952 ss.

Gorgoni, A.: "Rilevanza giuridica dell'embrione e 'procreazione' di un solo genitore", *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, pp. 367 ss.

Grosso, G. e Burdese, A.: *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt.* Vassalli, Utet, Torino, 1977, p. 101 ss.

Lamarque, E.: *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016.

Lenti, L.: "'Best Interest of the Child" o 'best interest of Children'", *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, pp. 157 ss.

Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 86 ss.

Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 98.

Liserre, A.: "In tema di danno prenatale", *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 102

Locatello, D.M.: "L'attribuzione dello *status filiationis* al nato da fecondazione omologa eseguita *post mortem*", *Corr. giur.*, 2020, 6, pp. 758 ss.

Miranda, A.: "'*Tragic choice*' *in Italy*: brevi note in tema di esecuzione *post mortem* del contratto di procreazione medicalmente assistita", *Dir. fam. pers.*, 1999, pp. 231 ss.

Morace Pinelli, A: "La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata", *Familia*, 2021, pp. 391 ss.

Moretti, M.: "La fecondazione artificiale: problemi in un'analisi comparatistica", *Quadrimestre*, 1988, pp. 453 ss.

Moretti, M.: "Procreazione medicalmente assistita e *status* del nato", in Aa. Vv.: *La nuova filiazione. Accertamento e azioni di stato*, cit., pp. 446 ss.

Moscati, E.: "Questioni vecchie e nuove in tema di capacità di succedere e indegnità", in *Tradizione e modernità del diritto successorio* (a cura di S. Delle Monache), Cedam, Padova, 2007, pp. 41 ss.

Moscati, E.: *Studi di diritto successorio*, Torino, 2013, p. 169.

Musio, A.: "Misure di tutela dell'embrione", in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40* (a cura di P. Stanzione e G. Sciancalepore), Giuffrè, Milano, 2004, p. 246.

Musolino, G.: "Revoca testamentaria per sopravvenienza di figli. 1) Il caso di dichiarazione giudiziale di paternità dopo la morte del *de cuius* 2) il caso di sopravvenienza di figli oltre quelli presenti alla redazione del testamento 3) il caso del figlio nato con procreazione medicalmente assistita omologa dopo la morte del padre", *Riv. not.*, 2019, 4, pp. 833 ss.

Naddeo, P.: "Accesso alle tecniche", in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40* (a cura di P. Stanzione e G. Sciancalepore), Giuffrè, Milano, 2004, pp. 74 ss.

Natale, A.: "I diritti del soggetto procreato *post mortem*", *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 531.

Natoli, R.: "L'impianto di embrioni *post mortem* tra scontri ideologici e prezzi da pagare (a proposito di un'ordinanza palermitana)", *Dir. fam. pers.*, 1999, pp. 1175 ss.

Nivarra, L.: "Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo sul metodo)", *Foro it.*, 1999, I, cc. 1654 ss.

Omodei Salè, R.: "La revocazione del testamento per sopravvenienza di figli (sulla dinamica della devoluzione ereditaria)", *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 751.

Oppo, G.: "Diritto di famiglia e procreazione assistita", *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 329 ss.

Oppo, G.: "Procreazione assistita e sorte del nascituro", *Riv. dir. civ.*, 2005, I, pp. 99 ss.

Pace, A.: *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1985, p. 4.

Palazzo, A.: *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2013, pp. 57 ss.

Palmerini, E.: "La sorte degli embrioni in vitro: in assenza di regole, il ricorso ai principi", *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, pp. 225 ss.

Pane, R.: *Mutamenti sociali e itinerari del diritto di famiglia*, Esi, Napoli, 2018, pp. 93 ss.

Perlingieri, G. e Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Esi, Napoli, 2019, pp. 30 ss.

Perlingieri, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Luci e ombre nella recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata", *Dir. succ. fam.*, 2019, pp. 337 ss.

Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015.

Perlingieri, P. e Femia, P.: "Metodo giuridico e interpretazione", in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 2017, p. 109 ss.

Perlingieri, P.: "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", *Riv. dir. civ.*, 2010, I, pp. 318 ss.

Perlingieri, P.: "Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione", *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 593 ss.

Perlingieri, P.: "L'inseminazione artificiale tra princípi costituzionali e riforme legislative", in Id., *La persona e i suoi diritti*, Esi, Napoli, 2005, pp. 186 ss.

Perlingieri, P.: "L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il broccardo *in claris non fit interpretatio*, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.

Perlingieri, P.: "Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica", in Id., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 175.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, I, *Metodi e tecniche*, Esi, Napoli, 2020.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, Esi, Napoli, 2020.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, Esi, Napoli, 2020.

Perlingieri, P.: *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee: per un unitario sistema ordinamentale*, Esi, Napoli, 2008.

Porcelli, M.: *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, Esi, Napoli, 2016, pp. 91 ss.

Quadri, E.: "Osservazioni sulla nuova disciplina della procreazione assistita", *Dir. e giust.*, 2004, pp. 228 ss.

Ramon Fernandez, F.: "Reflexiones acerca del documento indubitado en la fecundación "post mortem", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 9, pp. 454 ss.

Recinto, G.: "La legittimità del divieto per coppie *same sex* di accedere alla PMA: la Consulta tra quale 'chiarimento' e alcuni 'revirement'", *Corr. giur.*, 2019, pp. 1460 ss.

Renda, A.: *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e principi evolutivi*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 163 ss.

Rizzuti, M.: "Diritto successorio e procreazione assistita", *Riv. BioDir.*, 2015, pp. 34 ss.

Rossi Carleo, L.: "Le informazioni al consenso per la procreazione assistita", *Familia*, 2004, pp. 705 ss.

Salanitro, U. "A *strange loop*. La procreazione assistita nel canone della corte costituzionale", *Nuove leggi civ.*, 2020, pp. 206 ss.

SALANITRO, U., "La procreazione medicalmente assistita", in *Tratt. dir. fam.* Bonilini e Cattaneo, IV, *La filiazione* e *l'adozione*, Torino, 2016, p. 3717.

SALANITRO, U.: "La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita", *Familia*, 2004, pp. 496 ss.

SALANITRO, U.: "Legge 19 febbraio 2004, n. 40", in *Della famiglia. Leggi complementari* (a cura di G. DI ROSA), nel *Commentario* Gabrielli, Utet, Torino, 2018, p. 1712.

SALANITRO, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 740 ss.

SALVESTRONI, U.: *Della capacità di succedere. Dell'indegnità*, in *Commentario c.c.* Schlesinger (diretto da F.D. BUSNELLI), Giuffrè, Milano, 2003, pp. 11 ss.

SANTOSUOSSO, A.: *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2011, pp. 173 ss.

SANTOSUOSSO, F.: *La fecondazione artificiale umana*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 100 ss.

SANTOSUOSSO, F.: *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 49 ss.

SASSI, A.: *Stato di figlio* e *diritti ereditari*, in ID. - SCAGLIONE, F. - STEFANELLI, S., *La filiazione* e *i minori*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Utet, Torino, 2018, p. 705.

SCALISI, V.: "*Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*", *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 40 ss.

SCALISI, V.: *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè, Milano, 2018.

SCIA, F.: *Procreazione medicalmente assistita* e *status del generato*, Jovene, Napoli, 2010, pp. 149 ss.

SCIANCALEPORE, G.: "Disposizioni concernenti la tutela del nascituro", in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40* (a cura di P. STANZIONE e ID.), Giuffrè, Milano, 2004, p. 130.

SENIGAGLIA, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere", *Eur. dir. priv.*, 2017, III, pp. 953 ss.

Sesta, M.: "Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?", *Corr. giur.*, 2004, p. 1409.

Sesta, M.: "Filiazione (dir. civ.)", *Enc. dir.*, *Annali*, VIII, Giuffrè, Milano, 2015, p. 472.

Sesta, M.: "Procreazione medicalmente assistita", in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 2004, pp. 8 ss.

Sesta, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, 8ª ed., Cedam, Padova, 2019, pp. 416 ss.

Stefanelli, S.: "Indagine preimpianto e autodeterminazione bilanciata", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 671.

Stefanelli, S.: "Procreazione e diritti fondamentali", in *Le persone* e *la famiglia* (a cura di A. Sassi, F. Scaglione, Ead.), 4, *La filiazione* e *i minori*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Utet, Torino, 2018, pp. 79 ss.

Trabucchi, A.: "La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità", *Riv. dir. civ.*, 1982, I, pp. 662 ss.

Valongo, A.: "Gestazione per altri e ordine pubblico internazionale. La c.d. 'filiazione omogenitoriale' al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione", *Giur. it.*, 2020, pp. 543 ss.

Valongo, A.: "Profili evolutivi della procreazione assistita *post mortem*", *Dir. succ. fam.*, 2019, 2, pp. 525 ss.

Valongo, A.: *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Esi, Napoli, 2017, p. 59 ss.

Venuti, M.C.: "La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 664 ss.

Vesto, A.: *La maternità tra regole, divieti* e *plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 40.

Villani R.: *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 175 ss.

Villani, R.: "La 'nuova' procreazione medicalmente assistita", in *Il nuovo diritto della filiazione* (a cura di L. Lenti e M. Mantovani), in *Tratt. dir. fam.* Zatti, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 328 ss.

WINKLER, M.: "Le sezioni unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?", *Corr. giur.*, 2019, pp. 1198 ss.

ZAPPATORE, F.: "Fecondazione omologa c.d. *post mortem*: regole e principi di determinazione dello *status filiationis* in una recente pronuncia di legittimità", *Dir. fam. pers.*, 2019, 3, pp. 1117 ss.

ZATTI, P.: "*Familia*, *familiae*. Declinazioni di un'idea. Valore e figure della convivenza della filiazione", *Familia*, I, 2002, pp. 353 ss.



IL RUOLO DELLA DERIVAZIONE BIOLOGICA NELLA GENITORIALITÀ: IL DIFFICILE BILANCIAMENTO TRA DIVIETI GENERALI E DIRITTI DEI SINGOLI

THE IMPORTANCE OF GENETIC LINKS IN PARENTHOOD: THE DIFFICULT BALANCE BETWEEN GENERAL PROHIBITIONS AND INDIVIDUALS' RIGHTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1050-1075

Barbara
SALVATORE

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Alla luce della trasformazione sociale e giuridica del concetto di famiglia, il saggio analizza il ruolo della derivazione biologica nei legami familiari. Nell'ambito della più generale prospettiva legata al riconoscimento del genitore sociale, si evidenziano le problematiche ancora oggi sollevate dalle tecniche di medicina della riproduzione, che in Italia sono consentite (L. 40/2004) solo alle coppie eterosessuali. Per le coppie omosessuali permangono problemi di riconoscimento giuridico del legame genitoriale per il genitore non biologico. La soluzione giurisprudenziale dell'adozione in casi particolari (ex art. 44 lett. d L. 183/84) è stata di recente giudicata non sufficiente a garantire la tutela dei soggetti coinvolti, specie nella crisi della coppia (Corte Cost. 32/2021). Nel lavoro si evidenzierà, quindi, anche alla luce della più recente giurisprudenza, la necessità di un ripensamento del ruolo della derivazione genetica, in linea con una più effettiva considerazione del best interest of the child.

PALABRAS CLAVE: Procreazione medicalmente assistita (p.m.a.); coppie omosessuali; genitore biologico; genitore sociale; genitore intenzionale; best interest of the child.

ABSTRACT: *In the light of social and legal transformation of family's idea, the essay analyses the importance of genetic links in parenthood. Within the more general perspective linked to the recognition of the "social parent", the work highlights the main problems still raised by assisted reproductive technologies, that are allowed in Italy only for heterosexual couples. Problems of legal recognition remain for same-sex couples. The solution offered by case law: adoption in particular cases ex art. 44 lett. d L. 184/83 is not suitable to ensure the protection of the parties involved, especially in the crisis of the couple (Corte Cost. 32/2021). The work will therefore highlight, also in the light of the most recent jurisprudence, the need for a rethinking of genetic derivation's role, in line with a more effective consideration of the best interest of the child.*

KEY WORDS: *Medically assisted procreation; same-sex couples; biological parent; social parent; intentional parent; best interest of the child.*

SUMARIO.- I. PREMESSA.- II. LA VERITÀ DELLA PROCREAZIONE NEL RAPPORTO GENITORIALE.- III. INTERESSE DEL MINORE E AZIONI DI STATO.- IV. L'INTERESSE DEL MINORE AL MANTENIMENTO DELLE RELAZIONI AFFETTIVE SIGNIFICATIVE.- V. L'ASSENZA DELLA DERIVAZIONE BIOLOGICA E LA FECONDAZIONE C.D. ETEROLOGA.- VI. FECONDAZIONE C.D. ETEROLOGA E OMOGENITORIALITÀ FEMMINILE. - 1 Il riconoscimento in Italia di un atto di nascita formato all'estero.- 2. La formazione di un atto di nascita in Italia.

I. PREMESSA.

Il disgregarsi del modello familiare tradizionale dovuto alla trasformazione della società e dei costumi in favore di una più pregnante considerazione dei diritti dei singoli individui all'interno delle relazioni familiari[1] ha da diverso tempo alimentato, tra gli altri, l'interrogativo relativo al ruolo e alla rilevanza da attribuire nella filiazione alla verità biologica e genetica[2].

Le relazioni familiari mostrano, per un verso, come la cura, l'istruzione, l'educazione di minori inseriti in contesti familiari che non necessariamente corrispondono alla famiglia biologica radichino rapporti e legami che chiedono, specie nella crisi della coppia, riconoscimento e tutela[3]. Per altro verso, l'evoluzione della scienza medica e delle tecniche riproduttive hanno reso possibili nuove forme di genitorialità, che prescindono dal concepimento naturale nonché dalla derivazione biologica, le quali richiedono, per la tutela dei soggetti coinvolti, certezza e riconoscimento anche sul piano giuridico.

Come noto, le riforme legislative nel campo del diritto di famiglia degli ultimi dieci anni, in sintonia con i principi dell'ordinamento italo-europeo[4],

1 Sesta, M.: "La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali", *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 2017, p. 567 ss. Id: "Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi", *Fam. dir.,* 2019, p. 1050; Zatti, P.: "Familia, Familae – declinazione di un'idea I. La privatizzazione del diritto di famiglia", *Familia,* 2002, p. 13; Scalisi, V.: ""Famiglia" e "famiglie" in Europa", *Riv. dir. civ.,* 2013, p.7 ss.; Patti, S.: "La famiglia: dall'isola all'arcipelago?", *Riv. dir. civ.,* 2022, p. 507 ss. il quale sottolinea come "il passaggio dalla famiglia alle famiglie è dovuto (..) ad un riconoscimento di comunità di affetti prima discriminate o almeno ignorate".

2 I contributi sul tema sono numerosi, senza pretesa di esaustività si segnalano A.A.V.V.: *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, (a cura di U. Salanitro) Pacini giuridica, 2019 in particolare la III sessione con i contributi di Palazzo A., Lenti L., Mantovani M., Bellelli A., Gorassini, A., Sesta M.; Gorgoni A.: "La rilevanza della filiazione non genetica", *Pers. e merc.,* 2017, p. 154 ss.; Senigaglia, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere", *Europa e dir. priv.,* 2017, p. 953 ss.; Chiappetta, G.: "Favor veritatis ed attribuzione dello status filiationis", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2016, p. 145 ss.,

3 Cinque, M.: "Quale statuto per il "genitore sociale"?", *Riv. dir. civ.,* 2017, p. 1475 ss.; Favilli, C.: "Libertà e solidarietà nelle vicende della ricostituzione familiare"*, Nuove leggi civ. comm.,* 2017, p. 1275 ss.

4 La riforma della filiazione del 2012 si richiama ai principi costituzionali che esprimono il valore della persona umana (art. 2, 3, 30 Cost.), ma anche al divieto di discriminazioni fondate sulla nascita (art. 21 Carta

• Barbara Salvatore
Professoressa Associata di Diritto Privato, Università degli Studi di Napoli Federico II. E-mail: barbara.salvatore@unina.it

hanno modificato il sistema normativo legato alla filiazione e ai legami familiari trasferendo la protezione giuridica dall'istituzione familiare in quanto tale alle persone considerate nella loro individualità e, in particolare, alle esigenze di tutela dei figli all'interno delle relazioni familiari.

A seguito della riforma intervenuta nel 2012 - 2013[5], la nozione giuridica di genitore prescinde dal matrimonio e dal legame di coppia. Nell'ottica di una tutela effettiva del figlio, infatti, è scomparsa la differenza, anche su di un piano terminologico, tra figli legittimi e naturali, e, al contempo, il matrimonio non costituisce più l'unico fondamento dei rapporti del figlio con la famiglia del genitore, in quanto il vincolo di parentela si instaura allo stesso modo se la filiazione sia avvenuta all'interno del matrimonio ovvero al di fuori di esso (art. 74 c.c.). Del pari, la disciplina della responsabilità genitoriale si atteggia in egual maniera indipendentemente dalla natura del legame tra i genitori, e, dunque, sia che essi siano sposati, convivano o vivano separatamente (art. 316 c.c.). Infine, il figlio è titolare di un diritto alla bigenitorialità e a mantenere i rapporti con entrambi i genitori e con i parenti anche se non conviventi (art. 316 bis e 337 bis e ss.).

I diritti e gli interessi dei figli, in particolare i minori, costituiscono oggi il fulcro entro cui ruotano i rapporti familiari e, in particolare, il legame giuridico genitore-figlio; è attraverso la prospettiva dell'interesse del minore che occorre, quindi, riconsiderare le concrete situazioni che esigono un riconoscimento giuridico[6].

II. LA VERITÀ DELLA PROCREAZIONE NEL RAPPORTO GENITORIALE.

Volgendo lo sguardo all'evoluzione che ha interessato il rapporto tra legame genitoriale e verità biologica si deve constatare come fino alle riforme del diritto di famiglia degli anni 70 l'intento del Legislatore era rivolto a garantire la stabilità della famiglia matrimoniale, in quanto considerata veicolo per il perseguimento di fini sociali. L'importanza per la trasmissione della vita, l'istruzione e l'educazione dei figli nonché la cura degli anziani giustificava, nell'ottica di salvaguardia dell'istituzione

dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) e alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

5 Ci si riferisce alla riforma della filiazione L. 10 dicembre 2012, n 219 "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali" e D.Lgs 28 dicembre 2013, n. 154 "Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione". La letteratura sul punto è vastissima, senza alcuna pretesa di esaustività si veda tra i primi commenti Aa.Vv.: "La riforma del diritto della filiazione", (a cura di C.M. Bianca), *Nuove leggi civ. comm.,* 2013, p. 437 ss.; Id.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.,* 2013, I, p.1 ss.

6 La rilevanza e prevalenza dell'interesse del minore è ormai principio fondamentale del sistema costituzionale e sovranazionale. Per una sua definizione normativa si veda art. 3 della Convenzione ONU sui diritti dei minori del 1989. Lamarque, E.: *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale,* FrancoAngeli, 2016; Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.,* 2016, p. 86 ss; Id.: "Best interests of the child" *o* "Best interests of the children"?, *Nuova giur. civ. comm.,* 2010, II, p. 157; Scalisi, V.: "Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto", in *Riv. dir. civ.,* 2018, II, 405 ss.; Senigaglia, R.: *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia,* Napoli, Jovene, 2013; Recinto, G.: *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, p. 79 ss.

famiglia, l'imposizione di regole rigide quali, ad esempio, l'indissolubilità del vincolo matrimoniale e le disuguaglianze tra figli nati nel e fuori dal matrimonio.

In questo contesto il sistema ordinamentale preferiva la non contestazione degli status familiari e, sulla base del favor legitimitatis, si ammetteva anche la non corrispondenza tra il legame biologico di filiazione e il vincolo legale di genitorialità[7].

Le riforme, ed in particolare la riforma del diritto di famiglia del 1975, ha, al contrario, mostrato sulla base dell'applicazione del dettato costituzionale (art. 30 Cost.)[8] l'esigenza, tra le altre, di tutela della verità della procreazione. Ecco che il favor legitimatis è stato dal Legislatore ridimensionato in favore del favor veritatis ricostruendo le relazioni familiari in misura corrispondente all'identità genetica dei figli[9].

Oggi, la nuova stagione delle riforme nel campo della famiglia, anche sotto l'impulso della legislazione sovranazionale, mostra una nuova inversione in considerazione non solo del principio di verità biologica ma della "verità biografica"[10]. Si intende con tale espressione riferirsi ad una verità che, prescindendo dal mero dato genetico, si occupi concretamente di dare spazio e rilievo giuridico al vissuto del minore così come verificatosi nella realtà della propria esperienza di vita.

Si cercherà di analizzare le ipotesi in cui la situazione di fatto, legata alla concreta relazione familiare, viene considerata rilevante per l'ordinamento a prescindere dalla corrispondenza biologica e quando, al contrario, ancora si fatichi, in virtù di divieti generali ed aprioristici, a trovare soluzioni appaganti per la effettiva tutela dei soggetti coinvolti.

III. INTERESSE DEL MINORE E AZIONI DI STATO.

Come anticipato la riforma della filiazione del 2012-2013 ha modificato la disciplina della filiazione prevedendo innanzitutto che "tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico" e così superando il previgente sistema. Conformandosi alle prescrizioni europee che vietano le diseguaglianze fondate sulla nascita (art.

7 Ferrando G.: *Filiazione, I) rapporto di filiazione (voce), Enc. dir.*, 1989, p. 1 ss.; Costanza M.: *Filiazione, III) Filiazione naturale (voce), Enc. dir.*, 1989, p. 1 ss. Cicu, A.: *La filiazione, Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli vol. III, tomo 2, II ed., Torino, 1969, p.1.

8 L'art. 30 1 co della Cost. segna il principio generale della discendenza di sangue nella filiazione prevedendo diritti e doveri dei genitori alla nascita di figli, siano essi matrimoniali o no.

9 Ci si riferisce ad esempio alle norme, oggi riformulate, in tema di disconoscimento di paternità e esclusione dalla presunzione di paternità ovvero alle norme in tema di dichiarazione giudiziale di paternità.

10 Il riferimento è a Rodotà, S.: *Il diritto di avere diritti*, Edizioni La terza, 2012, p. 283.
Sottolinea come la relazione tra fatto e diritto sia mutevole tanto che il Legislatore nel tempo ha perseguito finalità diverse Gorgoni A.: "La rilevanza della filiazione non genetica", *Pers. e Merc.* 2017, p. 156.

2, 3, 30 Cost. e art. 1 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), si è definitivamente superata la distinzione tra figli legittimi e naturali.

Inoltre, la novella ha profondamente modificato la disciplina delle azioni di stato, prevedendo, tra l'altro, per i genitori termini decandenziali per la proposizione dell'azione di disconoscimento di paternità e di impugnazione del riconoscimento oltre i quali la verità biologica della filiazione non può rilevare. Gli articoli, rispettivamente 244 e 263 del codice civile, prevedono termini di decadenza, quando l'azione sia esercitata dal padre o dalla madre, brevi, che decorrono, al più, dall'avvenuta conoscenza della verità della procreazione ed un termine "finale" quinquennale; l'azione, infatti, non può "comunque" essere proposta decorsi cinque anni dal giorno della nascita o dall'annotazione del riconoscimento.

Questa disciplina delle azioni di stato consente il bilanciamento tra le esigenze legate al ripristino della verità e quelle riguardanti la stabilità della relazione familiare. In questa prospettiva, il legislatore nel 2012 ha posto limiti temporali all'accertamento della verità biologica della filiazione, sicché, scaduto il termine di decadenza, la differenza tra verità genetica e giuridica non può più assumere rilevanza. La rigidità del termine quinquennale testimonia il prevalere, decorso un lungo periodo di tempo, dell'interesse del minore alla stabilità del rapporto di filiazione e alla certezza degli status. Ed, infatti, la norma prevede che questa stabilità possa essere superata solo qualora a voler rimuovere lo status non veridico sia il figlio, per il quale la proposizione dell'azione resta imprescrittibile.

A testimonianza di come l'interesse del minore non possa considerarsi un principio assoluto declinabile in astratto, ma debba necessariamente essere calato all'interno dello specifico caso concreto per poter effettivamente trovare adeguata tutela[11], il Legislatore, a differenza degli altri soggetti legittimati, prevede che sia il figlio l'unico a poter sempre rimuovere la falsità della procreazione, solo ed in quanto funzionale al proprio interesse concreto alla rimozione dello status falso[12].

11 Cfr. Cass. 30 maggio 2013, n. 13638 in www.dejure.it ove la Cass. ribadisce che "a fronte di un accentuato favore per una conformità dello status alla realtà della procreazione - chiaramente espresso nel progressivo ampliamento in sede legislativa delle ipotesi di accertamento della verità biologica - il favor veritatis non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta da affermarsi comunque, atteso che l'art. 30 Cost., non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale, ma, nel disporre al comma 4, che "la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità", ha demandato al legislatore ordinario il potere di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella naturale, nonchè di fissare le condizioni e le modalità per far valere quest'ultima, così affidandogli anche la valutazione in via generale della soluzione più idonea per la realizzazione dell'interesse del figlio".

12 Cfr. Cass., 3 aprile 2017, n. 8617 in www.dejure.it ove la Cassazione afferma che: "l'esaltazione dell'interesse del minore e la necessità di una sua costante valutazione impone, infatti, anche una verifica condotta in termini di attualità, (…) soprattutto quando, (…), quest'ultimo, ossia il reale protagonista della vicenda, acquisisca nel corso del procedimento una maturità di comprensione e di determinazione rispetto alla propria identità personale".

Alla verità biologica che pur aveva guidato le riforme degli anni 70[13] si è così sostituito il c.d. favor minoris che riflette l'interesse alla stabilità e alla continuità della relazione affettiva con chi concretamente risulti essere "genitore". Il tempo della vita in comune e la sussistenza di relazioni familiari di cura ed accudimento nei confronti dei figli stabilizzano il rapporto di filiazione e giustificano la prevalenza del diritto del figlio alla continuità affettiva e familiare rispetto al diritto a far emergere la verità da parte dei genitori.

A dimostrazione di questo cambiamento normativo si esprime la stessa Corte costituzionale che, di recente, è tornata ad occuparsi dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ed, in particolare, del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione[14]. La stessa Corte costituzionale ha nuovamente[15] ribadito come "al precedente regime in materia di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, tutto improntato al favor veritatis, è subentrata una regolamentazione che ha notevolmente rafforzato l'esigenza di stabilità dello status filiationis e di tutela del figlio"[16]. L'art. 263 c.c. "sottende l'esigenza di operare una razionale comparazione degli interessi in gioco, alla luce della concreta situazione dei soggetti coinvolti" posto che "la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare in questi casi [deve] tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso (sent. n. 272 del 2017)"[17].

Il bilanciamento tra le esigenze di verità e di stabilità delle relazioni familiari è dalla norma operato, infatti, continua la Corte, anche rispetto al diverso termine di decadenza laddove al contrario del termine annuale, che inizia a decorrere dalla conoscenza della non paternità, il termine quinquennale esprime un nuovo bilanciamento e, considerando un più lungo lasso di tempo, "radica il legame familiare e sposta il peso assiologico, nel bilanciamento attuato dalla norma, sul consolidamento dello status filiationis"[18].

13 Ci si riferisce alle riforme sia introduzione del divorzio che alla riforma del diritto di famiglia del 1975.

14 Corte Cost. 25 giugno 2021, n. 133, *Familia,* 2021, p. 695. La Corte ha dichiarato fondata la questione di legittimità dell'art 263 c.c. III co. nella parte in cui non prevedeva che il termine annuale di decadenza per la proposizione dell'azione potesse decorrere non solo dal giorno in cui è il padre sia venuto a conoscenza della propria impotenza ma che dovesse considerarsi in generale l'avvenuta conoscenza della non paternità.

15 Cfr. da ultimo Corte Cost. 18 dicembre 2017, n. 272, *Nuova giur. civ. comm.,* 2018, I, p. 546 con nota di Gorgoni, A.: "Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello status filiationis"; Corte Cost., 26 maggio 2020, n. 127, *Foro it.,* 2020, I, c. 3345.

16 Corte Cost 25 giugno 2021, n. 133, cit.

17 Corte Cost. 26 maggio 2020, n. 127, cit.; Corte Cost. 18 dicembre 2017, n. 272, cit. specifica infatti che "l'interesse del figlio, che si esprime nel diritto alla costruzione della sua identità personale e delle sue origini biologiche, è anche diritto a salvaguardare quel rapporto di continuità affettiva e relazionale che si è sviluppato nel tempo verso coloro che se ne sono presi cura nella veste di genitori: tale interesse, nella sua complessità, vale a bilanciare altre istanze che entrano in gioco, quale appunto, l'interesse pubblico alla certezza degli *status*".

18 Corte Cost. 25 giugno 2021, n. 133, cit.

Si può quindi riconoscere che la genitorialità può prescindere non soltanto dal legame tra i genitori - sia esso matrimoniale o no - ma anche eventualmente dal legame biologico con il figlio e deve, in alcune situazioni, ritenersi prevalente l'interesse concreto del minore alla continuità dello status, così come acquisito alla nascita. Si tratta di un interesse che si realizza e prende corpo nella concreta situazione di fatto, in relazione alla continuità di relazioni familiari significative per il minore stesso.[19]

IV. L'INTERESSE DEL MINORE AL MANTENIMENTO DELLE RELAZIONI AFFETTIVE SIGNIFICATIVE.

Il legislatore ha mostrato di considerare l'interesse del minore quanto alla conservazione della situazione di fatto, consolidatasi attraverso relazioni affettive significative, anche nella riforma in tema di affidamento familiare.

La legge 184 del 1983 in tema di adozioni è stata, infatti, riformata quanto all'affidamento familiare dalla l. 173 del 2015 consentendo alla famiglia affidataria di chiedere l'adozione piena del minore in affidamento. L'art. 4 al comma V bis della legge n. 184 del 1983 prevede che, qualora durante un prolungato periodo di affidamento, la famiglia affidataria chieda di poter adottare il minore, il tribunale per i minorenni, nel decidere sull'adozione, tiene conto dei legami affettivi significativi e del rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria. E ancora, che, qualora il minore faccia ritorno nella famiglia di origine o sia dato in affidamento o adozione ad altra famiglia, deve essere comunque tutelata, se rispondente all'interesse del minore, la continuità delle positive relazioni socio-affettive, consolidatesi durante l'affidamento.

Da queste prime considerazioni emerge, quindi, come il Legislatore abbia da tempo riconosciuto accanto alla verità biologica della procreazione un diverso interesse che si basa su di una relazione affettiva e di cura che dà concretezza al legame familiare. La continuità affettiva del minore diviene, pertanto, un diritto del minore in quanto espressione della sua personalità ed identità personale che deve essere salvaguardato nella crisi della famiglia come nei procedimenti che riguardano l'affidamento familiare.[20]

19 In merito al riconoscimento dell'interesse alla conservazione del rapporto con il genitore non biologico si veda Corte Cost. 20.10.2016, n. 225, *Foro it.,* 2016, I, c. 3329 ss. con nota di Casaburi; in *Corr. Giur.*, 2017, p. 175 ss, con nota di De Marzo, G.: "Sul diritto del minore a conservare significativi rapporti con l'ex compagna della genitrice biologica"; in *Fam. e dir.,* 2017, p. 305 ss. con nota di Tommaseo, F.: "La Corte Costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo".
Quanto alla famiglia fondata non esclusivamente da rapporti di sangue ma soprattutto da quelli affettivi si veda Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, Napoli, 3ª ed., 2006, 919 ss.; Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2005, 417 ss.

20 Sul punto si veda Gorgoni, A.: "La rilevanza della filiazione non genetica", cit., p. 160.

Volgendo lo sguardo al contesto sovranazionale e a conferma dell'impostazione che privilegia, nella ricostruzione del fondamento del rapporto di filiazione, anche l'effettività e la concretezza delle relazioni familiari si pone la stessa Corte Europea dei diritti dell'uomo nell'attività di interpretazione della CEDU.

La Corte, infatti, nell'analizzare in numerosissime sentenze, di cui è impossibile dar conto compiutamente in questa sede, l'art. 8 CEDU ha delineato il concetto di vita familiare valutando il rapporto affettivo instaurato come una questione di fatto che, in relazione alle circostanze del caso concreto, discende dall'esistenza di legami affettivi stabili.

Secondo l'impostazione della Corte, l'esistenza di una vita familiare non postula necessariamente il matrimonio ovvero la parentela e può declinarsi sia con riferimento ad una relazione stabile tra adulti[21] sia in relazione al rapporto genitoriale[22] in cui emerge il diritto alla continuità affettiva e alla stabilità del legame giuridico di filiazione.

La giurisprudenza italiana ha da tempo riconosciuto il ruolo della genitorialità di fatto da diverse prospettive.

Lasciando al prosieguo del lavoro il ruolo del genitore non biologico che con il proprio consenso partecipa alla scelta di accedere alle tecniche di fecondazione assistita su cui si dirà oltre, occorre sottolineare come sia stata da tempo considerata e tutelata la figura del "genitore sociale" nelle c.d. famiglie ricomposte[23].

Limitandoci ad alcune notazioni, è la stessa Corte costituzionale investita della legittimità costituzionale dell'art. 337 ter a rimarcare l'opportunità di riconoscere la rilevanza giuridica fondata su una relazione affettiva tra il minore e il genitore sociale attraverso la possibilità per il giudice ex art. 333 c.c. di adottare i provvedimenti convenienti per l'interesse del minore, quando la condotta del genitore possa essere pregiudizievole per gli interessi del figlio[24].

21 Corte EDU 24 giugno 2010, *Schalk and Kopf c. Austria,* ric. N.30141/04, www.echr.coe.int;

22 La Corte Europea ha, invero, ritenuto che possa esistere una vita familiare tra genitori affidatari che si siano presi cura di un minore per un certo periodo di tempo ed il minore in questione, sulla base degli stretti legami personali tra loro, del ruolo rivestito dagli adulti nei confronti del figlio e del tempo trascorso insieme. Cfr. Corte EDU 27 genn. 2015, *Paradiso* e *Campanelli c. Italia* ric. n. 25358/12; e Corte EDU 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12; Corte EDU 27 aprile 2010, *Moretti* e *Benedetti c. Italia* ric. N. 16318/07, www.echr.coe.int ove il mancato riconoscimento della concreta relazione affettiva con il minore ha determinato una lesione del diritto alla vita familiare.

23 Rescigno P.: "Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche", *Familia,* 2002, p.1 ss.; A.A.V.V. (a cura di S. Mazzoni): *Nuove costellazioni familiari. Le famiglie ricomposte,* Milano, 2002; Favilli, C.: "Libertà e solidarietà nelle vicende della ricostituzione familiare"*, Nuove leggi civ. comm.,* 2017, p. 1275 ss., Cinque, M.: "Quale statuto per il "genitore sociale""*, Riv. dir. civ*., 2017, p. 1475 ss.

24 Corte Cost., 20 ottobre 2016, n. 225, cit., con nota di Tommaseo, "La Corte Costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo", ove la Corte pur ritenendo la questione di legittimità non fondata in quanto l'art. 337 *ter* deve intendersi riferito a "soggetti comunque legati al minore da un vincolo parentale", riconosce al contempo che l'interesse a mantenere rapporti con adulti di riferimento che non siano suoi parenti può trovare riconoscimento nell'art. 333 c.c. Più di recente si veda Trib. Di Como 13 marzo 2019,

Inoltre, può rilevarsi come il tema della tutela delle relazioni in fatto instauratesi tra adulto e minore sia stato considerato dalla giurisprudenza anche rispetto alla figura del "nonno sociale"[25]. La Corte ribascisce, infatti, come la disposizione di cui all'art. 317 bis c.c. debba "essere interpretata sistematicamente, alla luce delle disposizioni costituzionali (artt. 2 e 30 Cost.), Europee (art. 24 della Carta di Nizza) ed internazionali (art. 8 della CEDU), che formano il nuovo quadro normativo di riferimento multilivello (art. 117 Cost.), dal quale non si può prescindere nell'interpretazione della legge ordinaria nazionale". Nonostante l'assenza di un legame biologico, deve, quindi, essere riconosciuto ex art. 317 bis il diritto al mantenimento del rapporto affettivo con i nonni, cui corrisponde, sono parole della Cassazione, "lo speculare diritto del minore di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti, ai sensi dell'art. 315 bis c.c.", anche "ad ogni altra persona che affianchi il nonno biologico del minore, sia esso il coniuge o il convivente di fatto, e che si sia dimostrato idoneo ad instaurare con il minore medesimo una relazione affettiva stabile, dalla quale quest'ultimo possa trarre un beneficio sul piano della sua formazione e del suo equilibrio psicofisico" [26].

Deve ancora rilevarsi come il primo riconoscimento della rilevanza dei legami di fatto, testimoniati secondo la Cassazione, da una relazione affettiva stabile, duratura, risalente e sotto ogni aspetto coincidente con quella naturalmente scaturente dalla filiazione è avvenuto in tema risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale[27]. E' stato così riconosciuto il risarcimento danno in favore del genitore di fatto che concretamente svolge il ruolo genitoriale, indipendentemente dalla sussistenza di un legame biologico[28].

Come accennato in apertura, però, il ruolo della derivazione biologica o, se si vuole, della sua assenza, nel riconoscimento giuridico del legame genitoriale si pone in misura ancor più evidente nelle ipotesi di concepimento avvenuto grazie

Fam dir. 2020, p. 137 ss. con nota di Diquattro. Sul punto si veda Quadri, E.: "La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze", *Nuova giur. civ. comm.,* 2017, p. 566.

25 Il caso riguardava il diritto al mantenimento di rapporti significativi con i nipoti non già o non esclusivamente, come recita letteralmente la disposizione di cui all'art 317 *bis*, per gli ascendenti in linea retta ma anche per colui o colei che, in quanto coniuge dell'ascendente, non sia legato ai nipoti da un rapporto di parentela. Cass. civ. 25 luglio 2018, n. 19780 e Cass. civ. 19 maggio 2020, n. 9144, www.onelegale.it Sul punto più in generale si veda da ultimo Winkler, S.: "Il diritto di visita dei nonni tra soluzioni nazionali e prospettive europee", *Fam. dir.,* 2021, p. 657 ss.

26 Cass. civ. 25 luglio 2018, n. 19780, cit. Su quanto e come la problematica sia stata avvertita anche nell'emergenza sanitaria legata al coronavirus si veda Al Mureden, E.: "La tutela dei legami affettivi tra esigenze sanitarie e pluralità di modelli familiari," *Giur. it.,* 2020, p. 2298.

27 Cass., 21 aprile 2016, n. 8037 *Fam e dir.,* 2017, p. 329.

28 Cass., 21 aprile 2016, n. 8037, cit., in cui la Cassazione individua espressamente una serie di indici presuntivi della sussistenza del rapporto familiare di fatto quali "la risalenza della convivenza, la *diuturnitas* delle frequentazioni, il *mutuum auditorium,* l'assunzione concreta, da parte del genitore *de facto,* di tutti gli oneri, i doveri e le potestà incombenti sul genitore *de iure*".

alle tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologo, oggi ammesse nel nostro ordinamento in virtù dell'intervento della Corte costituzionale del 2014[29].

Nell'economia del presente lavoro si è scelto di non affrontare anche le problematiche sottese alla tecnica di surrogazione di maternità o gestazione per altri, che solleva diversi problemi in relazione alla conformità della tecnica con l'ordine pubblico. Del resto, la tecnica di surrogazione di maternità potrebbe essere effettuata anche con i gameti della coppia committente e, quindi, non evidenziarsi il problema relativo all'assenza di derivazione biologica.

V. L'ASSENZA DELLA DERIVAZIONE BIOLOGICA E LA FECONDAZIONE C.D. ETEROLOGA.

Il venir meno del divieto di fecondazione eterologa ad opera della sentenza 162 della Corte costituzionale del 2014 ha modificato l'impianto originario della legge, ai fini che qui interessa, in maniera particolarmente incisiva, poiché riconosce una forma di genitorialità sganciata dal legame genetico.

La liceità della tecnica che prevede la donazione di gameti da parte di un terzo donatore altera in maniera sostanziale l'assetto originario della norma in quanto consente una scissione tra il donatore o i donatori di gameti, che trasferiscono il loro patrimonio genetico al nato, e i genitori che la legge riconosce indiscutibilmente nella coppia che accede alla tecnica.

La legge, infatti, prevede - e lo prevedeva già nel 2004, dato che in Italia fino a quel momento l'assenza di disciplina aveva comportato una sostanziale liceità di ogni tecnica o, comunque, la liceità della tecnica all'estero ne permetteva la concreta praticabilità - che in questa ipotesi il riconoscimento dello status filiationis sia legato all'atto di volontà e di assunzione di responsabilità espresso nel consenso che la coppia fornisce alla tecnica (art. 8 l. 40/2004). Inoltre, l'art. 9 precisa che 1) non è possibile la revoca del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo; 2) il coniuge o il convivente che ha prestato il proprio consenso alla fecondazione non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità (art. art. 243 bis c.c.) nè effettuare l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.)[30], né la madre può dichiarare la volontà di non essere nominata al momento

29 Corte cost., 10.6.2014, n. 162, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1062 ss., con nota di Ferrando, G.: "La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa".

30 Il dibattito prima della introduzione normativa vedeva contrapposti due orientamenti. Il primo che riconosceva il capo al coniuge consenziente la possibilità di esercitare l'azione di disconoscimento di paternità in applicazione diretta della disciplina generale della filiazione art. 235 c.c. (oggi abrogato), si veda Trib. Cremona 17.2.1994, in *Nuova giur. civ. comm*., 1994, I, p. 541 ss.; Trib. Napoli, 2.4. 1997, in *Famiglia e dir.,* 1997, I, p. 261 ss. Il secondo, al contrario, nell'ottica di una effettiva tutela del minore ed in base al principio di auto-responsabilità e del consenso prestato alla fecondazione, che escludeva l'applicazione della normativa generale sull'azione di disconoscimento di paternità: Sul punto si veda Corte Cost., 26.9.

del parto (art. 30 comma 1 del D.P.R. 3 nov. 2000, n. 396); 3) il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.

In base a questa normativa quindi la filiazione nella fecondazione artificiale troverebbe il suo fondamento in atti volontari di assunzione di responsabilità espressi dal consenso informato della coppia che accede alla tecnica[31].

L'ammissibilità del ricorso alla tecnica eterologa con il conseguente ed automatico riconoscimento del legame di filiazione resta però circoscritto alle ipotesi riconosciute e disciplinate dalla legge.

Possono accedere alle tecniche di procreazione medialmente assistita in base all'art 4 della legge 40 del 2004 "coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi". La finalità della norma è espressa a chiare lettere dal legislatore e consiste nella "soluzione di problemi riproduttivi derivati dalla sterilità o infertilità umana", con ciò evidenziando la precipua finalità terapeutica delle tecniche previste. È consentito, infatti, il ricorso alle tecniche in base al principio di gradualità delle stesse e solo qualora non vi siano altri metodi terapeutici per rimuovere le cause di sterilità o infertilità.

Resta, dunque, in Italia preclusa alle coppie omosessuali la possibilità di accedere alla fecondazione assistita[32].

Ciò non di meno, la quantità di coppie omosessuali che si reca all'estero, ove la tecnica è consentita, è sempre più numerosa generando a valle una richiesta di riconoscimento e di tutela che impegna sempre di più, nell'assenza di una disciplina ad hoc, l'attività interpretativa dei giudici chiamati a fornire soluzioni anche alla luce dei parametri sovranazionali[33].

Lo sviluppo di metodologie di cura della sterilità o infertilità sempre più efficaci permette oggi - attraverso le diverse tecniche di procreazione medicalmente assistita (p.m.a.) - di far nascere un bambino da coppie affette da sterilità anche severa o anche più semplicemente da coppie che sono nell'impossibilità fisica di generare una vita.

1998, n. 347, in *Nuova giur. civ. comm.,* 1999, I, 51 ss.; Cass. 16.3.1999, n. 2315, in *Nuova giur. civ. comm.,* 1999, I, p. 517.

31 Si interroga sul rapporto tra la disciplina speciale espressa in tema di p.m.a. dall'art. 8 e la disciplina generale della filiazione Salanitro, U.: "Gli effetti della procreazione medicalmente assistita", in *Trattato di diritto di famiglia,* diretto da Bonilini, vol. IV, *La filiazione* e *l'adozione,* Milano, 2016, p. 3741 ss.

32 Tale opzione legislativa è stata ritenuta legittima costituzionalmente da Corte Cost. 23 ottobre 2021, n. 221, *Corr. Giu.* 2019, p. 1460 ss. con nota di Recinto, G.: "La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "revirement"".

33 Campiglio, C.: "La genitorialità nelle coppie same-sex: un banco di prova per il diritto internazionale privato e l'ordinamento di stato civile", *Fam. e dir.,* 2019, p. 924 ss.

La storia della fecondazione artificiale ci mostra come la tecnica, intesa inizialmente come terapia dell'infertilità della coppia eterosessuale, stia divenendo un metodo di fecondazione utilizzato da chiunque desideri un figlio e una discendenza, di modo che la procreazione sia completamente sganciata dalla sessualità e perciò trasformi la nostra concezione di famiglia basata su ruoli tradizionali quale quello materno e paterno.

Le difficoltà interpretative sono, inoltre, fortemente acuite dalla diversità con cui il fenomeno è disciplinato nei diversi paesi europei e non, il che di per sé incoraggia pratiche di "turismo riproduttivo" con i conseguenti problemi di riconoscimento giuridico. Occorre, quindi, trovare soluzioni a problemi in parte nuovi che le possibilità offerte dalla tecnica dischiudono, trovando riconoscimento e tutela per i soggetti coinvolti nel progetto familiare, in primis i diritti e le tutele offerti ai nascituri.

Per la complessità delle metodiche utilizzate e per la comprensibile sensibilità dei valori umani coinvolti, non si può non considerare, infatti, come il ricorso a queste procedure abbracci, oltre ai diritti dei soggetti che ad essa fanno ricorso, soprattutto quelli del nascituro, incidendo significativamente sulla costruzione del legame intergenerazionale e sulle relazioni sociali. Si osserva, in particolare, come l'accesso a nuove tecniche di procreazione un tempo impensabili abbia inciso in maniera determinante sul concetto stesso di genitorialità, mettendo in luce l'esigenza di un ripensamento del modello tradizionale, ricostruito in termini di unitarietà. La possibile scissione, infatti, tra i soggetti donatori dei gameti, la coppia genitoriale e finanche la donna che partorisce esige una risposta giuridica che ricostruisca lo status di figlio alla luce di coordinate puntuali e certe.

VI. FECONDAZIONE C.D. ETEROLOGA E OMOGENITORIALITÀ FEMMINILE.

La chiusura dell'ordinamento italiano non elimina la possibilità, tuttavia, ed in misura speculare a ciò che avveniva in passato per la eterologa, che coppie omosessuali si rechino all'estero per soddisfare il desiderio di genitorialità.

Occorre però differenziare le coppie composte da due donne da quelle composte da due uomini, in quanto, in tale seconda ipotesi, l'accesso alle tecniche di fecondazione determina un ulteriore elemento di contrasto con la legge italiana dato dalla necessità di ricorrere alla c.d. maternità surrogata.

Volendo soffermarsi sull'analisi dei casi di coppie femminili, le quali chiedono di effettuare una tecnica ammessa in Italia per le coppie eterosessuali, ossia la fecondazione eterologa con donazione del gamete maschile, si impone la verifica

del se lo status filiationis possa essere validamente riconosciuto anche in Italia per entrambe le donne.

Il problema si pone non già per la donna che ha concretamente fatto ricorso alla tecnica, dato il suo legame genetico e gestazionale con il bambino, che legittima il riconoscimento diretto della genitorialità, ma esclusivamente rispetto alla genitrice non biologica o intenzionale[34] .

Per affrontare il problema e le questioni giuridiche sottese occorre inquadrare correttamente le differenti situazioni che nella realtà possono verificarsi. Occorre, infatti, distinguere le ipotesi in cui il bambino sia nato all'estero ed abbia con ciò legittimamente acquisto lo status di figlio della coppia che ha espresso il consenso alla fecondazione, in maniera conforme alla legge del luogo, dalle ipotesi in cui il bambino sia nato in Italia e si chieda, secondo il diritto italiano, la formazione di un atto di nascita con l'indicazione, quali genitori, delle due madri.

1. Il riconoscimento in Italia di un atto di nascita formato all'estero.

La prima ipotesi solleva il problema della trascrivibilità di una atto dello stato civile o di una sentenza estera nel nostro ordinamento, rispetto alla quale ci si è chiesti se sia corretto che l'ordinamento italiano si chiuda al riconoscimento giuridico del legame di filiazione in nome del limite dell'ordine pubblico internazionale (ex art. 65 l. 218 del 1995, art. 18 dpr 396/2000[35]) ovvero si debba dare preminente e superiore valore e riconoscimento del diritto del minore alla continuità dello status e alla propria identità personale, così come acquisita alla nascita[36].

34 Il riconoscimento del ruolo insopprimibile per il nato di vedere riconosciuto il proprio legame rispetto al genitore biologico si deve a Corte EDU 26.6.2014 *Labasse c. France;* Corte EDU, 26.6.204 *Menneson c. France,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2014, I, p. 1122. che hanno condannato la Francia per non aver riconosciuto, violando il diritto alla vita privata e familiare del minore, il rapporto di filiazione tra il nato da surrogazione di maternità e la coppia committente. In particolare, rispetto al padre biologico che aveva fornito il gamete per la fecondazione la Corte ritiene che sia stata lesa l'identità dei bambini precludendosi l'instaurazione di un rapporto giuridico tra figli nati a seguito di un trattamento di maternità surrogata all'estero e il loro padre biologico. Ciò ha, ribadisce la Corte, oltrepassato l'ampio margine di apprezzamento lasciato agli Stati in materia di decisioni in materia di maternità surrogata.
Nell'ipotesi considerata nel testo, tuttavia, il legame genitoriale con la madre gestante non si incentra esclusivamente sull'eventuale utilizzo di un suo ovocita per la fecondazione ma assume un ruolo assorbente il fattore gestazionale ed il parto. Sul punto si veda il famoso caso dell'ospedale Pertini sullo scambio di embrioni Trib. Roma 8 agosto 2014, *Dir. succ. fam.,* 2015, p. 230 ss. con nota di Renda, A.: "Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa"; Cfr. Caggiano, I.: "Lo scambio di embrioni e le modalità di formazione dello status di figlio", *Europa e dir. priv.,* 2017, I, p. 299 ss.
Il punto non è privo di problematicità cfr. Cass. 25 febbraio 2022, n. 6383, in *Fam e dir.,* 2022, p. 581, la quale ha negato il riconoscimento del legame di filiazione per la madre genetica ma non gestazionale.

35 La legge 218/1995 dispone all'art. 16: "Ordine pubblico 1. La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico" e all' art. 65: "Riconoscimento di provvedimenti stranieri 1. Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa. Inoltre, il Dpr 396/2000 all'art 18 dispone: "Casi di intrascrivibilità. 1. Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico".

36 Giardina, F.: "Interesse del minore: gli aspetti identitari", in *Nuova giur. civ. comm.,* 2016, II, p. 159 ss.

Sul punto, quanto alla trascrivibilità in Italia di certificati di nascita formati all'estero, l'annotazione sugli stessi di una duplice genitorialità femminile è stata riconosciuta non in contrasto con l'ordine pubblico internazionale privato secondo le sezioni unite della Cassazione[37]. Del resto, questa impostazione era già stata in precedenza affermata dalla giurisprudenza di legittimità[38], ed oggi ancora ribadita[39], che aveva escluso il contrasto con l'ordine pubblico interno della doppia genitorialità femminile.

Il punto, tra l'altro, appare ribadito dalla Cassazione a sezioni unite, anche per l'ipotesi in cui la sentenza straniera di adozione rechi l'indicazione di due padri, ove si rileva "che la differenza di genere per le coppie omosessuali maschili costituisce un discrimine soltanto se il progetto genitoriale comune si fonda sul ricorso alla gestazione per altri"[40].

Può, quindi, affermarsi che l'assenza del legame biologico per il genitore non osti al riconoscimento in Italia dell'atto di stato civile estero che rechi l'indicazione di una genitorialità omossessuale, quando il riconoscimento del legame genitoriale non si ponga in contrasto con l'ordine pubblico, ossia la procreazione non derivi da una ipotesi di surrogazione di maternità. E', infatti, il divieto di maternità surrogata, indipendentemente dall'orientamento sessuale della coppia che vi accede, ad essere espressione dell'ordine pubblico in quanto posto a tutela di valori fondamentali quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione[41].

37 Cass., Sez. Un. 8 maggio 2019, 12193, in *Fam. e Dir.*, 2019, p. 653 ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 741 ed in *Corriere Giur.*, 2019, p. 1198. Cfr. Recinto, G.: "La decisione delle Sezioni Unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere 'filiazione'", *Diritto delle successioni e della famiglia,* 2019, p. 347 ss.; Id.: "Con la decisione sulla c.d. maternità surrogata le Sezioni unite impongono un primo "stop" al "diritto ad essere genitori"", *Dir. e rel,* 2019, II, p. 560 ss. che escludono che sia da ricondurre a principio fondamentale dell'ordinamento l'eterosessualità della coppia nella definizione dei limiti al riconoscimento di atti stranieri relativi a status filiali.

38 Cass. 30 settembre 2016, n. 19599 in www.dejure.it la quale si riferiva ad un caso di fecondazione c.d. reciproca in cui una delle donne aveva provveduto alla gestazione mentre l'altra aveva fornito l'ovulo necessario per la fecondazione, avvenuta con il contributo di un terzo donatore. In questa ipotesi, dunque, il legame biologico dovuto sia alla derivazione genetica che al fattore gestazionale riguardava entrambe le genitrici. Successivamente Cass. 15 giugno 2017, n. 1478 in www.dejure.it ove la Cassazione ha preso in esame un'ipotesi di fecondazione eterologa in cui mancava il legame biologico rispetto ad una delle donne.

39 Cfr, Cass. 23 agosto 2021, n. 23319 in www.onelegale.it la quale ribadisce che "al di fuori delle ipotesi in cui opera il divieto di surrogazione di maternità, l'insussistenza di un legame genetico o biologico con il minore nato all'estero non impedisca il riconoscimento del rapporto di filiazione con un cittadino italiano che abbia prestato il proprio consenso all'utilizzazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non consentite nel nostro ordinamento: le limitazioni previste dalla l. 40 del 2004 costituiscono infatti espressione non già di principio di ordine pubblico internazionale, ma del margine di apprezzamento di cui il legislatore dispone nella definizione dei requisiti di accesso alle predette pratiche, la cui individuazione, aventi portata vincolante nell'ordinamento interno, non è di ostacolo alla produzione di effetti da parte di atti o provvedimenti validamente formati nell'ambito di ordinamenti stranieri e disciplinati dalle relative disposizioni".

40 Sez. un. 31 marzo 2021 n. 9006, in *fam* e *dir.*, 2021, p. 992, la quale enuncia il seguente principio di diritto: "non contrasta con i principi di ordine pubblico il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omogenitoriale ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione".

41 Cfr. Corte Cost. 25 giugno 2020, n. 127, in www.onelegale.it .

2. La formazione di un atto di nascita in Italia.

In maniera differente si pone la questione nell'ipotesi in cui, effettuata la fecondazione all'estero, la coppia femminile torni in patria ed il bambino nasca in Italia. La Corte costituzionale, chiamata ad esprimersi circa l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 comma 20 della legge n. 76 del 2016 e dell'art. 29 del Dpr n. 396 del 2000, ha negato la questione, pur riconoscendo che "la genitorialità del nato a seguito del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita è legata al consenso prestato e alla responsabilità conseguentemente assunta da entrambi i soggetti che hanno deciso di accedere ad una tale tecnica procreativa" ex art. 8 e 9 della legge n. 40/2004. Richiamando propri precedenti sul punto[42], ha, quindi, ribadito che "occorre pur sempre che quelle coinvolte nel progetto di genitorialità così condiviso siano coppie di sesso diverso atteso che le coppie dello stesso sesso non possono accedere, in Italia, alle tecniche di procreazione medicalmente assistita"[43].

Il ragionamento della Corte sembra, però, principalmente fondarsi sulla scelta del legislatore italiano, il quale gode di un ampio margine di discrezionalità in subiecta materia sia quando nella legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili - pur riconoscendo la dignità sociale e giuridica delle coppie formate dallo stesso sesso - non consente comunque la filiazione, sia adottiva che per fecondazione assistita, in loro favore, sia quando nella legge sulla fecondazione assistita limita l'accesso alle coppie di sesso diverso (art. 5 legge 40/2004). Sul punto, infatti, la Corte costituzionale si era già espressa ritenendo non illegittima costituzionalmente la scelta legislativa di escludere le coppie omosessuali dall'accesso alle tecniche[44].

Il punto centrale, di cui pur la Corte è investita, non riguarda, tuttavia, l'esclusione dall'accesso delle coppie same sex dalla tecnica quanto piuttosto se un atto di nascita di un bambino già nato possa recare l'indicazione della doppia genitorialità femminile. Come evidenziato, rispetto a questa domanda la risposta risulta differente in relazione al luogo di nascita del bambino e alla legge da applicare[45]. La Corte sul punto, tuttavia, ribadisce che "la circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l'ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione al

42 Corte Cost. 23 ottobre 2019, n. 221, cit.

43 Corte Cost. 15 novembre 2019, n. 237, in *fam e dir.*, 2020, p. 325 con nota di Sesta, M.: "L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri"; Corte Cost. 4 novembre 2020, n. 230, in www.onelegale.it

44 Corte Cost. 23 ottobre 2019, n. 221, cit.

45 Faletti, E.: "Di chi sono figlio? Dipende da dove mi trovo", *Fam dir.*, 2020, p. 743.

principio di uguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia'"[46].

Secondo una parte della dottrina[47], pur seguita dalla giurisprudenza specie di merito[48], la soluzione potrebbe essere differente sulla base dell'interpretazione delle disposizioni contenute nella legge sulla procreazione medicalmente assistita. In particolare, della disposizione di cui all'art. 8 della legge n. 40 del 2004, il quale riconosce ed attribuisce il legame genitoriale tra il nato e la coppia che ha prestato il proprio assenso alla tecnica. Da tempo la dottrina più attenta sottolinea come in queste ipotesi il consenso non sia esclusivamente un consenso autorizzativo rispetto all'intervento sanitario[49] ma piuttosto si configuri come atto di assunzione di responsabilità nei confronti del nato "fondativo del rapporto di genitorialità"[50].

Il consenso, come letteralmente precisa la norma (art. 9), può, infatti, desumersi anche da fatti concludenti che si concretizzano proprio nella situazione di fatto che corrisponde all'esercizio della responsabilità genitoriale. Inoltre, l'art. 9 della legge 40 disciplina anche l'ipotesi in cui la coppia abbia fatto ricorso alla fecondazione eterologa che, giova ripeterlo, era vietata in base all'originario impianto della norma, prevedendo che il consenso prestato determini l'acquisizione dello status genitoriale anche in assenza di derivazione biologica e che, soprattutto, non possa essere successivamente rimosso. Difatti, la norma esclude la possibilità di esperire successivamente l'azione di disconoscimento della paternità ovvero la possibilità per la madre di non essere nominata al momento del parto.

Una interpretazione delle norme che non si limiti a restituirne una declinazione esclusivamente letterale ma che si occupi di inserire la stessa nel sistema ordinamentale nel suo complesso, che in primo luogo tutela il diritto del minore alla propria identità nonché alla sua vita familiare, potrebbe portare a ritenere queste norme applicabili anche nelle ipotesi di fecondazione ancora vietate.

Dovrebbe, forse, essere maggiormente sottolineata la stessa architettura della legge n. 40 dove vengono distinti, in due differenti capi, le norme che concernono

46 Corte Cost. 23 ottobre 2019, n. 221, cit.

47 Si veda Ferrando, G.: "La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori", *Fam. dir.,* 2021, p.704; Id.: "Di chi è figlio un bambino con due mamme?", *Nuova giur. civ. comm.,* 2021, p. 417.

48 Trib. Brescia 11 novembre 2020; Trib. Di Cagliari 28 aprile 2020, n.1146; Corte App. di Roma 27 aprile 2020, in www.onelegale.it

49 Oggi il consenso informato al trattamento medico è disciplinato dalla l. 22 dicembre 219 del 2017. Sul punto, seppur precedente all'introduzione della legge, sia consentito il rinvio a Salvatore, B.: *Informazione e consenso nella relazione terapeutica,* Napoli, Esi, 2012.

50 Ferrando, G.: "I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto", *Genjus,* 2019; Id.: "I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico"*, Nuova giur. civ. comm.,* 2019, p. 815.

l'accesso alle tecniche e, dunque, anche i requisiti soggettivi delle stesse, e le norme contenute nel capo III che si occupano della tutela del nascituro.

Proprio alla luce della necessaria e preminente tutela dei nati si può, quindi, immaginare che la disciplina contenuta nell'art. 8 e 9 possa trovare applicazione anche nel caso in cui una coppia di donne abbia fatto ricorso alla fecondazione eterologa all'estero[51].

Del resto, una tale interpretazione ad oggi pur minoritaria[52] è utilizzata largamente dalla stessa giurisprudenza, laddove, nell'ipotesi di fecondazione post mortem, anch'essa vietata in Italia e praticata all'estero, si riconosce lo status genitoriale in capo al marito deceduto in virtù del consenso prestato alla tecnica ma avvenuto prima della morte[53].

L'ipotesi della fecondazione post mortem è, infatti, in Italia vietata proprio sulla base dell'art. 5 della legge n. 40 del 2004 che, fissando i requisiti soggettivi di accesso, stabilisce anche che i membri della coppia devono essere "entrambi viventi"[54].

Ancorché si tratti di ipotesi vietata nell'ordinamento interno e lecita all'estero, dove la donna ha praticato la fecondazione, la giurisprudenza riconosce – in questo caso - che tale circostanza "non esclude, ma anzi impone, nel preminente interesse del nato, l'applicazione di tutte le disposizioni che riguardano lo stato di figlio all'esito di tale percorso"[55]. Si applicherà, pertanto, l'art. 8 della legge 40 e, indipendentemente dall'essere il marito premorto alla stessa fecondazione dell'ovulo, il bambino acquisirà lo status giuridico di figlio di entrambi i membri della coppia[56].

Di contrario avviso, si mostra l'opinione di chi ritiene che la norma di cui all'art. 8 debba essere applicata, in ragione anche della liceità per le coppie eterosessuali

51 Del resto, la norma di cui all'art. 9 si riferisce, anche a voler seguire una interpretazione letterale, alla fecondazione eterologa senza specificare se essa venga effettuata da una coppia etero o omosessuale.

52 Cfr. da ultimo Cass. 13 luglio 2022, n. 22179; Cass., 4 aprile 2022, n. 10844; Cass., 7 marzo 2022, n. 7413; Cass. 23 agosto 2021, n. 2330; Cass., 22 aprile 2020, n. 8029; Cass., 3 aprile 2020, n. 7668. Contra Trib. Brescia 11 novembre 2020; Trib. Di Cagliari 28 aprile 2020, n.1146; Corte App. di Roma 27 aprile 2020, in www.onelegale.it.

53 Cass. 15 maggio 2019, n. 1300 in *Corr. Giur.,* 2020, 748 e da ultimo Trib. Oristano 20 maggio 2022, n. 264 in www.onelegale.it

54 La norma non chiarisce in quale momento i genitori debbano essere entrambi viventi se nel momento della fecondazione o nel successivo momento del trasferimento in utero dell'embrione. Il problema diviene rilevante data oggi la possibilità di crioconservare gameti ed embrioni per lunghi periodi di tempo Cfr. Corte Cost. 12 marzo 2010, n. 97 in www.onelegale.it

55 Cass. 15 maggio 2019, n. 1300, cit.

56 L'ipotesi della fecondazione *post mortem* si sostiene però possa trovare ugualmente tale soluzione sulla base del legame genetico del figlio con il marito premorto che, se non riconosciuto, violerebbe il diritto all'identità personale del minore. Cfr. però Cass. 25 febbraio 2022, n. 6383, cit. la quale ha negato il riconoscimento del legame di filiazione per la madre genetica ma non gestazionale.

di effettuare una fecondazione eterologa, solo alle ipotesi ammesse nel nostro ordinamento e, quindi, ricomprese nei requisiti soggettivi previsti dalla norma ex art. 5 c.c.[57]

La disciplina in questione, infatti, è stata introdotta dal nostro legislatore con la precipua finalità di offrire un rimedio alla sterilità o infertilità umana aventi una causa patologica e non altrimenti rimuovibile. In ossequio a questa ratio non può essere considerata e disciplinata allo stesso modo una infertilità definita all'opposto "fisiologica", in quanto frutto dell'impossibilità fisica per la coppia di procreare naturalmente.

L'introduzione del concetto di "infertilità fisiologica" da parte della Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi in merito alla legittimità del divieto di accesso per le coppie omosessuali, si riferisce a tutti quei casi in cui la tecnica non vale astrattamente "a curare una patologia" ma, trattandosi di impossibilità in sé di procreare naturalmente, stravolge e soppianta il processo generativo per come naturalisticamente si manifesta, come avviene per gli omosessuali o anche per una donna sola o per una coppia in età avanzata[58] . Tali opzioni, ribadisce la Corte, possono essere solo il frutto di scelte politiche che competono esclusivamente al legislatore, il quale, ad oggi, nella legge n. 40 e in quella sulle c.d. unioni civili si è espresso in senso contrario.

A prescindere dalle riflessioni, che pur potrebbero farsi, su cosa sia da considerarsi attività terapeutica[59], sembra che l'obiezione in commento sia più idonea a eliminare ogni dubbio sulla impraticabilità legale di una fecondazione da parte di una coppia omosessuale stante l'attuale disciplina interna, piuttosto che a considerare i diritti del nato, venuto al mondo attraverso una pratica lecita, perché effettuata all'estero in conformità alla legge del luogo.

57 Sul punto la giurisprudenza appare maggioritaria, si vedano i riferimenti contenuti nella nota n. 52.

58 Si veda Corte EDU 15 marzo 2012 *Gas Dubois c. Francia* in www.echr.coe.int.

59 Cfr. Corte Cost., n. 96 del 2015 la quale proprio attraverso una interpretazione estensiva della finalità terapeutica della legge ha consentito il ricorso alle tecniche di p.m.a. anche a coppie che non presentassero problemi riproduttivi. Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit., ove fu proprio la finalità terapeutica della legge e la tutela della salute della coppia a giustificare l'ammissibilità della fecondazione eterologa consentendo alle coppie, per le quali la fecondazione omologa non sarebbe praticabile, di utilizzare la tecnica che prevede l'utilizzo di un gamete di un terzo. Occorre rilevare, tuttavia, come l'utilizzo di un gamete esterno alla coppia non sia *stricto sensu* volto alla cura della patologia riproduttiva sofferta (che in alcuni casi comporta una sterilità assoluta non più recuperabile) ma offra esclusivamente una metodica idonea a superare l'impossibilità di utilizzare il gamete omologo, e questo indipendentemente se ad effettuare la tecnica sia una coppia omosessuale o eterosessuale.
D'altro canto, lo stesso concetto di salute non è più esclusivamente letto in una visione oggettiva, quale assenza di malattia, ma deve necessariamente tenere conto della visione soggettiva del paziente. Zatti, P.: "Rapporto medico paziente e integrità della persona", in *Nuova giur. civ. comm.,* 2008, II, p. 404 ss.; Pucella, R.: *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura,* Milano, 2010. La stessa definizione del concetto di salute offerta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità fa riferimento ad un concetto ben più ampio della semplice assenza di malattia ma considera il benessere psichico, fisico e sociale dell'individuo. In questa ottica anche la Corte cost. 24 aprile 1985, n. 161 in *Giur. cost.* 1985, I, 1173 conferma questa visione lì dove ha ritenuto legittima la legge del 1982 n. 164 sul cambiamento di sesso definendo l'intervento chirurgico come un "atto terapeutico teso alla realizzazione del diritto alla salute del transessuale".

In altre parole, non riconoscere il legame di filiazione in capo al genitore non biologico sembra una soluzione sanzionatoria che trasferisce sui nati le scelte dei genitori, scelte dei genitori che appaiono fortemente osteggiate proprio in virtù dell'orientamento sessuale. L'interesse del minore potrebbe al contrario portare ad una diversa soluzione proprio sulla base della valorizzazione dei diritti dei minori nella famiglia[60].

La riforma della filiazione, in conformità al dettato costituzionale, come sottolineato in apertura, riconosce l'unicità dello stato di figlio e il suo diritto alla bigenitorialità, che non deve essere discriminato in relazione alle condizioni della sua nascita[61]. A maggior ragione, si aggiunge, quando il trattamento difforme deriva dal luogo in cui avviene il parto.

La questione si pone con particolare evidenza giacché "l'interesse del minore (…) deve portare ad adottare soluzioni idonee, comunque, a consentire la costituzione di un legame giuridico con il genitore intenzionale che, seppur diverso da quello dell'art. 8, garantisca al minore una adeguata tutela"[62].

Certamente è compito del Legislatore, nell'ambito della propria discrezionalità, individuare gli strumenti più adeguati a conferire rilievo al rapporto genitoriale, compatibilmente con gli altri interessi coinvolti nella vicenda[63]. Nell'assenza di una normativa, tuttavia, la giurisprudenza ha offerto una interpretazione evolutiva degli strumenti già previsti nel nostro ordinamento.

L'istituto che, secondo la giurisprudenza, sarebbe in grado di assicurare il rapporto genitore-figlio anche nei confronti del genitore non biologico, è l'adozione in casi particolari ex art. 44 lett. d.[64], la quale, però, come sottolineato dalla giurisprudenza, non sembra offrire una risposta adeguata.

L'interrogativo sul se l'adozione in casi particolari rappresenti un rimedio in grado di garantire rapidità ed effettività alla realizzazione dell'interesse del minore

60 Sul punto cfr. Corte Cost. 9 marzo 2021, n. 32, *Fam* e *dir.*, 2021, p. 680 la quale pur ricostruendo il complesso sistema di fonti costituzionali e sovranazionali che legittimano il riconoscimento del legame di filiazione per il genitore non biologico preferisce rinviare alle argomentazioni del Collegio rimettente quanto all'impraticabilità dell'interpretazione costituzionalmente orientata degli art. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004.

61 Della discriminazione tra i figli quando le tecniche di fecondazione eterologa siano effettuate da una coppia eterosessuale o da una coppia omosessuale è consapevole la stessa Corte costituzionale. Sul punto cfr. Corte Cost. 9 marzo 2021, n. 32, cit.

62 Così Corte Cost. 272 del 2017, cit. corsivo nostro.

63 Sul punto Corte Cost. 9 marzo 2021, n. 32 e Corte Cost. 9 marzo 2021, n.33, *Fam* e *dir.,* 2021, 680 ss. e 684 ss.

64 Si veda Cass. Civ., I sez. 22.6.2016 n. 12962, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, p. 1135 secondo la quale "l'impossibilità di affido preadottivo" previsto come requisito per l'applicazione della misura non si limita solo alle situazioni di fatto ma si estende anche all'impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo, come nel caso in cui l'affido non possa essere disposto in presenza di genitore che si occupa stabilmente del minore.

resta al centro del dibattito sul punto[65]. Del resto, anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo[66] è tornata ad occuparsi della questione, proprio con riferimento al famoso caso francese Mennesson ed ha statuito che il diritto al rispetto della vita privata del minore (art. 8 CEDU) può trovare riconoscimento all'interno degli Stati membri non solo attraverso il riconoscimento diretto del legame di filiazione ma anche attraverso il ricorso ad altri istituti, quali l'adozione, a condizione che le modalità previste dal diritto interno garantiscano la rapidità e l'effettività dell'attuazione del diritto del minore, conformemente al suo superiore interesse.

Non può essere questa la sede per analizzare diffusamente la disciplina dell'adozione in casi particolari ed i problemi che essa solleva[67], basti però richiamare il monito della stessa Corte costituzionale ad intervenire con una legge ad hoc che si occupi di garantire i diritti dei minori coinvolti espresso con due diverse pronunce[68].

La Corte ha ritenuto, infatti, che lo strumento dell'adozione in casi particolari, non fosse pienamente adeguata a soddisfare le esigenze sottese ai problemi sollevati dal ricorso alle tecniche di p.m.a. eterologa da parte di due donne in quanto, tra gli altri rilievi, nel procedimento è indispensabile il consenso del genitore biologico ex art. 46 l. 183/1984[69]. L'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari, anche successivamente alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 55 della legge

65 Si chiede se l'adozione *ex* art. 44, "rappresenti o non un *giusto rimedio* (…) ossia una tecnica capace di soddisfare in modo adeguato tutti gli interessi e i valori coinvolti" Perlingieri, G.: "Ordine pubblico e identità culturale, Le sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata", in *Diritto delle succ. e della fam.,* 2019, p. 337 ss.; Perlingieri, G. e Zarra, G:, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale,* Napoli, 2019, p. 32 ss.

66 Corte EDU 10 aprile 2019, ric. P16-2018-001 in *Nuova giur. civ. comm.,* 2019, p. 764.

67 L'adozione in casi particolari non sembra rappresentare lo strumento idoneo ad assicurare una tutela all'interesse del minore alla continuità dello *status filiationis* celere ed effettiva perché: 1) in ragione del complesso iter procedurale, non assicura celerità 2) è soggetta alla volontà del genitore intenzionale di richiederla 3) è soggetta al consenso del genitore biologico. Quanto all'assenza dei legami parentali si veda da ultimo Corte Cost. 22 marzo 2022, n. 79, *Familia*, 2022, p. 235.
Corte Cost. 9 marzo 2021, n.32 e Corte Cost. 9 marzo 2021, n.33, cit.; Cass. 21 gennaio 2021, n. 1842, *Familia*, 2022, p. 235 la quale sollecitando un nuovo intervento sezioni unite in merito alle ipotesi di maternità surrogata ancora rileva che: "il ricorso all'adozione in casi particolari "costituisce una forma di tutela degli interessi del minore che certo è significativa, ma non ancora del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali".

68 Corte Cost. n. 32 del 2022, cit. ove la Corte in conclusione ribadisce che "non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore".

69 Corte Cost. n. 32 del 2021, cit.

184 del 1983[70], si mostra più drammatica proprio nelle situazioni di conflitto tra genitori o di crisi della coppia[71].

Nell'attesa che il legislatore intervenga non si può non offrire risposta alle continue richieste di riconoscimento di legami genitoriali. Nel tentativo necessario di fornire una soluzione adeguata alle istanze legittime dei bambini nati attraverso p.m.a. eterologa, i giudici dovrebbero non applicare norme ritenute inadeguate ma dovrebbero offrire una interpretazione costituzionalmente orientata che garantisca il diritto del bambino ad avere due figure genitoriali, senza alcuna forma di discriminazione legata alle condizioni della nascita o all'orientamento sessuale dei genitori.

70 Corte Cost. 22 marzo 2022, n. 79 in www.onelegale.it la quale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 184 del 1983, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato ed i parenti dell'adottante. Ciò in quanto, in virtù di tale rinvio, il minore adottato acquisisce lo status di figlio e nondimeno si vede privato del riconoscimento giuridico della sua appartenenza proprio a quell'ambiente familiare che il giudice è chiamato a valutare al fine di deliberare in merito all'adozione. Al contempo, la disciplina censurata lede il minore nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni, che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità e che costituiscono fonte di tutela personale e patrimoniale che il legislatore della riforma della filiazione ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni. Ne consegue che, a dispetto della unificazione dello status di figlio, irragionevolmente al solo minore adottato in casi particolari vengono negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo, mediante il richiamo alla disciplina di un istituto, qual è l'adozione del maggiore d'età, plasmato su esigenze prettamente patrimoniali e successorie.

71 Si vedano le riflessioni di Barba, V.: "Procreazione medicalmente assistita eterologa omosessuale: c'è differenza se il figlio nasce in Italia o all'estero. Intorno a tre recenti sentenza della cassazione", *Diritto delle succ. e della famiglia,* 2021, p. 831 il quale auspica che i giudici diano risposte al problema concreto.

BIBLIOGRAFIA

A.A.V.V. (a cura di S. Mazzoni): *Nuove costellazioni familiari. Le famiglie ricomposte,* Milano, 2002.

A.A.V.V.: *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, (a cura di U. Salanitro) Pacini giuridica, 2019.

Aa.Vv.: *La riforma del diritto della filiazione* (a cura di C.M. Bianca), *Nuove leggi civ. comm.,* 2013, p. 437 ss.

Al Mureden, E.: "La tutela dei legami affettivi tra esigenze sanitarie e pluralità di modelli familiari," *Giur. it.,* 2020, p. 2298.

Bianca M., "Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico", *Nuove leggi. civ. comm.,* 2013, p. 520.

Bianca, C.M.: La legge italiana conosce solo figli, *Riv. dir. civ.,* 2013, I, p.1 ss.

Caggiano, I.: "Lo scambio di embrioni e le modalità dio formazione dello status di figlio", *Europa* e *dir. priv.,* 2017, I, p. 299 ss.

Campiglio, C.: "La genitorialità nelle coppie same-sex: un banco di prova per il diritto internazionale privato e l'ordinamento di stato civile", *Fam.* e *dir.,* 2019, p. 924 ss.

Chiappetta, G.: "Favor veritatis ed attribuzione dello status filiationis", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2016, p. 145 ss.

Cicu, A.: *La filiazione, Trattato di diritto civile,* diretto da Vassalli vol. III, tomo 2, II ed., Torino, 1969, p.1.

Cinque, M.: "Quale statuto per il "genitore sociale"?", *Riv. dir. civ.,* 2017, p. 1475 ss.

Costanza M.: *Filiazione, III) Filiazione naturale (voce), Enc. dir.*, 1989, p. 1 ss.

De Marzo, G.: "Sul diritto del minore a conservare significativi rapporti con l'ex compagna della genitrice biologica"; *Fam.* e *dir.,* 2017, p. 305 ss.

Faletti, E.: "Di chi sono figlio? Dipende da dove mi trovo", *Fam dir.*, 2020, p. 743.

Favilli, C.: "Libertà e solidarietà nelle vicende della ricostituzione familiare", *Nuove leggi civ. comm.,* 2017, p. 1275 ss.

Favilli, C.: "Libertà e solidarietà nelle vicende della ricostituzione familiare", *Nuove leggi civ. comm.,* 2017, p. 1275 ss.

Ferrando G.: "I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico", *Nuova giur. civ. comm.,* 2019, p. 815.

Ferrando G.: *Filiazione, I) rapporto di filiazione (voce), Enc. dir.*, 1989, p. 1 ss.

Ferrando, G.: "Di chi è figlio un bambino con due mamme?", *Nuova giur. civ. comm.,* 2021, p. 417.

Ferrando, G.: "I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto", *Genjus,* 2019, p. 1 ss.

Ferrando, G.: "La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori", *Fam. dir.,* 2021, p. 704 ss.

Ferrando, G.: "La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa", *Corr. giur.*, 2014, p. 1062 ss.

Giardina, F.: "Interesse del minore: gli aspetti identitari", in *Nuova giur. civ. comm.,* 2016, II, p. 159 ss.

Gorgoni A.: "La rilevanza della filiazione non genetica", *Pers. e Merc.* 2017, p. 156.

Gorgoni, A.: "Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello status filiationis;", *Nuova giur. civ. comm.,* 2018, I, p. 546.

Lamarque, E.: *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale,* FrancoAngeli, 2016.

Lenti, L.: "Best interests of the child" *o* "Best interests of the children"?, *Nuova giur. civ. comm.,* 2010, II, p. 157.

Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", in *Riv. dir. civ.,* 2016, p. 86 ss.

Patti, S.: "La famiglia: dall'isola all'arcipelago?", *Riv. dir. civ.,* 2022, p. 507 ss.

Perlingieri, G. e Zarra, G:, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale,* Napoli, 2019.

Perlingieri, G.: "Ordine pubblico e identità culturale, Le sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata", in *Diritto delle succ. e della fam.,* 2019, p. 337 ss.

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

Perlingieri, P.: *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civil*e, Napoli, 2005.

Pucella, R.: *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura,* Milano, 2010.

Quadri, E.: "La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze", *Nuova giur. civ. comm.,* 2017, p. 566 ss.

Recinto, G.: "Con la decisione sulla c.d. maternità surrogata le Sezioni unite impongono un primo "stop" al "diritto ad essere genitori"", *Dir. e rel,* 2019, II, p. 560 ss.

Recinto, G.: "La decisione delle Sezioni Unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere 'filiazione'", *Diritto delle successioni e della famiglia,* 2019, p. 347 ss.

Recinto, G.: "La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "revirement"", *Corr. Giu.* 2019, p. 1460 ss.

Recinto, G.: *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016.

Renda, A.: "Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa", *Dir. succ. fam.,* 2015, p. 230 ss.

Rescigno P.: Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche, *Familia,* 2002, p.1 ss.

Rodotà, S.: *Il diritto di avere diritti*, Edizioni La terza, 2012.

Salanitro, U.: "Gli effetti della procreazione medicalmente assistita", in *Trattato di diritto di famiglia,* diretto da Bonilini, vol. IV, *La filiazione e l'adozione,* Milano, 2016.

Salvatore, B.: *Informazione e consenso nella relazione terapeutica,* Napoli, Esi, 2012.

Scalisi, V.: "Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto", in *Riv. dir. civ.,* 2018, II, p. 405 ss.

Scalisi, V.: ""Famiglia" e "famiglie" in Europa", *Riv. dir. civ.,* 2013, p.7 ss.

Senigaglia, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere", *Europa e dir. priv.,* 2017, p. 953 ss.

Senigaglia, R.: *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia,* Jovene, 2013.

Sesta, M.: "Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi", *Fam. dir.,* 2019, p. 1050.

Sesta, M.: "L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri", *Fam dir.,* 2020, p. 325.

Sesta, M.: "La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali", *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 2017, p. 567 ss.

Tommaseo, F.: "La Corte Costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo", *Fam. e dir.,* 2017, p. 305 ss.

Winkler, S.: "Il diritto di visita dei nonni tra soluzioni nazionali e prospettive europee", *Fam. dir.,* 2021, p. 657 ss.

Zatti, P.: "Familia, Familae – declinazione di un'idea I. La privatizzazione del diritto di famiglia", *Familia,* 2002, p. 13 ss.

Zatti, P.: "Rapporto medico paziente e integrità della persona", in *Nuova giur. civ. comm.,* 2008, II, p. 404 ss.

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN LOS ENTORNOS DIGITALES. NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE ACCESO, CONTROL Y SEGURIDAD*

PARENTAL RESPONSIBILITY IN DIGITAL ENVIRONMENTS. NECESSARY BALANCE BETWEEN ACCESS, CONTROL AND SECURITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1076-1097

* El presente artículo fue desarrollado en el marco de la investigación multidisciplinaria desarrollada por el proyecto Exosoul de la Università degli Studi dell'Aquila.

Lisandra
SUÁREZ
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: El uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones se instituye como una práctica indispensable en la sociedad actual, incidiendo en las interacciones familiares y particularmente en las relaciones parentales. El rol de los padres se despliega en un contexto marcado por diferencias generacionales que trazan una brecha entre padre e hijos en relación a las competencias digitales. Pese a ello, los deberes y derechos asignados por las instituciones de familia a los progenitores deben alinearse a este nuevo espacio de actuación, en tanto, es un componente vital en la formación de los menores de edad y una fuente de riesgos que exige protección efectiva a este grupo especialmente vulnerable. A partir de tales presupuestos resulta esencial delimitar las principales problemáticas identificadas en el ejercicio de la responsabilidad parental en la era digital, esbozando algunas pautas teóricas que pudieran contribuir al diseño de un régimen sustantivo familiar que garantice el desarrollo integral de los menores, el ejercicio de su capacidad progresiva y el respeto a sus derechos fundamentales, atemperando el acceso, actuación y protección de padres e hijos a los desafíos y riesgos que genera el entorno digital.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad parental; entorno digital; privacidad.

ABSTRACT: *The use of new information and communication technologies is becoming an indispensable practice in today's society, affecting family interactions and particularly parental relationships. The role of parents unfolds in a context marked by generational differences that create a gap between parents and children in relation to digital competences. Despite this, the duties and rights assigned by family institutions to parents must be aligned with this new sphere of action, as it is a vital component in the education of minors and a source of risks that requires effective protection for this particularly vulnerable group. Based on these assumptions, it is essential to delimit the main problems identified in the exercise of parental responsibility in the digital era, outlining some theoretical guidelines that could contribute to the design of a substantive family regime that guarantees the comprehensive development of minors, the exercise of their progressive capacity and respect for their fundamental rights, tempering the access, action and protection of parents and children to the challenges and risks generated by the digital environment.*

KEY WORDS: *Parental responsibility; digital environment; privacy.*

SUMARIO.- I. NOTAS INICIALES.- II. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL ENTORNO DIGITAL.- III. NUEVOS RETOS EN EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.- IV. PUNTOS CONCLUSIVOS.

I. NOTAS INICIALES.

El entorno digital es un espacio de interacción donde transcurre una parte importante de las relaciones personales y económicas de los seres humanos en la sociedad moderna. Sus prestaciones propician la difusión de información, tal como, la obtención de servicios de toda índole, identificándose como un ámbito de creación, intercambio y participación que permite a los beneficiarios satisfacer intereses patrimoniales, educativos y recreativos.

La progresiva digitalización transforma sensiblemente la dinámica política, social y cultural[1], notándose distinciones generacionales que se han sistematizado a través de las categorías inmigrantes y nativos digitales[2]. Tal delimitación describe a las nuevas generaciones como un sector que desde su nacimiento se encuentra inmerso en un entorno tecnológico, reconociéndolo como su espacio natural de formación y comunicación. A razón de ello, los menores de edad se convierten en usuarios permanentes de este espacio, resultando favorecidos de su contenido, alcance y celeridad, fundamentalmente en el proceso de enseñanza y aprendizaje. Sin embargo, la existencia de sus innegables beneficios no impide la identificación de riesgos[3] y efectos negativos[4], encontrándose dentro de los más relevantes los problemas de comunicación, el aislamiento, la adicción[5] y el establecimiento de nuevas formas de vulneración, agresión y delincuencia[6].

1 En relación a los riesgos y desafíos que enfrenta la sociedad a raíz de la transformación digital, con especial detenimiento en la perspectiva europea *vid.* Perea Ortega, R.: "Hacia una transformación digital europea: una aproximación a la configuración del futuro digital de Europa", en AA.VV.: *Estudios sobre Derecho digital*, (dir. por R. Perea Ortega), Thomson Reuters, Navarra, 2021, pp. 41-76.

2 Prensky, M.: "Digital Natives, Digital Immigrants", *On the Horizon*, 2001, núm. 5, pp. 1-6.

3 En aras de ofrecer una mirada integral del fenómeno resulta interesante consultar los resultados del estudio realizado por la UNICEF España en alianza con la Universidad de Santiago de Compostela y el Consejo General de Colegios Profesionales de Ingeniería en Informática de España. Andrade, B. *et al.*: *Impacto de la tecnología en la adolescencia. Relaciones, riesgos y oportunidades*, UNICEF España, Madrid, 2021.

4 Para un estudio a profundidad de los riesgos en materia de salud, entre otros, *vid.* Hernández Pérez F.: "Los riesgos de las tecnologías de la información y la comunicación", *CONAMED*, 2019; 24(4), pp. 184-199.

5 Al respecto se han individualizado trastornos como: la ciberdependencia, la nomofobia, el *phubbing*, el síndrome FOMO y el síndrome de selfie, los cuales, se relacionan con un uso excesivo e inadecuado de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, pudiendo desencadenar efectos desfavorables en la salud física y mental, tal como, en la calidad de las interacciones sociales. Sobre las características e incidencias de estos fenómenos *vid.* Rojas-Díaz, J. S. y Yepes-Londoño, J. J.: "Panorama de riesgos por el uso de la tecnología en América Latina", *Trilogía Ciencia Tecnología Sociedad*, 2022, núm. 26, pp. 16-20.

6 El entorno digital genera nuevas vías para concretar acciones u omisiones con alta peligrosidad social, apreciándose que en el marco de la ciberdelincuencia los menores son especialmente vulnerables al acoso,

• Lisandra Suárez Fernández
Assegnista di ricerca dell' Università degli Studi dell'Aquila, Italia. E-mail: lisisf85@gmail.com

La actuación frente a estas problemáticas debe seguir un enfoque multidisciplinario, direccionando las herramientas de las diferentes disciplinas científicas a la educación, tal como a la prevención y protección de los niños, niñas y adolescentes, aclarando que en lo sucesivo para definir este grupo se alternará este término con el de niño y menor de edad. En el campo de las ciencias jurídicas este resulta un tema de múltiples aristas, en tanto, los menores mediante su intervención directa en el entorno digital pueden ver comprometida su integridad física y psicológica mediante el accionar de terceras personas mayores de edad o como consecuencia del acceso a información inapropiada, advirtiéndose al propio tiempo que pueden ser agentes activos de daño mediante fenómenos tan controvertidos como el ciberacoso.

Los razonamientos que anteceden permiten aseverar que el espacio digital se constituye como una vía factible para quebrantar los derechos de este grupo especialmente vulnerable, cuestión sobre la que se ha razonado al decir que "los peligros que pueden plantear las nuevas tecnologías en relación con su uso por parte de los menores afectan a varios ámbitos como la libertad de expresión y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen"[7]. Al respecto alarma particularmente las transgresiones como resultado de la sobreexposición que propician los propios progenitores, lo cual, se opone al deber de cuidado, asistencia y formación que el Estado, en principio, delega en ellos a través de la institución de la patria potestad o la responsabilidad parental según el enfoque normativo.

La versatilidad de las polémicas requiere un análisis pormenorizado desde diversas disciplinas jurídicas, optando en lo sucesivo por centrar el análisis en las problemáticas que se generan en el marco de las relaciones paterno filiales. La inclinación hacia este sector de las relaciones jurídicas toma en consideración primeramente, el rol que la familia ostenta en el desarrollo social y en el bienestar del menor, particularizando en las instituciones que sistematizan las relaciones entre padres e hijos, con motivo de los estrechos vínculos en el plano físico y emocional entre ambos y la responsabilidad que se delega a los progenitores en el cuidado, formación, asistencia y representación, a través de las instituciones previstas por las normas sustantivas nacionales. Unido a las observaciones de portada general en el tema, se delinearán pautas esenciales que en criterio propio pueden contribuir a estudios posteriores, orientados a la protección efectiva

el abuso sexual y el engaño *on line*. Derivado de ello se han identificado fenómenos como el *grooming*, el *phishing* y el *cyberbullying* que se inician a reflejar en las normativas penales. García Guilabert, N.: *El ciberacoso. Análisis de la victimización de menores en el ciberespacio desde la teoría de las actividades cotidianas*, IBdef, Buenos Aires, 2017, pp. 43-49; Górriz Royo, E.: "On-line child grooming" en Derecho penal español", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* 2016, núm. 3, pp. 7-8. Se aprecia en el ámbito legislativo la inclusión del grooming como un ilícito penal en la Ley 26.904 de la República Argentina sancionada el 13 de noviembre de 2013.

7 Fernández Pérez, A.: "La protección de los derechos fundamentales de los menores en Internet desde la perspectiva europea", *Revista Ius et Praxis*, 2016, núm. 1, p. 409.

de los menores en el contexto digital desde la adecuación en el ejercicio de las responsabilidades parentales.

II. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL ENTORNO DIGITAL.

Las nuevas generaciones que hoy son encabezadas menores de edad que se identifican plenamente con el entorno tecnológico, el cual, supera la condición de espacio eventual u opcional para fungir como un ámbito vital para su pleno desarrollo. Datos aportados por la UNICEF en el 2017 corroboran que los niños y adolescentes menores de 18 años representan aproximadamente uno de cada tres usuarios de Internet en todo el mundo, exponiendo además que estos están accediendo a Internet a edades cada vez más tempranas[8].

En tal sentido es imprescindible trazar estrategias que permitan su plena participación en este espacio, lo cual, en criterio propio, implica garantizar el acceso, la educación para su uso adecuado y la protección especial. Tales núcleos de atención se han identificado en las proyecciones del Fondo de las Naciones Unidas para la infancia, en lo sucesivo UNICEF, cuando ratifican que "los niños de hoy son nativos digitales, pero eso no significa que no necesiten orientación y apoyo para aprovechar al máximo la conectividad. Del mismo modo, no entienden automáticamente su vulnerabilidad a los riesgos en línea, o su propia responsabilidad de ser buenos ciudadanos digitales"[9].

Siguiendo esta línea el Comité de los Derechos del Niño ha precisado por conducto de la Observación general núm. 25 de marzo de 2021que el acceso al mundo digital es un derecho que tienen las niñas, niños y adolescentes, resaltando el compromiso de los Estados en promover el acceso de estos a la web, tal como en coordinar, funcionar, legislar, regular y educar para proteger sus derechos también en el mundo digital[10]. Al propio tiempo el aludido órgano determina elementos que deben fungir como bases de las necesarias intervenciones legislativas, siendo de especial utilidad para la revisión de las normas familiares en lo concerniente a las relaciones paterno filiales y el entorno digital, la ratificación del rol protagónico de los padres en el proceso de crianza y protección en el entorno digital y la significación del respeto a la adquisición gradual de competencias, comprensión y autonomía de los menores[11].

8 Informe de la UNICEF: *Estado mundial de la infancia 2017. Niños en un mundo digital*, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), diciembre de 2017, p. 3.

9 *Ibidem*. p. 128.

10 *Vid.* Punto 22 y 50 de la Observación general núm. 25 del Comité de los Derechos del Niño relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital, de 2 de marzo 2021, CRC/C/GC/25.

11 *Vid.* Punto 19, 20 y 21 de la Observación general núm. 25 del Comité de los Derechos del Niño relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital, de 2 de marzo 2021, CRC/C/GC/25.

La posición acogida en el documento se alinea con los principios jurídicos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, atemperándolos a las características del entorno digital. Ello ratifica la valía de este documento rector[12], que según Campos García "introduce una nueva visión de la infancia que genera un cambio en su relación con los adultos y con el Estado. Esta nueva visión es lo que se conoce como "doctrina de la protección integral", que se enfoca en el interés superior del niño y tiene su fundamento en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños y adolescentes, y en la necesidad de propiciar su desarrollo con el máximo aprovechamiento de sus capacidades y su naturaleza"[13].

Tales razonamientos condicen a afirmar que el acceso, educación y protección de los niños y adolescentes en el entorno digital debe responder a la nueva concepción del menor que se ha consolidado en el ámbito doctrinal, jurisprudencial y normativo, apuntando a identificarlo como un "ser humano que bio-psicológicamente no ha arribado a un estadio de plena emancipación jurídica, titular de capacidad y personalidad jurídicas y consecuentemente, de derechos inherentes e inalienables que lo colocan en una posición de sujeto activo frente a la colectividad, cuyo ejercicio autónomo viene determinado por la cualidad de aquellos y por su carácter de sujeto con aptitudes psíquicas en evolución que le conceden un *status* jurídico especialmente tutelado por el ordenamiento jurídico a través del reconocimiento de la progresión natural de sus competencias –y al mismo tiempo de correlativas medidas de complemento de su capacidad de obrar- como expresión de su dignidad humana"[14].

En relación a los anteriores razonamientos se afirma que las futuras proyecciones normativas dedicadas a la participación de los menores en el entorno digital deben una remisión obligada a la Convención sobre los derechos del niño, catalogada como "una guía para que los derechos de la infancia se concreten mediante el uso de la red"[15]. Si bien es razonable que, por la data del documento, la impredecibilidad de los riesgos tecnológicos y el acelerado ritmo de su progreso no exista una correspondencia exacta entre las problemáticas actuales de los menores en el entorno digital y el diseño de los derechos en el precitado documento, se considera que sus bases son un terreno sólido para solventar las problemáticas fundamentales en la actualidad e inspirar un desarrollo de normas sustantivas

12 Herrera, M.: *Manual de derecho de las familias*, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, p. 47.

13 Campos García, S.: "La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia", *Revista IIDH*, 2009, núm. 50, p. 356.

14 Arencibia Fleitas, Y.: *Ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos por parte de sujetos menores de edad,* Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2020, p. 28.

15 Pavez, M. I. y Trucco, D.: "Niños, niñas y adolescentes de América Latina y el Caribe en el mundo digital", *Desafíos. Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, 2014, núm. 18, p. 7.

y procesales eficientes[16]. Independientemente de tal criterio nada obsta que las cuestiones que sean inexactas o irresueltas puedan esclarecerse por conducto de actuaciones de organismos internacionales[17] o que se generen nuevas normativas en el futuro con una perspectiva más precisa y unitaria en relación al fenómeno.

Uno de los principios de la Convención que debe ser evaluado con mayor atención a los fines de implementarse adecuadamente en la regulación atinente a los menores en el entorno digital es la autonomía progresiva[18]. La inserción de esta noción en el documento universal deja atrás la visión de los ordenamientos jurídicos que le anteceden, donde el menor fungía como sujeto incapaz hasta alcanzar la mayoría de edad, supeditándolo hasta ese momento a la protección establecida por el Estado y la familia, sin una adecuación a sus particulares intereses, deseos, proyecciones e inquietudes.

Al respecto se ha aludido que "el principio de autonomía progresiva es uno de los tres postulados básicos sobre los cuales gira el cambio de paradigma que reconoce a los niños y adolescentes como sujetos de derecho. Considerando su personalidad y necesidades en cada periodo de su vida, se les permite participar activamente en su proceso formativo, permitiendo asimismo el reconocimiento y la efectiva promoción de su autonomía en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Este principio constituye una herramienta fundamental para el ejercicio autónomo de sus demás derechos personalísimos que debe considerarse atendiendo a la evolución de sus facultades"[19].

16 Se puede apreciar que el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/ce (Reglamento general de protección de datos) particulariza el tratamiento de los datos de los menores de edad. Al respecto Rodríguez Ayuso ha referido que "son numerosas las alusiones y referencias que, en orden a proteger los derechos y libertades del interesado menor de edad, se establecen en la nueva normativa en materia de protección de datos personales, otorgando y garantizando una mejor conservación a esta categoría especial de interesados". Rodríguez Ayuso, J. F.: "La garantía de la privacidad de los menores de edad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* 2020, núm. 13, p. 1012. Es válido mencionar que la Ley 156 cubana de fecha 17 de agosto de 2022, Código de las Familias, en su artículo 5 dedicado a los derechos de la infancia y la adolescencia en el ámbito familiar menciona en su aparatado n) el derecho a un entorno digital libre de discriminación y violencia.

17 Un ejemplo de ello es la Observación general núm. 25 del Comité de los Derechos del Niño relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital, de 2 de marzo 2021, CRC/C/GC/25. El punto 7 del documento, dedicado a declarar el objetivo, esclarece que se pretende explicar la forma en que los Estados partes deben aplicar la Convención en relación con el entorno digital y ofrece orientación sobre las medidas legislativas, normativas y de otra índole pertinentes destinadas a garantizar el pleno cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención y sus Protocolos Facultativos, habida cuenta de las oportunidades, los riesgos y los desafíos que plantean la promoción, el respeto, la protección y el ejercicio efectivo de todos los derechos de los niños en el entorno digital. Es el marco europeo se advierte que el punto 8 del Dictamen del Comité de las Regiones -La política y la gobernanza de internet (2015/C 019/14) de 21 de enero 2015 recomienda declarar el uso de internet como un derecho cívico inalienable, a cuya aplicación pueden contribuir las autoridades nacionales, locales y regionales en el marco de sus competencias.

18 Este principio se reglamenta en el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

19 Olmos Vedia, F. H.: "La autonomía progresiva, el principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído a partir de su reconocimiento como sujeto de derecho", *Revista de Derecho de la UCB –UCB*

A la luz de tales directrices la proyección sobre el acceso, educación y protección del menor debe atender a la progresión paulatina de sus potencialidades, de acuerdo con el grado de madurez alcanzado, en función de lo cual, se delimitarán los márgenes de actuación en la esfera aludida. Sin embargo, es válido comentar que la pertinencia de este principio no descarta las complejidades al momento de individuar una edad concreta para el ejercicio de un determinado derecho, teniendo en consideración la individualidad a la que apela. En consideración a ello, el diseño de normativas que establezcan un criterio de edad para el ejercicio progresivo de los derechos del menor en sentido general y particularmente en el entorno digital debe ir acompañado de un estudio multidisciplinario de este grupo, valorando con particular atención el entorno cultural y la difusión de la tecnología. Es pertinente aclarar que tal determinación no es inamovible, en tanto, en aquellos casos en que el criterio de edad no se ajuste a las individualidades del menor podrá siempre apelarse a una decisión diversa con el respaldo del interés superior del niño. Sobre este argumento resulta interesante atender la reflexión que determina que "conviene comprender y examinar la evolución de las facultades del niño dentro de tres marcos conceptuales: a) la evolución, reconociendo en qué medida la realización de los derechos enunciados en la CDN promueve el desarrollo, la competencia y la gradual autonomía del niño; b) la participación, destacando el derecho del niño a que se respeten sus capacidades y transfiriendo la responsabilidad del ejercicio de derechos de los adultos al niño en función de su nivel de competencia; y c) la protección, admitiendo que dado que las facultades del niño se siguen desarrollando durante toda su infancia, este tiene derecho a recibir la protección de sus progenitores o representantes y del Estado contra la exposición a situaciones que puedan serle perjudiciales"[20].

La autonomía progresiva, si bien encauza la participación activa, individual y creciente de los menores y adolescentes en los espacios que aluden a sus intereses, se complementa con la necesaria protección que requieren en los contextos y situaciones donde aún no están en grado de ejercer sus derechos con total autonomía, la cual, se hace efectiva a través de las instituciones de familia determinadas por las normativas familiares nacionales. Esta reglamentación focaliza la responsabilidad de asistencia, educación, cuidado y representación de los hijos menores de edad en línea de principio sobre los progenitores, atendiendo a fundamentos biológico-sociales, aunque se concede a otros sujetos ante la ausencia, inaptitud o imposibilidad de los padres de ejercer tal rol. Aunque los razonamientos realizados a posteriori toman como punto de referencia las

Law Review, 2021, núm. 8, p. 141. Este criterio encuentra coincidencia con la reflexión de otros autores que han abordado el tema en años precedentes. *Vid.* Basset, Ú. C.: "Autonomía progresiva. Tendencias jurisprudenciales", *Revista Derecho de Familia y de las Personas,* 2010, núm. 9, pp. 228-239; Herrera, M.: "Ensayo para pensar una relación compleja: Sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino", *Revista Jurídica y Derechos del Niño,* 2009, núm. 7, p. 7.

20 Lansdown, G.: *La evolución de las facultades del niño,* Florencia, UNICEF, 2005, pp. 31-32.

relaciones paterno filiales, esto no impide que las propuestas y señalamientos respecto al control, educación y protección de los menores en el entorno digital no sean extensibles a los diferentes sujetos involucrados por disposición de la ley en su cuidado y representación.

La institución de familia que tradicionalmente ha desarrollado las bases para la protección de los menores de edad es la patria potestad, aunque la doctrina y la norma[21] se han inclinado en la última década a reconocer su insuficiencia para alinearse con el nuevo status del menor instituido por la Convención de los Derechos del niño. Ello, ha derivado en la evolución de la institución, dando paso a la acogida progresiva de la responsabilidad parental. Sobre este argumento se ha reflexionado aludiendo, que "esta es la transición que experimentan las relaciones filiales en la actualidad, un nuevo modelo de vida que reforma los patrones sociales recíprocos entre quienes dicen ser padres e hijos, uno que cuestiona la imposición de reglas de instrucción, el régimen de disciplina familiar con conductas violentas de cualquier naturaleza, la posición jerárquica y acoge las preferencias del hijo y la responsabilidad de otros miembros de la familia en la formación de los niños"[22].

En relación a la reforma normativa argentina que acoge esta perspectiva se ha comentado que "el nuevo texto sustituye la expresión "patria potestad" utilizada por la ley anterior, por la fórmula "responsabilidad parental" que revaloriza la concepción de los hijos como sujetos de derecho y pone el acento en "la función" de los progenitores como elemento central de la institución"[23]. Ante este cambio de perspectiva no es trivial puntualizar que la responsabilidad parental no se aparta en lo esencial de las funciones que históricamente han sido reservada a los progenitores, que continúan enfocadas en el cuidado, protección y educación de los menores, tal como, en la administración de sus bienes y la representación legal. El cambio más sustancial se refiere a su ejercicio y finalidad, a partir de una concepción balanceada de las relaciones filiales, donde los padres ayudan a crecer, ofreciendo las herramientas necesarias para el desarrollo integral de los hijos

21 Es válido resaltar que la transición de la institución se aprecia ya en varios ordenamientos familiares siendo un ejemplo de ello la Ley No. 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, de fecha 8 de octubre de 2014 y en vigor desde el 1 de enero de 2016, publicado en *Boletín Oficial* de fecha 8 de octubre de 2014 y la Ley 156 de Cuba (Código de las Familias) de fecha 17 de agosto de 2022 y vigente desde el 26 de septiembre de 2022, publicada en la GOC-2022-819-O87. En relación a Colombia resulta singular su posición al estipular en el artículo 14 de la Ley de 8 de noviembre de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, que la responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad. Al margen de las críticas a esta determinación se aprecia una posición coherente con la Convención sobre los derechos del niño en la formulación del artículo 14 del precitado código, tal como en los pronunciamientos jurisprudenciales donde se ha identificado la responsabilidad parental con "un conjunto amplio de derechos y deberes orientados hacia la promoción y salvaguarda del bienestar del niño". *Vid*. Sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-512 de 2017.

22 Méndez Trujillo, I. M.: "De la patria potestad a la responsabilidad parental", *Revista critica de Derecho Privado*, 2018, núm. 15, p. 983.

23 Molina de Juan. M.: "Autonomía progresiva de los hijos y responsabilidad parental en el Código civil y comercial argentino", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, núm. 4 *ter*, p. 21.

menores y el gradual crecimiento de su autodeterminación, con lo cual, propician que cada día tengan un rol más protagónico en el curso de su vida.

En función de lo antes expuesto se considera, en criterio propio, que la presencia del menor en el entorno digital requiere una regulación acorde a su condición de titular de derechos, a su autonomía progresiva y a la especial protección que ameritan como resultado de su vulnerabilidad y de la imposibilidad de ser autónomos en todas las circunstancias en las que se desenvuelven. Independientemente de la protección que los menores ameritan del Estado, en relación al acceso, formación y protección deben preverse preceptos particulares al respecto en el diseño de las relaciones filiales y las instituciones de guarda, teniendo en consideración que la familia y especialmente los progenitores y figuras afines en su ausencia, tienen el contacto más directo con los menores.

Ello amerita en primer orden que tales instituciones se atemperen al cambio de perspectiva que impone la Convención sobre los Derechos del niño, coincidiendo con la afirmación que asevera que "la consagración formal de los derechos contenidos en la Convención no ha alcanzado la efectividad deseada: diversas instituciones del derecho de familia están construidas bajo paradigmas anteriores a la Convención; siguen su curso tradicional centradas en la noción del mantenimiento del statu quo; es decir, no han sido suficientemente actualizadas a los principios democráticos señalados a lo largo del presente ensayo"[24]. Superada esta limitación, corresponderá una evaluación de los riesgos y potencialidades del entorno digital, a los fines de definir el ejercicio de la responsabilidad parental en las situaciones particulares que genera el desarrollo tecnológico, lo cual, debe atender primordialmente a su autonomía progresiva y a la protección de sus derechos fundamentales.

III. NUEVOS RETOS EN EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

Como se ha venido razonando, el menor es un usuario asiduo del entorno digital con determinadas particularidades. Sus habilidades naturales para operar en este ámbito deben ser ejercitadas de acuerdo con su autonomía progresiva, complementándose con el apoyo y control de los progenitores o representantes legales. Estas individualidades complejizan la reglamentación y ejercicio de la responsabilidad parental, añadiendo el factor de la brecha digital que existe entre padres e hijos y la diversidad de iniciativas y estrategias que pueden trazar las familias para disfrutar de este espacio y establecer el control. En medio de este contexto, se debe seguir la guía de la formación integral y el pleno desarrollo de

24 Herrera, M. y Lathrop, F.: "Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana", en AA.VV.: *La responsabilidad parental en el Derecho.* Una mirada comparada, (edit. por N. Espejo Yaksic), Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2021, p. 101.

la personalidad del menor, lo que obviamente incluye la formación para un uso responsable de las redes y el acceso a los recursos tecnológicos sobre la base de una supervisión que garantice la seguridad física y psicológica de los menores y la protección de sus derechos fundamentales.

En relación a los elementos anteriores se considera que la educación de los menores para un desempeño responsable en el entorno digital es el punto menos polémico para el Derecho y más factible para la familia, pues incluso, cuando los padres no posean dominio técnico podrá transmitir los valores y principios que atesora la familia, lo cuales, se deben hacer extensibles a su intervención en esta nueva dimensión de la vida del menor. Al respecto se ha aludido que "si bien es cierto que, en muchas ocasiones, los hijos manejan con mayor soltura que sus progenitores las herramientas tecnológicas, también lo es que los menores no cuentan con una cultura digital» suficiente para conocer los riesgos de estas herramientas y es ahí donde los padres juegan un papel fundamental para que su hijo no sea un «huérfano digital» sino un «nativo digital consciente y formado», haciendo hincapié en este sentido en que no se trata sólo de ofrecerle formación sobre los riesgos, amenazas y peligros que supone el uso de las TIC sino también de las innumerables ventajas y beneficios que le puede reportar un uso correcto de estas herramientas, no quedándose limitado a los usos más generalizados de búsqueda de información, puesta en contacto o juego online con otros usuarios"[25].

Tema más complejo resulta el desempeño del control parental, "conceptualizado como el grado de vigilancia que los progenitores ejercen sobre sus hijos e hijas, en un continuo que iría desde la permisividad a la coacción"[26]. Su manifestación en el marco progreso tecnológico ha particularizado su denominación, trascendiendo el uso del término cibercontrol parental, como consecuencia de las herramientas utilizadas y la dimensión donde acontece el control. Su implementación, motivada por los riesgos que representa este escenario, se hace efectiva a través de mecanismos informáticos, entiéndase aplicaciones, herramientas web y páginas de *e-goverment,* que permiten supervisar y denunciar posibles riesgos[27].

Respecto a la difusión de la utilización de tales mecanismos se ha aludido que "este discurso basado en el control y la restricción parental dirigido a las comúnmente llamadas "familias digitales", se opone a los modos en que los niños y niñas se vienen desarrollando dentro de la cultura digital, en la cual la participación,

25 Fernández de Marcos, L. D.: *Menores en internet y redes sociales: derecho aplicable y deberes de los padres y centros educativos. Breve referencia al fenómeno Pokémon Go*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado Madrid, 2017, p. 74.

26 Flaquer, L.: "La socialización en la familia: teorías, modelos e interacciones", en *Sociología de la Educación* (eds. por M. A. García de León, G. De la Fuente y F. Ortega) Barcanova, Barcelona, 1993, p. 46.

27 Para profundizar al respecto *vid*. Cortés Borrero, R.: "Cibercontrol parentalredes sociales y derecho de consumo", en AA.VV.: *Los nuevos retos del derecho de familia* (coord. por A. Gallardo Rodríguez, G. Berti de Marinis y A. A. Estancona Pérez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 63-72.

la colaboración, el descubrir juntos, son prácticas y actitudes altamente valoradas. Estas medidas desconocen la ubicuidad de las comunicaciones, el deseo incesante de los menores por permanecer todo el tiempo conectados, subestima el conocimiento de los mismos y mantiene el conflicto y las tensiones entre padres e hijos"[28]. Sin embargo, de otra parte, se ha precisado que "el control parental es lo que conlleva menor exposición a riesgos, sin limitar las oportunidades que tienen los menores de beneficiarse del entorno online"[29].

En medio de posiciones que valoran su eficacia en la protección de los menores y resaltan los obstáculos que puede crear en su formación es importante precisar que la decisión de emplear o no estas herramientas y la rigurosidad al hacerlo es una decisión que se construye desde la individualidad de cada familia, en correspondencia con las convicciones y conocimientos de los progenitores en torno al tema. Derivado de ello, el Derecho en principio no interviene al respecto, aunque funciona como límite, pues, aunque su implementación pueda ser una opción válida para la protección de los menores, no podrá en ningún caso trasgredir sus más elementales derechos y su autodeterminación en función de las capacidades adquiridas.

Tal visión, en criterio propio, debe primar en cualquier pronunciamiento normativo que pretenda abordar particularmente el cibercontrol parental, pues en ningún caso la protección que se exige a los padres podrá revertirse en un mecanismo ilimitado, en tanto, la condición de progenitores no supera el respeto a los derechos innatos que ostenta el menor en su condición de persona. Sin embargo, es meritorio resaltar que existen referencias jurisprudenciales que traen al debate la posibilidad de justificar la intervención de los padres en esta dirección, cuando pretendan evitar que sea comprometida la integridad del menor[30].

Obviamente alcanzar un equilibrio entre el control parental como parte del ejercicio de la responsabilidad parental, el respeto a los derechos fundamentales del menor y su autodeterminación en base a la capacidad progresiva es uno de los puntos más polémicos en la materia, para lo cual, según Krasnow, "resulta necesario recurrir a una tríada inescindible: capacidad, autonomía progresiva y competencia. Esta labor debe emprenderse desde un lugar que abra al cauce al diálogo de fuentes interno, para así tener elementos que permitan trasladar

28 Montoya, Y. del V., Castro, J. C. y Bonilla, M. H.: "Más allá del control parental: redefiniendo a la familia digital", *Anis Do SENID*, 2020, pp. 1-2.

29 Duerager, A. y Livingstone, S.: "How can parents support children' s internet safety?", *EU Kids online, London, UK,* 2012, p. 3.

30 Al respecto resulta interesante consultar el contenido de la STS 10 diciembre 2015, Sala de lo Penal, Rec. 912/2015 donde se debate el argumento en relación a l acceso a la cuenta abierta por una menor en una red social por parte de su madre sin contar con su anuencia, ante la sospecha de que pudiera estar siendo víctima de un delito, siendo Ponente: Antonio del Moral García. Igualmente se propone atender los elementos aludidos en el Auto 893/2017 de 25 de octubre de 2017 de la Audiencia provincial de Pontevedra , Roj: AAP PO 2639/2017, siendo juez ponente Maria del Rosario Cimadevila Cea.

claridad en relación con el deber de respeto que tienen los progenitores en todo lo referente a los derechos personalísimos de los hijos menores de edad; sin con ello desplazar sino alcanzar un equilibrio con el deber de cuidado, orientación y dirección para la efectividad de estos derechos"[31].

Al respecto corresponde al Estado implementar normativas sustantivas y procedimentales que hagan efectiva la protección a la familia y los menores en este nuevo entorno, estableciendo el proceder de padres, usuarios y agentes económicos que desarrollan el sector. Ante las polémicas esbozadas resultaría prudente que se determinara la edad para la intervención del menor en los actos que tengan mayor trascendencia y representan un riesgo elevado para sus derechos fundamentales en el entorno digital[32]. En este sentido resulta un paso significativo e inspirador para otros ordenamientos la promulgación del Reglamento general de protección de datos de 27 de abril de 2016 en el ámbito europeo. Al respecto su artículo 8 establece condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información, disponiendo que en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años, agregando que si el niño no alcanza esta edad el tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, con lo cual, deriva la responsabilidad de protección a las figuras establecidas por la normativa familiar.

Uno de los espacios más usados y atrayentes del entorno digital para menores y adolescentes son las redes sociales, tanto por el contenido, como por la posibilidad de establecer lazos sin límites espaciales gracias al alcance transfronterizo de la tecnología. Derivado de ello se convierte es un área de múltiples riesgos y difícil control, lo cual, a juicio propio, requiere el establecimiento de disposiciones que individualicen la edad mínima para que los menores puedan decidir autónomamente acceder a estas plataformas como usuario y consecuentemente autorizar el tratamiento de datos, delegando en los padres la responsabilidad de decidir si pueden hacerlo antes de la edad prevista. En este supuesto, aunque la determinación estatal pudiera representar un referente para los padres que no tienen una dimensión de la problemática, primara el respeto a su decisión, teniendo en consideración que la misma esta guiada por la máxima de proteger a los menores, el proyecto de vida familiar y las características de los hijos. Al respecto de la prioridad del tema se ha aludido que "el evidente desarrollo de las

31 Krasnow, A. N.: "Niñas, niños y adolescentes en la era digital: derechos personalísimos, responsabilidad parental y autonomía progresiva", R*evista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata*, 2021, núm. 51, pp. 27-28.

32 Un punto polémico en relación a la capacidad progresiva y la indefinición de la edad para su participación en la contratación se ha identificado en relación a la perfección de contratos de telefonía móvil. Para abordar las particularidades de la polémica jurídica *vid*. Bastante Granell, V.: "Contratación de telefonía móvil por menores: validez y nulidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 16, pp. 1000-1005.

redes sociales plantea la necesidad de definir una política pública en esta materia, en aras de mitigar los diferentes riesgos que genera el uso de los medios propios de este entorno"[33]. Una regulación de esta naturaleza debería ser orientada por declaraciones internacionales que homogenicen el tratamiento del argumento a niveles nacionales, teniendo en consideración que las redes tienen un uso global. Por otra parte, la determinación de este elemento en la normativa familiar cerraría el paso a las iniciativas de las plataformas en este ámbito, ante la ausencia o vacíos normativos nacionales, reivindicando el rol del Estado, a quien corresponde por excelencia la protección del menor[34], sin demeritar la valía de otras medidas que puedan implementar estas pasarelas con el objetivo de aumentar la protección de este grupo en el marco de la ley[35].

Es significativo mencionar que el recién aprobado Código de las Familias cubano contiene una reglamentación particular enfocada a pautar algunos aspectos concernientes a la responsabilidad parental en los entornos digitales. En este orden resalta que la normativa establece que los titulares de la responsabilidad parental deben velar porque la presencia de la hija o el hijo menor de edad en entornos digitales sea apropiada a su capacidad y autonomía progresiva, con el fin de protegerlos de los riesgos que puedan derivarse. Esta redacción hace honor al principio de la autonomía progresiva en relación al control parental, delimitando que la finalidad esencial es la protección. En este caso la nación cubana acoge una posición sin precedentes en armonía con los preceptos universales, aunque en criterio propio hubiera significado que el control no debe exceder el respeto a sus derechos fundamentales salvo excepciones previstas y declaradas por ley[36].

Añade en lo sucesivo el propio cuerpo legal que compete a ellos procurar que la hija o el hijo menor de edad haga un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales para garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y derechos En este caso la regulación se centra en recalcar la responsabilidad de los padres en el desarrollo de un comportamiento adecuado en el entorno digital que le permita disfrutar sus beneficios a plenitud, sin vulnerar

33 Ortega, L.: "Facebook: derechos afectados y aspectos jurídicos de la red social", *Revista Jurídicas*, núm. 17 (1), 2020, p. 181.

34 Al respecto se aprecia que, pese a que algunas plataformas han establecido edades para acceder al servicio, es difícil realizar sin presencialidad física el control efectivo de la edad del solicitante por lo que corresponde el papel protagónico de protección al Estado y lo progenitores. Un ejemplo de tales polémicas se aprecia en la resolución judicial de Tribunal Superior de Irlanda del Norte en relación Negligencia deber de cuidado al no contar Facebook con un sistema que evite que los menores de edad manipulen su edad para tener acceso a la red social. *Vid.* Ortega, L.: "Facebook: derechos afectados y aspectos jurídicos de la red social", cit., p. 173.

35 En relación al conflicto que puede establecerse entre el funcionamiento de este tipo de plataformas y las normativas que tutelan a los menores *vid.* Ayllón García, J. D.: "Consentimiento de los menores de edad en las redes sociales: especial referencia a Tiktok", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 16, 2022, p. 975.

36 Articulo 148 apartado 1 de la Ley 156 (Código de las Familias) de Cuba de fecha 17 de agosto de 2022 y vigente desde el 26 de septiembre de 2022.

a terceros ni a sí mismos[37]. En relación a este último elemento prevé la posibilidad de que los padres puedan promover las medidas razonables y oportunas ante los prestadores de servicios digitales y, entre otras, instarlos a suspender provisionalmente el acceso de su hija o hijo a sus cuentas activas, o incluso su cancelación, siempre y cuando exista un riesgo claro, inmediato y grave para su salud física o psíquica, habiéndolos escuchado previamente, para lo que, si resulta necesario, tienen derecho a exigir tutela judicial[38].

En el marco del ejercicio de la responsabilidad parental la vulneración de los derechos fundamentales del menor no solo puede acontecer en el marco del ejercicio del control parental, sino que se advierte que también es posible como consecuencia de la exposición de los niños en las redes como consecuencia de la actuación de los propios padres[39]. Este fenómeno, difundido con la denominación "sharenting" se torna especialmente complejo por la influencia que tiene sobre la privacidad, imagen, identidad digital y datos del menor, tal como por el ente que genera la vulneración que es en definitiva quien se encuentra designado por ley tradicionalmente para custodiar estos derechos[40]. Al respecto se ha precisado que "los padres, en representación de la familia y bajo el principio de corresponsabilidad, son considerados como los defensores naturales de la identidad digital de sus hijos. No obstante, no siempre cumplen con este deber, pues asegurando que tienen el derecho de publicar información de sus hijos mediante un ejercicio extralimitado de la patria potestad, olvidan los principios fundamentales de consentimiento e interés superior del niño. Como hemos señalado, a la luz del principio del interés superior del niño, se entiende que todas las actuaciones realizadas por el Estado, sociedad y familia serán en beneficio de los menores, y por ende esa corresponsabilidad se verá presente en medios digitales. Sin embargo, con la publicidad masiva de información personal de niños, este principio se ha visto limitado"[41].

La nocividad de esta conducta se centra en la difusión excesiva de imágenes, contenidos o información que pertenece al menor, sin su consentimiento, permitiendo que terceros ajenos tengan dominio de individualidades y datos que pertenecen a su esfera íntima. Al respecto se ha reflexionado por la jurisprudencia española que "la mera realidad social de la tendencia a una cada vez mayor publicación de imágenes de menores por padres, amigos y familiares de forma

37 Articulo 148 apartado 2 de la Ley 156 (Código de las Familias) de Cuba de fecha 17 de agosto de 2022 y vigente desde el 26 de septiembre de 2022.

38 Articulo 148 apartado 3 de la Ley 156 (Código de las Familias) de Cuba de fecha 17 de agosto de 2022 y vigente desde el 26 de septiembre de 2022.

39 Velasco Sánchez, J. C. y Fuster-Fabra Toapanta, J. I.: "La sobreexposición de los menores en redes sociales. Patria potestad vs. Derecho a la intimidad del menor", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores,* 2022, núm. 34, p. 308.

40 Foglia, M.: "Sharenting e riservatezza del minore in rete", en AA.VV.: *Los nuevos retos del Derecho de Familia,* cit., pp. 85-86.

41 Ordóñez Pineda, L. y Calva Jiménez, S.: "Amenazas a la privacidad de los menores de edad a partir del sharenting", *Revista chilena de Derecho y tecnología*, 2020, núm. 2, p. 117.

indiscriminada, automática e imprudente, que da lugar a una exposición excesiva de la privacidad del menor, sin ponderar tan siquiera si en el futuro podrán sentirse molestos u ofendidos, al margen del peligro de utilización y manipulación por terceros […] no puede servir para justificar la falta de las precisas y suficientes exigencias en la defensa y consideración de este derecho fundamental del hijo[42]".

El desarrollo de tal comportamiento guarda relación, en criterio propio, con el desconocimiento de los padres de los efectos nocivos de su actuar y la concepción de autoridad que se ha fijado socialmente como consecuencia del enfoque jurídico de las instituciones paterno filiales que ha prevalecido por décadas. Sin embargo, el auge de estos comportamientos motiva la necesaria valoración de la efectividad de las normas vigentes, advirtiendo en criterio propio, que las reglas contenidas en los ordenamientos familiares no permiten dar una respuesta efectiva a las particularidades del fenómeno, dado que, en esencia están diseñadas para conceder a los padres el cuidado, sin prever que la vulneración de los derechos fundamentales pueda ser el resultado de su propio actuar. Obviamente tales conductas podrán solventarse siempre bajo el fundamento de los derechos fundamentales de los menores y los principios establecidos en las normativas internacionales y constitucionales, aunque sería pertinente evaluar la inclusión en las normativas familiares de preceptos especialmente dedicados a delimitar los principios bajo los que deben actuar los progenitores en relación a la difusión de contenidos, datos o imágenes de sus hijos.

Es válido precisar que en principio la patria potestad o autoridad parental se otorga a ambos padres, por lo que se ha enfatizado bajo la mirada de la normativa española que "es necesario el consentimiento de los dos progenitores para la publicación de imágenes de sus hijos en redes sociales. Debemos concluir que la publicación de fotografías decidida por un solo progenitor es ilegítima y viola el derecho a la propia imagen del menor. Además, "(...) , también debe señalarse que los progenitores deben pedir opinión al menor (...) acerca de la publicación de las fotografías, tal y como exige el art. 9.1 LOPJM. Por otro lado, si la publicación de imágenes se lleva a cabo en un círculo reducido de personas (familiares y amigos), otros tribunales entienden que la misma es conforme al uso social y, por lo tanto, legítima (art. 2.1 LO 1/1982). De esta manera, ya no es necesario un ejercicio conjunto de la patria potestad, bastando con el consentimiento de un solo progenitor, tal y como permite el art. 156 CC" [43].

A raíz de tales premisas es de medular importancia, a los fines de la tutela efectiva del menor, la determinación de las bases para controlar la acción de los

42 SAP Barcelona 15 mayo 2018 (JUR 2018, 153621), FD 2º.

43 Cabedo Serna, Ll.: "El sharenting y el ejercicio de la patria potestad: primeras resoluciones judiciales", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* 2020, núm. 13, p. 1000.

padres en relación a la difusión de información de los hijos, lo cual, debe tomar como punto de partida el establecimiento de los elementos que permiten afirmar que existe sobrexposición. Unido a ello se propone delimitar la edad de actuación del menor en estos medios, lo cual, se corresponde con el respeto a la autonomía progresiva, estableciendo para aquellas edades donde aún no existe madurez para solicitar el consentimiento del menor previsiones que permitan que un progenitor, la familia o terceros legitimados por ley propongan la eliminación de las publicaciones que puedan tener un efecto contrario a su buen desarrollo y sus derechos fundamentales. Ello debe ser complementado con una regulación adecuada del tratamiento de datos de estos sujetos y un régimen particular del derecho al olvido, atendiendo a los cambios que acontecen en esta edad como parte de la formación y evolución de la personalidad y el total manejo de la información del menor por parte de terceros durante un periodo de la niñez[44].

Corresponde para finalizar el tratamiento del tema esbozar en estrecha síntesis los puntos esenciales que se refieren al menor como "influencers". En este caso los menores a través de la generación de contenidos comienzan a tener un número de seguidores que los convierte en referencia de ciertos patrones, cuestión que los convierte en agentes ideales para promocionar productos y servicios[45] con lo cual, se insertan de modo representativo en el mundo de la contratación, dada la remuneración que puede acompañar la realización de tal actividad. A partir de ello es necesario, a juicio propio, atender las implicaciones que ello puede acarrear para el menor de modo que esta actividad cuasi profesional no interfiera no vulnere sus derechos fundamentales, su integridad psicológica y su proceso de formación e instrucción educativa, pues se ha asegurado que en el marco de tales actividades pueden llegar a verse vulnerados los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y, en especial, a la propia imagen de este sensible sector de la población[46].

IV. PUNTOS CONCLUSIVOS.

Los puntos hasta aquí expuestos permiten aseverar que el entorno digital más allá de sus beneficios se convierte en una fuente de cambio y riesgos, donde los menores, pese a su condición de nativos digitales, se tipifican como sujetos

44 Articulo 148 apartado 4 de la Ley 156 "Código de las Familias" de Cuba de fecha 17 de agosto de 2022 y vigente desde el 26 de septiembre de 2022.

45 El alcance y preocupación sobre este fenómeno en el ámbito europeo puede apreciarse a partir de la iniciativa que ha tenido España de redactar una Guía legal sobre niños influencers, con la cual, se pretende difundir los derechos y deberes de los menores como generadores de contenido y los principales aspectos legales a tener en cuenta por parte de las marcas, así como de los padres y tutores.

46 García García, A.: "La protección del menor en el derecho europeo y español: el sharenting y su problematica. Valencia", Editorial Universitat Politècnica de València, Valencia, 2021, p. 2. Para abordar el tema en porfundidad. Para profundizar al respecto entre otros López-Villafranca, P. y Olmedo-Salar, S.: "Menores en YouTube, ¿ocio o negocio? Análisis de casos en España y EUA", El profesional de la información, 2019, núm. 5, p. 2.

vulnerables, debiendo alternar su autonomía progresiva con la protección de sus progenitores.

El carácter esencial de sus recursos para el pleno desarrollo del menor convoca a un análisis sobre la pertinencia de las normas jurídicas para regular la intervención de los niños y adolescentes en este ámbito, aseverando que, a la luz de las normativas internacionales, el acceso, educación y protección del menor debe atender a la progresión paulatina de sus potencialidades, en función de lo cual, se podrán delimitar márgenes de actuación en la esfera aludida.

La necesaria actuación de los progenitores en aquellas circunstancias donde el menor no está habilitado para actuar por sí y la responsabilidad que el Estado les asigna para garantizar su protección requiere valorar con detenimiento las normas de familia relativas a las relaciones paterno filiales. La patria potestad es la institución de familia mayoritariamente acogida para normar estas relaciones jurídicas, aunque actualmente se muestra insuficiente para proteger debidamente la actuación del menor en el mundo digital, en tanto, no se corresponde al cambio de perspectiva que impone la Convención sobre los Derechos del niño y consecuentemente no ofrece alternativas coherentes a las problemáticas actuales que se identifican con el progreso del sector tecnológico.

El equilibrio entre el control parental y el respeto a los derechos fundamentales del menor, tal como su vulneración ante la sobreexposición de sus progenitores en las redes sociales se tipifican entre las problemáticas más extendidas en materia de responsabilidad parental y entorno digital, razón por la cual es válido proponer cambios en la esfera del Derecho de Familia y particularmente en las relaciones filiales con el objetivo de que queden debidamente establecidos los límites en el ejercicio del control parental, las excepciones que puedan acogerse, las edades que deben operar para los actos más significativos en el entorno digital y las acciones para garantizar el respeto de los derechos fundamentales por parte de aquellos que son al propio tiempo responsables del cuidado y tutela de los niños, niñas y adolescentes.

La reglamentación de estos extremos es aún un tema pendiente para la mayoría de los ordenamientos familiares aunque se denotan algunos pasos en esta dirección en el ámbito europeo y en el recién aprobado Código de las Familias de Cuba. Si bien la complejidad técnica que rodea este argumento y la necesidad de una visón multidisciplinaria constituyen desafíos que debe asumir el legislador, se debe seguir la brújula que apunta al diseño de una normativa familiar que en lo referente al ejercicio de la responsabilidad parental sea coherente a los principios internacionales trazados en la Convención sobre los Derechos del niño, enarbolando como máxima la protección de los derechos fundamentales del menor en el entorno digital.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRADE, B. *et al.* : *Impacto de la tecnología en la adolescencia. Relaciones, riesgos y oportunidades*, UNICEF España, Madrid, 2021.

ARENCIBIA FLEITAS, Y: *Ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos por parte de sujetos menores de edad,* Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2020.

AYLLÓN GARCÍA, J. D.: "Consentimiento de los menores de edad en las redes sociales: especial referencia a Tiktok", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 16, 2022.

BASSET, Ú. C.: "Autonomía progresiva. Tendencias jurisprudenciales", *Revista Derecho de Familia y de las Personas,* 2010, núm. 9.

BASTANTE GRANELL, V.: "Contratación de telefonía móvil por menores: validez y nulidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 16.

CABEDO SERNA, Ll.: "El sharenting y el ejercicio de la patria potestad: primeras resoluciones judiciales", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* 2020, núm. 13.

CAMPOS GARCÍA, S.: "La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia", *Revista IIDH*, 2009, núm. 50.

CORTÉS BORRERO, R.: "Cibercontrol parental redes sociales y derecho de consumo", en AA.VV.: *Los nuevos retos del derecho de familia* (coord. por A. GALLARDO RODRÍGUEZ, G. BERTI DE MARINIS y A. A. ESTANCONA PÉREZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

DUERAGER, A. y LIVINGSTONE, S.: "How can parents support children' s internet safety?", *EU Kids online, London, UK,* 2012.

FERNÁNDEZ DE MARCOS, L. D.: *Menores en internet y redes sociales: derecho aplicable y deberes de los padres y centros educativos. Breve referencia al fenómeno Pokémon Go*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado Madrid, 2017.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: "La protección de los derechos fundamentales de los menores en Internet desde la perspectiva europea", *Revista Ius et Praxis*, 2016, núm. 1.

FLAQUER, L.: "La socialización en la familia: teorías, modelos e interacciones", en *Sociología de la Educación* (eds. por M. A. García de León, G. De la Fuente y F. Ortega) Barcanova, Barcelona, 1993.

Foglia, M.: "Sharenting e riservatezza del minore in rete", en AA.VV.: *Los nuevos retos del Derecho de Familia* (coord. por A. Gallardo Rodríguez, G. Berti de Marinis y A. A. Estancona Pérez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

García García, A.: "La protección del menor en el derecho europeo y español: el sharenting y su problematica. Valencia", Editorial Universitat Politècnica de València, Valencia, 2021.

García Guilabert, N.: *El ciberacoso. Análisis de la victimización de menores en el ciberespacio desde la teoría de las actividades cotidianas*, IBdef, Buenos Aires, 2017.

Górriz Royo, E.: "On-line child grooming" en Derecho penal español", Indret*: Revista para el Análisis del Derecho,* 2016, núm. 3.

Hernández Pérez F.: "Los riesgos de las tecnologías de la información y la comunicación", *CONAMED*, 2019; núm. 24(4).

Herrera, M. y Lathrop, F.: "Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana", en AA.VV.: *La responsabilidad parental en el Derecho*. Una mirada comparada, (edit. por N. Espejo Yaksic), Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2021.

Herrera, M.: *Manual de derecho de las familias*, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.

Herrera, M.: "Ensayo para pensar una relación compleja: Sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino", *Revista Jurídica y Derechos del Niño,* 2009, núm. 7.

Krasnow, A. N.: "Niñas, niños y adolescentes en la era digital: derechos personalísimos, responsabilidad parental y autonomía progresiva", R*evista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata*, 2021, núm. 51.

Lansdown, G.: *La evolución de las facultades del niño,* Florencia, UNICEF, 2005.

Méndez Trujillo, I.M.: "De la patria potestad a la responsabilidad parental", *Revista critica de derecho privado*, 2018, núm. 15, p. 980.molina de juan, M.: "Autonomía progresiva de los hijos y responsabilidad parental en el Código civil y comercial argentino", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, núm. 4 *ter.*

Montoya, Y. del V., Castro, J. C. y Bonilla, M. H.: "Más allá del control parental: redefiniendo a la familia digital", *Anis Do SENID*, 2020.

Olmos Vedia, F. H.: "La autonomía progresiva, el principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído a partir de su reconocimiento como sujeto de derecho", *Revista de Derecho de la UCB –UCB Law Review*, 2021, núm. 8.

Ordóñez Pineda, L. y Calva Jiménez, S.: "Amenazas a la privacidad de los menores de edad a partir del sharenting", *Revista chilena de Derecho y tecnología* , 2020, núm 2.

Ortega, L.: "Facebook: derechos afectados y aspectos jurídicos de la red social", *Revista Jurídicas*, núm. 17 (1), 2020.

Pavez, M. I. y Trucco, D.: "Niños, niñas y adolescentes de América Latina y el Caribe en el mundo digital", *Desafíos. Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, 2014, núm. 18.

Perea Ortega, R.: "Hacia una transformación digital europea: una aproximación a la configuración del futuro digital de Europa", en AA. VV.: *Estudios sobre Derecho digital*, (dir. por R. Perea Ortega, R), Thomson Reuters, Navarra, 2021.

Prensky, M.: "Digital Natives, Digital Immigrants", *On the Horizon*, 2001, núm. 5.

Rodríguez Ayuso, J. F.: "La garantía de la privacidad de los menores de edad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* 2020, núm. 13.

Rojas-Díaz, J. S. y Yepes-Londoño, J. J.: "Panorama de riesgos por el uso de la tecnología en América Latina", *Trilogía Ciencia Tecnología Sociedad*, 2022, núm. 26.



DAL DIRITTO AD UNA FAMIGLIA AL DIRITTO ALLE RELAZIONI AFFETTIVE DEL MINORE

FROM FAMILY LAW TO THE RIGHT TO AFFECTIVE RELATIONSHIPS OF THE CHILD

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1098-1121

Concetta
PARRINELLO

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Per lungo tempo si è ritenuto che le esigenze di cura e protezione del minore potessero realizzarsi all'interno della famiglia di origine o attraverso l'adozione. La normativa del 1983 riteneva soddisfatto l'interesse del soggetto in formazione, in via primaria, attraverso l'adozione piena o comunque attraverso l'adozione in casi particolari, trascurando di considerare che i bisogni del minore, invero, spesso si realizzano più compiutamente se il fanciullo può continuare le relazioni affettive che gli hanno consentito di superare le difficoltà conseguenti ad un abbandono o a quando sussistano condizioni di parziale compromissione o totale inadeguatezza della capacità genitoriale. In un'ottica ricostruttiva, incentrata sulle esigenze del minore, occorre verificare se dall'esame delle diverse fattispecie - adozione piena, adozione in casi particolari, adozione mite, affido familiare, continuità degli affetti, etc. – si possa giungere a ritenere, anche alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità, che l'adozione piena, siccome declinata nella legge, non rappresenti più la modalità più efficace di tutela, garanzia e promozione delle esigenze del minore, dovendo, piuttosto configurarsi come extrema ratio.

PALABRAS CLAVE: Genitorialità; legami affettivi; continuità degli affetti; affidamento del minore; diritto ad una famiglia; adozione in casi particolari.

ABSTRACT: *For a long time it was assumed that care and protection of the minor were could be fulfilled only within birth families or through adoption. The 1983 law stated that the minor interest was primarily satisfied through adoption or particular cases of it. Disregarding that the child needs often are more fulfilled if the child carry on the affective relationships that helped him/her to overcome the difficulties brought by abandonment or in case of less or complete inadequacy of parental capability. In a restorative perspective focused on the child needs, it must be examined whether the evaluation of different cases (adoption and its particular cases, foster to adopt, continuity of affection in foster care) can identify the adoption – as defined by the latest case law and by legislation – no longer suitable for child protection and safeguarding, representing rather an extrema ratio.*

KEY WORDS: *Parenthood; affective relationships; continuity of affections; child custody; family law; particular cases of adoption.*

SUMARIO.- I. PROFILI PRELIMINARI.- II. LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO ALLA CONTINUITÀ AFFETTIVA.- III. LA DECLINAZIONE DELL'INTERESSE DEL MINORE NELL'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI.- IV. LE NUOVE FRONTIERE DELL'ADOZIONE.

I. PROFILI PRELIMINARI.

L'istituto giuridico dell'adozione, tradizionalmente volto a soddisfare il desiderio di maternità e paternità[1], ha subito una metamorfosi divenendo, in un primo tempo, mezzo di protezione del minore privo di famiglia e, progressivamente, lo strumento per disciplinare una relazione umana densa di significati emotivi ed affettivi.

L'adozione di tipo speciale, introdotta nel nostro ordinamento con la legge n. 431/1967, di carattere fortemente innovativo, ha dato vita ad una vera e propria "rivoluzione copernicana"; il centro di gravità si è spostato dalla figura dell'adulto a quella del minore, portatore di un preminente interesse a crescere e ad essere educato in una "nuova famiglia", stante l'inidoneità della famiglia di origine.

Il processo di rivisitazione dell'istituto ha trovato un ulteriore momento di particolare rilievo con la legge n. 184/1983, ma soprattutto con le normative successive. Gli inizi del terzo millennio si caratterizzano, nel settore de quo, per il progressivo abbandono dell'istituzionalizzazione che, per la sua intrinseca natura, non è in grado di soddisfare le esigenze affettive del minore, con la conseguenza che la mancanza o anche solo la insufficienza di rapporti stabili e personalizzati per il fanciullo in istituto provocano carenze affettive, capaci di pregiudicare, spesso in modo irreversibile, la sua evoluzione fisio-psichica.

La legge 28 marzo 2001, n. 149, ha segnato il passaggio dal cd. ricovero del minore a modalità di affidamento intrafamiliare o, qualora questa soluzione non corrisponda al suo superiore interesse, ad un affido extrafamiliare, e ciò al fine di assistere e proteggere il minore nel periodo di tempo potenzialmente idoneo al superamento della condizione di difficoltà della famiglia e al recupero delle funzioni genitoriali del nucleo d'origine, affinché il figlio minorenne possa farvi ritorno.

Particolare rilievo assume la scelta legislativa di disporre l'affidamento ad una famiglia (preferibilmente con figli o a una persona singola) in presenza di

1 Se è comprensibile che, anche oggi, spesso, la spinta all'adozione sia prevalentemente dettata da un bisogno di genitorialità insoddisfatto, ciò non corrisponde al reale significato dell'istituto, sia per il nostro ordinamento giuridico sia nella legislazione internazionale, normative nelle quali si ribadisce la priorità dell'interesse del minore rispetto agli altri interessi coinvolti nell'adozione.

• Concetta Parrinello
Professore Ordinario IUS/01. Università degli Studi di Messina. E-mail: cparrinello@unime.it

criticità, anche solo temporanee, del nucleo familiare inteso in senso ampio, tali da compromettere la serena ed equilibrata crescita dei minori, con l'evidente finalità di consentire al soggetto in formazione di creare una rete affettiva che gli consenta di superare il disagio conseguente alle carenze della famiglia di origine.

Se la strada dell'affidamento intra o extra familiare non è percorribile, si ricorre all'inserimento in una comunità familiare, opportunamente individuata, "luogo ove si manifestano una pluralità di esigenze di tutela, nodi nevralgici su cui porre attenzione per realizzare un sistema che risponda ai bisogni dell'infanzia e dell'adolescenza in modo effettivo, efficace, funzionale"[2].

Invero, il riconoscimento della preminente e prevalente tutela da attribuire alle relazioni affettive del minore e il conseguente superamento dell'istituzionalizzazione avrebbero potuto e dovuto, se si fosse operata una lettura sistematica delle norme vigenti, essere attuati ben prima della novella del 2001. Già il disposto dell'art. 30 Cost., laddove prevede che è compito della legge fare in modo che ai minori siano assicurati il mantenimento, l'istruzione e un'educazione anche quando i genitori non siano in grado di offrirla, rimette al legislatore non soltanto il compito di occuparsi dei minori quando i genitori non provvedano adeguatamente, ma di trovare soluzioni effettivamente a misura di bambino privo di una famiglia in grado di aiutarlo nel suo percorso di crescita e, quindi, adeguate agli interessi in gioco[3]. Inoltre, la Convenzione sui diritti del fanciullo, ratificata in Italia con legge n. 176/1991, proclama il diritto del minore di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia "e, in ogni caso, in atmosfera d'affetto e di sicurezza materiale e morale"[4].

I diritti riconosciuti, tra i quali rientrano quello all'affetto e ad una crescita equilibrata, rappresentano i punti di riferimento da tenere presenti quando si assumono decisioni che riguardano i minori, le quali devono essere prese sempre nel loro superiore interesse da considerare quale criterio preminente di giudizio per la tutela del benessere psicofisico dei soggetti in età evolutiva. In

2 Il Rapporto "La tutela dei minorenni in comunità", ottobre 2017, a cura dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza prosegue: "I bisogni di tutela che ruotano attorno al fenomeno dell'accoglienza nelle comunità non si esauriscono nelle difficoltà che determinano l'ingresso nella struttura ma riguardano anche la fase di uscita dal percorso di accoglienza dei ragazzi divenuti maggiorenni. Dobbiamo impegnarci affinché il giorno del diciottesimo compleanno per questi ragazzi sia una data da festeggiare e non da temere in vista del rientro in una famiglia di origine che, il più delle volte non ha ancora colmato le riscontrate carenze, ovvero di un repentino salto verso la dimensione di autonomia propria della vita adulta che, spesso, non si è ancora in grado di affrontare da soli".

3 In tal modo sarà realizzato il "diritto del bambino ad avere, non una famiglia qualsiasi, ma a crescere in una famiglia idonea a risolvere i suoi problemi": Spina, L.: "Tutela delle persone minori di età e rispetto delle relazioni familiari", XXXI Convegno Nazionale Associazione Italiana dei Magistrati per i minorenni e per la famiglia, Roma, 23 novembre 2012, *minoriefamiglia.it*.

4 Nel Preambolo, infatti, al principio sesto, la Convenzione afferma che "il fanciullo, per lo sviluppo armonioso della sua personalità ha bisogno di amore e di comprensione. Egli deve, per quanto è possibile, crescere sotto le cure e la responsabilità dei genitori e, in ogni caso, in atmosfera d'affetto e di sicurezza materiale e morale".

quest'ottica, un eventuale provvedimento di allontanamento può essere adottato, come estremo rimedio, quando sia stata sperimentata l'inutilità delle forme di sostegno alla famiglia, quando questa non abbia adottato comportamenti idonei al recupero delle funzioni genitoriali o quando la rete familiare si riveli inadeguata, sicché, in assenza di una situazione di vero e proprio abbandono del minore, deve essere privilegiato l'affidamento familiare[5] di carattere temporaneo e prevedere la prospettiva di un recupero delle relazioni familiari, secondo un progetto da definire caso per caso. Sarà, pertanto, compito dell'operatore pratico effettuare una valutazione incentrata sul principio del superiore interesse del singolo minore, in relazione alla sua situazione personale[6].

La soluzione verso l'affidamento familiare, coniugata con il diritto del minore a crescere nella propria famiglia, comporta che, nel valutare il caso concreto, il giudice deve prediligere l'affido intra-familiare in presenza di un forte legame con i parenti, se idonei alla sua crescita, al fine di garantire la continuità dell'appartenenza al contesto familiare[7]. L'affido temporaneo del minore in ambito extrafamiliare[8] rappresenta, dunque, un "intervento ponte" destinato a rimuovere situazioni di difficoltà e di disagio familiare che incidono sull'esercizio della responsabilità genitoriale, strumentale alla tutela riconosciuta con carattere prioritario dall'ordinamento al diritto del minore a crescere nella propria famiglia d'origine[9].

5 Significative appaiono le considerazioni svolte da Bianca, C.M.: "Note per una revisione dell'istituto dell'adozione", *Jiuscivile*, 2018, 1, p. 60 s., secondo il quale "L'affidamento ha, e deve conservare, una presenza centrale nell'area delle forme di intervento a favore dei minori, ma occorre che ne sia garantita l'applicazione conforme alla sua funzione. Pure se previsto per sopperire alle situazioni in cui il minore è temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, l'affidamento familiare inserisce il minore in una famiglia, che deve assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui ha bisogno (art. 2 l. adozione). Gli enti e le strutture giuridiche non sono in grado di assolvere questi compiti e soprattutto non sono in grado di prestare quella cura affettiva che può essere prestata solo attraverso uno stabile rapporto personale. Di questa cura il minore ha bisogno essenziale per la sua crescita armoniosa. Si rende pertanto assolutamente necessario escludere che il minore sia dato in affidamento ai servizi sociali o altri enti, salvi i casi di urgenza e comunque in via del tutto provvisoria".

6 La valutazione dell'autorità giurisdizionale deve sempre tradursi in "giudizio di adeguatezza della soluzione della controversia alla gerarchia dei valori giuridicamente rilevanti e soprattutto prevalenti. Adeguatezza proponibile non in teoria, quale astratto bilanciamento di interessi e di valori, ma necessariamente in relazione all'effettivo reale assetto in tutta la sua specifica attualità" (Perlingieri, P.: "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", *Rivista diritto civile*, 2010, p. 331).

7 In forza del prioritario diritto del minore al sano sviluppo psico-fisico e ad una crescita equilibrata all'interno della famiglia di origine, la Corte di Cassazione ha statuito il seguente principio di diritto: "Il giudizio e l'eventuale istruttoria da svolgersi dal giudice del merito in ordine all'adeguatezza, o meno, del familiare prescelto quale affidatario in via temporanea, ai sensi dell'art. 333 c.p.c., a soddisfare le esigenze del minore ed a salvaguardarne il sano ed equilibrato sviluppo psico-fisico, va accuratamente svolto, valorizzando delle figure vicarianti inter-familiari il contributo al mantenimento del rapporto con la famiglia di origine che è criterio guida di ogni scelta in materia di affido, anche temporaneo, dei minori": Cass. civ., 4 novembre 2019, n. 28257. Di recente la Suprema Corte ha ribadito il diritto del minore a rimanere nel nucleo familiare allargato: Cass. civ., ordinanza, 14 settembre 2021, n. 24717.

8 Il rischio è che l'affido, per sua natura temporaneo, si traduca in un affido sine die e la Corte Europea (Corte EDU, 18 luglio 2019, ricorso n. 37748/13, R.V. e altri c. Italia) ha sanzionato l'Italia sottolineando che "l'affidamento di un minore deve essere considerato una misura temporanea che deve cessare appena le circostanze lo permettono, e qualsiasi misura di attuazione dell'affidamento provvisorio dovrebbe essere compatibile con il fine fondamentale del ricongiungimento del genitore naturale con il figlio".

9 Secondo la Suprema Corte (Cass. civ., ordinanza, 29 settembre 2022, n. 28372) l'affido ai nonni risponde all'esigenza di non allentare il legame del minore con la famiglia di origine, di cui i nonni sono fondamentale espressione, svolgendo una funzione di strumentale tutela del diritto del minore a crescere nella famiglia

La legge n. 184/1983, anche nel testo riformato dalla L. n. 149/2001, non risulta pienamente adeguata ad offrire una risposta soddisfacente, nell'ottica della tutela del best interest of the child, a tutte le situazioni di criticità in cui i minori possono venire a trovarsi nel nucleo familiare di origine[10] e a garantire le relazioni affettive costruite[11].

II. LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO ALLA CONTINUITÀ AFFETTIVA.

Il diritto alla continuità affettiva è espressamente previsto nella normativa sull'adozione, come modificata dalla legge 19 ottobre 2015, n. 173[12] e dalla legge 29 luglio 2020, n. 107[13], nella quale l'intervento integrativo del rapporto familiare, attraverso l'affidamento di un minore temporaneamente privo di un ambiente domestico idoneo, produce effetti giuridici, prevedendosi, infatti, per un verso, la possibilità per il minore affidato, se dichiarato in stato di abbandono, di essere adottato dagli affidatari e, per altro verso, di dare attuazione al principio della continuità dei rapporti affettivi sorti durante il periodo dell'affidamento familiare. Il favor verso gli adottandi trova giustificazione nel valore che per il minore riveste il legame affettivo sorto a seguito dell'affidamento e sottolinea la centralità del suo diritto a mantenere relazioni affettive significative, punto saliente della riforma della filiazione[14].

Di recente il legislatore domestico è intervenuto prediligendo l'affido intrafamiliare anche con la legge in tema di affidamento di minori orfani di

naturale a salvaguardia del suo sano ed equilibrato sviluppo psicofisico e del suo diritto al rispetto della vita familiare, come sancito dall'art. 8 CEDU.

10 Cfr. Quadri, E.: "Una riflessione sull'interesse del minore e la dimensione familiare della sua tutela", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, pp. 1330 ss.

11 V. Battelli, E.: "L'adozione mite come diritto del minore: tra opportunità e identità", in AA.VV.: *The best interest of the child*, (a cura di M. Bianca), Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, pp. 285 ss.

12 Per un commento alla normativa, si rinvia, tra gli altri, a Morozzo della Rocca, P.: "Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la L. n. 173/2015", *Famiglia e diritto*, 2017, p. 602 s.; Cordiano, A.: "Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva", *Nuova giurisprudenza civile commentata,* 2017, pp. 255 ss.; Morace Pinelli, A.: "Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci ed ombre della legge 19 ottobre 2015 n. 173", *Diritto di famiglia e delle successioni,* 2016, pp. 890 ss.

13 La legge 29 luglio 2020, n. 107, rubricata "Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività connesse alle comunità di tipo familiare che accolgono minori - Disposizioni in materia di diritto del minore ad una famiglia", oltre ad istituire una Commissione d'inchiesta con il compito di eseguire verifiche sul sistema degli affidamenti e con ampio potere di indagine nel settore, ha, tra l'altro, aggiunto il comma 3-bis all'art. 2, L. n. 184/1983, con cui definitivamente si impone l'espressa indicazione, nei provvedimenti di inserimento del minore in una comunità di tipo familiare o in un istituto di assistenza, delle ragioni per cui non si ritiene possibile la permanenza nel nucleo familiare originario e quelle per cui non sia possibile procedere ad un affidamento ad una famiglia.

14 La giurisprudenza di merito (App. Torino, 4 dicembre 2014, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, p. 441) ha precisato che il disconoscimento delle relazioni affettive, anche quando il legame sia soltanto di fatto, può pregiudicare l'interesse del minore, sicché occorre "garantire la copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da diverso tempo, nell'esclusivo interesse di un bambino che è stato cresciuto da due donne che la legge riconosce entrambe come madri. Assume rilievo determinante la circostanza che la famiglia esista non tanto sul piano dei partners ma con riferimento alla posizione, allo status e alla tutela del figlio".

crimini domestici[15]. La normativa si pone in linea con l'obiettivo di garantire le relazioni anche in caso di scomparsa di riferimenti affettivi nella vita di un minore e di distruzione del suo assetto familiare precedente, individuando una nuova collocazione adeguata alla mutata realtà, "privilegiando la continuità delle relazioni affettive consolidatesi tra il minore stesso e i parenti fino al terzo grado" e, se vi sono fratelli o sorelle, "assicurando, per quanto possibile, la continuità affettiva degli stessi". Se appare rilevante, ai fini del benessere fisiopsichico del minore, ritenere i parenti idonei a supportarlo in un percorso volto a superare il dolore e le conseguenze psicologiche del trauma, in linea, peraltro, con la scelta di prediligere una soluzione intrafamiliare, appare poco convincente la soluzione legislativa di riconoscere ai parenti una capacità relazionale-affettiva presupposta in ragione del legame giuridico intercorrente. È assolutamente necessario, dunque, non considerare l'affido ai parenti come potenziale migliore soluzione, ma è indispensabile che il giudice valuti concretamente l'idoneità della famiglia allargata. Il collocamento del bambino presso persone esterne al contesto familiare, infatti, in alcuni casi potrebbe essere preferibile e rivelarsi di fondamentale importanza per il suo stato di salute psico-fisica.

Il quadro descritto conferma che la continuità degli affetti derivanti da legami parentali o da positive relazioni affettive consolidatesi deve essere promossa e assicurata se non pregiudizievole all'interesse del minore. Se il vincolo affettivo rappresenta il criterio di valutazione nelle decisioni da assumere nell'interesse concreto del minore, si impone di privilegiare e salvaguardare le diverse dimensioni relazionali che possono prospettarsi, riscrivendo le modalità di "affidamento" a misura del singolo bambino. La centralità dell'interesse del minore alla continuità affettiva non fa sorgere l'esistenza di un diritto incondizionato alla relazione in capo all'altro soggetto del rapporto, famiglia di origine o affidatari temporanei, anche se, di riflesso, viene protetta anche la loro aspirazione a conservare il rapporto con il minore; il riconoscimento all'esterno di detta relazione dà effettiva attuazione alle esigenze del minore e consente al soggetto che aspira ad essere "responsabile" nei confronti del soggetto in formazione di potere mantenere il rapporto affettivo.

Attraverso la stabilizzazione giuridica dei legami affettivi del soggetto in formazione si persegue il preminente interesse del minore che, seppur di incerta qualificazione[16], diventa un indispensabile canone interpretativo che obbliga

15 La legge 11 gennaio 2018, n. 4, che prevede la valorizzazione da parte del giudice della continuità delle relazioni affettive tra il minorenne ed i parenti non oltre il terzo grado anche con riferimento alla presenza di fratelli e sorelle, ha in realtà formalizzato la prassi giudiziaria di disporre per gli orfani, nella maggior parte dei casi, un affidamento intrafamiliare. Per un commento si rinvia a Folla, N.: "Orfani di crimini domestici: ora una legge li tutela, li sostiene e rompe il silenzio che li circonda", *Famiglia e diritto*, 5, 2018, p. 520.

16 L'incertezza attiene alla qualificazione giuridica; secondo alcuni si tratterebbe di una clausola generale (Lamarque, E.: *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016, pp. 64 ss.), secondo altri di un principio generale (Long, J.: "Il principio dei best interests e la tutela dei minori", in AA.VV.: *La Corte di Strasburgo* (a cura di F. Buffa e M.G. Civinini), Key,

l'operatore pratico ad ascoltare il minore[17] al fine di orientare la propria decisione al perseguimento del suddetto obiettivo[18].

La centralità riservata al fanciullo e la sua esigenza di trovare un ambiente familiare idoneo ad una crescita serena e ad un armonioso sviluppo della personalità rappresentano gli obiettivi che, invero, il modello di adozione, sin dalla sua introduzione, ha inteso perseguire operando però, in via primaria, la scelta di rescindere i legami sociali e giuridici del soggetto in formazione, attraverso parametri rigidi, soluzione che rappresenta un "corollario logicamente necessitato" dell'adozione piena[19].

III. LA DECLINAZIONE DELL'INTERESSE DEL MINORE NELL'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI.

L'intervento del legislatore volto a garantire il diritto al rispetto della vita familiare e il diritto del minore alla propria famiglia non appare soddisfacente tenuto conto del fatto che spesso si verificano situazioni in cui lo stato di bisogno del minore non si può considerare tale da dare vita all'adozione piena, né temporaneo e quindi determinante per l'affidamento. In questi casi, il ricorso all'"adozione in casi particolari" di cui all'art. 44, nel testo novellato[20], garantisce e tutela il preminente interesse del minore all'inserimento in un contesto idoneo alla sua crescita e può generare forme diverse di adozione che non comportano la recisione totale dei legami con la famiglia biologica.

Vicalvi, 2019, 82, pp. 413 ss. Il superiore interesse del minore, quale clausola generale, consente al giudice la valutazione delle peculiarità del fatto sottoposto al suo esame. Nei procedimenti nei quali il superiore interesse deve ricevere preminente considerazione, la presenza del minore è strumentale all'attuazione di un fine precipuo, che è quello di attribuire al soggetto, nei limiti della sua capacità di discernimento, l'autonomia di compiere le scelte che riguardano la sua esistenza (Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Rivista diritto civile*, 2016, pp. 86 ss.).

17 Il minore non è più mero destinatario di provvedimenti che lo riguardano, ma un soggetto cui l'ordinamento appresta una specifica rappresentanza anche per la tutela del diritto di crescere ed essere educato nella propria famiglia d'origine e di mantenere rapporti significativi con i parenti. Il soggetto in formazione assume un ruolo attivo, quale parte in senso sostanziale e in senso processuale, principio ulteriormente ribadito dal nuovo art. 78 c.p.c., a seguito della L. n. 206/2021, che impone l'obbligo di nomina del curatore speciale al minore anche nei procedimenti di affidamento; cfr. Arceri, A.: "Il nuovo processo familiare: le regole sull'ascolto e la rappresentanza", *Famiglia e diritto*, 2022, 4, p. 380.

18 Occorre però segnalare che il giudice sovranazionale, particolarmente sensibile alla promozione del best interest of the child, a volte, pur preservando la filiazione consolidata attraverso l'adozione e la stabilità affettiva come richiesto dal minore, ha ritenuto che l'interesse preminente richiedesse, del pari, il ristabilimento della filiazione reale. Nel caso Mandet c. Francia (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 14 gennaio 2016, ricorso n. 30955/12), la Corte, consapevole che sul piano della proporzionalità la misura - incidendo sulla filiazione, sul nome e sul diritto di visita del padre - può sconvolgere la vita del minore (ricorrente), osserva che le decisioni del giudice domestico non impediscono che il minore continui a vivere nella stessa famiglia fino alla maggiore età, secondo il suo desiderio (§ 58).

19 In tal senso Lenti, L.: "Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva", in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia,* (diretto da P. Zatti), *II, Filiazione*, (a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani), Giuffrè, Milano, 2012, p. 799 s.

20 Per un commento alla disposizione normativa, cfr. Ciraolo, C.: "Art. 44", L. 4 maggio 1983, n. 184, in AA.VV.: *Commentario del codice civile*, (diretto da E. Gabrielli), Della famiglia, 2ª ed., (a cura di G. Di Rosa), Leggi complementari, Utet, Milano, 2018, pp. 913 ss.

L'adozione in casi particolari s'inserisce in quel complesso quadro normativo volto a garantire il diritto fondamentale del minore ad una valida relazione di carattere familiare; il dato significativo che emerge non è tanto l'interesse del minore astrattamente considerato quanto, invece, il suo specifico diritto di mantenere una relazione affettiva reciproca, di tipo familiare, con l'evidente finalità di apprestare riconoscimento a variegate situazioni in cui il minore può trovarsi, considerate meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico.

La fattispecie, prevista nell'ottica di tutelare i minori privi di un adeguato sostegno familiare, anche in quei casi di impossibilità - giuridica e/o di fatto[21] - di ricorso all'adozione piena[22], è uno strumento più flessibile, con il tempo ampiamente utilizzato, capace di adattarsi a molteplici situazioni, anche oltre le finalità previste dal legislatore, soprattutto nei casi di semiabbandono dei minori, fino a dare vita a quella che viene comunemente indicata come "adozione mite", di creazione giurisprudenziale.

La elasticità della disciplina è risultata, da un lato, idonea, in sede giurisprudenziale, a regolare fattispecie che nella previsione normativa originaria erano trascurate, dall'altro, in grado di dare veste giuridica a determinate situazioni di fatto che, sebbene socialmente avvertite, non avrebbero potuto trovare adeguata tutela.

La normativa ricomprende una pluralità di ipotesi eterogenee, riconducibili a peculiari finalità: formalizzare e "stabilizzare" un rapporto affettivo familiare già esistente tra il minore e il soggetto che si occupa concretamente dei suoi bisogni quotidiani [23], superare l'empasse rappresentato da situazioni di difficoltà o

21 Secondo alcuni autori la norma richiede che il minore si trovi in stato di abbandono e vi sia un'impossibilità di mero fatto all'affidamento preadottivo, fondando la propria tesi sull'idea che un'interpretazione estensiva del disposto normativo consentirebbe adozioni non più soltanto finalizzate a proteggere i minori nelle situazioni di emergenza, ma finirebbe per sanare rapporti familiari illecitamente costituiti (Tommaseo, F.: "Sul riconoscimento dell'adozione piena, avvenuta all'estero, del figlio del partner d'una coppia omosessuale", *Famiglia e diritto*, 2016, pp. 275 ss.; Giusti, A.: "L'adozione dei minori in casi particolari", in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia*, (a cura di G. Bonilini), IV, Utet, Torino, 2016, p. 3958). Secondo altri l'interpretazione evolutiva troverebbe fondamento nell'art. 44, comma 1, della legge, laddove si prevede che l'adozione in casi particolari può essere pronunciata "anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7", con ciò riferendosi anche alle ipotesi di dichiarazione dello stato di adottabilità conseguente all'accertamento dello stato di abbandono (Longo, J.: "L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, pp. 117 ss.).

22 Minori "difficili", prossimi alla maggiore età, minori orfani e disabili, o minori già conviventi con il coniuge, il partner dell'unione civile o con il convivente del genitore biologico, minori per i quali vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

23 Il riferimento è all'adozione del bambino orfano di entrambi i genitori da parte di persone a lui unite da un preesistente rapporto stabile e duraturo (art. 44, comma 1, lett. a) l. adozione) e all'adozione del minore da parte del coniuge di uno dei genitori, quando il bambino vive in quel determinato nucleo familiare (art. 44, comma 1, lett. b) l. adozione). Con riferimento alla lettera a) della disposizione, parte della dottrina ha ritenuto possibile, attraverso un'interpretazione analogica della norma, l'applicazione dell'istituto anche a favore dei minori orfani del solo genitore nei confronti del quale sia stato accertato il rapporto di filiazione naturale (Manera, G.: *L'adozione e l'affidamento familiare nella dottrina e nella giurisprudenza,* FrancoAngeli, Milano, 2004, passim e già Rossi Carleo, L.: "L'affidamento e le adozioni", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato*, (diretto da P. Rescigno), Utet, Torino, 1986, p. 405 s.).

impossibilità di accedere all'adozione piena[24], nonché apprestare adeguata tutela ad un minore non adottabile in ragione dell'impossibilità di affidamento preadottivo[25].

La scelta legislativa di assoggettare l'adozione in casi particolari ad una disciplina diversa rispetto all'adozione piena, sia per quanto riguarda il presupposto oggettivo sia per quanto riguarda i requisiti degli adottandi, nonché sul piano degli effetti che si producono, ha indotto la giurisprudenza, per un verso, a superare la presunta tassatività dei "casi particolari" di cui all'art. 44[26] e il carattere residuale della previsione rispetto all'adozione di cui agli artt. 6 ss. legge n.184/1983 e, per altro verso, ad applicare la norma in senso estensivo alla luce dell'interpretazione evolutivo-sistematica delle regole predisposte a tutela dei minori[27].

Preso atto delle molteplici forme nelle quali si articola oggi il rapporto "genitori-figli", sono stati adottati interventi volti ad adeguare le regole sostanziali e processuali in materia, sia rispetto alle nuove forme di unione che il nostro ordinamento ha regolarizzato (unioni civili e convivenze di fatto), sia avuto riguardo all'adottante quale persona singola[28], nonché con riferimento a tutte quelle ipotesi in cui appaia necessario mantenere viva la relazione tra il genitore biologico e il minore o tra quest'ultimo e il genitore sociale.

24 È il caso del bambino orfano di entrambi i genitori che presenti una menomazione fisica, psichica o sensoriale che incida sulla c.d. sfera dinamico-redazionale o che si trovi in una situazione di svantaggio sociale o di emarginazione (art. 44, comma 1, lett. c). Sul tema mi si consenta il rinvio a Parrinello C., "Handicap e valori adottivi", in AA.VV.: *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare. A proposito della riforma delle adozioni,* Convegno di Studi, Catanzaro 28 e 29 settembre 2001.

25 Art. 44, comma 1, lett. d) l. adozione.

26 La Suprema Corte (Cass. civ., 27 settembre 2013, n. 22292) ha delimitato l'estensione dell'art. 44 lett. d) in ipotesi di minore dichiarata adottabile dopo un lungo periodo di permanenza in una famiglia affidataria, dichiarando inammissibile la domanda ex art. 44 lett. d) che presuppone l'impossibilità di affidamento preadottivo, precisando che le ipotesi di cui alla disposizione sono tassative e quindi non suscettibili di interpretazione estensiva e analogica.

27 Secondo il giudice delle leggi (Corte Cost., ordinanza, 29 luglio 2005, n. 347) è legittimo il rilascio dell'idoneità all'adozione internazionale a persona singola nell'ipotesi di adozione in casi particolari, sul presupposto che il diritto del minore in stato di abbandono ad essere allevato in un ambiente idoneo ex art. 30 Cost. non può non sussistere anche per il minore straniero senza alcuna discriminazione rispetto al minore italiano, alla luce del disposto dell'art. 2 Cost. Deriva l'affermazione di principio secondo cui le norme di protezione del minore italiano non possono non valere anche per il minore straniero. Per l'ammissibilità di un'interpretazione estensiva, cfr. Poletti di Teodoro, B.: "Commento agli artt. 29-39", in AA.VV.: *L. 4 maggio 1983, n. 184. Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori,* (a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli, G. Franchi e S. Schipani), *Nuove leggi civili commentate,* , 1984, 1-2, pp. 133 ss. L'opportunità di un'interpretazione estensiva in relazione all'àmbito di applicabilità del modello adottivo è stata sostenuta da Tommasini, R.: "Adozione in casi particolari e tutela dei minori", in *Scritti in onore di Falzea*, II, 2, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 1021 ss.; Id., "Commento agli artt. 44-57 della legge sull'affidamento e adozione dei minori", in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, (a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi), VI, 2, Cedam, Padova, 1993, p. 465.

28 È legittima l'adozione in casi particolari da parte di una single (Cass. civ., ordinanza, 26 giugno 2019, n. 17100) anche senza il consenso dei genitori nel preminente interesse del minore disabile alla relazione affettiva già instaurata. In passato la Suprema Corte (Cass. civ., 21 luglio 1995, n. 7950) ha affermato che l'adozione da parte di persona singola possa avvenire nelle ipotesi previste dall'art. 25 4° e 5° comma e dall'art. 44, ipotesi "… sì particolari, ma non eccezionali, in quanto non esprimono una deroga, bensì solo realizzano una tecnica di attuazione della finalità primaria dell'adozione che è quella di assicurare al minore che ne è privo, l'effettività di una vita familiare: inteso per famiglia - come pare oggi corretto – "il luogo degli affetti".

Inoltre, il fenomeno delle famiglie ricomposte e allargate, formate da figli, genitore naturale e terzo genitore o, ancora, famiglie formate dai due ex coniugi con i rispettivi nuovi compagni e i figli avuti dalle relazioni precedenti e da quelle attuali, dà vita a rapporti che si creano a prescindere dai legami biologici e che impongono un riconoscimento giuridico, legittimato dalle relazioni sociali e affettive che possono avere una notevole influenza sullo sviluppo fisio-psichico del bambino.

Il legislatore, invero, è intervenuto formalizzando il rapporto tra il minore e il coniuge del genitore biologico con la previsione di cui alla lettera b) dell'art. 44 al fine di consentire al coniuge di ottenere un riconoscimento giuridico del legame con il figlio dell'altro coniuge che possa sopravvivere anche nel caso di scioglimento del matrimonio, ovvero di separazione[29], con l'assolvimento degli obblighi propri della filiazione ed il mantenimento della relazione, se rispondente all'interesse del figlio.

Non appare convincente la previsione normativa che tende a garantire la posizione del genitore dell'adottando prevedendo il suo assenso, sicché il diniego dovrebbe escludere la possibilità di adozione[30], anche se il genitore biologico si è disinteressato del figlio, accudito dal coniuge dell'altro genitore. E la soluzione adottata dalla giurisprudenza, in ossequio al dato formale, finisce per ledere l'interesse del minore alla formalizzazione di un consolidato rapporto affettivo[31].

29 Sarebbe, pertanto, ammissibile l'adozione da parte del coniuge del genitore naturale sebbene la coppia si trovi in corso di separazione laddove il rapporto stabile e quotidiano instauratosi tra minore e coniuge del genitore naturale contribuisca allo sviluppo della personalità del soggetto in formazione e al rispetto del suo preminente interesse, sicché "la cessazione della convivenza matrimoniale tra il richiedente e il genitore del minore non dovrebbe, sempre e comunque, far venir meno l'interesse del fanciullo all'adozione" (Cass. civ., 19 ottobre 2011, n. 21651).

30 Sul punto la Cassazione (Cass. civ., 10 maggio 2011, n. 10265) ha ritenuto legittimo negare l'adozione di un minore da parte del nuovo marito della madre per il solo fatto che il padre naturale si era opposto, anche se di fatto si era sempre disinteressato del figlio. I giudici hanno in quella sede dato peso alla permanenza della responsabilità genitoriale in capo al genitore naturale che gli attribuiva il diritto di impedire al minore di avere un secondo padre. In senso critico alla decisione si pone Sesta, M.: "L'esercizio della potestà sui figli naturali dopo la legge n. 54/2006: quale sorte dell'art. 317 bis c.c.?", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, p. 1206, secondo il quale si tratta di una soluzione non pienamente coerente rispetto alla disciplina positiva. Già in precedenza si è affermato che la mancanza di assenso da parte di un genitore esercente la responsabilità genitoriale si pone come ostativa all'adozione speciale, precludendo al giudice la valutazione del carattere giustificativo dei motivi a suo fondamento (Cass. civ., 26 luglio 2000, n. 9795).

31 In senso diverso si è orientata, di recente, la Suprema Corte (Cass. civ., Sez. I, 5 aprile 2022, n. 10989) secondo la quale non rappresenta ostacolo all'adozione del minore, ex art. 44, comma 1, lett. b) della L. n. 184/1983, da parte del coniuge di uno dei genitori con lui convivente, il fatto che il bambino mantenga comunque i rapporti con il genitore biologico, che ha dato il proprio consenso, anche se impossibilitato a far fronte al mantenimento a causa delle precarie condizioni economiche e ciò in quanto, in fattispecie simili, l'adozione realizza pienamente l'interesse del minore che è inserito nel nuovo ambiente familiare ma, pur tuttavia, continua ad avere, costantemente, rapporti con il padre naturale e con la famiglia di quest'ultimo. Secondo la Cassazione, nel caso concreto, l'adozione da parte del ricorrente della figlia della moglie realizza appieno il "preminente interesse della minore" (art. 57, comma 1, della L. n. 184/1983) anche attraverso la creazione di legami parentali con la famiglia del genitore adottivo, stante il disposto della sentenza 79/2022 della Corte Costituzionale e la continuità con quelli della famiglia del padre biologico.

Un'interpretazione letterale della disposizione, inoltre, crea un'illogica disparità di trattamento nella misura in cui dà copertura giuridica al rapporto affettivo che si crea tra il coniuge del genitore ed il minore e non anche a quello che il convivente more uxorio instaura con il figlio del proprio partner, disparità giustificata in quanto il riconoscimento della possibilità di adozione da parte del compagno del genitore appare confliggente col disposto legislativo che prevede espressamente come requisito per l'adozione il matrimonio dell'adottante con il genitore del minore[32].

Piuttosto, alla luce di una lettura ampia dell'art. 44, lett. d), attraverso la valorizzazione dell'impossibilità di diritto dell'affidamento preadottivo, si può superare l'ostacolo normativo costituito dall'art. 44, comma 1, lett. b), che riserva il riconoscimento della genitorialità sociale al solo "coniuge" del genitore; la formalizzazione del rapporto di fatto corrisponde infatti all'interesse del bambino nel momento in cui offre un quadro giuridico di certezze con l'assunzione di precise responsabilità ed obblighi sia nei confronti del bambino, sia nei confronti dei terzi[33].

La formula "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" ha consentito agli operatori pratici di dare risposta alle specifiche questioni sottoposte al loro esame, adattando le regole ai fatti da disciplinare[34].

L'art. 44, comma 1, lett. d), previsione ritenuta forma residuale di adozione in casi particolari, ha progressivamente assunto il ruolo di criterio prevalente per dare risposta a situazioni di bisogno assistenziale che emergono in modo sempre più

32 Secondo Trib. Milano, 17 ottobre 2016, con nota di Bilotti, E.: "L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito", *Famiglia e diritto*, 2017, pp. 1003 ss., "In tema di adozione di minori, il sistema normativo introdotto dalla L. n. 184 del 1983, tuttora vigente e che individua nella famiglia tradizionalmente intesa, formata da una coppia di sesso diverso unita in matrimonio il luogo degli affetti in cui può essere meglio assicurata la crescita dei minori, la prevede specificamente, e in via generale, con riferimento ai minori che sono stati dichiarati in stato di adottabilità perché privi di genitori in grado di provvedere alla loro crescita ed educazione, con pienezza di effetti solo da parte di coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni tra i quali non sussista e non sia sussistita negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto (con le eccezioni di cui all'art. 25, 4° comma, che la consentono anche alla persona singola la cui condizione di singolo ha però luogo per cause imprevedibili nel corso dell'affidamento preadottivo – morte o sopravvenuta incapacità di uno dei coniugi affidatari o intervenuta separazione tra di loro -, e quindi a processo adottivo già avviato da parte della coppia, di un minore che ha sofferto un abbandono da parte dei genitori accertato giudizialmente". In linea anche Trib. Milano, 20 ottobre 2016. Critiche alle decisioni del tribunale meneghino sono state espresse da Ferrando, G.: "A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, pp. 171 ss. e da Stefanelli, S.: "Ancora in tema di interpretazione dell'art. 44 della legge sulle adozioni", nota a Trib. Milano, 17 ottobre 2016, n. 261, *articolo29.it*.

33 App. Firenze, 4 ottobre 2012, ha disposto l'adozione in casi particolari di una bimba a favore del partner della madre che si era preso cura di lei fin dalla nascita, sul presupposto che l'interesse del minore non può ricevere minor tutela per il fatto che i genitori convivono senza essere sposati. Cfr., Fama, F.: "L'adozione in casi particolari del figlio della convivente: la dignità giuridica del legame affettivo a tutela del minore", *Minorigiustizia*, 2013, pp. 360 ss.

34 Scalisi, V.: "Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte prima: Dalla «famiglia-istituzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del «rapporto» e primato della «persona»", *Rivista diritto civile*, 2013, p. 1043.

frequente e non corrispondono ai presupposti per l'adozione piena[35] e nemmeno per quella in casi particolari[36].

In siffatte ipotesi, qualora uno o entrambi i genitori non siano in grado di provvedere adeguatamente al minore senza che possano essere definiti inidonei con conseguente apertura della procedura di adozione piena, l'interpretazione estensiva della lettera d) dell'art. 44 consente di adeguare la norma alla realtà pratica attraverso la creazione della figura del cd. semiabbandono[37].

L'esigenza di dare risposta al caso concreto ha indotto la giurisprudenza a valutare, di volta in volta, il ricorso ad un modello che non recida del tutto i rapporti del minore con la famiglia di origine, giungendo a ritenere che anche qualora sia inevitabile la cesura di ogni rapporto con la famiglia di origine, non sia a priori esclusa l'opportunità della presenza dei genitori biologici nella vita del minore, in considerazione dell'affetto e dell'interesse da essi dimostrato nei suoi confronti.

La necessità di percorrere strade alternative all'adozione legittimante è stata messa in rilievo anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo la quale la sottrazione di un figlio ai genitori biologici non può essere giustificata solo dalla circostanza di accogliere il minore in un ambiente più favorevole in quanto una simile ingerenza si tradurrebbe nella violazione dell'art. 8 della CEDU[38].

Il rispetto della vita familiare impone all'apparato statuale di predisporre misure giuridiche adeguate a consentire il mantenimento e lo sviluppo del legame tra

35 La giurisprudenza restringe progressivamente il percorso verso l'adozione piena, intesa sempre più come rimedio estremo cui ricorrere solo in caso di irrecuperabile e definita incapacità genitoriale che si traduce in una situazione di abbandono del minore. Il giudice deve tenere conto delle condizioni di garanzia e sostegno alla famiglia di origine del minore, limitando a casi estremi l'adozione piena, quali il mancato riconoscimento, atti di violenza e maltrattamenti gravi, totale assenza di interesse dei genitori nei confronti del minore (Cass. civ., 13 giugno 2022, n. 19012; Cass. civ., 13 febbraio 2020, n. 3643; Cass. civ., 22 agosto 2018, n. 20954). In applicazione degli artt. 8 CEDU, 30 Cost., della L. n. 184/1983, e dell'art. 315 bis, comma 2, c.c., si deve accertare l'interesse del soggetto in formazione a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali, pronunciando l'adozione piena nel solo caso in cui, all'esito di un rigoroso accertamento, non si ravvisi tale interesse.

36 Parte della dottrina precisa che "In questa logica di apertura, la lett. d) rappresenta una «valvola di salvaguardia» in tutte quelle ipotesi che non rientrano in quelle più specifiche previste dalle lett. a), b), c) dell'art. 44, consentendo per tal via di realizzare il preminente interesse del minore": Pane, R.: "Unioni same-sex e adozione in casi particolari", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, 2, p. 499.

37 Si deve alla giurisprudenza di merito (Trib. Bari, 7 maggio 2008) la creazione della figura del semiabbandono inteso come «situazioni in cui la famiglia del minore è più o meno insufficiente rispetto ai suoi bisogni, ma ha un ruolo attivo e positivo che non è opportuno venga cancellato totalmente. Nello stesso tempo, non vi è alcuna ragionevole possibilità di prevedere un miglioramento delle capacità della famiglia, tale da renderla idonea a svolgere il suo compito educativo in modo sufficiente, magari con un aiuto esterno, curato dai servizi sociali». La soluzione prospettata è stata di prevedere una adozione mite espressione coniata dalla giurisprudenza per indicare la possibilità di adottare un bambino senza però recidere il rapporto con i suoi genitori biologici.

38 La norma, rubricata "Diritto al rispetto della vita privata e familiare", esclude ogni ingerenza pubblica nell'esercizio di tale diritto, fatte salve specifiche ipotesi. Consegue che i genitori hanno diritto di godere della vita familiare con la propria prole.

genitori e figli[39] anche ai fini della ricongiunzione "familiare" in modo rapido per evitare che il decorso del tempo incida negativamente sui rapporti filiali[40].

La sollecitazione della Corte sovranazionale[41] ha indotto i giudici, salvi i casi di conclamato abbandono[42], a valutare, nella ricorrenza di un eventuale semiabbandono, se vi siano idoneità della famiglia d'origine, anche in prospettiva futura, e se ricorra la disponibilità dell'aspirante coppia adottiva ad accedere ad un modello di adozione che comporta il mantenimento di una relazione tra il minore e la famiglia d'origine.

Si giunge ad una rilettura del già ricordato art. 44, lett. d), L. n. 184/1983, attraverso il passaggio dall'adozione in casi particolari all'adozione "mite" che, pur garantendo l'inserimento del minore in una nuova famiglia con l'acquisizione di uno status "parafiliale", non recide i rapporti, giuridici e di fatto, con quella d'origine, permettendo così il mantenimento di una relazione del minore con i parenti di sangue, ponendosi l'accento sull'opportunità di garantire la continuità affettiva con questi ultimi[43].

IV. LE NUOVE FRONTIERE DELL'ADOZIONE.

L'elaborazione dell'adozione "mite" si deve alla giurisprudenza di merito che, attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 44, comma 1, lett. d) l. 184/1983[44]

39 Corte EDU, 12 febbraio 2019, Ricorso n. 63289/17, Minervino e Trausi c. Italia; Corte EDU, 13 ottobre 2015, Ricorso n. 52557/14, S. H. c. Italia.

40 Corte EDU, 22 giugno 2017, Ricorso n. 37931/15, Barnea e Caldararu c. Italia.

41 Secondo la Corte di Strasburgo costituisce un obbligo delle autorità italiane, "prima di prevedere la soluzione di una rottura del legame familiare, di adoperarsi in maniera adeguata per fare rispettare il diritto della madre di vivere con il figlio, al fine di evitare di incorrere nella violazione del diritto al rispetto della vita familiare, sancito dall'art. 8 CEDU": Corte EDU, 21 gennaio 2014, Ricorso n. 33733/11, Zhou c. Italia. Per un commento cfr., Pasqualetto, A.: "L'adozione mite al vaglio della Corte europea dei Diritti dell'Uomo tra precedenti giurisprudenziale e prospettive de jure condendo", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, II, pp. 155 ss.

42 Alcuni autori ritengono che sussiste l'abbandono anche quando i genitori non si sono adoperati a seguire un percorso di recupero delle capacità genitoriali: Dogliotti, M.: "sub art. 5 l. 184/1983", in AA.VV.: *Codice della famiglia*, (a cura di M. Sesta), Giuffré, Milano, 2015, p. 2190.

43 Indicativa è la sentenza della Suprema Corte (Cass. civ., 16 aprile 2018, n. 9373) secondo la quale l'adozione mite "integra una clausola di chiusura del sistema, intesa a consentire l'adozione tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità affettiva ed educativa della relazione tra adottante ed adottando, come elemento caratterizzante del concreto interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatisi con altri soggetti che se ne prendono cura, con l'unica previsione della condicio legis della constatata impossibilità di affidamento preadottivo, che va intesa, in coerenza con lo stato dell'evoluzione del sistema della tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica ed adottiva, come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo e non di impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono (o di semi abbandono) del minore in senso tecnico-giuridico". Più di recente, Cass. civ., 9 aprile 2021, n. 9456.

44 Secondo Trib. Bari, 7 maggio 2008, "rientra nel concetto di 'semiabbandono permanente' la condizione di grave disagio del minore, in affidamento familiare oltre il tempo limite, di cui la famiglia d'origine è parzialmente e permanentemente insufficiente per il pieno ed adeguato sviluppo della sua personalità, ancorché svolga un ruolo attivo e positivo tale da escludere declaratoria di adottabilità di cui all'art. 7 della legge 4 maggio 1983, n. 184. In tale ipotesi può farsi luogo alla cosiddetta adozione mite, applicando in via interpretativa l'art. 44, comma 1, lett. d), della legge 4 maggio 1983 n. 184 in materia di adozione

ha voluto dare risposta concreta ed efficace a quelle ipotesi in cui la famiglia fosse - anche parzialmente - incapace di provvedere ai bisogni del figlio, pur svolgendo un ruolo attivo che non appare opportuno cancellare.

La soluzione adottata è stata criticata da una parte della dottrina[45] secondo la quale non appare corretta la ricostruzione proposta sia per ragioni giuridiche, sia per ragioni di opportunità. Sotto il primo profilo, rileverebbe il disposto tassativo dell'art. 44 lett. d) che prevede l'impossibilità di affidamento preadottivo, una situazione di abbandono, di privazione di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, e non anche la situazione di "semiabbandono" cui si farebbe riferimento come presupposto dell'adozione mite. Sotto il profilo dell'opportunità, "gli effetti dell'adozione cosiddetta 'mite', se sono più limitati rispetto a quelli dell'adozione legittimante, sono comunque estremamente 'forti' e 'gravi' e, dal punto di vista processuale, i genitori di origine sono assai meno garantiti, assai meno tutelati rispetto al procedimento di adozione legittimante"[46]. In senso diverso si pone chi[47] ritiene possibile un'interpretazione evolutiva dell'art. 44 lett. d), come tale maggiormente rispondente alla finalità di armonizzare l'interesse del minore al mantenimento del rapporto affettivo coi genitori biologici con quello all'accoglienza in un nuovo nucleo familiare.

Un fondamento alla figura di creazione prettamente giurisprudenziale può desumersi da una lettura combinata delle fonti multilivello: l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'art. 8 della CEDU, l'art. 315 bis c.c. e l'art. 337 ter c.c. sono norme orientate a garantire il diritto del minore a crescere e ad essere curato nell'ambito della propria famiglia.

Dalle disposizioni sopra richiamate emerge un mutamento di prospettiva: i diritti del figlio sono enunciati positivamente ed in modo esplicito; l'affermazione, secondo la quale il minore ha diritto di crescere ed essere educato nella propria famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti, rafforza il significato di accordare piena tutela alla persona minore di età evitando il più possibile il ricorso all'adozione piena, attraverso una interpretazione del concetto di abbandono morale o materiale più realistica possibile, adottando un adeguato rimedio in

non legittimante, norma da coordinare con le disposizioni di cui agli artt. 45 e 46 della stessa legge, in base alle quali non si esige il presupposto della situazione di abbandono morale e materiale del minore, ma solo il consenso dei genitori o del tutore all'adozione oppure, in caso di mancato consenso e assenso, la circostanza che i genitori non esercitino la potestà sul figlio e quindi che sia stato pronunciato nei loro confronti un provvedimento di decadenza dalla potestà genitoriale". Cfr., Caffarena, S.: "L'adozione "mite" e il "semiabbandono": problemi e prospettive", *Famiglia e diritto*, 2009, p. 398; Errico, L.: "L'adozione mite: i ruoli", *personaedanno.it*, 2008.

45 Morace Pinelli, A.: "Per una riforma dell'adozione", *Famiglia e diritto*, 2016, pp. 719 ss.; Bilotti, E.: "Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni", *Diritto di famiglia e delle persone (Il)*, 2017, pp. 873 ss.

46 Dogliotti, M.: "Adozione "forte" e "mite", affidamento familiare e novità processuali della riforma del 2001, finalmente operative", *Famiglia e diritto*, 2009, pp. 427 ss.

47 In tal senso Figone, A.; "Il definitivo riconoscimento dell'adozione mite", *Famiglia e diritto*, 2022, 8-9, p. 782.

presenza di situazioni di c.d. semiabbandono permanente, che, altrimenti, non troverebbero facile e rapida soluzione[48].

Consegue che, accertata l'impossibilità di permettere al bambino di vivere coi genitori biologici o con il nucleo di origine, può essere disposto l'affido a una nuova famiglia che sappia agire esclusivamente nell'interesse del minore, alla quale spetta il compito di attivarsi per mantenere rapporti affettivi e giuridici con la famiglia di origine, soluzione quest'ultima che impone l'accertamento di una volontà collaborativa in capo a tutti i soggetti della vicenda.

L'adozione mite spesso è stata utilizzata con la finalità di attribuire uno status "paragenitoriale" anche in quelle situazioni nelle quali un progetto familiare non è realizzabile attraverso il concepimento di figli in modo naturale. È appena il caso di ricordare che nel corso dell'esame parlamentare di quella che sarebbe poi divenuta la legge n. 76/2016 sulle unioni civili, è stata stralciata dal testo normativo la disposizione volta a consentire la c.d. stepchild adoption, ovvero l'adozione del figlio da parte del partner - unito civilmente o sposato in altro Stato - del genitore naturale, sicché, ancora una volta spetta alla giurisprudenza il compito di apprestare tutela alle formazioni familiari omosessuali se luogo degli affetti per un minore.

Invero, l'attenzione alla tutela delle famiglie arcobaleno e l'operatività dell'adozione in capo ad una coppia omosessuale si deve ad un coraggioso intervento della giurisprudenza di merito[49] che ha riconosciuto il "superiore e preminente interesse del minore a mantenere anche formalmente con l'adulto,

48 Nell'ambito del procedimento di verifica dello stato di abbandono, non soltanto è possibile ma è obbligatorio che l'indagine non trascuri alcuno degli elementi utili ad individuare e definire il perimetro del preminente interesse del minore tra cui, senza ombra di dubbio, la possibilità che questo mantenga il proprio rapporto con il genitore biologico (Cass. civ., ordinanza, 13 febbraio 2020, n. 3643; per un commento cfr. Morozzo della Rocca, P.: "Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, pp. 837 ss. e Thiene, A.: "Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. I legami familiari narrati con lessico europeo", *Famiglia e diritto*, 2020, pp. 1063 ss.). Il modello di adozione in casi particolari, e segnatamente la previsione di cui all'art. 44, lett d) della legge n. 184 del 1983, può, nei singoli casi concreti e previo compimento delle opportune indagini istruttorie, costituire un idoneo strumento giuridico per il ricorso alla cd. "adozione mite", al fine di non recidere del tutto, nell'accertato interesse del minore, il rapporto tra quest'ultimo e la famiglia di origine (Cass. civ., ordinanza, 25 gennaio 2021, n. 1476, con nota di Salanitro, U.: "L'adozione mite tra vincoli internazionali e formanti interni", *Corriere giuridico*, 2021, pp. 1066 ss.).

49 Trib. Roma, 30 luglio 2014, precisa che l'omogenitorialità è "una genitorialità "diversa" ma parimenti sana e meritevole di essere riconosciuta in quanto tale, ai sensi dell'art. 44 lett. d) se rispondente al preminente interesse del minore", decisione confermata dalla Cassazione (Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12962) secondo la quale questa adozione "prescinde da un preesistente stato di abbandono del minore e può essere ammessa sempreché, alla luce di una rigorosa indagine di fatto svolta dal giudice, realizzi effettivamente il preminente interesse del minore". In mancanza di una normativa specifica, parte della giurisprudenza (Trib. Torino, 11 settembre 2015), pur non contestando la possibile applicazione a coppie omosessuali dell'art. 44 della legge sull'adozione, a volte ha ritenuto che non potesse operare il meccanismo della stepchild adoption, sull'assunto che, nonostante la riforma della filiazione, l'unicità dello status di figlio e l'attribuzione della responsabilità genitoriale congiunta prevista dal codice civile, il consenso all'adozione, prestato dal genitore biologico, risulterebbe viziato, in quanto dato nell'inconsapevolezza di causare così la perdita della propria qualità di genitore esercente la relativa responsabilità (Trib. Palermo, 30 luglio 2017).

in questo caso la madre sociale, quel rapporto affettivo e di convivenza già positivamente consolidatosi nel tempo".

Nella prospettiva del diritto del minore alla comunità degli affetti, anche in una famiglia omosessuale, assume rilievo la soluzione delle Sezioni Unite[50] secondo le quali la prevalenza dell'interesse alla verità biologica e genetica non si traduce necessariamente nella cancellazione dell'interesse del minore alla famiglia, dal momento che l'ordinamento giuridico offre lo strumento dell'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n.184/1993, idoneo a consentire la costituzione di un legame giuridico con il genitore intenzionale.

Se l'unico criterio che deve guidare il giudice è quello dell'interesse del minore alle relazione affettive, indipendentemente dall'orientamento sessuale del genitore, la equiparazione dei diritti dei figli di genitori coniugati e dei figli di genitori uniti civilmente o conviventi, siano essi eterosessuali o omosessuali, si ha attraverso una interpretazione estensiva, o meglio, evolutiva, dell'art. 44 lett. d), profilandosi, in caso contrario, un problema di incostituzionalità della norma; la clausola di salvaguardia contenuta nella lettera d) della norma giustifica il percorso adottato dalla giurisprudenza in tema di "step-child adoption"[51] anche se occorre segnalare che l'applicazione dell'art. 44 lettera d) potrebbe comportare una sorta di legittimazione della maternità surrogata, seppur vietata per legge.

Attraverso il ricorso all'adozione si può perseguire un duplice risultato: consentire la costituzione di un rapporto al genitore intenzionale in assenza di legame biologico con il bambino nato a seguito di fecondazione eterologa progettata da coppia omosex[52] o da maternità surrogata e costituire un rapporto di tipo filiale nell'interesse del minore, superando il divieto di legge[53].

50 Secondo Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, se il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui si sia accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione, cittadino italiano, trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma 6, L. 19 febbraio 2004, n. 40, qualificabile come principio di ordine pubblico, non è esclusa la possibilità di dare rilievo al rapporto genitoriale attraverso l'adozione in casi particolari, ex art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/1983.

51 Occorre ricordare che la giurisprudenza domestica, chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di riconoscere l'adozione in capo a coppie omosex, pur sempre nell'interesse del minore, ha adottato soluzioni diversificate con riferimento a coppie composte da donne che hanno fatto ricorso alla fecondazione eterologa, a coppie composte da uomini che hanno utilizzato la procedura della maternità surrogata e ancora a coppie straniere e coppie italiane e ciò potrebbe determinare una ingiustificata discriminazione.

52 La tutela del miglior interesse del minore, nato a seguito di p.m.a. praticata da due donne, resta presidiata dalla possibilità del ricorso alla cd. adozione in casi particolari, in base a un'interpretazione estensiva dell'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184/1983, in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore; il principio si desume da Cass. civ., ordinanza, 16 febbraio 2022, n. 6383, che ha negato il riconoscimento della genitorialità alla madre intenzionale.

53 Trib. Emilia-Romagna, ordinanza, 26 luglio 2021. Di recente la Suprema Corte (Cass. civ., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006) ha affermato che "non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo

L'interesse del minore e la consolidazione del rapporto affettivo, infatti, non possono essere in nessun modo compromessi dall'assenza di un dato normativo o dalla circostanza che la nascita è avvenuta in violazione di legge perché in tal modo si determinerebbe una sanzione a carico di un soggetto vittima delle scelte altrui al quale deve essere garantito il diritto alle relazioni familiari[54].

La soluzione prospettata non è apparsa soddisfacente al giudice delle leggi[55] il quale, dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale rispettivamente degli artt. 8 e 9, L. n. 40/2004, e 250 c.c. e degli artt. 12, comma 6, L. n. 40/2004, 64, comma 1, lett. g), L. 31 maggio 1995, n. 218, e 18, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, ha riconosciuto un vuoto di tutela dell'interesse del minore e, stante l'indifferibilità dell'individuazione di soluzioni adeguate, ha invitato il legislatore ad intervenire, eventualmente anche introducendo una "nuova tipologia di adozione", che attribuisca la pienezza dei diritti connessi a tutti i nati da progetti familiari omogenitoriali, in modo tempestivo ed efficace.

Inoltre, l'attenzione rivolta all'interesse del minore, secondo il Giudice delle leggi[56], impone di creare un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante anche in casi particolari, tenuto conto che il diniego di relazioni familiari tra l'adottato e i parenti dell'adottante determina, in contrasto con gli

sia omogenitoriale ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione".

54 Anche se la tutela delle relazioni affettive del minore può essere realizzata attraverso i provvedimenti di cui all'art. 333 c.c. laddove sia impedito, in contrasto con l'interesse del minore, il mantenimento di un rapporto significativo, da quest'ultimo instaurato e intrattenuto con soggetti che non siano parenti.

55 Secondo la Consulta (Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32), è evidente come "i nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne versano in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo. Essi, destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi". Con la sentenza 9 marzo 2021, n. 33, la Corte Costituzionale, pur respingendo tutte le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Sezione remittente, rivolge un appello al legislatore affinché elabori una soluzione giuridica che possa far giungere ad un valido compromesso tra le varie esigenze di segno opposto, e ribadisce l'assoluta centralità dell'interesse del minore, il quale esige che sia riconosciuta la titolarità giuridica dei doveri legati all'esercizio delle responsabilità genitoriali in capo agli individui che si occupano di lui. Per un commento alle sentenze, cfr., tra i tanti, Morace Pinelli, A.: "La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore", *Familia*, 2022, 5, p. 406; D'Amico, G.: "La Corte e il "non detto". Riflessioni a partire dalle sentt. n. 32 e n. 33 del 2021", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, 4, pp. 930 ss.

56 "L'art. 55 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui esclude, attraverso il rinvio all'art. 300, secondo comma, cod. civ., l'instaurarsi di rapporti civili tra il minore adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante, vìola gli artt. 3, 31, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU. La rimozione della disposizione censurata nel suo rinvio all'art. 300, secondo comma, cod. civ. non richiede coordinamenti sistematici, poiché, con riferimento alle relazioni parentali, è l'art. 74 cod. civ., come novellato nel 2012, che svolge tale precipua funzione. La declaratoria di parziale illegittimità costituzionale non fa che rimuovere l'ostacolo legislativo che impediva di riferire il richiamo al figlio adottivo, di cui all'art. 74 cod. civ., al minore adottato in casi particolari. Tale esito consente, pertanto, l'espansione dei legami parentali tra il figlio adottivo e i familiari del genitore adottante che condividono il medesimo stipite", la riforma della filiazione ha infatti ha "voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possono crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con fratelli e con i nonni": Corte Cost., 24 marzo 2022, n. 79, con nota di Sesta, M.: "Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali", *Famiglia e diritto*, 2022, 10, pp. 903 ss.

artt. 3 e 31 Cost., un trattamento discriminatorio del minore adottato rispetto all'unicità dello status di figlio e alla condizione giuridica del minore, avendo riguardo alla ratio della normativa che associa a tale status anche il sorgere dei rapporti parentali. La Consulta ha inteso riformare l'istituto nel suo insieme, sul presupposto che tutte le situazioni che danno accesso all'adozione nei casi particolari impongono di potenziare le tutele degli adottati, "bambini o ragazzi per i quali la nuova rete di rapporti familiari non è certo un privilegio quanto piuttosto costituisce, oltreché un consolidamento della tutela rispetto a situazioni peculiari e delicate, il doveroso riconoscimento giuridico di relazioni, che hanno una notevole incidenza sulla crescita e sulla formazione di tali minori e che non possono essere negate, se non a costo di incidere sulla loro identità".

Il giudice, pertanto, deve verificare non soltanto l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore dell'adottante, ma anche valutare l'ambiente familiare degli adottanti e le relazioni affettive che sussistono, nell'ottica di garantire e mantenere attorno al minore una solida rete di tutela e protezione materiale e morale.

La rilevanza da attribuire alle relazioni familiari del minore è ulteriormente sottolineata dalla giurisprudenza[57] attraverso la cd. adozione aperta, strumento attraverso il quale si incide significativamente sull'adozione piena nell'ottica e con la finalità del mantenimento dei rapporti affettivi e di fatto con la famiglia biologica proprio al fine di non disperdere la storia di vita personale e il patrimonio emotivo del minore.

Dalle considerazioni svolte emerge l'improcrastinabilità di un intervento legislativo organico che riveda e, se necessario, incrementi gli strumenti giuridici di protezione dei minori, non essendo del tutto ragionevole delegare alla giurisprudenza il compito di colmare le lacune del sistema, ricorrendo a figure, come l'adozione mite o l'adozione aperta, che se pure non normate né espressamente contemplate dall'ordinamento, non appaiono contra legem.

Se l'obiettivo di fondo è quello di assicurare le relazioni affettive del minore, è ragionevole ritenere che l'interruzione dei rapporti "giuridici" del minore con la famiglia di origine non può del pari interrompere i rapporti di fatto, senza che ciò comporti che il minore abbia due famiglie distinte che possa frequentare liberamente, a sua discrezione, al di fuori di qualunque regola o parametro, tenuto

57 Nell'interesse preminente del minore, è possibile per l'adottato mantenere contatti con persone della famiglia biologica, purché vengano osservate determinate cautele e sia accertata la disponibilità e la collaborazione della famiglia adottiva; in siffatta ipotesi si potrebbe ricorrere ad una adozione "aperta", giustificata dall'obiettivo del perseguimento dell'interesse superiore del minore ad avere una famiglia adottante che stabilmente si prenda cura di lui ma senza recidere del tutto il legame con la famiglia di origine: App. Roma, Sez. Persona, Famiglia e Minori, 3 maggio 2022.

conto delle implicazioni psicologiche ed emotive che un "canale comunicativo" aperto con la famiglia di origine, può comportare per un minore.

L'obiettivo che deve essere perseguito è quello di non recidere alcun legame, assicurando la continuità nella storia affettiva del minore, evitando di produrre strappi che possono trasformarsi in lacerazioni, prendendosi cura della famiglia d'origine e accompagnando la famiglia affidataria.

BIBLIOGRAFIA

Arceri, A.: "Il nuovo processo familiare: le regole sull'ascolto e la rappresentanza", *Famiglia e diritto*, 2022, 4, p. 380.

Battelli, E.: "L'adozione mite come diritto del minore: tra opportunità e identità", in AA.VV.: *The best interest of the child*, (a cura di M. Bianca), Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, pp. 285 ss.

Bianca, C.M.: "Note per una revisione dell'istituto dell'adozione", *Jiuscivile*, 2018, 1, p. 60 s.

Bilotti, E.: "Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni", *Diritto di famiglia e delle persone (II),* 2017, pp. 873 ss.

Bilotti, E.: "L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito", *Famiglia e diritto*, 2017, pp. 1003 ss.

Caffarena, S.: "L'adozione "mite" e il "semiabbandono": problemi e prospettive", *Famiglia e diritto*, 2009, p. 398. Errico, L.: "L'adozione mite: i ruoli", *personaedanno.it*, 2008.

Ciraolo, C.: "Art. 44", L. 4 maggio 1983, n. 184, in AA.VV.: *Commentario del codice civile*, (diretto da E. Gabrielli), Della famiglia, 2ª ed., (a cura di G. Di Rosa), Leggi complementari, Utet, Milano, 2018, pp. 913 ss.

Cordiano, A.: "Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva", *Nuova giurisprudenza civile commentata,* 2017, pp. 255 ss.

D'Amico, G.: "La Corte e il "non detto". Riflessioni a partire dalle sentt. n. 32 e n. 33 del 2021", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, 4, pp. 930 ss.

Dogliotti, M.: "Adozione "forte" e "mite", affidamento familiare e novità processuali della riforma del 2001, finalmente operative", *Famiglia e diritto*, 2009, pp. 427 ss.

Dogliotti, M.: "sub art. 5 l. 184/1983", in AA.VV.: *Codice della famiglia*, (a cura di M. Sesta), Giuffré, Milano, 2015, p. 2190.

Fama, F.: "L'adozione in casi particolari del figlio della convivente: la dignità giuridica del legame affettivo a tutela del minore", *Minorigiustizia*, 2013, pp. 360 ss.

Ferrando, G.: "A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, pp. 171 ss.

Figone, A.; "Il definitivo riconoscimento dell'adozione mite", *Famiglia e diritto*, 2022, 8-9, p. 782.

Folla, N.: "Orfani di crimini domestici: ora una legge li tutela, li sostiene e rompe il silenzio che li circonda", *Famiglia e diritto*, 5, 2018, p. 520.

Giusti, A.: "L'adozione dei minori in casi particolari", in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia*, (a cura di G. Bonilini), IV, Utet, Torino, 2016, p. 3958.

Lamarque, E.: *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016, pp. 64 ss.

Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Rivista diritto civile*, 2016, pp. 86 ss.

Lenti, L.: "Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva", in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia,* (diretto da P. Zatti), *Il, Filiazione*, (a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani), Giuffrè, Milano, 2012, p. 799 s.

Long, J.: "Il principio dei best interests e la tutela dei minori", in AA.VV.: La Corte di Strasburgo (a cura di F. Buffa e M.G. Civinini), Key, Vicalvi, 2019, 82, pp. 413 ss.

Longo, J.: "L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, pp. 117 ss.

Manera, G.: *L'adozione e l'affidamento familiare nella dottrina e nella giurisprudenza,* FrancoAngeli, Milano, 2004, passim.

Morace Pinelli, A.: "Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci ed ombre della legge 19 ottobre 2015 n. 173", *Diritto di famiglia e delle successioni,* 2016, pp. 890 ss.

Morace Pinelli, A.: "Per una riforma dell'adozione", *Famiglia e diritto*, 2016, pp. 719 ss.

Morace Pinelli, A.: "La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore", *Familia*, 2022, 5, p. 406.

Morozzo della Rocca, P.: "Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, pp. 837 ss.

Pane, R.: "Unioni same-sex e adozione in casi particolari", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, 2, p. 499.

Parrinello C., "Handicap e valori adottivi", in AA.VV.: *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare. A proposito della riforma delle adozioni,* Convegno di Studi, Catanzaro 28 e 29 settembre 2001.

Pasqualetto, A.: "L'adozione mite al vaglio della Corte europea dei Diritti dell'Uomo tra precedenti giurisprudenziale e prospettive de jure condendo", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, II, pp. 155 ss.

Perlingieri, P.: "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", *Rivista diritto civile*, 2010, p. 331.

Poletti di Teodoro, B.: "Commento agli artt. 29-39", in AA.VV.: *L. 4 maggio 1983, n. 184. Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori,* (a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli, G. Franchi e S. Schipani), *Nuove leggi civili commentate,* , 1984, 1-2, pp. 133 ss.

Quadri, E.: "Una riflessione sull'interesse del minore e la dimensione familiare della sua tutela", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, pp. 1330 ss.

Rossi Carleo, L.: "L'affidamento e le adozioni", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato*, (diretto da P. Rescigno), Utet, Torino, 1986, p. 405 s.

Salanitro, U.: "L'adozione mite tra vincoli internazionali e formanti interni", nota a Cass. civ., ordinanza, 25 gennaio 2021, n. 1476, *Corriere giuridico*, 2021, pp. 1066 ss.

Scalisi, V.: "Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte prima: Dalla «famiglia-istituzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del «rapporto» e primato della «persona»", *Rivista diritto civile*, 2013, p. 1043.

Sesta, M.: "L'esercizio della potestà sui figli naturali dopo la legge n. 54/2006: quale sorte dell'art. 317 bis c.c.?", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, p. 1206.

Sesta, M.: "Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali", nota a Corte Cost., 24 marzo 2022, n. 79, *Famiglia e diritto*, 2022, 10, pp. 903 ss.

Spina, L.: "Tutela delle persone minori di età e rispetto delle relazioni familiari", XXXI Convegno Nazionale Associazione Italiana del Magistrati per i minorenni e per la famiglia, Roma, 23 novembre 2012, *minoriefamiglia.it*.

Stefanelli, S.: "Ancora in tema di interpretazione dell'art. 44 della legge sulle adozioni", nota a Trib. Min. Milano, 17 ottobre 2016, n. 261, *articolo29.it*.

Thiene, A.: "Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. I legami familiari narrati con lessico europeo", *Famiglia e diritto*, 2020, pp. 1063 ss.

Tommaseo, F.: "Sul riconoscimento dell'adozione piena, avvenuta all'estero, del figlio del partner d'una coppia omosessuale", *Famiglia e diritto*, 2016, pp. 275 ss.

Tommasini, R.: "Adozione in casi particolari e tutela dei minori", in *Scritti in onore di Falzea*, II, 2, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 1021 ss.

Tommasini, R.: "Commento agli artt. 44-57 della legge sull'affidamento e adozione dei minori", in *Commentario al diritto italiano della. famiglia*, (a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi), VI, 2, Cedam, Padova, 1993, p. 465.

DIRITTI DEL MINORE E "DIRITTO ALLO SPORT"

CHILDREN'S RIGHTS AND "RIGHT TO SPORT"

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1122-1153

Angela
BUSACCA

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Già riconosciuta nell'ambito del "diritto a dedicarsi al gioco e ad attività ricreative proprie della sua età" dalla Convenzione dei Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza, la pratica sportiva rappresenta certamente un elemento essenziale per un ottimale sviluppo del minore. Il legislatore italiano in questa logica sembra aver riconosciuto un vero e proprio "diritto allo sport" già con la l. 205/2017, che riconosce la garanzia del "diritto all'esercizio della pratica sportiva quale insopprimibile forma di svolgimento della personalità del minore" (art. 1, comma 369, lett. e) e, successivamente, con i decreti attuativi della cd. riforma dello sport (ancora non entrati in vigore, ad eccezione del d.lgs. n.39/2021 e del d.lgs.40/2021) sembra abbia confermato le fondamenta di questo diritto. Del resto, anche le Corti di giustizia sono state spesso chiamate a dirimere questioni connesse allo status degli atleti minori in relazione all'esercizio della responsabilità genitoriale, individuando nel "best interest of the child" il criterio guida delle decisioni assunte. Il contributo proposto intende analizzare la situazione attuale del diritto allo sport per i minori e le prospettive di riforma nell'ordinamento italiano, approfondendo alcuni profili relativi al tesseramento.

PALABRAS CLAVE: Atleti minori; diritto allo sport; tesseramento, responsabilità; best interest of the child.

ABSTRACT: *Sport activities certainly represent an essential element for an optimal development of the child and are recognized by the UN Convention on the Rights of the Child (UNCRC, 1989) as part of the "right of the child to rest and leisure, to engage in play and recreational activities appropriate to the age of the child and to participate freely in cultural life and the arts" (art.31). In recent years, also the Italian legislator seems to have recognized a true "right to sport" for children, at first with Law n.205/2017, which recognises the guarantee of the "right to play sports as an irrepressible form for development of the minor's personality" (Article 1, paragraph 369, letter e), and successively with legislative decrees of the Reform of Italian Sport System (not yet all implemented). Moreover, Courts of Justice have often been called upon to settle issues related to the status of minor athletes, regarding exercise of parental responsibility and identifying the "best interest of the child" as the guideline for taking decisions. The proposed essay focuses the current situation of underage athletes right to sport also in the light of the Italian sports law reform, underlining some point regarding membership.*

KEY WORDS: *Underage athletes; right to sport; membership; best interest of the child.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. "DIRITTO ALLO SPORT" E "DIRITTI NELLO SPORT": LE DIVERSE PROSPETTIVE DELLA CONVENZIONE ONU SUI DIRITTI DELL'INFANZIA E DELL'ADOLESCENZA E LA CARTA DEI DIRITTI DEI BAMBINI NELLO SPORT.- III. DIMENSIONE EUROPEA DELLO SPORT E "DIRITTO ALLO SPORT" TRA ORDINAMENTO SPORTIVO ED ORDINAMENTI STATALI.- IV. LA SITUAZIONE ITALIANA: LA TUTELA DELL'ATTIVITÀ SPORTIVA MINORILE TRA (PROPOSTA DI) MODIFICA DELLA COSTITUZIONE E RIFORMA DELL'ORDINAMENTO SPORTIVO.- V. IL TESSERAMENTO MINORILE.- 1. Pratica sportiva del minore, responsabilità genitoriale e "best interest of the child".- 2. L'intervento del legislatore della riforma: l'art.16 commi 1-2 del d.lgs. n.36/2021.- 3. Il tesseramento dei minori stranieri.- VI. ULTERIORI DISPOSIZIONI SULLO SPORT MINORILE NEL D.LGS. N.36/2021: FORMAZIONE E SICUREZZA DEI GIOVANI ATLETI.- 1. La formazione dei giovani atleti.- 2. Salute e sicurezza dei giovani atleti.- VII. NON PROPRIO UNA CONCLUSIONE…

I. INTRODUZIONE.

Il rapporto tra sport e minori costituisce uno dei temi classici della riflessione delle scienze sociali, inizialmente di quelle pedagogiche e sociologiche, sin da quando fu riconosciuto il fondamentale apporto di una corretta pratica sportiva per lo sviluppo armonico del fisico e della personalità dei bambini e dei fanciulli. Nel corso del secolo XX, l'importanza della pratica sportiva è stata progressivamente riconosciuta dagli ordinamenti statali, che hanno disposto l'obbligatorietà dell'insegnamento dell'educazione fisica nelle scuole e promosso la partecipazione ad attività sportive extrascolastiche[1], ed altresì da ordinamenti ed istituzioni sovranazionali che hanno affermato e ribadito, in diversi documenti internazionali[2], il valore dello sport e delle attività fisiche per i bambini ed i fanciulli e la necessità di porre una serie di garanzie e tutele per accesso e pratica delle discipline sportive.

I dati riportati dalle indagini statistiche, peraltro, testimoniano altresì come lungo i decenni del secolo XX, i numeri della pratica sportiva da parte dei minori siano sensibilmente aumentati[3], non soltanto per il progressivo aumento delle

1 Con riferimento all'esperienza italiana, cfr. Bonini, F.: *Le istituzioni sportive italiane: storia e politica*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 28; per un più generare quadro dello sviluppo dello sport in Italia lungo il secolo XX, cfr. Dietschy P., Pivato S.: *Storia dello sport in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2019; una diversa prospettiva è offerta da Mancuso, C.: *Percorsi di storia ed antropologia dello sport,* Il Mulino, Bologna, 2022.

2 Il riferimento è, principalmente, alla Convenzione ONU sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza del 1989 ed alla Carta Internazionale per l'educazione fisica, l'attività fisica e lo sport dell'UNESCO del 1978, poi aggiornata nel 2015, alle quali sarà dedicato il paragrafo 2; di interesse altresì anche la strategia europea di tutela dell'attività sportiva dei minori, alla quale sarà dedicato il successivo paragrafo 3.

3 Dalle indagini ISTAT relative alla pratica sportiva emerge come, nel biennio 2017-2018, il numero dei bambini e adolescenti (fascia d'età considerata 5-17 anni) che praticavano attività sportiva con continuità avesse superato la soglia dei 5 milioni, superando altresì il 50% della popolazione di riferimento (cfr. Report, Stili di vita dei bambini e dei ragazzi, consultabile on line all'indirizzo https://www.istat.it/it/files/2019/10/Report_Stili_di_vita_minori.pdf). Successivamente, anche in considerazione del blocco delle attività causato dalla pandemia da Sars-Cov-2 e dalle misure di contenimento, il numero dei praticanti ha subito,

• Angela Busacca
Ricercatore di diritto privato nell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria. E-mail: angela.busacca@unirc.it.

discipline praticate, sia a livello agonistico che amatoriale, ma altresì per lo sviluppo dello sport femminile e l'incremento della pratica sportiva da parte delle bambine e delle ragazze[4]. Accanto alla dimensione educativa ed a quella di sviluppo fisico e relazionale, è emersa altresì la dimensione partecipativa del minore all'agonismo organizzato ed alle attività sportive regolamentate dall'ordinamento sportivo e, di conseguenza, sono state poste all'attenzione una serie di questioni collegate alla soggettività sportiva del minore ed al rilievo giuridico ed economico di quest'ultima[5].

Lo "status" di soggetto dell'ordinamento sportivo, che l'atleta minore acquista con il tesseramento, comporta, infatti, una serie di diritti ed obblighi che si affiancano, intersecano ed in alcuni casi sovrappongono con le diverse situazioni giuridiche riferibili al minore nella realtà familiare, scolastica, commerciale, relazionale e finanche lavorativa. Lo stesso atto di ingresso del minore nell'ordinamento sportivo, cioè tesseramento, pone una serie di delicate questioni e si collega all'esercizio della responsabilità genitoriale, all'autodeterminazione ed alla valutazione delle capacità ed inclinazioni del minore o, ancora, la questione della cittadinanza e dei limiti all'accesso alla pratica sportiva per i minori stranieri ma stabilmente presenti sul territorio italiano.

La pratica sportiva dei minori nell'ottica contemporanea, dunque, non risulta più relegata solo ad una dimensione ludico-ricreativa o scolastica, ma richiede attenzione ed un corretto inquadramento nel più generale ambito delle situazioni

tra il 2020 ed il 2021, un brusco calo, ma sembra avviato, già dalla primavera del 2022, ad una ripresa che potrebbe riportare, entro breve tempo, ai numeri pre-pandemia, come testimoniano sia l'indagine Istat "I numeri dello Sport", presentata e discussa presso il CONI nel luglio 2022 (report completo disponibile all'indirizzo: https://www.coni.it/images/numeri_dello_sport/SPORT_14lug_v8.pdf) sia il rapporto "Sport e Minori" realizzato da OpenPolis e Osservatorio #conibambini nell'ambito del Fondo per il contrasto alla povertà educativa minorile (consultabile on line all'indirizzo: https://www.conibambini.org/2021/06/18/i-minori-e-lo-sport-presentato-il-rapporto-nazionale).

4 Sebbene in crescita rispetto ai decenni precedenti, sia con riferimento al numero delle praticanti che al numero delle discipline, lo sport femminile sconta un gender gap nell'ambito dell'ordinamento sportivo, che si riflette sia sui numeri delle giovani sportive "in ingresso" ma soprattutto su quello delle sportive che scelgono di continuare assiduamente a praticare sport ed a farlo in modo agonistico. Considerando, infatti, che lo sport femminile è, almeno fino all'entrata in vigore del d.lgs. n.36/2021, confinato nell'ambito del non-professionismo e che le giovani atlete godono di minori tutele e garanzie rispetto ai giovani atleti maschi, non stupisce che la maggior percentuale di abbandono della pratica sportiva (particolarmente della pratica sportiva agonistica) si registri proprio nel passaggio dalla minore età all'età adulta ed oltre la fascia degli studi universitari, proprio per le difficoltà di contemperare l'attività con la gestione della vita lavorativa e familiare. Sullo sport femminile, nell'ambito di una vasta bibliografia, cfr. Canella, M., Giuntini, S., Granata I.: *Donna e Sport*, FrancoAngeli, Milano, 2019; con riferimento alla prospettiva giuridica ed alle proposte di riforma: Indraccolo, E.: "Sport femminile e discriminazioni di genere: la riforma dello sport femminile in Italia", *AJI*, 2020, p. 594; Torrisi, A.: "Il calcio femminile nella recentissima riforma", in AA. VV. *Percorsi interdisciplinari in tema di rapporto obbligatorio. Atti delle giornate di studi* (a cura di G. Di Rosa, S. Longo, T. Mauceri), Giappichelli, Torino, 2021, p. 277; sia consentito altresì il riferimento a Busacca, A.: "Parità di genere e non discriminazione delle donne nello sport" in AA.VV. *Uguaglianza uomo-donna storia di un'incompiuta* (a cura di C. Parrinello), ESI, Napoli, 2019, p. 121.

5 Rigazio, S.: *Autodeterminazione del minore ed attività sportiva*, Giappichelli, Torino, 2018; Bacciardi, E.: "La tutela del minore nell'attività sportiva", in AA.VV. *Sport e ordinamenti giuridici* (a cura di L. Bruscuglia, R. Romboli), Pisa University Press, Pisa, 2009, p. 173; con riferimento all'ordinamento spagnolo, cfr. Rodrigiez Ten, J., Milan Garrido, A.: *Regimen juridicos de los deportisas menores de etad*, Reus, Barcelona, 2020.

giuridiche soggettive e delle tutele facenti capo al minore. Con riferimento alla situazione italiana, il primo richiamo non può che essere alle norme della Costituzione, ed in particolare agli artt. 2 e 30, ed al cd. "statuto dei diritti del minore" dell'art.315 bis cc.[6], per proseguire poi con tutte le diverse norme dedicate ai minori e disseminate nei codici e nelle leggi speciali. Negli ultimi anni, peraltro, il legislatore nazionale si è più volte pronunciato in termini di "diritto allo sport" per i minori: prima nelle pieghe della legge n.205/2017[7] e, successivamente, in modo più diretto con la legge n.86/2019 ("Deleghe al Governo e altre disposizioni in materia di ordinamento sportivo, di professioni sportive nonché di semplificazione")[8] alla quale tuttavia hanno fatto seguito, in sede di attuazione della delega, solo poche e frammentarie disposizioni contenute nel d.lgs. n.36/2021[9], nel d.lgs. 37/2021[10] e nel d.lgs. n.40/2021[11], senza che la materia dello sport minorile fosse destinataria, anche in sede di riforma, di un corpus normativo organico e completo. Una maggiore e più articolata considerazione dello sport minorile, peraltro, è presente anche in altri progetti di riforma attualmente in discussione in altri Stati UE, quali ad esempio la Spagna e, a livello sovranazionale, nelle strategie e politiche di promozione dei valori sociali dello sport adottate dalle istituzioni dell'Unione Europea e di diversi Paesi Membri UE.

Parallelamente, anche l'ordinamento sportivo, sia a livello internazionale che nazionale, sembra aver preso coscienza della necessità di una maggiore attenzione allo sport minorile ed alla condizione dei giovani atleti, muovendosi su di un duplice binario: da un lato quello delle garanzie dell'accesso alla pratica sportiva e della

6 La Rosa, E.: "Diritti dei figli e responsabilità genitoriale nell'evoluzione della famiglia", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2020, p. 919; Gorassini, A.: "La famiglia vista dal figlio", in AA. VV. *La famiglia all'imperfetto* (a cura di A. Busacca) ESI, Napoli, 2016, p.31. Per una lettura sistematica delle disposizioni sul cd. "statuto dei diritti del figlio", cfr. AA. VV.: "Lo statuto dei diritti del figlio" in AA. VV. *La riforma della filiazione* (a cura di C. M. Bianca), WKI Cedam, Milano, 2015, pp. 55-166; AA.VV.: "Nuovo Titolo IX del libro I rubricato "Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio"" in AA.VV. *Filiazione. Commentario al decreto attuativo* (a cura di M. Bianca), Giuffrè, Milano, 2014, p. 88-210.

7 Legge 27.12.2017 n.205, Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020 in GU n.302 del 29.12.3027, supplemento ordinario. Sul punto, cfr. Lubrano, E.: "Il diritto allo sport come diritto fondamentale anche in prospettiva costituzionale", *DirittiFondamentali.it*, 2020, p. 234.

8 Legge 08.08.2019 n.86, Deleghe al Governo e altre disposizioni in materia di ordinamento sportivo, di professioni sportive nonché di semplificazione, in GU 16.08.2019, serie generale n.191. Sui principi ispiratori della riforma, cfr. Santoro, L.: "La legge delega 86/2019 e le norme di attuazione: uno sguardo d'insieme", in Aa. VV. *Commento alla riforma dello sport* (a cura di L. Santoro, G. Liotta), Palermo University Press, 2021, p. 9; Pittalis, M., "L'attuazione della legge delega 8 agosto 2019, n. 86 in tema di ordinamento sportivo, professioni sportive e semplificazione", *Corriere Giuridico*, 2021, p. 737; Ripa, L.: "Riforma strutturale dello sport italiano: verso una nuova figura di lavoratore sportivo?", *Rassegna di diritto ed economia dello sport*, 2020, p.201.

9 D.lgs. 28.02.2021 n.36, Attuazione dell'art.5 della legge 8 agosto 2019, n.86, recante riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici nonché di lavoro sportivo, in GU del 18.03.2021, serie generale n.67.

10 D.lgs. 28.02.2021, n 37, Attuazione dell'art.6 della legge 8 agosto 2019, n.86, recante misure in materia di rapporti di rappresentanza degli atleti e società sportive e di accesso ed esercizio alla professione di agente sportivo, in GU del 18.03.2021, serie generale n.67.

11 D.lgs. 28.02.2021, n 40, Attuazione dell'art.9 della legge 8 agosto 2019, n.86, recante misure in materia di sicurezza nelle discipline sportive invernali, in GU del 18.03.2021, serie generale n.67.

libertà di circolazione e dall'altro lato quello delle tutele contro possibili situazioni di abuso e molestie nonché di situazioni patologiche indirizzate ad alterare la lealtà delle prestazioni sportive[12].

Nelle pagine seguenti, prendendo le mosse dall'art.31 della Convenzione dei Diritti del fanciullo, si cercherà di delineare il quadro di riferimento che ha condotto alle più recenti affermazioni in tema di "diritto allo sport" per i minori e, con riferimento alla realtà italiana, alle disposizioni del d.lgs. n.36/2020 in materia di tesseramento, formazione e sicurezza dei giovani atleti. In tema di riforma dell'ordinamento sportivo, peraltro, appare opportuno ricordare, altresì che anche in Spagna è attualmente in discussione un progetto di riforma per attualizzare la *Ley Organica del Deporte*[13], risalente ormai al 1990 e considerata, per molti versi, poco adeguata alla complessità dello sport contemporaneo.

II. "DIRITTO ALLO SPORT" E "DIRITTI NELLO SPORT": LE DIVERSE PROSPETTIVE DELLA "CONVENZIONE ONU SUI DIRITTI DELL'INFANZIA E DELL'ADOLESCENZA" E LA "CARTA DEI DIRITTI DEI BAMBINI NELLO SPORT".

La Convenzione sui Diritti dell'Infanzia (Convention on the Right of the Child[14]) adottata dalle Nazioni Unite nel 1989 viene comunemente indicata come

12 Per quanto possa apparire strano, le Carte Federali delle FSN non contengono alcun riferimento particolare alle condotte abusive e moleste, anche a sfondo sessuale, realizzate in danno di atleti minori, sicché le condotte vengono considerate genericamente come "illecito sportivo" e perseguite e sanzionate alla stregua delle altre ipotesi, ben meno gravi, di illecito sportivo. Negli ultimi anni, anche sul portato dell'emergere dei fenomeni di abuso nel mondo sportivo, alcune FSN, prime fra tutte la Federazione Italiana Sport Equestri (FISE) e la Federazione Italiana Arrampicata Sportiva (FIAS) e la Federazione Italiana Scherma (FIS) hanno adottato specifici codici di condotta ed integrato le Carte Federali con apposite previsioni; anche la FIGC ha adottato misure di tutela dei minori ed adottato un apposito "Codice di Condotta per allenatori, dirigenti e membri dello staff" (consultabile nell'apposita sezione del sito FIGC dedicata alla tutela dei minori). Anche il CONI ha adottato alcune misure, seppur ancora marginali, indicando una linea di indirizzo, rivolta alle Federazioni, per uniformare il trattamento sanzionatorio con la previsione della radiazione perpetua per tutti i soggetti condannati per abusi sessuali. In argomento, cfr. Grillo, R.: "Abusi sessuali e bullismo nello sport", *Rivista di diritto ed economia dello sport*, 2020, p.31; sia consentito altresì il rinvio a Busacca, A.: "Brevi note in tema di abusi a sfrondo sessuale nel mondo sportivo: verso una tutela (più effettiva) per gli atleti e le atlete più giovani?", *Olympialex Review*, 2020, p. 70.

13 Il progetto di legge di riforma della legge dello sport (Anteproyecto de Ley del Deporte, consultabile on line all'indirizzo https://www.culturaydeporte.gob.es/ca/dam/jcr:bc5c0b85-0cb9-4877-9f89-47dfaa6b63c4/antepoyecto-ley-deporte.pdf) è stato approvato nello scorso mese di dicembre dal Consiglio dei Ministri ed è in attesa di approvazione da parte del Parlamento; si tratta di un testo che attualizza la legge organica dello sport del 1990 proponendo una più inclusiva visione del diritto allo sport come diritto della persona (espressamente previsto all'art.2) ed al contempo offrendo un quadro giuridico più rispondente all'attuale complessità ed ai profili economici del fenomeno sportivo.

14 Convenzione sui diritti dell'Infanzia, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con la legge n.176/1991; per il testo completo, cfr. https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/documenti/Convenzione_diritti_infanzia_adolescenza_autorita.pdf . Sulla traduzione dall'originale inglese, appare opportuno sottolineare che il termine inglese "*child*" viene comunemente utilizzato per indicare sia i bambini che i fanciulli: la Convenzione ONU può quindi essere indicata come Convenzione sui diritti dell'Infanzia o Convenzione sui diritti dei bambini; ancora, come Convenzione sui diritti dei bambini e degli adolescenti o Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza; quest'ultima è la denominazione scelta dal Garante per l'Infanzia italiano, in considerazione delle diverse fasce d'età dei destinatari di età compresa tra 0 e 18 anni.

una sorta di "Carta fondamentale dei diritti del minore" caratterizzata da una rinnovata concezione del soggetto, non più destinatario unicamente di istanze di tutela, secondo un approccio da più parti definito "paternalistico", ma piuttosto titolare di una serie di situazioni giuridiche che affiancano alle libertà e diritti fondamentali propri di ogni persona umana anche specifiche situazioni collegate alla realtà ed alle dinamiche familiari[15]. Tra le disposizioni della Convenzione ricopre particolare valore l'art.12 in tema di autodeterminazione e partecipazione alle decisioni che lo riguardano[16]: si tratta di una importante inversione di rotta che permette di individuare una precisa promozione del soggetto minore, protagonista di dinamiche partecipative e non più mero riferimento di decisioni e scelte altrui. Sebbene nella Convenzione non sia presente la parola "sport", la pratica sportiva viene ricondotta all'ambito dei diritti garantiti dall'art. 31 ("1. Gli Stati riconoscono al fanciullo il diritto al riposo ed al tempo libero, a dedicarsi al gioco a ad attività ricreative proprie della sua età e a partecipare liberamente alla vita culturale ed artistica. 2. Gli Stati rispettano e favoriscono il diritto del fanciullo di partecipare pienamente alla vita culturale ed artistica e incoraggiano l'organizzazione, in condizioni di uguaglianza, di mezzi appropriati di divertimento e di attività ricreative, artistiche e culturali"). Il duplice livello della disposizione, che prevede al comma 1 il riconoscimento del diritto ed al comma 2 il medesimo diritto ma proposto in chiave di effettiva partecipazione, permette una interpretazione in termini di riconoscimento del diritto allo sport sia come attività libera attività di gioco che come attività regolata dall'ordinamento sportivo, inquadrata come attività ricreativa ma, per certi versi, riferibile anche alla vita culturale. Lo sport come attività realizzatrice della persona e fattore di sviluppo della personalità del minore trova nell'art.31 della Convenzione pieno riconoscimento anche in considerazione dei limiti che vengono posti (diritto al riposo e diritto ad attività consone all'età) e che servono da tutela contro eventuali situazioni di abuso e di strumentalizzazioni dell'attività sportiva che ne fanno non più un elemento di sviluppo ma piuttosto un rischio per la crescita equilibrata del minore.

L'attività sportiva ricondotta all'art.31 della Convenzione è una attività considerata nella sua essenza ed avulsa da ogni valutazione in termini economici

15 Rigazio, S.: *Autodeterminazione del minore, cit*., p. 18; l'autrice sottolinea come il mutamento di prospettiva dalla concezione paternalistica a quella che potremmo definire centripeta verso gli interessi ed i diritti del minore "si realizza, da un lato nel riconoscimento delle singole classiche libertà in tema di diritti fondamentali, attribuiti ad ogni essere umano dai trattati internazionali e qui adattate alla specifica situazione del minore, dall'altro nell'introduzione di una serie di diritti "nuovi" strettamente legati alla peculiarità della condizione minorile, all'interno ed all'esterno del nucleo familiare".

16 L'art. 12 recita: "1. Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. 2. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale." Anticipando quanto sarà oggetto di più approfondita analisi in seguito, può già anticiparsi come il legislatore della riforma abbia preso in considerazione non soltanto l'ascolto e l'opinione del minore, ma altresì il consenso del minore, che abbia raggiunto i 14 anni, ai fini della validità del tesseramento sportivo.

o di prestazione lavorativa: lo sport per i minori è una attività ludico-ricreativa e di crescita psico-fisica; tuttavia, proprio la previsione dei limiti risulta utile anche proprio per quelle ipotesi nelle quali l'attività sportiva del minore assume particolare rilievo e possa dare luogo a situazioni di sfruttamento od allenamenti eccessivi od ancora ingenerare ansie e timori in vista di un risultato (indicato ed atteso dagli adulti) che si rivelano negativi per il minore od ancora portare a relazioni distorte. Sotto quest'ultimo profilo, viene altresì in considerazione il successivo art. 34 che tutela i bambini contro ogni forma di sfruttamento ed abuso[17].

Diverse organizzazioni internazionali hanno elaborato documenti e dichiarazioni relative alla pratica sportiva dei minori ed ai diritti e le tutele connesse: di particolare la "Carta Internazionale per l'educazione fisica, l'attività fisica e lo sport" dell'UNESCO[18] che, all'art.1 non soltanto sancisce "il diritto fondamentale all'educazione fisica, all'attività fisica ed allo sport" per ogni essere umano, senza discriminazioni (comma 1[19]), ma specifica l'attenzione per i bambini in età prescolare (comma 3[20]) e per le bambine e le ragazze (comma 4[21]) e per l'inclusione dei programmi di educazione fisica nelle scuole (comma 7[22]).

17 L'art. 34 recita: "Gli Stati parti si impegnano a proteggere il fanciullo contro ogni forma di sfruttamento sessuale e di violenza sessuale. A tal fine, gli Stati adottano in particolare ogni adeguata misura a livello nazionale, bilaterale e multilaterale per impedire: a) che dei fanciulli siano incitati o costretti a dedicarsi ad una attività sessuale illegale; b) che dei fanciulli siano sfruttati a fini di prostituzione o di altre pratiche sessuali illegali; c) che dei fanciulli siano sfruttati ai fini della produzione di spettacoli o di materiale a carattere pornografico". Anche in questo caso, anticipando le considerazioni del successivo paragrafo 6, può evidenziarsi come il legislatore della riforma abbia inteso rafforzare la sicurezza dei minori che praticano sport, anche attraverso la creazione della nuova figura del "responsabile della sicurezza".

18 La Carta Internazionale per l'educazione fisica, l'attività fisica e lo sport è stata formulata per la prima volta nel 1978 e riproposta in una nuova versione, che ha recepito istanze e innovazioni, tra le quali proprio la tutela di genere e la maggior attenzione verso i minori e le altre categorie più deboli, nel 2015; per leggere il testo, nella traduzione italiana: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000235409_ita.

19 L'art.1 comma 1 recita: "Ogni essere umano ha il diritto fondamentale all'educazione fisica, all'attività fisica e allo sport, senza discriminazione sulla base di origine etnica, genere, orientamento sessuale, lingua, religione, opinione politica o di altra natura, origine nazionale o sociale, economica o qualsiasi altra base"; accanto al comma 1 appare opportuno richiamare altresì il comma 6 che proietta la pratica dell'attività fisica e sportiva nell'ambito della realizzazione umana e personale: "Ogni essere umano deve avere l'opportunità di raggiungere un livello di realizzazione corrispondente alle proprie potenzialità e interessi, attraverso l'educazione fisica, l'attività fisica e lo sport"

20 Il comma 3 prevede una attenzione particolare per alcune categorie che sono considerate portatrici di particolare vulnerabilità e che, in passato, sono state anche oggetto di discriminazione e preclusione dalla partecipazione alle attività sportive: "Opportunità inclusive, adattate e sicure di partecipazione all'educazione fisica, attività fisica e sport devono essere garantite a tutti gli esseri umani, in particolare i bambini in età prescolare, le donne e le ragazze, gli anziani, le persone con disabilità e le popolazioni indigene"; con riferimento ai bambini, la disposizione deve leggersi altresì alla luce del punto 9 del preambolo nel quale viene sottolineato come "l'esperienza di gioco precoce, con i genitori e con coloro che se ne prendono cura, e la partecipazione all' educazione fisica di qualità sono i punti di partenza essenziali per i bambini nell'apprendere le competenze, i comportamenti, i valori, le conoscenze, la comprensione e il piacere necessari per la partecipazione permanente all'attività fisica, allo sport e nella società in generale".

21 Una rafforzata considerazione dello sport femminile e la tutela delle pari opportunità per donne e ragazze costituisce una delle innovazioni del testo aggiornato nel 2015; sul punto, l'art.1 comma 4 recita: "Pari opportunità di partecipazione e coinvolgimento a tutti i livelli di supervisione e presa di decisione nell'educazione fisica, attività fisica e sport, a scopo sia di ricreazione, sia di promozione della salute o dell'alta prestazione, è un diritto di tutte le ragazze e ogni donna che deve essere attivamente rafforzato".

22 L'attenzione al sistema educativo ed alla presenza dell'educazione fisica nei programmi formativi delle scuole è oggetto dell'art.1 comma 7 ("Ogni sistema educativo deve assicurare la necessaria presenza ed importanza dell'educazione fisica, dell'attività fisica e dello sport, al fine di equilibrare e rafforzare i

Accanto alla Carta Internazionale per l'educazione fisica e lo sport, l'UNESCO ha promosso anche la "Carta dei diritti dei bambini nello Sport", un documento particolare che si colloca idealmente al crocevia tra ordinamenti, proiettandosi anche nell'ordinamento sportivo ed informando le attività dei settori giovanili delle FSN[23].

La "Carta dei diritti dei bambini nello Sport" riveste un ruolo particolare, poiché non si rivolge agli Stati, ma piuttosto agli interlocutori dei piccoli atleti (genitori, istruttori, insegnanti, dirigenti, società ed associazioni sportive) e riconosce una serie di "diritti" inerenti alla pratica sportiva, alle modalità di allenamento e riposo, agli ambienti ed alle condizioni della pratica sportiva, nonché alla tutela della salute e della personalità. I diversi punti della Carta declinano in chiave sportiva una serie di situazioni giuridiche di vantaggio del minore già presenti nelle legislazioni ordinarie e trovano una indubbia traduzione in termini di diritto positivo e di elaborazione giurisprudenziale[24]. Con riferimento alla realtà italiana, pur in assenza di una normativa specifica, la giurisprudenza ha garantito una efficace tutela all'attività sportiva del minore attraverso l'ordinaria disciplina codicistica in tema di responsabilità[25]; a titolo esemplificativo, il "diritto di beneficiare di un ambiente sano", il "diritto di praticare sport in assoluta sicurezza e salvaguardia della propria salute" ed il "diritto di essere circondato e preparato da personale qualificato" si traducono negli obblighi che gravano sull'organizzatore delle manifestazioni sportive e sul gestore delle attività sportive (sia esso sodalizio sportivo affiliato o meno ad una FSN, DSA o EPS) ed altresì sul gestore degli impianti, riconducibili, tra gli altri, agli artt. 1218, 2050 e 2051 cc.; il "diritto di seguire gli allenamenti adeguati ai giusti ritmi", il "diritto di partecipare a competizioni adeguate alle varie età" ed il "diritto di misurarsi con giovani in condizioni di parità" si traducono

legami tra l'attività fisica e le altre componenti dell'educazione. Si deve inoltre garantire che le lezioni di educazione fisica di qualità ed inclusive, preferibilmente su base giornaliera, siano intese come una parte obbligatoria dell'istruzione primaria e secondaria e che lo sport e l'attività fisica a scuola e in tutti gli altri canali delle istituzioni educative svolgano un ruolo fondamentale nelle routine quotidiane dei bambini e dei giovani") e costituisce poi oggetto di ulteriori disposizioni che evidenziano l'imprescindibilità dell'apporto delle attività fisiche e sportive alla formazione dei minori.

23 A titolo esemplificativo, può considerarsi la versione esplicata e commentata proposta dalla FIGC (https://www.figc.it/media/2350/carta_diritti_bambini_vs_20_3_2012.pdf) .

24 Offrono una panoramica delle principali elaborazioni sui diversi portati giuridici dell'attività sportiva, Frattarolo, V.: *L'ordinamento sportivo nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2005; Calciano, M.C.: *Diritto dello sport. Il sistema delle responsabilità nell'analisi giurisprudenziale,* Milano, 2010; elaborazioni giurisprudenziali ed analisi dei principali indirizzi della dottrina in Pittalis, M.: *Sport e Diritto*, WKI, Milano, 2019.

25 In argomento, nell'ambito di una vasta bibliografia, cfr. Liotta, G.: "La responsabilità civile nell'esercizio di attività sportive" in Santoro, L., Liotta, G.: *Lezioni di diritto sportivo*, Milano, Giuffrè 2020, p. 286; Pignalosa, M.P.: "La responsabilità civile nello sport", in AA. VV. *Diritto dello sport* (a cura di G. Cassano, A. Catricalà), Maggioli, Rimini, 2020, p. 304; Rende, F.: "La responsabilità degli istruttori sportivi", *Olympialex Review*, 1/2020, p.89; Pittalis, M.: *Sport e Diritto, cit*., p. 431 ("la responsabilità dell'organizzatore di eventi sportivi"), p. 483 ("la responsabilità del gestore di impianti sportivi"), p. 547 ("la responsabilità degli insegnanti e degli istruttori sportivi"); Valenza, C. A.: "La responsabilità civile dell'atleta e degli insegnanti e degli istruttori", Di Martino G.: "La responsabilità dell'organizzatore di eventi e del gestore di impianti sportivi", entrambi in AA. VV. *Diritto Privato dello Sport* (a cura di E. Battelli), Giappichelli, Torino p. 137 e p. 157; Di Ciommo, F., Viti, V.: "La responsabilità civile in ambito sportivo", in AA. VV. *Lineamenti di diritto sportivo* (a cura di L. Cantamessa, G.M. Riccio, G. Sciancalepore), Giuffrè, Milano, 2008, p.277.

negli obblighi di diligenza e protezione che gravano su istruttori ed allenatori e, più in generale, sui diversi soggetti preposti al settore tecnico e gestionale delle società ed associazioni sportive e che possono essere chiamati a rispondere in caso di scelte e decisioni che si rivelano penalizzanti o foriere di danno per i giovani atleti, riconducibili, principalmente, agli artt. 2048 e 2049cc.. Significativamente, l'ultimo punto della Carta sancisce il "diritto a non essere un campione" che, unitamente al "diritto di divertirsi e giocare" ed al "diritto di fare sport", possono ricondursi alla generale tutela dello sviluppo della personalità nel rispetto delle capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni del minore nonché alla tutela dell'autodeterminazione che si ritrovano nell'art.315 bis comma 1 e che saranno oggetto di considerazione nelle pagine seguenti.

III. DIMENSIONE EUROPEA DELLO SPORT E "DIRITTO ALLO SPORT" TRA ORDINAMENTO SPORTIVO ED ORDINAMENTI STATALI.

La Carta Olimpica proclama solennemente la qualifica della pratica sportiva come "diritto dell'uomo" affermando altresì che "ogni individuo deve avere la possibilità di praticare lo sport secondo le proprie esigenze"[26]. Se tale affermazione costituisce una invariante dell'ordinamento sportivo e trova declinazione nei diversi statuti dei Comitati Olimpici e delle Federazioni Sportive Internazionali e Nazionali, con riferimento agli ordinamenti statali il "diritto allo sport" come autonoma situazione giuridica rilevante e meritevole di tutela non gode di un riconoscimento univoco e generalizzato, ma sconta una frammentazione dovuta non soltanto alle diverse tradizioni ed esperienze giuridiche, ma altresì al diverso grado di autonomia riconosciuto all'ordinamento sportivo nazionale.

Limitando l'analisi ai soli Stati membri dell'UE, emergono significative differenze anche in riferimento alla presenza o meno dello sport nelle Costituzioni ed alle discipline statali in tema di ordinamento sportivo, nel rispetto del principio di autonomia e specificità dello stesso, ed in tema di rilevanza in sede civile e penale di attività e condotte correlate allo sport[27]. Nell'ambito di tali normative, peraltro, solo in anni recenti si sono registrati interventi specifici dedicati ai minori e questo può spiegarsi come riflesso del generale processo di avvalorazione del "*best interest of the child*" che ha caratterizzato gli ultimi decenni ed altresì come un

26 Il principio è enunciato al punto n.4 dei Principi Fondamentali: "The practice of sport is a human right. Every individual must have the possibility of practising sport, without discrimination of any kind and in the Olympic spirit, which requires mutual understanding with a spirit of friendship, solidarity, and fair play". Il testo della carta olimpica, nella versione in vigore dal 21.08.2021, è consultabile, nelle versioni inglese e spagnola, all'indirizzo: https://olympics.com/ioc/documents/international-olympic-committee/olympic-charter.

27 Una panoramica delle disposizioni in materia di sport presenti nelle Costituzioni degli Stati membri UE viene offerta da Lubrano, E.: "Il diritto allo sport", *cit*., p. 241; tra le Costituzioni indicate si ritrovano quelle di Spagna e Portogallo, che promuovono un diritto allo sport generalizzato ma altresì quelle di Croazia e Ungheria, che propongono un approccio centrato sull'attività sportiva come diritto alla salute.

recepimento di istanze di matrice sovranazionale, che rispecchiano il cd. "modello europeo di sport"[28], come emergente dalle dichiarazioni e dai provvedimenti dell'Unione.

Proprio nel corso degli ultimi decenni l'Unione Europea ha manifestato un crescente interesse nei confronti del fenomeno sportivo ed ha, in più riprese, promosso campagne di informazione e sensibilizzazione indirizzate ad affermare una cultura dello sport come volano di crescita sociale, inclusione e contrasto alle discriminazioni[29]. Dopo un primo approccio caratterizzato da una spiccata attenzione ai profili economici del fenomeno sportivo ed alla incidenza di alcune regolamentazioni sportive sulla disciplina della concorrenza e della libera circolazione dei lavoratori, si è assistito ad un significativo mutamento che è stato identificato in dottrina come "passaggio da un'Europa economica dello sport verso la costruzione di un'Europa sociale dello sport"[30].

Scorrendo le disposizioni del Trattato sul Funzionamento dell'Unione (TFUE), lo sport viene in considerazione già all'art.6 come uno dei settori nei quali l'azione dell'Unione deve indirizzarsi a sostenere, coordinare e completare l'azione degli Stati membri[31]; ed al riguardo, non è un caso che lo sport sia indicato, alla lettera e) accanto ad istruzione, formazione professionale e gioventù, proprio per evidenziarne le inferenze con lo sviluppo e la crescita dei giovani. Il successivo art.165 (ex art. 149 del TCE), nello specificare l'azione dell'UE nel settore indicato, prevede, al comma 1, una mission di carattere generale finalizzata alla promozione dello sport ("l'Unione contribuisce alla promozione dei profili europei dello sport, tenendo conto delle sue specificità, delle sue strutture fondate sul volontariato e della sua funzione sociale ed educativa") ed al comma 2, nell'ambito delle finalità delle azioni dell'Unione, attività di sviluppo delle attività sportive e di tutela degli sportivi, con particolare attenzione agli sportivi più giovani ("l'azione dell'Unione è intesa: (…) a sviluppare la dimensione europea dello sport, promuovendo l'equità e l'apertura nelle competizioni sportive e la cooperazione tra gli organismi

28 Pierini, M.: "L'autonomia del fenomeno sportivo nell'ordinamento repubblicano e dell'Unione Europea" e Bastianon, S.: "Il modello sportivo europeo e la condizione giuridica degli sportivi stranieri" in AA. VV. *Diritto dello sport, cit*., p.33 e p.191; Bastianon, S.: *L'Europa e lo sport. Profili giuridici, economici e sociali,* Giappichelli, Torino, 2016.

29 La funzione sociale dello sport costituisce uno dei motivi ispiratori del Libro Bianco sullo sport presentato dalla Commissione nel 2007, che ha costituito la prima iniziativa globale in tema di sport ed ha coinvolto i diversi protagonisti del mondo sportivo per fornire un orientamento strategico sul ruolo dello sport in Europa. Il testo completo, in lingua italiana, può leggersi all'indirizzo https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0391; per alcuni commenti, cfr. Marassi, S.: "Il dialogo sociale europeo in materia di sport*", Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 2011.

30 Digennaro S., Gasparini W.:"La costruzione di un'Europa sociale dello sport", *Rivista Trimestrale di Scienze dell'Amministrazione*, 2013, p. 27.

31 Valcada, M.: "L'Unione Europea e lo Sport", in Colantuoni, L.: *Diritto Sportivo* (II ed. a cura di Iudica, F.), Giappichelli, Torino, 2020, p. 11; Bastianon, S., Nascimbene B.: *Diritto europeo dello sport,* Giappichelli, Torino, 2011.

responsabili dello sport e proteggendo l'integrità fisica e morale degli sportivi, in particolare dei più giovani tra di essi").

Le affermazioni di principio contenute nel TFUE sono state più volte riprese in successivi atti e documenti, tra i quali appare opportuno ricordare le Risoluzioni del Consiglio dedicate al piano di lavoro dell'UE per lo sport che, con cadenza periodica, definiscono gli obiettivi guida, individuano le aree di interesse e di intervento, indicando strategie ed azioni, e rivolgono l'invito ad una partecipazione sinergica ai diversi soggetti quali: gli Stati membri, la Commissione UE, le Presidenze (di turno) del Consiglio nonché il Movimento Sportivo e, con una considerazione generica, "le altre parti interessate". Scorrendo il testo della più recente Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri "sul piano di lavoro dell'Unione europea per lo sport (1° gennaio 2021-30 giugno 2024)"[32] vengono in considerazione diversi ambiti che riflettono l'esigenza di promozione e tutela dei giovani atleti, dall'obiettivo primario della promozione dello sport per uno stile di vita attivo e rispettoso dell'ambiente, della coesione sociale e della cittadinanza attiva, a quello della tutela dell'integrità e dei valori dello sport (e del contrasto ad ogni forma di abuso) fino all'attuazione del capitolo Sport del programma Erasmus+. Sebbene non formalmente citate, è chiaro che sia la promozione della personalità dei minori attraverso l'attività sportiva che la tutela contro le discriminazioni veicolando i valori sportivi di inclusione rappresentino due invarianti dell'azione dell'Unione Europea[33]. Anche gli ordinamenti nazionali dei singoli Stati Membri UE hanno dedicato maggiore attenzione allo sport minorile ed in particolare può ricordarsi Germania e Francia siano state e sia tutt'ora in prima linea nel contrasto ai fenomeni di abuso e molestie in danno dei minori nel mondo sportivo o come la Spagna preveda, nella nuova disciplina in fase di discussione, specifiche disposizioni sullo sport per i minori con precisi obblighi di protezione a carico delle società sportive e degli enti dell'ordinamento sportivo.

IV. LA SITUAZIONE ITALIANA: LA TUTELA DELL'ATTIVITÀ SPORTIVA MINORILE TRA (PROPOSTA DI) MODIFICA DELLA COSTITUZIONE E RIFORMA DELL'ORDINAMENTO SPORTIVO.

Con riferimento all'Italia, l'attività sportiva viene tradizionalmente ricondotta al novero dei diritti fondamentali nell'ambito dell'art.2 Cost e, con riferimento ai minori, negli artt. 30-31 con riferimento all'ambito familiare ed al più generale obbligo di protezione dell'infanzia e della gioventù.

32 Il testo completo della Risoluzione 2020/C 419/01, può leggersi all'indirizzo https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:42020Y1204(01)&from=EN

33 Ripa, L.: "La tutela del giovane atleta nell'equilibrio tra specificità dello sport e diritto comunitario", *AJI*, 2015, p. 199.

L'assenza di ogni riferimento allo sport e delle attività sportive nel testo della Costituzione Repubblicana ha precise motivazioni e connotazioni storiche che, tuttavia, possono dirsi superate, soprattutto in riferimento alle istanze di riforma indirizzate ad inserire una disposizione che esalti il valore educativo e sociale dello sport. Dopo la riforma del titolo V e la considerazione incidentale dell'ordinamento sportivo come oggetto di legislazione concorrente nell'ambito del riparto di competenze tra Stato e Regioni, si sono succedute diverse proposte di modifica della Costituzione finalizzate all'inserimento di una apposita disposizione riguardante l'attività sportiva[34]. Ultimo in ordine di tempo ed attualmente in itinere, il disegno di legge costituzionale C3351[35], già approvato in prima lettura dai due rami del Parlamento nella primavera del 2022, contiene un unico articolo di modifica dell'art.33 con l'introduzione dell'ultimo comma che recita: "La Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme". La stessa scelta di inserire il nuovo comma nell'articolo dedicato alla libertà dell'arte e della scienza e del relativo insegnamento nonché delle norme generali sull'istruzione testimonia un preciso indirizzo del legislatore, inteso a valorizzare il valore educativo e formativo dello sport, implicitamente guardando alla funzione che esso svolge per la crescita delle nuove generazioni.

Del resto la prima (e fino ad ora unica) affermazione del diritto allo sport in termini di diritto positivo è riferita proprio ai minori ed è quella contenuta nella legge 205/2017, art.1 comma 369 laddove si ritrova, tra le finalità del "Fondo Unico a sostegno del potenziamento del movimento sportivo italiano", anche quella di: "garantire il diritto all'esercizio della pratica sportiva quale insopprimibile forma di svolgimento della personalità del minore, anche attraverso la realizzazione di campagne di sensibilizzazione".

A seguito di questa prima affermazione, anche la legge delega n.86/2019 ha previsto tra gli obiettivi la "tutela della salute e della sicurezza dei minori che svolgono attività sportiva, con la previsione di specifici adempimenti e obblighi informativi da parte delle società e delle associazioni sportive con le quali i medesimi svolgono attività" (art. 5, lett.d) ripresa poi tra le finalità del d.lgs. n.36/2021 nel "riconoscere e garantire il diritto alla pratica sportiva dei minori, anche attraverso il potenziamento delle strutture e delle attività scolastiche" (art.3 comma 2 lett. e) e nel "proteggere la salute e la sicurezza di coloro che partecipano ad attività sportive, in particolar modo i minori" (art.3 comma 2 lett. g). In particolare, è interessante notare come nel riferirsi alla pratica sportiva l'art.3

34 Tra le prime proposte possono ricordarsi quella avanzata nel 2009, durante la XVI legislatura, da parte dell'on Di Centa, e quella avanzata nel 2013, durante la XVII legislatura, dall'on. Vezzali; entrambe le proponenti sono ex atlete e nomi di spicco della storia dello sport italiano.

35 Il testo del DDL costituzionale C3351, con i link ai dossier ed alle documentazioni dei diversi passaggi in aula, può leggersi all'indirizzo https://www.sport.governo.it/it/sport-in-costituzione/presentazione.

comma 1 del d.lgs. n.36/2021 riprenda la formula di aperura della legge n. 91/81 (l'esercizio dell'attività sportiva, sia essa svolta in forma individuale o collettiva, sia in forma professionistica o dilettantistica, è libero) riferita a tutti gli sportivi, mentre successivamente, al comma 2 lett.e), si esprima in termini di diritto allo sport con riferimento unicamente ai minori.

La scelta del legislatore statale di non raggruppare in un apposito titolo la normativa in tema di sport minorile desta qualche perplessità poiché, di fatto, mantiene inalterata l'attuale situazione di frammentarietà del quadro normativo; guardando all'attuale situazione normativa italiana, a pochi mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. n.36/2021[36], sono solo pochi e frammentari gli indici di rilevanza normativa dello sport minorile: in particolare, possono ricordarsi la legge n. 91/81 (laddove viene considerata l'attività giovanile in relazione al premio di formazione) e la legge n. 376/2000 (laddove, in tema di doping, prevede la minore età del soggetto quale circostanza aggravante). La scarsa attenzione del legislatore statale per lo sport minorile si spiega tradizionalmente, come già detto, in virtù dell'implicita attribuzione della competenza dell'ordinamento sportivo e, specificamente, delle Federazioni Sportive Nazionali; tuttavia, tale competenza e le normative che ne derivano, spiegano il proprio ambito di operatività nell'ordinamento sportivo e nelle questioni ad esso riferibili. Resta quindi rimessa all'opera degli interpreti la soluzione di alcune criticità emerse nella prassi e determinate dall'intersezione tra normativa sportiva e normativa statale sui minori e che sono emerse negli ultimi decenni proprio sul portato della rinnovata considerazione del minore come baricentro degli interessi della famiglia e come soggetto portatore di un "*best interest*" la cui tutela e valorizzazione devono indirizzare tutte le decisioni che lo riguardano.

Guardando alla dimensione attuale dello sport minorile, le questioni emergenti sono diverse e complesse ed interessano differenti momenti della "vita sportiva" del minore: senza pretesa di esaustività, possono indicarsi le questioni relative all'acquisto della soggettività sportiva tramite il tesseramento; al passaggio alla maggiore età con le problematiche legate all'eventuale sussistenza del vincolo sportivo ed ai limiti in tema di autodeterminazione; alla tutela della istruzione e della formazione professionale, nella prospettiva dell'inserimento nel mondo del lavoro (cd. *dual career*); alla tutela dell'integrità fisica nella pratica sportiva, con i differenti profili di responsabilità per il danno procurato (o auto-procurato) o

36 Al momento della chiusura del presente contributo (22 ottobre 2022), la data di entrata in vigore del d.lgs. n.36/2021 è fissata al 1° gennaio 2023, tuttavia non mancano richieste, particolarmente da parte del mondo sportivo, indirizzate ad un ulteriore posticipo della data. Già in data 29.09.2022, pochi giorni dopo l'approvazione del cd. decreto correttivo, la FIP ha diramato un comunicato che esprime la preoccupazione per la tempistica (definita "assurda") che determinerebbe un intervento della riforma a metà della stagione sportiva con una riduzione dei tempi previsti e difficoltà di organizzazione e pianificazione per i club (la nota FIP può leggersi all'indirizzo https://www.fip.it/news.aspx?IDNews=14556). Sul punto si rinvia, altresì, alla successiva nota n.48.

subito in fase di attività o per i danni subiti a causa dello stato dell'impianto o per carenze dell'organizzatore; alla tutela contro le pratiche dopanti e illecite tese ad alterare la lealtà delle competizioni; alla considerazione del minore come prestatore di lavoro sportivo e parte di contratti ed accordi con sodalizi ed intermediari; alla tutela contro situazioni di abuso e molestie (anche) a sfondo sessuale; alla gestione dei diritti di immagine e, più in generale, allo sfruttamento economico della notorietà dell'atleta minore; all'utilizzo, da parte del minore stesso, della Rete ed in particolare dei social media anche solo per finalità comunicative e ludiche ed alle questioni correlate al trattamento ed alla tutela dei dati personali del minore.

La molteplicità delle questioni impone, ai fini dell'economia del presente contributo, la scelta di una tematica alla quale dedicare alcune riflessioni più analitiche; in considerazione sia degli interessi coinvolti che della funzione costitutiva della soggettività sportiva, la scelta è ricaduta sull'atto di tesseramento, che chiama in causa anche i diversi profili della capacità del minore e dell'esercizio della responsabilità genitoriale, inquadrandosi, quindi, anche nelle dinamiche dei rapporti genitoriali. Se, infatti, l'ordinamento statale riconosce il "diritto allo sport" per i minori, deve poi tutelarne e garantirne anche la possibilità di effettivo esercizio, sia come libera pratica sportiva che come partecipazione all'ordinamento sportivo.

V. IL TESSERAMENTO MINORILE.

Uno dei profili che maggiormente evidenzia l'intersezione tra norme sportive e norme statali è quello relativo al tesseramento dei minori[37] che, fino al 2016, non era stato mai oggetto di intervento del legislatore statale pur essendo stato oggetto, in diverse occasioni, di controversie devolute alle Corti di giustizia statali (oltre che a quelle sportive[38]).

Sul punto, appare opportuno ricordare, come obbligatoria premessa, che il tesseramento è l'atto formale con il quale la persona fisica acquista la qualifica di soggetto dell'ordinamento sportivo e che la normativa in tema

37 In argomento, cfr. Santoro, L.: "Il tesseramento minorile", in Liotta, G., Santoro, L.: *Lezioni diritto sportivo, cit*., p. 99; Rigazio, S.: *Autodeterminazione del minore, cit*., p. 91 (ma spec. p. 98 "l'atto di tesseramento: natura e contenuto"); Bacciardi, E.: "La tutela del minore", cit., p. 173.

38 In ordine alle questioni in tema di tesseramento, è opportuno richiamare quanto disposto dalla l. 280/2003 in tema di riparto di competenze tra sistema della giustizia statale e sistema della giustizia sportiva e, particolarmente, sulla competenza di quest'ultima per le questioni relative alla osservanza ed applicazione "delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni, al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive" (art.2 comma 1, lett.a). In particolare, diverse FSN annoverano, tra gli organi di giustizia, le "Commissioni Tesseramento" con specifica competenza determinata dalle Carte Federali e le cui decisioni sono poi ricorribili secondo quanto previsto dai Regolamenti/Codici di Giustizia. Per le questioni interne all'ordinamento sportivo, pertanto, non è dubbia la competenza degli organi del sistema della giustizia sportiva. Diversamente, per tutte le questioni che coinvolgono profili di responsabilità genitoriale e situazioni di conflitto tra i genitori o fra genitori e figli: in questo caso la normativa di riferimento, infatti, non è più solo quella delle Carte Federali, ma quella del libro I del Codice Civile e la competenza è, di conseguenza, quella del giudice ordinario.

di tesseramento costituisce, ratione materiae ed in rispetto del principio di autonomia dell'ordinamento sportivo, materia di competenza delle FSN, DSA ed EPS. Come può evincersi dalla lettura dell'art.31 comma 1 dello Statuto CONI, il tesseramento avviene presso una società od associazione sportiva affiliata presso una Federazione Sportiva Nazionale (o Disciplina Sportiva Associata o Ente Promozione Sportiva), tranne che per i casi particolari nei quali sia consentito il tesseramento individuale presso FSN, DSA o EPS.

Trattandosi di un atto formale dal quale derivano gli effetti propri della cd. soggettività sportiva, primi fra tutti il vincolo sportivo ed il vincolo di giustizia, il tesseramento richiede una (valida) manifestazione di volontà da parte del soggetto e la valida sottoscrizione dell'atto, generalmente contenuto in un modulo predisposto dall'ente dell'ordinamento sportivo. Tale modulo deve essere, appunto, sottoscritto, in modalità fisica o digitale, dal diretto interessato o, in caso di soggetto minore di età, dai genitori o da chi esercita la responsabilità genitoriale. Un primo rilevante profilo di inferenza con la normativa statale, pertanto, è quello relativo alla sottoscrizione del tesseramento da parte dei soggetti che esercitano la responsabilità genitoriale che richiama, peraltro, il diverso profilo della qualificazione del tesseramento minorile in termini di atto di ordinaria o atto di straordinaria amministrazione ai fini della applicabilità o meno dell'art. 320 cc.

Un secondo profilo di inferenza riguarda la clausola di cittadinanza presente nei moduli di tesseramento che, di fatto, preclude la possibilità di praticare l'attività sportiva ai minori stranieri presenti in Italia. Fino alla fine degli anni '10, in assenza di una normativa di carattere generale, le singole FSN avevano, anche in considerazione della sporadicità dei casi, adottato misure frammentarie tese a risolvere le questioni con graduali aperture verso i minori stranieri; tuttavia, proprio durante gli anni '10, l'esplodere della questione del cd. ius soli e del riconoscimento dei diritti dei minori stranieri presenti e cresciuti in Italia, ma privi di cittadinanza, ha portato all'attenzione anche la questione della pratica sportiva, determinando un primo intervento del legislatore statale con la legge n.12/2016 ed un successivo intervento integrativo con la legge n.205/2017, art. 1 comma 369.

Entrambi i profili indicati sono stati contemplati dal legislatore della riforma nell'art.16 del d.lgs. n.36/2021, rubricato, appunto, "Tesseramento degli atleti minori" con soluzioni che dovrebbero risolvere le criticità evidenziate nel corso degli anni e, al contempo, porsi nel solco della normativa codicistica in tema di esercizio della responsabilità genitoriale, autodeterminazione ed ascolto del minore.

Proprio per inquadrare al meglio le soluzioni proposte dall'art.16 del d.lgs. n.36/2021, appare opportuno ripercorrere le principali questioni relative alla sottoscrizione ed al tesseramento dei minori stranieri, anche alla luce di alcuni

recenti esiti giurisprudenziali ed in particolare di un provvedimento del gennaio del 2022, che ha richiamato, proprio in tema di tesseramento ed attività sportiva del minore, il principio del "best interest of the child" quale criterio di risoluzione della controversia proposta.

1. Pratica sportiva del minore, responsabilità genitoriale e "best interest of the child".

L'atto di tesseramento, come già anticipato, produce significativi effetti che si riflettono nella sfera giuridica del minore: l'acquisto della soggettività sportiva comporta, infatti, l'acquisto di diritti (ad es. in ordine alla pratica sportiva ma altresì alla vita associativa del sodalizio sportivo) ma altresì di doveri, primo fra tutti il rispetto delle norme dell'ordinamento sportivo, tra le quali quelle relative al vincolo sportivo ed al vincolo di giustizia.

Le norme relative alle modalità di tesseramento, alla durata dello stesso ed alle modalità di (eventuale) variazione di tesseramento nonché tutti i profili relativi a diritti ed obblighi del tesserato sono contenute nelle Carte Federali delle FSN e delle DSA; in tema di tesseramento, infatti, il CONI non detta alcune disciplina unitaria[39], ma rimette all'autonomia delle FSN e delle DSA la definizione dei criteri e modalità, come previsto all'art.17 dei "Principi Fondamentali degli Statuti delle Federazioni Sportive Nazionali e delle Discipline Sportive Associate" novellati nel 2018[40]. Scorrendo le normative federali emerge un quadro variegato e composito che si caratterizza per una marcata disomogeneità proprio in tema di sottoscrizione dei tesseramenti dei minori: a fronte di federazioni che richiedono espressamente la necessità della doppia sottoscrizione ed altre che richiedono la sottoscrizione di uno solo dei genitori, si ritrovano formule ambigue, talvolta ancora riferite alla potestà genitoriale.

Alla disomogeneità della disciplina sportiva deve sommarsi l'ulteriore criticità determinata dall'incertezza della dottrina sulla qualificazione del tesseramento in termini di atto di ordinaria o di straordinaria amministrazione, con conseguente incertezza sull'applicabilità dell'art. 320 cc. e sull'eventuale ricorso al giudice tutelare

39 Lo Statuto CONI contiene un riferimento alla disciplina dei tesseramenti all'art. 2 comma 4bis laddove indica, tra le funzioni di regolazione, quella di dettare principi ed emanare regolamenti "in tema di tesseramento e utilizzazione degli atleti di provenienza estera al fine di promuovere la competitività delle squadre nazionali, di salvaguardare il patrimonio sportivo nazionale e di tutelare i vivai giovanili".

40 L'art. 17, rubricato "Procedura di Tesseramento, affiliazione e riaffiliazione" recita: "1. Le Federazioni disciplinano negli Statuti i requisiti per il tesseramento, l'affiliazione o la riaffiliazione con modalità idonee a favorire la partecipazione e l'effettività dell'attività sportiva. Con lo scopo di favorire l'uniformità tra le procedure, ivi compresi i termini, le modalità di verifica dei requisiti e i controlli, la Giunta Nazionale del CONI emana ogni quadriennio un'apposita circolare. 2. I requisiti e le procedure per il tesseramento, l'affiliazione o la riaffilazione non possono essere modificati nell'ultimo anno del quadriennio olimpico". Il testo completo dei "Principi fondamentali degli statuti delle Federazioni Sportive Nazionali e delle Discipline Sportive Associate" nell'edizione aggiornata del 2018, è disponibile on line sub https://www.coni.it/images/1-Primo-Piano-2018/Principi_Fondamentali_Statuti_FSN_4-9-2018_approvati.pdf.

in caso di disaccordo[41]. Le controversie sul tema hanno determinato differenti esiti giurisprudenziali, sia da parte delle Corti statali che da parte delle Corti di giustizia (sportiva) federali, evidenziando la opportunità di un intervento risolutore delle incertezze interpretative[42]. In ambito federale, si sono registrati interventi indirizzati a modificare la disciplina per affermare la sufficienza della singola sottoscrizione mentre alcune federazioni hanno predisposto dei documenti aggiuntivi attraverso i quali il genitore unico firmatario attesta la impossibilità della sottoscrizione da parte dell'altro genitore, sollevando la Federazione da ogni possibile profilo di responsabilità al riguardo[43]. Proprio in relazione al profilo della responsabilità appare opportuno sottolineare nuovamente come, in considerazione dell'autonomia dell'ordinamento sportivo, in presenza di un regolamento federale che richieda la sottoscrizione da parte di un solo genitore, la società sportiva non sia tenuta ad acquisire informazioni sulla situazione familiare del minore e come, in caso di contestazione da parte dell'altro genitore, non sarà ravvisabile alcun profilo di invalidità dell'atto né alcuna responsabilità sportiva della società[44].

Con riferimento alla giustizia ordinaria, si è già detto che la materia del tesseramento minorile è stata oggetto di controversie devolute alle corti statali poiché vertenti sull'applicabilità o meno dell'art. 320 cc. e sulle conseguenze in termini di validità dell'atto e dei patti stipulati per la risoluzione dello stesso; in più di una occasione le Corti hanno basato la loro decisione sul profilo meramente patrimoniale dell'atto, parametrando la qualifica in termini di straordinaria amministrazione in ragione delle possibili ricadute patrimoniali dell'attività sportiva[45].

41 In argomento, particolarmente cfr. Bacciardi, E.: "La tutela del minore", cit., p. 178 (spec. "la sottoscrizione del modulo di tesseramento tra ordinaria e straordinaria amministrazione").

42 Pellacani, S.: "Le incertezze del tesseramento minorile", *Famiglia e diritto*, 2019, p. 635; l'autore offre una panoramica delle principali questioni dibattute in giurisprudenza, auspicando, nel rispetto del principio di autonomia dell'ordinamento sportivo, un intervento del legislatore sportivo finalizzato ad uniformare la normativa in tema di accesso all'attività sportiva valorizzando il profilo dell'autonomia e della capacità di discernimento proprio per "cogliere il rilievo della volontà dell'atleta minore per riconoscerne, ove se ne ravvisino le condizioni, la prevalenza rispetto anche ad altre posizioni, quali ad esempio quelle dei genitori e della società sportiva".

43 La FIGC ha individuato una distinzione tra tesseramento pluriennale e tesseramento annuale, mentre la FIP ha previsto la sottoscrizione di moduli accessori con funzione di esonero di responsabilità per la società sportiva.

44 Sul punto, nell'ambito di una copiosa giurisprudenza federale, può ricordarsi una recente decisione della Corte Federale d'Appello della FIGC che, in relazione ad una controversia vertente sulla validità di un tesseramento sottoscritto da un genitore e contestato dall'altro, abbia affermato: "il caso di un genitore che abbia richiesto il tesseramento del figlio minore per un anno senza averne facoltà, secondo il codice civile o un eventuale provvedimento dell'autorità giudiziaria, può dar luogo ad una eventuale responsabilità di tale genitore ai sensi dell'ordinamento statale ma non può impedire il tesseramento del minore secondo l'ordinamento sportivo né determinare una responsabilità disciplinare della società che lo ha tesserato in conformità al dettato dell'art. 39, comma 2, delle NOIF" (decisione 86/2021 del 23 marzo 2021)

45 Sul punto può ricordarsi la sentenza del Tribunale di Verbania del 14 aprile 2015, n. 233, nella quale viene espressamente indicata la natura di atto di straordinaria amministrazione del tesseramento del calciatore minorenne che importa vincolo pluriennale pur riconoscendosi la differenza tra prestazione sportiva nell'ambito di un rapporto di lavoro ed prestazione per attività ludico-ricreativa.

Del tutto peculiare appare, pertanto, la controversia sottoposta alla cognizione, in primo grado, del Tribunale di La Spezia e, successivamente, della Corte d'Appello di Genova che verte sul diniego di sottoscrizione del tesseramento da parte di uno dei genitori in funzione "punitiva" della condotta del figlio e sulla richiesta, da parte dell'altro genitore, di un provvedimento di autorizzazione al tesseramento con unica firma. In entrambi i gradi del giudizio di merito, le Corti hanno autorizzato il tesseramento ed in particolare la Corte d'Appello di Genova nel decreto 19.01.2022[46] ha assunto quale elemento fondante della decisione la tutela del "best interest of the child" ed il valore della pratica sportiva ai fini del corretto sviluppo della personalità. Il tesseramento minorile in questione era relativo ad una società sportiva dilettantistica affiliata alla FIGC (che richiede la doppia sottoscrizione) e l'opposizione del padre veniva giustificata sulla scorta di un presunto valore educativo del diniego alla pratica sportiva, inteso come punizione per le condotte che il minore, già sedicenne, manifestava nei confronti del genitore (condotte verbali ed in una sola occasione una presunta spinta); l'impedimento alla pratica sportiva veniva considerato dal padre una "misura opportuna al fine di farlo riflettere sulla propria condotta" a fronte della diversa rappresentazione dei fatti presentata dalla madre che non solo aveva evidenziato un benefico impatto della pratica sportiva sullo sviluppo psico-fisico del minore e sul positivo rendimento scolastico, ma altresì riteneva la privazione dello sport una misura eccessiva, ritenendo possibile l'adozione di "condotte più aderenti all'età del minore".

In entrambi i gradi del giudizio di merito, le Corti hanno correttamente inquadrato la pratica sportiva nell'ambito dello statuto dei diritti del minore e, prendendo le mosse dall'art. 315 c.c., hanno evidenziato quali situazioni rilevanti l'obbligo dei genitori di rispettare, nell'adempimento del proprio ufficio di responsabilità genitoriale, capacità, inclinazioni naturali ed ispirazione dei minori e, da parte dei figli, il dovere di rispettare i genitori. Nella valutazione della situazione prospettata, tuttavia, assume particolare rilievo proprio il valore della pratica sportiva e, ancora di più, della pratica di una attività sportiva di gruppo; nella motivazione del decreto della Corte di Appello di Genova viene espressamente richiamata l'esigenza di "tutelare il preminente interesse dei minori ad una crescita sana ed equilibrata" riconoscendo "l'importanza dello svolgimento dell'attività sportiva da parte del minore" sulla duplice considerazione della rispondenza dell'attività alle aspirazioni del minore (come testimoniato anche dagli anni di pregressa pratica della medesima attività sportiva) e del valore educativo della pratica sportiva "peraltro in una squadra, che impone il rispetto di regole di condotta nei confronti dei compagni e dell'allenatore". In relazione alle asserite condotte tenute nei confronti del genitore, i giudici della Corte d'Appello

46 Corte App. Genova, sez. III, 19.01.2022, inedita; sul punto sia consentito un ringraziamento all'avv. Francesco Rondini dell'Associazione Italiana Avvocati Sportivi.

sottolineano come un modello di comportamento volto a punizioni o restrizioni (peraltro non direttamente collegate alle mancanze stesse del minore) non appaia il più adeguato alla ricostruzione del rapporto genitoriale, dovendo invece preferirsi un modello basato sul confronto e sul coinvolgimento emotivo per la risoluzione delle cause che sono alla base dei conflitti.

Il decreto della Corte di Appello di Genova, pur ponendosi nel solco di alcune decisioni già assunte dalla giurisprudenza, appare rilevante proprio per la più matura considerazione del valore dell'attività sportiva e per il diretto richiamo al miglior interesse del minore come criterio di base per valutare il ruolo dello sport nello sviluppo psico-fisico del minore. La giurisprudenza degli ultimi anni, infatti, sia in sede di merito che di legittimità, in diverse occasioni ha richiamato il criterio della tutela del "miglior interesse del minore" per situazioni differenti ed eterogenee ma comunque riferibili allo sviluppo della personalità ed al corretto dispiegarsi del rapporto genitoriale.

2. L'intervento del legislatore della riforma: l'art.16 commi 1-2 del d.lgs. n.36/2021.

La questione relativa alla sottoscrizione dell'atto di tesseramento da parte dei genitori o altri soggetti esercenti la responsabilità genitoriale sembra aver trovato un nuovo equilibrio con la previsione dell'art.16 del d.lgs. n.36/2021[47]. La norma in questione, che dovrebbe entrare in vigore dal prossimo mese di gennaio 2023[48], opera una sintesi delle diverse questioni in tema di tesseramento di minori italiani e stranieri e prevede, per la prima volta in un testo di legge statale, un diretto collegamento tra la disciplina sportiva del tesseramento, lo statuto dei diritti del minore e la disciplina codicistica in tema di rapporto di filiazione. In particolare, l'art.16 comma 1 prevede che "la richiesta di tesseramento del minore deve essere presentata tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni e delle aspirazioni del minore" e che possa essere compiuta disgiuntamente da ciascun genitore "nel rispetto della responsabilità genitoriale"; in caso di disaccordo tra i genitori dovrà farsi riferimento a quanto previsto dall'art. 316 cc. ed in caso di crisi del rapporto tra i genitori dovrà aversi riguardo alle disposizioni degli artt. 337biscc e seguenti. Di particolare importanza appare altresì il comma 2, che prevede l'assenso del minore che abbia compiuto i 14 anni di età come elemento essenziale del tesseramento[49]:

47 Rigazio, S.: "Minori di età e formazione dei giovani atleti: storia di una riforma incompiuta", in *Commento alla riforma*, cit., p. 75; Rende, F.: "Riforma dell'ordinamento sportivo e protezione dell'interesse dei minori", *Rivista di diritto sportivo*, 2022, p. 21.

48 In data 28.09.2022 il Consiglio dei ministri ha approvato il decreto legislativo di modifica del d.lgs. n. 36/2021, indicato come "decreto correttivo" con significative modifiche, tra le altre, sia in tema di lavoro sportivo che di coordinamento con la riforma del terzo settore; stante l'assenza di modifiche in relazione all'art.51 del d.lgs. n.36/2021, viene mantenuta la data di entrata in vigore al 1° gennaio 2023.

49 L'innalzamento a 14 anni dell'età richiesta per la manifestazione del consenso costituisce una modifica apportate dal cd. decreto correttivo; in precedenza, infatti, l'età richiesta era fissata a 12 anni, età non ritenuta rispondente ad una "sufficiente maturità del minore" secondo quanto si legge nella relazione illustrativa ed è riportato nel dossier del servizio studi delle Camere (il dossier è consultabile all'indirizzo http://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/CU0294.pdf).

si tratta di un importante riconoscimento del ruolo dell'autodeterminazione del minore e del valore delle sue capacità di discernimento.

L'entrata in vigore del d.lgs. n.36/2021, peraltro, avrà l'indiscusso valore di richiamare le FSN e le DSA ad un'opera di adeguamento ed armonizzazione delle norme in tema di tesseramento minorile, con l'auspicio che tale prima opera di armonizzazione possa poi condurre ad una più completa ri-considerazione della condizione, delle tutele e dei diritti degli atleti minorenni.

3. Il tesseramento dei minori stranieri.

Anche con riferimento alla questione del tesseramento minorile degli stranieri presenti su territorio italiano il punto di partenza è stato la disorganicità delle disposizioni delle FSN e delle DSA in tema di tesseramento degli sportivi stranieri[50] che ha, conseguentemente, determinato possibili situazioni di discriminazioni per i minori stranieri presenti sul territorio italiano e preclusioni sulla possibilità di praticare la disciplina sportiva preferita. Il legislatore italiano è intervenuto una prima volta con la legge 20 gennaio 2016 n.12 (Disposizioni per favorire l'integrazione sociale dei minori stranieri residenti in Italia mediante l'ammissione nelle società sportive appartenenti alle federazioni nazionali, alle discipline associate o agli enti di promozione sportiva)[51] e successivamente con la legge n. 205/2017 che ha ampliato l'ambito di applicazione del tesseramento minorile per gli stranieri[52].

Il riconoscimento della possibilità di tesseramento anche per i minori presenti sul territorio italiano ma non in possesso di cittadinanza italiana costituisce una applicazione del principio di non discriminazione ed una garanzia del "diritto allo sport" per tutti i minori. La legge n. 12/20216, comunemente indicata come legge sul cd. "ius soli sportivo", ha avuto l'indiscusso merito di colmare una lacuna e porre un principio vincolante per tutte le FSN, DSA ed EPS seppur non è andata esente da critiche per la genericità, ed a volte mancata precisione, di alcuni passaggi che

50 La maggior parte delle FSN e DSA non contemplava, nelle Carte Federali, alcuna disposizione per il tesseramento di sportivi stranieri extra UE, riconoscendo il limite dettato dalla clausola di cittadinanza; solo in alcuni sporadici casi alcune FSN avevano varato disposizioni che equiparavano gli atleti (si pensi ai casi della Federazione Italiana Hockey e della Federazione Pugilistica Italiana).

51 Legge 20.01.2016, n.12, Disposizioni per favorire l'integrazione sociale dei minori stranieri residenti in Italia mediante l'ammissione nelle società sportive appartenenti alle federazioni nazionali, alle discipline associate o agli enti di promozione sportiva, in GU 01.02.2016, serie generale n.25; in argomento cfr. il Focus proposto dalla *Rivista di diritto sportivo* nel fascicolo 2/2016, pp. 215-280, con contributi di Vari, F.: "Profili costituzionali del cd. ius soli sportivo: il tesseramento dei minori stranieri tra disciplina legislativa e *drittwirkung* dei diritti fondamentali" (p. 215); Santoro, L.: "La legge 20 gennaio 2016, n.12: un'occasione perduta" (p. 228); Liotta, G,: "Il tesseramento nei rapporti tra ordinamento sportivo ed ordinamento statale" (p. 243); Dinelli, F.: "Tesseramento sportivo ed acquisto della cittadinanza italiana" (p. 254), Bastianon, S.: "Prime riflessioni sulla legge 20 gennaio 2016, n.12 e dintorni: tesseramento, vincolo e cittadinanza sportiva (con uno sguardo particolare al nuoto)" (p. 261).

52 Legge 27 dicembre 2017, n.205, cit; sulle aperture al cd. ius culturae sportivo, cfr. Santoro, L.: "Il tesseramento dei minori stranieri: il cd. ius soli sportivo", in G. Liotta, L. Santoro, *Lezioni di diritto sportivo*, cit., p. 107; sul punto, tuttavia, l'autrice esprime perplessità in ordine alla scelta del legislatore che non ha previsto un coordinamento tra le due discipline.

ingenerano dubbi. L'art.1 della legge n.12/2016, nella sua formulazione originaria, prevedeva che i minori stranieri regolarmente residenti in Italia almeno dal compimento del decimo anno di età potessero essere tesserati presso FSN, DSA ed EPS "con le stesse procedure previste per il tesseramento dei cittadini italiani", superando quindi il limite della clausola di cittadinanza che aveva determinato una serie di controversie e di interventi correttivi, seppur limitati, delle stesse FSN. Il successivo art.2 prevedeva altresì che il tesseramento rimanesse valido anche dopo il compimento del diciottesimo anno, "fino al completamento delle procedure per l'acquisizione della cittadinanza italiana da parte dei soggetti che, ricorrendone i presupposti di cui alla legge 5 febbraio 1992, n.91, hanno presentato tale richiesta. La formulazione dell'art. 1 comma 1 della legge n.12/2016 aveva ingenerato forti dubbi sia con riferimento alla scelta del limite temporale, dal momento che l'indicazione del decimo anno poteva apparire discriminatoria, sia con riferimento al requisito della "regolare residenza" che poneva più di un dubbio, soprattutto in considerazione delle situazioni dei minori migranti. Come osservato in dottrina, peraltro, anche la denominazione invalsa nella prassi, cioè legge sullo ius soli sportiva, appare fuorviante, dal momento che non viene in considerazione una modalità di acquisizione della cittadinanza, ma unicamente la possibilità di praticare l'attività sportiva e, quindi, realizzare un diritto riconosciuto al minore in quanto tale; l'acquisizione della cittadinanza che viene indicata al comma 2, infatti, è rimessa alla richiesta del soggetto ed alla presenza dei requisiti richiesti dalla legge n. 91/92: ai fini sportivi la cittadinanza indicata dall'art.2 indica unicamente il termine ultimo della proiezione di validità del tesseramento.

Le criticità esposte, soprattutto quelle in ordine all'età ed alla situazione giuridica dei minori stranieri, particolarmente i minori migranti, hanno determinato un primo intervento "integrativo" da parte del legislatore nazionale già con l'art. 1 comma 369 della legge n. 205/2017, che pone come unico requisito che il minore straniero sia iscritto "da almeno un anno a una qualsiasi classe dell'ordinamento scolastico italiano": viene così in considerazione una sorta di ius culturae sportivo che avrebbe dovuto, almeno nelle intenzioni, colmare le situazioni di discriminazione esistenti[53]. Ulteriore profilo di contrasto a possibili situazioni di diseguaglianza è, inoltre, l'aver reso esplicito il riferimento allo sport paralimpico ed alla possibilità di effettuare il tesseramento presso società ed associazioni sportive affiliate a FSN, DSA ed EPS "anche paralimpici"; sul punto appare opportuno sottolineare che la formulazione generica dell'art.1 della legge n.12/2016, permetteva di estendere la validità della norma anche al mondo paralimpico, tuttavia l'aver reso esplicito il

53 L'ultima parte del comma 369 recita: "Al fine di consentire il pieno ed effettivo esercizio del diritto alla pratica sportiva di cui alla lettera e), i minori cittadini di Paesi terzi, anche non in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno, laddove siano iscritti da almeno un anno a una qualsiasi classe dell'ordinamento scolastico italiano, possono essere tesserati presso società o associazioni affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate o agli enti di promozione sportiva, anche paralimpici, senza alcun aggravio rispetto a quanto previsto per i cittadini italiani".

riferimento costituisce un indice del riconosciuto valore dello sport paralimpico e del ruolo del CIP e degli enti che si occupano dello sport paralimpico.

La materia del tesseramento minorile degli stranieri non è interessata da alcuna modifica particolare nell'ambito della riforma: l'art.16 del d.lgs. n.36/2021, infatti, ripropone ai commi 3 e 4, la situazione esistente senza apportare alcun profilo innovativo, limitandosi a sintetizzare le due disposizioni eliminando quella che poteva apparire una duplicazione foriera di confusione[54]: il requisito per il tesseramento dei minori stranieri "anche non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno", è unicamente l'iscrizione da almeno un anno ad una qualsiasi classe dell'ordinamento scolastico italiano; per ogni altro profilo, il rinvio è alle stesse "procedure previste per il tesseramento dei cittadini italiani di cui ai commi 1 e 2". Sia consentita, sul punto, una considerazione a margine: la ripresa ed il consolidamento dell'approccio basato sul cd. ius culturae appaiono certamente un passo in avanti rispetto ai limiti previsti nella prima formulazione della legge n.12/2016, tuttavia a far data dal prossimo 1° gennaio, l'entrata in vigore del d.lgs. n.36/2021 continuerà a perpetrare una diseguaglianza, ponendo a carico dei minori stranieri il vincolo dell'iscrizione scolastica come accesso alla pratica sportiva; sebbene dal punto sostanziale, è chiaro che l'istruzione scolastica sia un elemento imprescindibile dello sviluppo e dell'educazione dei minori, tuttavia dal punto di vista formale il "diritto allo sport" dei minori stranieri risulta essere eguale a quello dei minori italiani quanto a titolarità, ma differente quanto ad esercizio, dal momento che finisce per presentarsi come una sorta di "diritto vincolato" ad un pre-requisito, non richiesto invece per i minori in possesso di cittadinanza italiana.

IV. ULTERIORI DISPOSIZIONI SULLO SPORT MINORILE NEL D.LGS. N.36/2021: FORMAZIONE E SICUREZZA DEI GIOVANI ATLETI.

La riforma dell'ordinamento sportivo avrebbe potuto costituire l'occasione per predisporre un corpus normativo organico indirizzato alla pratica sportiva minorile ed alla tutela degli sportivi più giovani; tuttavia, come già osservato, il legislatore ha optato per un approccio frammentario. In particolare, nel d.lgs. n.36/2021 (riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici nonché di lavoro sportivo) sono presenti disposizioni che guardano solo a tre aspetti: il tesseramento (art.16), la formazione dei giovani atleti (art.30) e sicurezza con la previsione di un "responsabile per la sicurezza" da parte delle società sportive (art.33). Un discorso a parte merita la tematica dell'abolizione del vincolo sportivo pur direttamente collegata, in dottrina, alla tutela dell'interesse

54 In questi termini Santoro, L.: "Il tesseramento di minori stranieri", cit., p. 107; l'autrice, infatti, aveva evidenziato come in fase di emanazione della legge n.205/2017, il legislatore non aveva effettuato "alcun coordinamento con la normativa sullo ius soli sportivo di cui alla legge n.12/2016, nonostante l'evidente coincidenza della materia".

del minore[55], nell'ottica dell'avvalorazione del principio di autodeterminazione; l'approfondimento della questione, tuttavia, esula dalle finalità del presente contributo.

Negli altri decreti attuativi si rinvengono alcuni episodici riferimenti ai minori, senza alcuna ottica di sistema, ma unicamente con riferimento ad espetti peculiari delle tematiche oggetto della normativa: in particolare, nel d.lgs. n.37/2021 (accesso ed esercizio della professione di agente), l'art.10, rubricato tutela dei minori, disciplina alcuni profili del rapporto di mandato sportivo tra agente ed atleta minore di età, individuando al comma 2 i requisiti di validità della sottoscrizione da parte dei genitori o degli esercenti la responsabilità genitoriale, ed al successivo comma 3, un principio di gratuità della prestazione dell'agente nei confronti dell'atleta minore, salva la possibilità di ricevere compensi da parte dei sodalizi sportivi[56]. Nel d.lgs. n.40/2021 (sicurezza nelle discipline invernali)[57] è presente solo un riferimento all'obbligo di indossare il casco per le persone minori degli anni 18 (art.17)[58], mentre per la discesa sulle piste non sono presenti riferimenti anagrafici ma unicamente riferimenti alle capacità degli sciatori (art.27). Rinviando per quanto concerne il tesseramento alle considerazioni già svolte nel paragrafo precedente, possono proporsi alcune brevi considerazioni sulle previsioni in tema di formazione e di sicurezza degli atleti minori.

1. La formazione dei giovani atleti.

Si è già visto come l'art.16 in materia di tesseramento minorile abbiano, almeno sulla carta, risolto alcune criticità emerse nella prassi; in relazione alle altre disposizioni dedicate ai minori, l'art.30 è dedicato alla formazione dei giovani atleti, riprendendo una tematica peraltro presente anche nell'art.29 dello Statuto CONI come obbligo a carico delle società ed associazioni sportive. Il tema della formazione è affrontato considerando sia il periodo concomitante con l'attività sportiva che quello successivo alla cessazione della stessa, per favorire l'accesso al mondo del lavoro e, proprio al fine di "garantire una crescita non solo sportiva ma educativa e culturale" ai giovani atleti, viene prevista la possibilità, per le società sportive, di stipulare contratti di apprendistato per la qualifica ed il diploma,

55 Rende, F.: "Prestazione sportiva, abolizione del vincolo e interesse del minore", in AA. VV. *Percorsi interdisciplinari, cit*., p.226. In termini generali, sull'abolizione del vincolo sportivo, cfr. altresì Indraccolo, E.: "Tesseramento e abolizione del vincolo sportivo", *Rassegna di diritto ed economia dello sport*, 2021, p. 282.

56 In argomento, cfr. Mauceri, T.: "Il rapporto tra l'atleta minore di età e l'agente sportivo", in AA. VV. *Percorsi interdisciplinari, cit*., p. 261.

57 Per un commento sul d.lgs. n.40/2021 cfr. AA. VV. *La nuova legislazione sulla sicurezza nelle discipline sportive invernali* (a cura di E. Ballardini, G. Cesari), Giuffrè, Milano, 2022; Pellacani, S.: "Nuove previsioni in tema di svolgimento degli sport invernali", in AA. VV. *Commento alla riforma, cit*., p.217; Campione, R.: "La disciplina delle attività sportive invernali dalla l. n. 363/2003 al d.lgs. 40/2021", *Rassegna di diritto ed economia dello sport*, 2021, p.388.

58 L'art.17 costituisce una delle innovazioni indirizzate a rafforzare la sicurezza sulle piste poiché innalza da 14 a 18 anni l'età per l'uso obbligatorio del casco

per il diploma di istruzione secondaria superiore e per le certificazioni tecniche superiori, nonché contratti di apprendistato di alta formazione e ricerca. In ottica universitaria, vengono altresì indicate le classi di laurea specifiche per la formazione degli sportivi, richiamando quanto già contenuto nelle linee guida europee in tema di dual career degli sportivi, e consolidando l'indirizzo già intrapreso dal CONI nella promozione della formazione universitaria degli atleti. Il raccordo con la normativa statale relativa al settore scolastico ed al settore universitario è rimesso ai successivi decreti di attuazione del d.lgs. n.36/2021, tuttavia è interessante evidenziare come la norma presenti un ambito di operatività ampio e possa realisticamente portare alla organizzazione di un sistema di formazione e promozione dell'inserimento lavorativo post-carriera degli atleti, colmando una lacuna tutt'ora esistente.

Ad ulteriore testimonianza della rilevanza della formazione dei giovani atleti, il comma VII prevede la possibilità di attingere, in ottica mutualistica, alla quota di introito della commercializzazione dei diritti televisivi che il d.lgs. n.9/2008 destina alla FIGC; tale quota, fissata nella misura del 10% del ricavato dalla vendita dei diritti delle competizioni facenti capo alla Lega di serie A (art. 22, commi 1 - 2) ed originariamente destinata allo sviluppo del settore giovanile della FIGC potrà, invece, essere rivolta anche a vantaggio delle altre FSN.

2. Salute e sicurezza dei giovani atleti.

L'art. 33, rubricato "Sicurezza dei lavoratori sportivi e dei minori" dedica gli ultimi due commi agli sportivi più giovani rinviando ad un successivo decreto la normativa di dettaglio in tema di "tutela della salute e della sicurezza dei minori che svolgono attività sportiva" (comma 6) e richiamando espressamente l'applicazione della Convenzione di Lanzarote contro abusi e sfruttamenti a sfondo sessuale dei minori (comma 7).

Preliminare ad una più dettagliata analisi delle citate disposizioni appare una considerazione di critica alla scelta del legislatore di non dedicare alla sicurezza dei minori una apposita disposizione normativa, "relegando" la questione agli ultimi due commi di una norma, l'art.33 appunto, che presenta una prima parte (commi 1-5) dedicati ai lavoratori ed una seconda (6-7) dedicati ai minori. L'ambito soggettivo di applicazione della norma, pertanto, risulta determinato, nella prima parte, da un requisito formale (cioè lo status di "lavoratore sportivo") mentre nella seconda solo da un requisito anagrafico (la minore età): difatti, sebbene il comma 6 presenti in incipit un riferimento all'applicazione della legge n. 977/1967 sull'impiego dei minori in attività lavorative di carattere sportivo, il decreto da emanarsi entro 12 mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. n.36/2021 non viene riferito solo al minore "lavoratore sportivo", ma in termini più generali, ai "minori che svolgono attività sportiva". La tutela della sicurezza viene quindi declinata secondo due basi soggettive di riferimento: i lavoratori sportivi ed i minori; ancora una volta,

emerge come sarebbe stato preferibile, per il legislatore della riforma scegliere una diversa organizzazione e dedicare un apposito titolo allo sport minorile, accorpando le diverse disposizioni.

La tutela di "salute e la sicurezza" dei minori che praticano l'attività sportiva costituisce oggetto di precisi obblighi delle società sportive, tra i quali figura, quale novità assoluta, la designazione di una nuova figura nell'organico delle organizzazioni sportive, cioè il "responsabile per la protezione dei minori" indicandone quali scopi principali la "lotta ad ogni tipo di abuso e di violenza" e "la protezione dell'integrità fisica e morale dei giovani sportivi". La questione appare di particolare e preoccupante attualità, sul portato di molteplici vicende che hanno evidenziato la presenza di situazioni di abuso e di molestie a sfondo sessuale anche nel mondo sportivo e che, proprio per la notorietà e l'eco mediatico di alcuni di essi[59], hanno permesso di portare la questione all'attenzione del legislatore sportivo e di quello statale. Il d.lgs. 36/2021, con la previsione di una forte tutela per la sicurezza dei giovani atleti e l'esplicito richiamo alle normative in tema di abuso sui minori rende testimonianza proprio della maturata consapevolezza in ordine alla diffusione e ai pericoli correlati alle situazioni di abuso a sfondo sessuale che nel mondo sportivo, come evidenziato dalla casistica, solo in pochissimi casi sfocia in situazioni di violenza, ma piuttosto determina situazioni di subornazione psicologica e di sfruttamento, da parte degli adulti, delle proprie posizioni (allenatore, dirigente, componente dello staff) per trasformare il rapporto di fiducia con l'atleta minore in una relazione distorta[60].

Il tema richiede una particolare attenzione ed è importante evidenziare che nell'attuazione concreta di questi indirizzi di tutela, rimessa all'emanando decreto previsto dal comma 6, non solo dovranno definirsi con puntualità e (possibilmente) senza lacune ruoli e funzioni del responsabile per la protezione dei minori, ma altresì creare un coordinamento con le discipline di prevenzione, accertamento e sanzione sia con riferimento alla disciplina sportiva che a quella statale[61]. La figura del responsabile della protezione dei minori, infatti, dovrà necessariamente porsi al crocevia di situazioni che interesseranno il diritto penale e il diritto sportivo federale, soprattutto in relazione ai profili qualificatori dell'illecito e alla

59 La più eclatante tra le vicende assurte agli onori delle cronache negli ultimi anni è quella che ha interessato il medico della federazione di ginnastica degli Stati Uniti (USA Gymnastics) e che ha visto coinvolte come vittime più di 500 giovani atlete, tra le quali molte atlete della rappresentativa olimpica e la stessa Simon Biles; purtroppo anche guardando alla realtà europea non sono mancati episodi che hanno coinvolto decine di giovani atleti.

60 Per una analisi dei fenomeni, con riferimento alla giurisprudenza penale e alle decisioni sportive più rilevanti, cfr. Grillo, R.: "Abusi sessuali e bullismo", cit., p. 52 ss.; di particolare interesse anche Betti, F.: *Violenza ed abusi nello sport*, Tesi di laurea vincitrice del premio RDES e pubblicata in RDES, 2020.

61 Tra le modifiche apportate dal cd. decreto correttivo, l'unica che riguarda l'art.33 prevede il coinvolgimento del Ministero della famiglia tra gli organi che concorrono alla definizione delle norme di dettaglio in materia di salute e sicurezza dei minori, accanto al Ministero del lavoro e delle politiche sociali e del Ministero della salute.

utilizzabilità del materiale probatorio nei due diversi processi, in sede penale ed in sede sportiva.

VII. NON PROPRIO UNA CONCLUSIONE…

Le considerazioni svolte hanno evidenziato la complessità sottesa al riconoscimento del diritto allo sport per i minori e, al contempo, il perdurare di una sorta di distratta e frammentaria attenzione sia da parte del legislatore statale che da parte del legislatore sportivo. La centralità del minore come soggetto di diritto e l'adozione del *best interest of child* come criterio primario anche da parte delle Corti di giustizia testimoniano un cambiamento rispetto alla passata concezione paternalistica ma devono altresì fungere da proiezione, quasi da "fuga in avanti" verso più attente e mature considerazioni delle dinamiche che coinvolgono i minori. L'ambito sportivo può e deve essere uno dei terreni d'elezione per questa emancipazione e promozione del minore e dei suoi diritti, intesi come situazioni concrete e non solo come mere affermazioni di principio.

In questo senso l'affermazione del diritto allo sport appare un buon primo passo ma di certo non un punto di arrivo per almeno due ordini di ragioni: da un lato, l'esistenza di una serie di vincoli all'esercizio della pratica sportiva e dall'altro la mancanza di una coordinata normativa di protezione contro le situazioni patologiche che possono compromettere l'equilibrio sviluppo della personalità. Una matura considerazione del diritto allo sport per i minori non può prescindere dalla consolidazione di un sistema integrato tra pratica sportiva, istruzione scolastica, formazione professionale ed accesso al mondo del lavoro: in questo senso la riforma ha posto dei primi tasselli che, tuttavia, dovranno essere resi operativi ed incrementati per poter dare risultati ottimali per i giovani atleti e le giovani atlete. Parimenti, la sicurezza della pratica sportiva non può limitarsi alla dimensione del gesto atletico e del rispetto delle regole, ma deve essere interpretata in senso omnicomprensivo della vicenda sportiva di ogni giovane atleta, comprendendo e tutelando soprattutto la dimensione di crescita interiore: l'attenzione al giovane atleta proiettato verso la dimensione lavorativa e verso il professionismo non deve portare a trascurare i tanti giovani atleti che si dedicano con passione e spirito olimpico alla pratica non agonistica ed alla promozione dei valori sociali dello sport.

La riforma dell'ordinamento sportivo faticosamente avviata in questi anni è stata definita da alcuni commentatori come "una riforma incompiuta" con riferimento allo sport minorile, lamentando non soltanto il mancato coinvolgimento del Garante dell'Infanzia, quale possibile interlocutore in tema di sicurezza, ma altresì la stessa assenza di ogni esplicito riferimento al principio del "*best interest*

of child"[62]. Di certo non può negarsi che, ed è stato già evidenziato, è stata una grande occasione perduta per ordinare a sistema le disposizioni in tema di sport minorile; proprio la riforma, tuttavia, può costituire tuttavia un punto di partenza per proiettare le istanze di avvalorazione del giovane atleta, inteso come figura esemplificativa ogni oltre possibile gender gap, sia nell'ordinamento statale che nell'ordinamento sportivo, per realizzare una sorta di circuito virtuoso volto allo sviluppo, ordinato ed armonico, della sua personalità.

62 Rigazio, S.: "Minori di età e formazione dei giovani atleti: storia di una riforma incompiuta", in *Commento alla riforma*, cit., p.91.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. *La nuova legislazione sulla sicurezza nelle discipline sportive invernali* (a cura di E. Ballardini, G. Cesari), Giuffrè, Milano, 2022.

AA. VV.: "Lo statuto dei diritti del figlio" in *La riforma della filiazione* (a cura di C. M. Bianca), WKI Cedam, Milano, 2015, pp. 55-166.

AA.VV.: "Nuovo Titolo IX del libro I rubricato "Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio"" in *Filiazione. Commentario al decreto attuativo* (a cura di M. Bianca), Giuffrè, Milano, 2014, p. 88-210.

Bacciardi, E.: "La tutela del minore nell'attività sportiva", in AA. VV., *Sport e ordinamenti giuridici* (a cura di L. Bruscuglia, R. Romboli), Pisa University Press, Pisa, 2009, pp. 173 ss.

Bastianon, S.: "Il modello sportivo europeo e la condizione giuridica degli sportivi stranieri" in AA. VV., *Diritto dello sport* (a cura di G. Cassano, A. Catricalà), Maggioli, Rimini, 2020, pp.191 ss.

Bastianon, S.: *L'Europa e lo sport. Profili giuridici, economici e sociali,* Giappichelli, Torino, 2016.

Bastianon, S.: "Prime riflessioni sulla legge 20 gennaio 2016, n.12 e dintorni: tesseramento, vincolo e cittadinanza sportiva (con uno sguardo particolare al nuoto)" *Rivista di diritto sportivo,* 2016, pp. 261.

Bastianon, S., Nascimbene B.: *Diritto europeo dello sport,* Giappichelli, Torino, 2011.

Bonini, F.: *Le istituzioni sportive italiane: storia e politica*, Giappichelli, Torino, 2006.

Busacca, A.: "Brevi note in tema di abusi a sfrondo sessuale nel mondo sportivo: verso una tutela (più effettiva) per gli atleti e le atlete più giovani?", *Olympialex Review*, 2020, pp. 70 ss.

Busacca, A.: "Parità di genere e non discriminazione delle donne nello sport" in AA. VV., *Uguaglianza uomo-donna storia di un'incompiuta* (a cura di C. Parrinello), ESI, Napoli, 2019, pp. 121 ss.

Calciano, M.C.: *Diritto dello sport. Il sistema delle responsabilità nell'analisi giurisprudenziale,* Milano, 2010.

Campione, R.: "La disciplina delle attività sportive invernali dalla l. n. 363/2003 al d.lgs. 40/2021", *Rassegna di diritto ed economia dello sport*, 2021, pp.388 ss.

Canella, M., Giuntini, S., Granata I.: *Donna e Sport*, FrancoAngeli, Milano, 2019

Dietschy P., Pivato S.: *Storia dello sport in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2019

Digennaro S., Gasparini W.:"La costruzione di un'Europa sociale dello sport", *Rivista Trimestrale di Scienze dell'Amministrazione*, 2013, pp. 27 ss.

Dinelli, F.: "Tesseramento sportivo ed acquisto della cittadinanza italiana", *Rivista di diritto sportivo,* 2016, pp. 254 ss.

Di Ciommo, F., Viti, V.: "La responsabilità civile in ambito sportivo", in AA. VV., *Lineamenti di diritto sportivo* (a cura di L. Cantamessa, G.M. Riccio, G. Sciancalepore), Giuffrè, Milano, 2008, pp. 277 ss.

Di Martino G.: "La responsabilità dell'organizzatore di eventi e del gestore di impianti sportivi", in AA. VV., *Diritto Privato dello Sport* (a cura di E. Battelli), Giappichelli, Torino pp. 157 ss.

Frattarolo, V.: *L'ordinamento sportivo nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2005.

Gorassini, A.: "La famiglia vista dal figlio", in AA. VV., *La famiglia all'imperfetto* (a cura di A. Busacca) ESI, Napoli, 2016, pp.31 ss.

Grillo, R.: "Abusi sessuali e bullismo nello sport", *Rivista di diritto ed economia dello sport*, 2020, pp.31 ss.

Indraccolo, E.: "Tesseramento e abolizione del vincolo sportivo", *Rassegna di diritto ed economia dello sport*, 2021, pp. 282 ss.

Indraccolo, E.: "Sport femminile e discriminazioni di genere: la riforma dello sport femminile in Italia", *AJI*, 2020, pp. 594 ss.

La Rosa, E.: "Diritti dei figli e responsabilità genitoriale nell'evoluzione della famiglia", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2020, pp. 919 ss.

Liotta, G.: "Il tesseramento nei rapporti tra ordinamento sportivo ed ordinamento statale", *Rivista di diritto sportivo,* 2016, pp. 243 ss.

Mancuso, C.: *Percorsi di storia ed antropologia dello sport,* Il Mulino, Bologna, 2022.

Mauceri, T.: "Il rapporto tra l'atleta minore di età e l'agente sportivo", in AA. VV., *Percorsi interdisciplinari in tema di rapporto obbligatorio. Atti delle giornate di studi* (a cura di G. Di Rosa, S. Longo, T. Mauceri), Giappichelli, Torino, 2021, pp. 261 ss.

Pellacani, S.: "Nuove previsioni in tema di svolgimento degli sport invernali", in AA. VV., *Commento alla riforma dello sport* (a cura di L. Santoro, G. Liotta), Palermo University Press, 2021, pp. 217 ss.

Pierini, M.: "L'autonomia del fenomeno sportivo nell'ordinamento repubblicano e dell'Unione Europea" in AA. VV., *Diritto dello sport* (a cura di G. Cassano, A. Catricalà), Maggioli, Rimini, 2020, pp. 33 ss.

Pignalosa, M.P.: "La responsabilità civile nello sport", in AA. VV., *Diritto dello sport* (a cura di G. Cassano, A. Catricalà), Maggioli, Rimini, 2020, pp. 304 ss.

Pittalis, M., "L'attuazione della legge delega 8 agosto 2019, n. 86 in tema di ordinamento sportivo, professioni sportive e semplificazione", *Corriere Giuridico*, 2021, pp. 737 ss.

Pittalis, M.: *Sport e Diritto*, WKI, Milano, 2019

Rende, F.: "Riforma dell'ordinamento sportivo e protezione dell'interesse dei minori", *Rivista di diritto sportivo*, 2022, pp. 21 ss.

Rende, F.: "Prestazione sportiva, abolizione del vincolo e interesse del minore", in AA. VV., *Percorsi interdisciplinari in tema di rapporto obbligatorio. Atti delle giornate di studi* (a cura di G. Di Rosa, S. Longo, T. Mauceri), Giappichelli, Torino, 2021, pp. 226 ss.

Rende, F.: "La responsabilità degli istruttori sportivi", *Olympialex Review*, 1/2020, pp. 89 ss.

Rigazio, S.: "Minori di età e formazione dei giovani atleti: storia di una riforma incompiuta", in AA. VV., *Commento alla riforma dello sport* (a cura di L. Santoro, G. Liotta), Palermo University Press, 2021, pp. 75 ss.

Rigazio, S.: *Autodeterminazione del minore ed attività sportiva*, Giappichelli, Torino, 2018.

Ripa, L.: "Riforma strutturale dello sport italiano: verso una nuova figura di lavoratore sportivo?", *Rassegna di diritto ed economia dello sport*, 2020, pp. 201 ss

Ripa, L.: "La tutela del giovane atleta nell'equilibrio tra specificità dello sport e diritto comunitario", *AJI*, 2015, pp. 199 ss.

Rodrigiez Ten, J., Milan Garrido, A.: *Regimen juridicos de los deportisas menores de etad*, Reus, Barcelona, 2020.

Santoro, L.: "La legge delega 86/2019 e le norme di attuazione: uno sguardo d'insieme", in AA. VV., *Commento alla riforma dello sport* (a cura di L. Santoro, G. Liotta), Palermo University Press, 2021, pp. 9 ss.

Santoro, L.: "La legge 20 gennaio 2016, n.12: un'occasione perduta", *Rivista di diritto sportivo,* 2016, pp. 228 ss.

Santoro, L., Liotta, G.: *Lezioni di diritto sportivo*, Milano, Giuffrè 2020.

Torrisi, A.: "Il calcio femminile nella recentissima riforma", in AA. VV., *Percorsi interdisciplinari in tema di rapporto obbligatorio. Atti delle giornate di studi* (a cura di G. Di Rosa, S. Longo, T. Mauceri), Giappichelli, Torino, 2021, pp. 277 ss.

Valcada, M.: "L'Unione Europea e lo Sport", in Colantuoni, L.: *Diritto Sportivo* (II ed. a cura di Iudica, F.), Giappichelli, Torino, 2020, pp. 11 ss.

Valenza, C. A.: "La responsabilità civile dell'atleta e degli insegnanti e degli istruttori", in AA.VV., *Diritto Privato dello Sport* (a cura di E. Battelli), Giappichelli, Torino pp. 137 ss.

Vari, F.: "Profili costituzionali del cd. ius soli sportivo: il tesseramento dei minori stranieri tra disciplina legislativa e *drittwirkung* dei diritti fondamentali", *Rivista di diritto sportivo,* 2016, pp. 215 ss.

EL INTERÉS DEL MENOR EN LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

THE INTEREST OF THE CHILD IN FAMILY REUNIFICATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1154-1175

Joel Harry
CLAVIJO
SUNTURA

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: El presente trabajo se encuentra orientado a realizar un estudio sobre el interés del menor en la reagrupación familiar. En ese marco, en la primera parte se realiza una exploración sobre el tema. Luego de ello, se analiza el factor migratorio y su relación con la reagrupación familiar. Posteriormente, se estudia la reagrupación familiar en la legislación. En cuanto al interés del menor, se analiza la unidad y la separación de los hijos. Asimismo, se estudia la preponderancia del factor económico frente al factor emocional en la aplicación de esta figura jurídica. Por su parte, se analiza la integración del menor en el país de acogida, para terminar con una serie de conclusiones y propuestas en función del tema estudiado. En lo que respecta a la metodología se ha recurrido a los métodos analítico, interpretativo y comparativo.

PALABRAS CLAVE: El interés del menor, la reagrupación familiar, país de origen, país de acogida.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to analyze the interest of the child in family reunification. After a brief general introduction to the subject, the present research work studies the migratory factor and its relationship with family reunification. Subsequently, family reunification in the legislation is analyzed. Regarding the interest of the child, the unity and separation of the children are studied. Likewise, the preponderance of the economic factor or the emotional factor in the application of this legal figure is analyzed. Likewise, the integration of the child in the host country is studied. Finally, it concludes with a series of conclusions base on the subject studied. For this purpose, both analytical, interpretative and comparative methods are used in this research paper.*

KEY WORDS: *Country of origin, family reunification, host country, the interest of the child.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL FACTOR MIGRATORIO Y LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR.- 1. El futuro de la Reagrupación Familiar.- III. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN.- 1. Directiva Europea sobre Reagrupación Familiar.- 2. Constitución española.- 3. Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996.- 4. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.- IV. LA UNIDAD O LA SEPARACIÓN DE LOS HIJOS.- V. EL FACTOR ECONÓMICO FRENTE AL FACTOR EMOCIONAL.- VI. LA INTEGRACIÓN DEL MENOR EN EL PAÍS DE ACOGIDA.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En primer término, resulta oportuno señalar que el derecho de reagrupación familiar consiste en la facultad que tienen los inmigrantes de traer a los integrantes de su estructura familiar al país receptor[1].

En ese sentido, la reagrupación familiar en mayor o menor medida es un tema de actualidad jurídica no solo debido al factor migratorio, sino también debido a temas conflictivos que se suscitan en diferentes Estados que se convierten en países emisores de personas que buscan emigrar a otros Estados, entre ellos a España[2].

En el proceso de reagrupación familiar la figura del menor adquiere especial relevancia, por cuanto, su movilidad se encuentra condicionada a la decisión de sus progenitores en primera instancia y luego supeditada a la autorización de los órganos administrativos en el país receptor.

En ese contexto, la desestructuración familiar al inicio del proceso de reagrupación familiar afecta principalmente a los hijos quienes se encuentran súbitamente en esta situación sin comprender el motivo real o la finalidad de la separación de sus progenitores. Esto, da lugar en el país de origen a la formación de una nueva estructura familiar atípica y temporal que genera una situación de

1 Canedo Arrillaga, Mª.: "La reagrupación familiar en los instrumentos familiares. La perspectiva del menor", en AA. VV.: *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho, IV jornadas sobre Derecho de los Menores* (coord. por E. Lázaro e I. Culebras), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2006, p. 390.

2 Según datos oficiales: a 31 de diciembre de 2020, del 100% de la población extranjera residente en España en régimen general según tipo de autorización, el 24% corresponde a solicitudes de reagrupación familiar, véase Observatorio Permanente de la Inmigración de la Secretaría General de Inclusión, *Estadística de residentes extranjeros en España*, Observatorio Permanente de la Inmigración, Madrid 2021, pp. 9 y 10. Este porcentaje a 31 de diciembre de 2021, ha sufrido una leve variación, toda vez que, del 100% de la población extranjera residente en España en régimen general según tipo de autorización, el 22% corresponde a solicitudes de reagrupación familiar, véase Observatorio Permanente de la Inmigración de la Secretaría General de Inclusión, *Estadística de residentes extranjeros en España*, Observatorio Permanente de la Inmigración, Madrid 2022, pp. 12 y 13.

• Joel Harry Clavijo Suntura
Profesor contratado Doctor. Universidad Isabel I de Burgos. E-mail: joelharry.clavijo@ui1.es

arraigo del menor con quien o quienes reemplazan la figura paterna o materna ausente. En esa línea, de forma correcta se afirma que el proceso de reagrupación familiar afecta a la estabilidad emocional de los hijos, toda vez que, en el país de origen el menor se separa de sus familiares o personas que se encargaban de cuidarlo y brindarle afecto y cariño durante la ausencia de sus progenitores[3]. Esto significa, que el estado emocional de los hijos se resquebraja primero cuando uno de los progenitores emigra al país de acogida, y luego cuando la reagrupación familiar se viabiliza, por cuanto, los hijos nuevamente deben afrontar la ruptura de su entorno familiar creado de forma provisional en el país de origen.

Por si no fuera poco, una vez que se concreta la reunificación de la familia en el país de acogida, el menor debe lidiar con un nuevo entorno. Es decir, nuevos amigos, nueva escuela, nueva vivienda y nuevo barrio, entre otros. En ese contexto, resulta importante la participación de los órganos administrativos en el país de acogida en el proceso de acompañamiento y guía al menor, especialmente en la primera etapa luego de consolidada la reagrupación familiar, con la finalidad de que su integración no sea traumática. Al respecto, conviene puntualizar que los hijos se encuentran en esta situación en la mayoría de los casos -por no decir en todos- por voluntad y deseo de sus progenitores[4].

En ese marco, la reagrupación familiar de los hijos no se limita a su integración al nuevo entorno familiar y social como menores de edad, por cuanto, una vez que cumplan la mayoría de edad formarán parte de la sociedad civil en el país de acogida como personas con capacidad plena de obrar[5].

En virtud de lo anterior, el desarrollo del presente trabajo se encuentra estructurado de la siguiente forma; en primer término, se analizará de forma concreta el factor migratorio y su relación con la reagrupación familiar, luego se estudiará la regulación de la reagrupación familiar en la legislación, posteriormente, se analizará si en interés del menor debe preponderar la unidad o la separación de los hijos, luego se examinará el factor económico y el factor emocional en la aplicación de esta figura jurídica, en la última parte se estudiará la integración del menor en el país de acogida, para concluir con una serie de conclusiones sobre el tema objeto de estudio.

3 Garabandal, Mª.: "Extranjería, infancia y nuevas formas de familia. Consecuencias en el sistema familiar", en AA. VV.: *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho, IV jornadas sobre Derecho de los Menores* (coord. por E. Lázaro e I. Culebras), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2006, pp. 365-388.

4 Delpino, Mª. A.: *La inserción de los adolescentes latinoamericanos en España. Algunas claves*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Observatorio de la Infancia, Madrid, 2007, p. 79.

5 Sobre el tema, el numeral 3 del art. 19 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, prevé que los hijos reagrupados podrán obtener una autorización de residencia independiente una vez que alcancen la mayoría de edad y cuenten con medios económicos suficientes para atender sus propias necesidades.

II. EL FACTOR MIGRATORIO Y LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR.

Sin duda, la figura jurídica de la reagrupación familiar se encuentra relacionada al factor migratorio, que da lugar a la formación de una familia transnacional que se caracteriza por la separación física de sus integrantes, el mantenimiento de vínculos afectivos y relaciones a distancia estables[6].

En ese sentido, se puede emigrar de forma voluntaria, o bien de forma obligada, este aspecto da lugar a un proceso de reagrupación familiar[7]. En función de las características que conllevan a la migración y la posterior reunificación de la familia en el país de acogida, consideramos que la reagrupación familiar se gesta de forma típica y atípica.

La reagrupación familiar típica comienza por la separación consensuada de sus integrantes debido principalmente a la situación económica inestable en el país de origen. En este supuesto, uno de los progenitores emigra con el argumento de que la desestructuración temporal de la familia es la mejor opción para el bienestar de sus integrantes.

En cambio, la reagrupación familiar atípica se encuentra relacionada, entre otras, a situaciones externas como conflictos bélicos, políticos y religiosos que obligan a sus integrantes a separarse. Por su parte, existen situaciones internas denominadas problemáticas familiares multicausales que comprenden conflictos de pareja o del grupo familiar de convivencia, casos de violencia de género, o bien de drogodependencia[8].

En estos casos, los progenitores no tienen la oportunidad de consentir, sino que se encuentran obligados a dejar su país de origen, inclusive en determinados supuestos deben dejar su fuente laboral, o bien renunciar al ejercicio de su profesión, por cuanto, su integridad personal corre riesgo.

6 Blanco Fernández, C.: "Familias transnacionales y derechos humanos. Reflexiones sobre el derecho a la reagrupación familiar en España", *Revista de Deusto de Derechos Humanos,* 2016, núm. 1, pp. 77-104. p. 81. Al respecto, bien se afirma que la reagrupación familiar constituye una especie dentro del género de la migración familiar que comprende diversos tipos de procesos migratorios que se encuentran relacionados con la familia, García López, Mª. E.: *El derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros procedentes de terceros países,* Universidad de Salamanca, 2012, p. 685.

7 Al respecto, cabe señalar que la aplicación de la reagrupación familiar en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sufrido un proceso de evolución desde la década de los años 80, que se divide en 3 etapas; la primera etapa, se caracteriza por ser de carácter restrictivo, la segunda etapa, tiene un tenor progresista, activista y humanitario con tendencia liberal que prepondera el interés del menor, y la tercera etapa, sigue una tendencia de corte rupturista que consiste en priorizar el interés del menor por sobre la situación ilegal del reagrupante, García López, Mª. E.: *El derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros procedentes de terceros países,* cit., pp. 691 - 697.

8 Véase Novales Casado, A.: "La reintegración de menores en las familias inmigrantes. Riesgos y necesidades de los menores inmigrantes reagrupados", *Revista Cuadernos de Trabajo Social,* 2015, núm. 2, pp. 237 y 238.

En ambos tipos de reagrupación familiar, en mayor grado son los hijos quienes resultan ser los principales afectados por la desestructuración temporal de la familia. En ese sentido, conviene puntualizar que la reagrupación familiar si bien es un derecho que los emigrantes tienen, no siempre concluye de forma positiva con la reagrupación total de todos los integrantes del núcleo familiar -cónyuge e hijos-, sino que en algunos supuestos los cónyuges rompen su vínculo matrimonial[9]. Estos casos, dan lugar a la reagrupación familiar parcial que comprende únicamente a los hijos menores de edad, quienes deben asimilar la desestructuración definitiva de su familia formada en su país de origen.

En ese sentido, la STS 11 de noviembre 2010, se pronuncia a favor de la reagrupación familiar parcial de la hija del reagrupante de 4 años, por cuanto la progenitora que se encuentra en el país de origen ha contraído nuevamente matrimonio[10].

1. El futuro de la Reagrupación Familiar.

La figura jurídica de la reagrupación familiar tal como se ha evidenciado en el epígrafe anterior se encuentra relacionada a la movilidad internacional de las personas. En ese sentido, la migración es un fenómeno constante, que dependiendo de la situación concreta de uno o varios países se convierten en potenciales emisores de personas que luego en el país de acogida solicitarán la reagrupación familiar de su cónyuge e hijos principalmente.

Esto significa, que en mayor o menor grado en función de las olas migratorias la reagrupación familiar es un fenómeno latente en los países de acogida. Al respecto, cabe señalar que al ser un derecho para todas las personas de origen extranjero, una vez que se viabilice la reagrupación de la familia, los reagrupados comparten los mismos espacios con la sociedad nativa del país de acogida, por lo que, resulta importante fomentar la integración de los reagrupados, con la finalidad de evitar la creación de grupos o guetos que tiendan a desestabilizar la armonía en la sociedad civil del país de acogida.

En el ámbito concreto de los menores de edad reagrupados, consideramos que es de suma importancia que asimilen el modelo educativo en el país de acogida. En esa línea, es recomendable que reciban reforzamiento y apoyo escolar, con el objetivo de que a futuro adquieran una formación universitaria o profesional. De esta forma, se fomentará su ingreso al mercado laboral, en lugar de convertirse

9 Al respecto, existen supuestos en los cuales la cónyuge a ser reagrupada no formaba parte inicialmente de la estructura familiar, sino que anteriormente tenía otro vínculo matrimonial, disuelto al momento de haber iniciado el reagrupante la solicitud de reagrupación familiar, véase STS 25 abril 2022 (Rec. 3115/2021).

10 Véase STS 11 noviembre 2010 (Rec. 5236/2007).

en potenciales desempleados que se acojan a subsidios por desempleo, o bien a determinadas ayudades estatales de supervivencia.

Por este motivo, el legislador establece que antes de conceder la autorización de reagrupación familiar, el reagrupante debe demostrar que tiene capacidad económica para solventar el mantenimiento de los integrantes de su familia (aspecto que se desarrolla en el epígrafe V del presente trabajo). Sin embargo, hay que resaltar que la naturaleza de la reagrupación familiar se fundamenta en el ámbito afectivo y emocional entre sus integrantes.

Otro aspecto a tomar en cuenta a futuro es la movilidad de la familia reagrupada al interior de los países que forman parte de la Unión Europea, esto, debido a motivos laborales, en ese sentido, conviene preguntarse si es factible emocionalmente la movilidad de los familiares que han sido recientemente reagrupados a un nuevo de país de acogida. Al respecto, consideramos que si bien el factor laboral por su connotación económica es relevante, en este caso los menores son los más afectados, porque nuevamente deben cambiar de entorno a otro país de acogida.

III. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN.

1. Directiva Europea sobre Reagrupación Familiar.

El principal instrumento en los países que forman parte de la Unión Europea es la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar[11].

En cuanto a su contenido, conviene resaltar el inciso d) del art. 2, que hace referencia a la entrada y posterior residencia en un Estado, que forma parte de los países de la Unión Europea, por parte de los integrantes de una familia de un nacional de un tercer país que resida legalmente en el citado Estado con el objetivo de conservar la unidad familiar.

Al respecto, se debe señalar que el artículo en cuestión no hace alusión a la reagrupación familiar, sino a la unidad familiar. En ese sentido, consideramos

11 En el ámbito europeo como antecedentes se debe tomar en cuenta los arts. 8, 10 y 12 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Los arts. 14, 16 y 19 de la Carta Social Europea de Turín de 18 de octubre de 1961. El art. 12 del Convenio Europeo relativo al Estatuto del trabajador Inmigrante, de 24 de noviembre de 1977. Y los arts. 7, 9, 24 y 37 de la Carta de Derechos Fundamentales del Parlamento Europeo, de 7 de diciembre de 2000. Por su parte, en el contexto internacional, se debe resaltar la importancia del art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948. Igualmente, los arts. 17, 23 y 24 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1966 y los arts. 10 y 11 del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Así como la Convención Internacional sobre Protección de los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General de la ONU, el 18 de diciembre de 1990, que se encuentra en vigor desde el primero de julio de 2003.

que hubiera sido conveniente hacer referencia expresa a la figura jurídica de la reagrupación familiar, en virtud de la denominación de esta Directiva, toda vez que, la unidad como tal de la familia se prepondera en todos los ámbitos que tienen relación con la protección de la familia.

En cuanto al interés del menor en la reagrupación familiar, los incisos b), c) y d) del numeral 1 del art. 4, regulan diferentes supuestos en los cuales el menor puede ser reagrupado.

El inciso b) de forma concreta establece que podrán ser reagrupados:

"los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos en virtud de una resolución adoptada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate o de una resolución ejecutiva en virtud de obligaciones internacionales en dicho Estado miembro o que debe reconocerse de conformidad con las obligaciones internacionales".

De la redacción de este inciso, se debe resaltar el hecho de que se protege a todos los hijos menores de edad, de forma extensiva incluye a los hijos adoptivos previo cumplimiento de determinados requisitos. Sobre el tema, conviene señalar que hubiera sido preferible no hacer distinción entre hijos consanguíneos e hijos adoptivos, toda vez que, desde el momento en que se produce la adopción irrevocable los hijos adoptivos tienen los mismos derechos. No obstante, asumimos que el legislador condiciona la reagrupación de los hijos adoptivos al cumplimiento de requisitos puntuales, con la finalidad de evitar que se recurra a esta opción con fines fraudulentos, por ejemplo, que no se respete la diferencia de edad establecida en el Código Civil y que bajo la figura jurídica de la adopción monoparental se pretenda encubrir por parte del reagrupante la reagrupación de su pareja y no de su hijo adoptivo[12].

El inciso c) prevé que se podrá reagrupar a:

"los hijos menores, incluidos los adoptivos, del reagrupante, cuando tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento".

Al respecto, se debe resaltar que esta regulación se encuentra prevista en favor de los hijos de una familia desestructurada, motivo por el cual, se prepondera el interés del menor. No obstante, se observa lo siguiente, es probable que el cónyuge reagrupante haya tenido el derecho de custodia antes de emigrar al país receptor.

12 Sobre el tema, el numeral 1 del art. 175 del Código Civil, establece que la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptando debe ser al menos de 17 años.

Sin embargo, una vez que deja el país emisor la custodia de los hijos queda de facto en favor del progenitor que se queda en el país emisor, o bien de terceras personas, por lo que, la custodia legal de los hijos concedida por un Juez se queda vacía de contenido. Aunque también es probable que el progenitor que se queda en el país emisor solicite la asignación legal de la custodia. En este supuesto, asumimos que progenitor beneficiado con la custodia en el país de origen, no otorgará su consentimiento para que el menor se reúna con el progenitor reagrupante en el país de acogida, por lo que, la solicitud de reagrupación familiar será denegada.

Por su parte, en los supuestos de vigencia de la custodia compartida su aplicación se condiciona a la regulación de esta figura jurídica en el país de origen del reagrupante que pretenda solicitar la reagrupación de sus hijos.

Sobre el tema, el legislador con el objetivo de viabilizar la solicitud de la reagrupación familiar condiciona su concesión al consentimiento del otro progenitor. Es decir, de quien permanece en el país emisor, de esta forma, se pretende satisfacer el interés de los hijos siempre que ambos progenitores otorguen su consentimiento. En esa línea, se pronuncia la STS 25 noviembre 2015, que no cuestiona la autorización del padre del menor para que venga a vivir a España con su progenitora[13].

El inciso d) regula que pueden ser reagrupados:

"los hijos menores, incluidos los hijos adoptivos, del cónyuge, cuando éste tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento".

La regulación de este inciso resulta similar a la prevista en el inciso c) de este artículo, con la única diferencia que comprende a los hijos adoptivos del cónyuge reagrupante. Por lo que, tanto en el inciso c) como el inciso d), el legislador prepondera el interés del menor independientemente de si son hijos adoptivos del progenitor reagrupante, o bien de su cónyuge. En esa línea, los hijos son iguales ante la ley con independencia de su filiación tal como lo establece el numeral 2 del art. 39 de la Constitución española.

2. Constitución española.

En cuanto a la protección del menor en sentido amplio como parte de la estructura familiar, se debe hacer referencia al numeral 1 del art. 18, que prevé que se garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar. Al respecto, la condición

13 Véase STS 25 noviembre 2015 (Rec. 386/2015).

"sine qua non" para que se cumpla esta regulación se condiciona a la presencia física del menor en la estructura familiar que puede darse en dos supuestos; primero, cuando todos los integrantes de la familia sean reagrupados, y segundo, cuando únicamente los menores sean reagrupados por el reagrupante en el país de acogida, aunque en este segundo supuesto estamos ante una reagrupación parcial de la familia.

Por su parte, el numeral 1 del art. 39, establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Asimismo, el numeral 2 prevé que los poderes públicos, aseguran la protección integral de los hijos. Asimismo, el numeral 3 establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad. Por último, el numeral 4 prevé que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Sobre el tema, se afirma que esta regulación en sentido amplio sobre la familia y sobre el menor permite al reagrupante solicitar la reagrupación de la familia[14]. En efecto, la redacción de este artículo únicamente es asimilable en sentido amplio, toda vez que, no se hace mención expresa a la figura jurídica de la reagrupación familiar. No obstante, prevé que los poderes públicos tienen la obligación de velar por la protección de los hijos durante su minoría de edad como parte de la estructura familiar.

Igualmente, de la redacción de estos incisos, vemos que en función de los numerales 2 y 3, el legislador precautela la protección del menor, tanto por parte de los órganos administrativos como por parte de los progenitores. En cambio, el numeral 4 refuerza la protección de los hijos con los instrumentos internacionales sobre el tema que ha ratificado España. Al respecto, el numeral 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, establece que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial que se debe seguir en todas las medidas que comprendan a los niños.

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

En primer término, en función del tema objeto de estudio debemos remitirnos al inciso b) del numeral 2 del artículo 11, que prevé el mantenimiento de su familia de origen y al inciso c) del numeral 2 que hace referencia a su integración familiar y social[15]. Por su parte, se prepondera el interés superior del menor, en el numeral 1 del artículo 2, así como en el inciso a) del numeral 2 del artículo 11.

14 Vargas Gómez, Mª.: *La reagrupación familiar de los extranjeros en España: normas de extranjería y problemas de derecho aplicable*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2006, p. 123. Al respecto, se afirma también que en cuanto a su encaje constitucional el art. 39 es el que más se ajusta, véase Pardo Arza, S.: "La configuración del derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros procedentes de terceros Estados", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2017, núm. 36, p. 328.

15 En la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en el numeral 1 del artículo 8, se establece que los Estados Partes se comprometen a respetar las relaciones familiares de los niños. A su vez, en

En virtud de ello, el interés de los hijos se concretará en función de la modalidad de reagrupación familiar a adoptarse. En el supuesto de la reagrupación total de los miembros de la estructura familiar es viable el mantenimiento de la familia de origen en el país de acogida. En ese contexto, de forma "a posteriori" una vez que la familia se ha reunificado, se debe promover la reintegración del menor a su familia de origen desestructurada temporalmente, así como su integración al nuevo entorno social que comprende principalmente el sistema educativo.

En cambio, en los procesos de reagrupación parcial o sucesiva de sus miembros el mantenimiento de la familia de origen se convierte en un concepto jurídico indeterminado de contenido abierto, porque de acuerdo a las circunstancias de un caso concreto, el interés de los hijos se puede determinar manteniendo la estructura familiar parcial en el país de origen, o bien priorizando el vínculo familiar en el país de acogida.

4. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

La reagrupación familiar se encuentra comprendida en los artículos 16 a 19, regulación que comprende el derecho a la intimidad, los familiares reagrupables, los requisitos, el procedimiento, así como los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales[16]. En ese marco, analizaremos la regulación normativa sobre esta figura jurídica en función del interés del menor.

El artículo 16 que comprende el derecho a la intimidad familiar, en el numeral 1 establece que los extranjeros que residen en España tienen derecho a la vida e intimidad familiar. Asimismo, el numeral 2 del citado artículo remite al artículo 17, que clasifica a los miembros de la familia que pueden ser beneficiados con la reagrupación familiar. En esa línea, conviene resaltar los incisos a), b) y c) del numeral 1 que comprende al cónyuge, a los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados siempre que sean menores de 18 años o personas con discapacidad que debido a su estado de salud no sean capaces de proveer a sus propias necesidades, así como a los menores de 18 años y a los mayores de edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades por su estado de salud.

el numeral 1 del artículo 10, con relación a la reunión de la familia prevé que los Estados Partes deben atender la solicitud realizada por el progenitor de forma humanitaria, positiva y expeditiva. Igualmente, en sentido amplio conviene hacer mención al numeral 4 del art. 19 bis, de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que establece que cuando se proceda a la reunificación familiar, la entidad pública debe realizar un proceso de seguimiento posterior a la familia del menor. Aunque esta regulación se encuentra orientada en función de la guarda y tutela.

16 En el análisis se incluyen los cambios implementados en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Al respecto, conviene resaltar que esta regulación no comprende la definición ni el alcance de la figura jurídica de la reagrupación familiar[17]. Igualmente, resulta oportuno observar que, si bien la denominación aborda el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar, nos encontramos ante una concepción de familia en sentido amplio que no prepondera la unidad familiar, porque al no existir una prohibición expresa es factible reagrupar a determinados integrantes de la estructura familiar en el país de origen[18]. En función de ello, se tienen los siguientes supuestos:

La reagrupación familiar total o estricta implica la reagrupación de la totalidad de sus miembros en el país de acogida, aspecto que será más factible en los casos en los cuales la estructura familiar solo tiene 1 o 2 hijos.

La reagrupación familiar parcial implica únicamente la reagrupación de los hijos, debido a que los progenitores ya se encontraban divorciados en el país de origen, o bien se divorcian durante el periplo migratorio, en cuyo caso los menores se quedan en el país de origen con uno de los progenitores, o bien son los abuelos maternos o paternos quienes se encuentran a cargo de sus nietos. Esto, debido que los progenitores ya divorciados rehacen su vida sentimental con otra persona. En el supuesto de que esto ocurra en el país de origen la red familiar ayuda a sobrellevar una eventual desprotección del menor. En cambio, en el país de acogida resulta complicado para el reagrupante formar una red familiar extensa. En este contexto, es posible que el progenitor reagrupante decida mantener una estructura monoparental con la reagrupación de sus hijos, supuesto en el cual resulta imprescindible que se le brinde protección social al menor, por cuanto, es altamente probable que tenga que permanecer solo debido a la jornada laboral de su progenitor, o bien es probable que el progenitor forme una nueva estructura familiar, supuesto en el cual, si bien el menor se integra a una nueva familia formada por su progenitor requiere un proceso de adaptación.

Sobre el tema, la STS 25 de noviembre 2015 grafica lo anterior, al afirmar que cada familia tiene la potestad de organizar la vida de sus miembros, es así que en este caso concreto se autoriza la reagrupación familiar del menor que vivía con sus abuelos maternos en el país de origen, para que venga a vivir a España con su madre y su nueva familia[19]. En ese sentido, conviene preguntarse si es preferible

17 Por su parte, el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, en el art. 52, del capítulo II, sobre residencia temporal por reagrupación familiar de forma expresa define que: Se halla en situación de residencia temporal de reagrupación familiar el extranjero que haya sido autorizado a permanecer en España en virtud del derecho a la reagrupación familiar ejercido por un extranjero residente. Sobre tema, conviene resaltar que si bien el legislador denomina este artículo como definición tampoco su contenido hace referencia a los familiares que ya han sido reagrupados por el reagrupante en el país de acogida.

18 En ese sentido, se pronuncia entre otras la STS 20 julio 2011 (Rec. 4669/2008).

19 Véase STS 25 noviembre 2015 (Rec. 386/2015).

desarraigar al menor del entorno familiar en el país de origen para que se integre a una familia con nuevos integrantes en el país de acogida.

De todo lo anterior, a diferencia de la reagrupación familiar estricta que reunifica a todos los integrantes de la estructura familiar, en la reagrupación parcial, en función de las circunstancias concretas de cada familia, especialmente en las situaciones familiares atípicas cuando los progenitores dejan de compartir una vida en común, los menores se convierten en los principales beneficiarios de la reagrupación.

Un aspecto que conviene destacar con relación a los familiares reagrupables es el derecho que concede la regulación a reagrupar a los hijos adoptivos. En ese sentido, el legislador transpone lo establecido en la Directiva Europea sobre reagrupación familiar, no obstante, consideramos que hubiera sido preferible obviar su regulación, por cuanto, a todos los efectos una vez que un menor es adoptado de forma plena, adquiere los mismos derechos y obligaciones que un hijo consanguíneo[20].

Igualmente, resulta oportuno destacar que el legislador español es benevolente y generoso al permitir la reagrupación familiar de las personas con discapacidad y mayores de edad que no sean capaces de solventar debido a su estado de salud sus propias necesidades.

IV. LA UNIDAD O LA SEPARACIÓN DE LOS HIJOS.

Uno de los principios que se sigue en los procesos en los cuales están inmersos varios hijos consiste en la no separación de los hermanos. En ese sentido, el legislador español en los supuestos de separación y divorcio con relación a la guarda y custodia de los hijos en el numeral 10 del artículo 92 del Código Civil, prevé que el Juez debe procurar no separar a los hermanos. Esta regulación consideramos que debería ser extrapolable a la figura jurídica de la reagrupación familiar.

Sin embargo, con relación a la figura jurídica de la reagrupación familiar no existe una regulación específica que prohíba la reagrupación parcial, así lo ratifica la Jurisprudencia, por ejemplo, la STS 20 julio 2011, que establece que no hay impedimento que permita acceder a la reagrupación familiar parcial de los hijos. Esto significa, que la reagrupación familiar tal como sostiene la STS 20 julio 2011 no implica el traslado a España de todo el núcleo familiar que se encuentra en el país

20 Al respecto, Quirós Fons A.: *La familia del extranjero, regímenes de reagrupación e integración,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 255, sostiene que la adopción debe ser de forma irrevocable.

emisor[21]. En igual sentido, se pronuncia la STS 28 febrero 2012, que establece que nada impide la reagrupación sucesiva de los familiares reagrupables[22], así como la STS 26 octubre 2016, que afirma que no existe inconveniente alguno para que el progenitor que reside en España intente reagrupar solo a algunos miembros de su familia, aunque otra parte de la familia permanezca en el país de origen[23].

De esta forma, en los procesos de reagrupación familiar parcial el principio de no separación de los hermanos se resquebraja. Este aspecto, se presenta especialmente en las estructuras de familiares numerosas, porque no es lo mismo reagrupar a 1 o 2 hijos que reagrupar a 3 o más hijos, debido principalmente a la situación económica del reagrupante en el país de acogida[24].

Un aspecto que llama la atención en la STS 28 febrero 2012, es el voto particular disidente de una Magistrada que se encuentra en contra de la reagrupación familiar de los 3 hijos del reagrupante por ser de corta edad (al momento de haberse emitido la Sentencia de primera instancia de 5, 6 y 10 años respectivamente), postura que sustenta en el hecho de que los menores se encontraban al momento de la solicitud bajo el cuidado de la madre[25]. Este caso es "sui generis", porque si bien en la solicitud se prepondera la unidad de los hijos menores, no menos cierto es que a una temprana edad resulta de vital importancia el cuidado materno, aunque cierto es también que ambos progenitores tienen los mismos derechos en el ejercicio de la responsabilidad parental. No obstante, en este supuesto concreto el hecho de que se separen de su progenitora resulta altamente probable que implique un sufrimiento emocional irrecuperable en virtud de la corta edad de los hijos que deben trasladarse del país de origen al país de acogida.

Otro aspecto que se encuentra relacionado con la unidad y la separación de los hermanos es la edad de los hijos, al respecto de acuerdo a lo analizado en el apartado de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, concretamente los incisos b) y c) del numeral 1 del art. 17, establecen que el reagrupante tiene derecho a reagrupar a los hijos menores de 18 años. Por lo que, la barrera de los 18 años puede generar el siguiente supuesto:

21 Véase STS 20 julio 2011 (Rec. 4669/2008).

22 Véase STS 28 de febrero 2012 (Rec. 6214/2010).

23 Véase STS 26 de octubre 2016 (Rec. 4019/2014).

24 Esta situación se complica cuando el reagrupante tenga hijos de un matrimonio poligámico permitido en el país de origen. En este caso, antes de solicitar la reagrupación familiar resulta imprescindible que la relación de filiación entre progenitores e hijos se adecúe a la normativa del país de acogida. Véase Pardo Arza, S.: "La configuración del derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros procedentes de terceros Estados", cit., pp. 313-335. p. 330.

25 Véase STS 28 de febrero 2012 (Rec. 6214/2010).

Un progenitor que emigra deja a su cónyuge e hijos en el país de origen, vamos a suponer que esa familia tiene 2 hijos, de 17 y 15 años respectivamente. Una vez que el reagrupante cumple los requisitos previstos en la norma, solicita la reagrupación de su cónyuge y sus hijos, que en el mejor de los casos si la situación laboral del emigrado reagrupante sea favorable será luego de un año de residir en el país de acogida[26]. No obstante, para ese entonces uno de los hijos habrá superado el límite previsto en la normativa para ser reagrupado. Por lo que, la solicitud será viable únicamente para la cónyuge y el hijo menor de edad.

De lo anterior, si se aplica de forma estricta lo previsto en la norma, el menor una vez que supera los 18 años, deja de ser considerado como tal, por lo tanto, la resolución es correcta. Sin embargo, si bien la edad biológica es un parámetro importante no debe ser determinante, sino que debe permitirse resolver el caso de forma discrecional previo análisis casuístico. En ese sentido, debe preponderar el interés del menor en función de la protección de la familia. Además de ello, debe primar el interés del hijo menor de edad, que en este caso consiste en preponderar la reunificación total de los integrantes del núcleo familiar, es decir, cónyuge y ambos hijos.

V. EL FACTOR ECONÓMICO FRENTE AL FACTOR EMOCIONAL.

El tema económico resulta determinante en diferentes etapas del procedimiento establecido para viabilizar la reagrupación. En primer término, antes de solicitar la reagrupación el progenitor reagrupante debe enviar periódicamente una remesa económica a su familia, con la finalidad de demostrar que existe una necesidad y un nexo económico entre el reagrupante y los integrantes de la familia a ser reagrupados.

A su vez, es un requisito que se encuentra previsto expresamente en el numeral 2 del art. 18 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que prevé que el reagrupante debe acreditar que dispone de una vivienda adecuada y de medios económicos para cubrir no solamente sus necesidades, sino también las de su familia una vez reagrupada. En el supuesto de reagrupaciones familiares atípicas el tema económico también juega un rol preponderante, así por ejemplo, de conformidad a la STS 11 de noviembre 2010, se afirma que se debe conceder la solicitud de reagrupación familiar en favor de la hija del reagrupante, toda vez que,

26 Al respecto, el numeral 1 del artículo 17, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social prevé que se podrá ejercer el derecho a la reagrupación familiar siempre que se haya obtenido la renovación de la autorización de residencia inicial en el país de acogida.

la progenitora carece de recursos y bienes para solventar las necesidades de su hija, quien se encuentra desvalida de protección[27].

Por su parte, una vez reagrupados los familiares, la solvencia económica se debe mantener, tal como se establece en el inciso a) del numeral 1 del art. 16 de la Directiva sobre reagrupación familiar, así como en el segundo parágrafo del inciso b) del numeral 3 del art. 61 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, que regula la renovación de las autorizaciones de residencia en virtud de reagrupación familiar[28]. En esa línea, la Jurisprudencia refuerza este aspecto al puntualizar que la solvencia económica no concluye con la reagrupación de la familia, sino que esta se debe demostrar siempre que se renueve el permiso de autorización de reagrupación familiar[29].

En virtud de ello, el proceso de reagrupación familiar de todos los integrantes de la estructura familiar no siempre se concreta mediante una única solicitud. En esa línea, la STS 20 julio 2011, afirma que nada impide ejercer el derecho de reagrupar a los integrantes del núcleo familiar a medida que las condiciones de estancia del reagrupante en el país de acogida mejoren en el ámbito económico[30]. Aunque, sobre el tema resulta oportuno puntualizar que en la mayoría de los casos las condiciones económicas del reagrupante no sufrirán cambios significativos, salvo que adquiera una formación, se beneficie con un cambio de categoría profesional, o bien cambie de rubro.

Esto significa, que el aspecto económico es determinante no solo durante el proceso de tramitación de la reagrupación familiar para aceptar o denegar la solicitud de reagrupación familiar, sino que el nexo económico es determinante antes y después de haberse realizado la reagrupación de los integrantes de la estructura familiar, concretamente en el tema objeto de estudio hasta que el menor adquiera la mayoría de edad y decida independizarse.

En cuanto al factor emocional, el art. 17 de la Directiva sobre Reagrupación Familiar, establece que se debe tener presente los vínculos familiares del reagrupante con los reagrupados y la duración de su residencia en el país de acogida, igualmente, se debe tomar en cuenta los vínculos familiares culturales

27 Véase STS 11 noviembre 2010 (Rec. 5236/2007).

28 De forma expresa el segundo parágrafo del inciso b) del numeral 3 del art.61 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, que regula la renovación de las autorizaciones de residencia en virtud de reagrupación familiar establece con relación al reagrupante que: "Que cuente con empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria de no estar cubierta por la Seguridad Social, en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM…".

29 En esa línea, se pronuncia la STS 18 junio 2018 (Rec. 308/2016).

30 Véase STS 20 julio 2011 (Rec. 4669/2008).

o sociales con su país de origen. Por su parte, el numeral 1 del art. 16 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con relación a la reagrupación familiar regula el derecho a la vida en familia. En ese marco, el sufrimiento inicial que se produce cuando la familia se desestructura de forma temporal en el país de origen, se resuelve siempre que la separación de sus integrantes no se extienda por mucho tiempo y una vez que se reagrupe a la totalidad de los miembros, aspecto que es más factible en los casos de familias que no son numerosas.

En cambio, en los supuestos de familias numerosas se tiene que recurrir a la reagrupación parcial o sucesiva de sus miembros, por lo que, los hijos no permanecerán unidos. Esto ocurre, principalmente debido a la situación económica del reagrupante, toda vez que, de acuerdo a lo previsto en la normativa, el reagrupante debe demostrar los medios suficientes para mantener a los reagrupados[31]. Esto significa, que el ámbito económico se superpone al ámbito emocional.

En ese sentido, si bien debe primar el interés del menor al momento de decidir la concesión de la reagrupación familiar, conviene preguntarse, si el interés de los hijos en los supuestos de reagrupación familiar parcial -por divorcio de los cónyuges- se concreta cuando los hijos se reunifican con el otro progenitor en el país de acogida. Sin duda, para contestar esta interrogante consideramos que se debe recurrir a la casuística.

En ese contexto, conviene tomar en consideración el factor tiempo, es decir mientras más se demore en reagrupar a los hijos, en lugar de que los hijos superen el sufrimiento emocional ocasionado por la separación de sus progenitores, este se agravará, porque los hijos se separan de su progenitor en el país de origen para comenzar una nueva vida con el progenitor reagrupante en un medio desconocido. Además de ello, hay que tener presente que una separación que se extiende por muchos años genera desajustes de reconocimiento entre el reagrupante y los reagrupados[32].

La edad del menor también es determinante para valorar si en interés del menor es preferible que permanezcan en el país de origen o se muden al país de acogida. Al respecto, hay que tomar en cuenta que, si bien ambos progenitores tienen el derecho a ejercer en igualdad de condiciones la responsabilidad parental,

31 A modo de recordatorio, la regulación que comprende la renovación de las autorizaciones de residencia en virtud de reagrupación familiar se encuentra en el inciso a) del numeral 1 del art. 16 de la Directiva sobre reagrupación familiar, así como en el segundo parágrafo del inciso b) del numeral 3 del art.61 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

32 Blanco Fernández, C.: "Familias transnacionales y derechos humanos. Reflexiones sobre el derecho a la reagrupación familiar en España", cit., p. 92.

no menos cierto es que en el ámbito de la reagrupación familiar nos encontramos en dos ámbitos -países- geográficos distintos. En ese sentido, mientras más pequeños sean los menores es conveniente que permanezcan con la progenitora en el país de origen, no obstante, el escenario cambia si la progenitora es la reagrupante en el país de acogida, porque en este supuesto se asume que el progenitor ha quedado a cargo de los niños en el país de origen, por lo que, se entiende que el progenitor se convierte en el punto de referencia principal de los hijos. De una u otra forma, en ambos casos se debe recurrir al apoyo de especialistas para determinar mediante un estudio psicológico si lo mejor para los hijos es permanecer en el país de origen con uno de los progenitores, o bien residir en el país de acogida con el otro progenitor[33].

De lo analizado se tiene que el factor económico condiciona y prevalece con relación al factor emocional al momento de valorar la concesión de la figura jurídica de la reagrupación familiar. En ese sentido, el reagrupante tiene la obligación de demostrar estabilidad económica no solo al momento de solicitar la reagrupación de los reagrupados, sino también "a posteriori" siempre que se renueve el permiso de residencia. De esta forma, el Estado en el país de acogida condiciona la vigencia de la reagrupación a la situación económica estable del reagrupante.

En cambio, con relación al factor emocional la Directiva sobre reagrupación familiar es más explícita que la normativa española, toda vez que, de forma concreta prevé tomar en cuenta los vínculos familiares, así como la existencia de lazos familiares culturales y sociales, factores que pueden situar el interés de los hijos previa valoración de las circunstancias de cada caso en el país de origen, o bien en el país de acogida.

VI. LA INTEGRACIÓN DEL MENOR EN EL PAÍS DE ACOGIDA.

Los procesos post - reagrupación familiar afectan la conducta de los miembros del núcleo familiar en todos los supuestos sin excepción. Por ello, resulta imprescindible que en el país de acogida los menores reagrupados asistan a un programa de adaptación al nuevo entorno. Al respecto, con el objetivo de obtener un resultado positivo es recomendable que el acompañamiento social comience en el país de origen[34].

33 En el supuesto de que sean los abuelos maternos o paternos quienes se encuentren a cargo de los hijos en el país de origen, consideramos que debe preponderar la figura materna o paterna que se encuentre en el país de acogida. Aunque este supuesto también se debe viabilizar siempre que una valoración psicológica evidencie que la situación personal del progenitor reagrupante es estable.

34 Gimeno-Monterde, C., y Gutiérrez-Sánchez, J. D.: "Reagrupación familiar de menores en Aragón. Propuestas de acompañamiento en el proceso migratorio", *Revista de Trabajo Social e intervención social*, 2020, Aragón, núm. 29, p. 169.

Asimismo, el numeral 3 del artículo 19 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, prevé que en los supuestos de solicitudes de reagrupación familiar de menores de edad en etapa de escolarización obligatoria, la administración receptora de las solicitudes debe comunicar a las autoridades educativas el procedimiento iniciado, con el objetivo de que se habiliten las plazas necesaria en los centros educativos donde residirán los hijos que se escolarizarán[35].

Esto significa, que los centros educativos juegan un rol preponderante en el proceso de adaptación al nuevo medio, toda vez que, es el espacio donde más tiempo pasan los niños fuera del ámbito familiar. Así pues, dependiendo del número de menores que se encuentran en situación post - reagrupación, periódicamente es recomendable que se organicen cursos grupales por edades, o bien sesiones de integración individuales hasta tanto el menor se encuentre familiarizado con el nuevo entorno, En ese sentido, luego de un determinado periodo de 1 a 3 meses los menores deben comenzar a asistir de forma normal al nivel educativo que le corresponda. Es decir, la integración se debe llevar a cabo de forma paulatina. En virtud de ello, resulta desaconsejable que el menor asista directamente al nivel que le corresponde sin proceso previo de integración al nuevo ámbito escolar, porque esto le puede generar traumas irremediables en su formación y adaptación al nuevo medio.

En ese marco, los motivos que generan estos traumas son de diversa índole, entre otros, sentimiento de rechazo por parte del grupo, burlas por insuficiente conocimiento del idioma, o burlas por el origen étnico, que repercuten en la conducta de los hijos menores de edad y que pueden conllevar a un aislamiento voluntario de su entorno, o bien a la formación de grupos con menores que se encuentran en una situación parecida[36]. Una manera de remediar ello, consiste en la organización de charlas o seminarios en los centros educativos para que los menores autóctonos sean receptivos a los menores que se integran al medio en situaciones de reagrupación familiar.

No obstante, conviene puntualizar que los menores reagrupados deben ajustarse a las normas de convivencia y costumbres en el país de acogida. En este proceso los profesionales de las instituciones de protección adquieren un rol

35 Al respecto, es aplicable el numeral 1 del art. 2 (ter.) sobre integración de los inmigrantes de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que establece que los poderes públicos son los encargados de promover la integración de los extranjeros en la sociedad española.

36 En esa línea, la labor preventiva es conveniente que se priorice en la etapa inicial del periodo de la adolescencia tal como correctamente afirman Gimeno-Monterde, C., y Gutiérrez-Sánchez, J. D.: "Reagrupación familiar de menores en Aragón. Propuestas de acompañamiento en el proceso migratorio", cit., p. 163.

preponderante porque asumen la tarea ayudar a los reagrupados a asimilar las nuevas normas y costumbres[37].

VII. CONCLUSIONES.

En función del interés del menor, la reagrupación familiar total de todos los integrantes de la estructura familiar en detrimento de la reagrupación familiar parcial se considera como la alternativa más idónea, con la finalidad de no separar a los hijos en el país de origen y en el país de acogida. No obstante, la reagrupación familiar total será factible siempre y cuando la estructura familiar cónyuge e hijos no sea numerosa.

La Jurisprudencia acepta de forma mayoritaria la reagrupación familiar parcial o sucesiva, en virtud de que el ordenamiento jurídico interno de España no regula expresamente este tipo de reagrupación.

Los hijos menores de edad en el ámbito emocional son los principales afectados por la desestructuración temporal de la familia en el país de origen, toda vez que, debido a su corta edad les resulta difícil asimilar el verdadero motivo de su separación con uno de sus progenitores.

El factor económico de acuerdo a lo previsto en derecho positivo vigente condiciona la viabilidad de la reagrupación familiar, no solo durante el proceso de reagrupación, sino también de forma "a posteriori", por cuanto, condiciona la renovación del permiso de residencia del reagrupante a su situación económica.

Se recomienda regular de forma concreta la reagrupación familiar parcial, con el objetivo de evitar una interpretación discrecional de la normativa vigente, toda vez que, los menores se convierten en los potenciales beneficiarios de esta modalidad de reagrupación. Sin embargo, esta modalidad de reagrupación familiar no debe convertirse en alternativa para fomentar la separación de los hermanos.

Se recomienda reforzar el proceso post - reagrupación familiar de los menores reagrupados, con la finalidad de que los hijos se integren al nuevo medio de forma paulatina, por cuanto, del grado de adaptación dependerá el grado de integración a la sociedad civil del país de acogida una vez que cumplan la mayoría de edad y tengan capacidad plena para ejercer derechos y cumplir obligaciones.

37 Véase Novales Casado, A.: "La reintegración de menores en las familias inmigrantes. Riesgos y necesidades de los menores inmigrantes reagrupados", cit., p. 242.

BIBLIOGRAFÍA

Blanco Fernández, C.: "Familias transnacionales y derechos humanos. Reflexiones sobre el derecho a la reagrupación familiar en España", *Revista de Deusto de Derechos Humanos,* 2016, núm. 1, pp. 77-104.

Canedo Arrillaga, Mª.: "La reagrupación familiar en los instrumentos familiares. La perspectiva del menor", en AA. VV.: *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho, IV jornadas sobre Derecho de los Menores* (coord. por E. Lázaro e I. Culebras), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2006, pp. 389-422.

Delpino, Mª. A.: *La inserción de los adolescentes latinoamericanos en España. Algunas claves*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Observatorio de la Infancia, Madrid, 2007.

Garabandal, Mª.: "Extranjería, infancia y nuevas formas de familia. Consecuencias en el sistema familiar", en AA. VV.: *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho, IV jornadas sobre Derecho de los Menores* (coord. por E. Lázaro e I. Culebras), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2006, pp. 365-388.

García López, Mª. E.: *El derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros procedentes de terceros países,* Universidad de Salamanca, 2012.

Gimeno-Monterde, C., y Gutiérrez-Sánchez, J. D.: "Reagrupación familiar de menores en Aragón. Propuestas de acompañamiento en el proceso migratorio", *Revista de Trabajo Social e intervención social,* 2020, Aragón, núm. 29, pp. 151-172.

Novales Casado, A.: "La reintegración de menores en las familias inmigrantes. Riesgos y necesidades de los menores inmigrantes reagrupados", *Revista Cuadernos de Trabajo Social,* 2015, núm. 2, pp. 235-243.

Observatorio Permanente de la Inmigración de la Secretaría General de Inclusión, *Estadística de residentes extranjeros en España*, Observatorio Permanente de la Inmigración, Madrid, 2022.

Observatorio Permanente de la Inmigración de la Secretaría General de Inclusión, *Estadística de residentes extranjeros en España*, Observatorio Permanente de la Inmigración, Madrid, 2021.

Pardo Arza, S.: "La configuración del derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros procedentes de terceros Estados", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2017, núm. 36, pp. 313-335.

QUIRÓS FONS A.: *La familia del extranjero, regímenes de reagrupación e integración, Tirant* lo Blanch, Valencia, 2008.

VARGAS GÓMEZ, Mª.: *La reagrupación familiar de los extranjeros en España: normas de extranjería y problemas de derecho aplicable,* Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2006.

MENORES EN INTERNET: PROBLEMAS DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS "NATIVOS DIGITALES"

MINORS ON INTERNET: ABOUT THE PARENTAL AUTHORITY EXERCISE OVER "DIGITAL NATIVES"

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1176-1203

Silvia DURÁN ALONSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: En la actualidad, Internet está cada vez más presente en nuestra vida diaria y, consecuentemente, los menores acceden a las distintas plataformas y redes sociales a edades muy tempranas. Cuando los menores comienzan a desenvolverse en este entorno digital, administrando sus redes sociales, normalmente presentan un problema de base, que es su falta de madurez para gestionarlas adoptando las precauciones necesarias, ya que no suelen tomar en consideración los riesgos que presentan. En el presente artículo, se expondrá el carácter necesario de una adecuada formación al menor en este desenvolvimiento digital. Asimismo, se analizará hasta qué punto los progenitores pueden adoptar medidas de control invasivas respecto a las actividades de sus hijos menores en la red. Finalmente, nos detendremos también en el fenómeno del "sharenting" y sus implicaciones jurídicas.

PALABRAS CLAVE: Internet; menores; patria potestad; sharenting; TIC.

ABSTRACT: *Nowadays, Internet is increasingly present in our daily lives and, consequently, minors access to the different platforms and social networks at increasingly younger ages. When minors begin to function in this digital environment, managing their social networks, they usually present a basic problem, which is their lack of maturity to manage them adopting the necessary precautions, because they do not usually take into account the risks they present. In this article, the need about an adequate training of minors in this digital development will be exposed. Likewise, it will be analyzed if parents can adopt invasive control measures regarding the activities of their minor children on the network. Finally, we will also deal with the phenomenon of "sharenting" and its legal implications.*

KEY WORDS: *Internet; minors; parental authority; sharenting; TICs.*

SUMARIO.- I. RIESGOS DEL ACCESO DE LOS MENORES A INTERNET Y VALIDEZ DE SU CONSENTIMIENTO.- II. DERECHOS DEL MENOR EN LA RED. ESPECIAL REFERENCIA A UNA ADECUADA FORMACIÓN EN LAS TIC.- III. ACTITUDES Y DEBERES DE LOS PROGENITORES RESPECTO AL "NATIVO DIGITAL".- 1. Los progenitores ante el difícil equilibrio entre el control al menor y una adecuada formación en valores digitales.- 2. El "Sharenting".- IV. CONCLUSIONES.

I. RIESGOS DEL ACCESO DE LOS MENORES A INTERNET Y VALIDEZ DE SU CONSENTIMIENTO.

Como todos sabemos, nuestro contexto sociocultural se caracteriza por el auge del desarrollo tecnológico, y por eso, la presencia de menores de edad en Internet a través de distintas redes sociales es una conducta, no solo frecuente, sino absolutamente normalizada. Y es que estamos ante unas generaciones que han nacido inmersas en esta cultura tecnológica –no sin razón, se les conoce como "nativos digitales"[1]-. Se trata de niños que están creciendo (o han crecido) rodeados en sus hogares de dispositivos con acceso a Internet, que emplean con soltura desde edades cada vez más tempranas[2], en ocasiones incluso acusando una gran dependencia de estas "nuevas tecnologías", algo a lo que, necesariamente, ha contribuido la generalización del uso de teléfonos móviles –que por otra parte, cada vez presentan más capacidades tecnológicas[3]-. Todo ello los convierte en víctimas fáciles de los problemas que pueden derivar de conductas inadecuadas en estas redes, como por ejemplo, una publicación abierta y excesiva de datos de carácter personal, máxime teniendo en cuenta que, a ciertas edades, la carencia de perfiles en redes sociales puede llevar consigo una cierta exclusión social[4], ya que los menores identifican este uso de Internet y aparición en redes sociales como un valor social positivo, que atiende a su necesidad de integración en un grupo.

1 Prensky, M.: "Digital Natives, Digital Immigrant. Part 1", *On the Horizon*, Vol. 9 No. 5, 2001, pp. 1-6. https://doi.org/10.1108/10748120110424816.

2 A este respecto, en el "Informe Ditrendia: Mobile en España y en el Mundo 2016", se indica que, además del hecho de que el 98% de adolescentes españoles (entre 10 y 14 años) tienen ya un Smartphone propio, debe destacarse que a la corta edad de 2 y 3 años, los niños españoles utilizan muy frecuentemente el móvil de sus progenitores para ver vídeos o juegos. https://ditrendia.es/wp-content/uploads/2016/07/Ditrendia-Informe-Mobile-en-Espa%C3%B1a-y-en-el-Mundo-2016-1.pdf.

3 Organista Sandoval, J., Mcanally Salas, L. y Lavigne, G.: "El teléfono inteligente (smartphone) como herramienta pedagógica", *Apertura*, 5, 1, 2013, pp. 6-19.

4 Martínez-Rodrigo, E., Martínez-Cabeza Jiménez, J. "Proyección de los menores en las redes sociales", en AAVV *Desafíos de la Protección de Menores en la Sociedad Digital. Internet, redes sociales y comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 503.

• Silvia Durán Alonso
Profesora Ayudante con Doctorado, UCAM Universidad Católica de Murcia. Correo electrónico: sduran@ucam.edu

Así, Internet está cambiando la forma en que se relacionan hoy día nuestros niños y adolescentes: están en contacto entre ellos de forma permanente, enviándose vídeos o fotografías, interactúan con gente a la que no conocen personalmente… y si bien, estas actividades son en apariencia inocentes, pueden entrañar ciertos riesgos[5] -como que intente contactar con ellos por estas vías un adulto desconocido, con alguna finalidad de índole sexual, o que participen en la realización o sean víctimas de insultos, o incluso de expresiones amenazantes, por ejemplo-. Además, pese a que en nuestro país, el límite legal para poder facilitar datos y prestar el consiguiente consentimiento al respecto está fijado en los 14 años[6], es muy frecuente que niños menores de esa edad formen parte de las redes sociales, ya que los controles sobre la edad real de quién consiente son, normalmente, muy laxos (y a menor edad del niño, mayores errores, sobre todo por desconocimiento, en materia de privacidad). A ello se une que, en la mayoría de las ocasiones, los progenitores no son conscientes de esta realidad y tampoco los centros educativos dedican tiempo suficiente a enseñar a los menores a utilizar Internet de forma responsable. En definitiva, cuando los menores administran sus redes sociales presentan, con carácter general, un problema de base, que es su falta de madurez para gestionarlas, teniendo en cuenta los riesgos que presentan, lo cual se debe, en gran parte, a que, aunque manejan la tecnología con soltura desde muy pequeños, no han recibido ni la información ni la formación adecuadas para conocer el alcance real de sus actos y, en consecuencia, discernir qué deben publicar y qué no.

A efectos de privacidad del contenido subido a Internet, casi todas las redes sociales cuentan con opciones a través de las cuales un usuario prudente puede fijar determinadas barreras: no permitir comunicaciones de carácter privado o impedir la posibilidad de comentar publicaciones a quiénes no se haya aprobado previamente una solicitud de amistad, por ejemplo, o que el contenido solo sea visto por aquellos usuarios que el titular decida. Sin bien, el menor puede no

5 Barrio Fernández, A.: "Los adolescentes y el uso de los teléfonos móviles y de viedeojuegos", *International Journal of Developemental and Educational Psychology*, 1, 3, 2014 p. 564.

6 El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 abril 2016, relativo a la protección de las personas físicas, en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, establece que los menores podrán consentir por sí mismos -es decir, sin la intervención de tutores legales o progenitores- el tratamiento de sus datos personales respecto de servicios de la sociedad de la información (tal es el caso de las redes sociales) a los 16 años. Si fuera menor de esa edad, el tratamiento de sus datos solo es posible con el consentimiento de quien ejerza su patria potestad o tutela. Ahora bien, se prevé la posibilidad de que los Estados miembros fijen por ley una edad inferior, que nunca será de menos de 13 años. De hecho, nuestro Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos (Real Decreto 1720/2007) dispone, en su artículo 13, que en nuestro país esa edad límite está fijada en los 14 años.
En consecuencia, los menores de 14 años en España necesitarán el consentimiento de sus progenitores o tutores. Además, no podrán solicitarse al menor datos sobre los restantes miembros de su familia -como actividad profesional, datos económicos o cualesquiera otros-, sin el consentimiento de los titulares de los mismos, aunque sí se pueden requerir los datos de identidad y dirección del progenitor o tutor, a efectos de que éste emita la correspondiente autorización. Por otra parte, la información a los menores del tratamiento de sus datos deberá realizarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por éstos (art. 13 del Real Decreto 1720/2007).

saber activar esas opciones, o no hacerlo correctamente, o puede considerar, erróneamente, que activar tales opciones de privacidad no es necesario, porque no tiene muchos "seguidores". Esto acarrea que el menor tenga su perfil abierto a cualquier usuario, de modo que todos sus datos y contenido subido a la red queden al alcance de cualquiera.

Y es que los menores tienden a compartir fotografías personales, haciendo pública su imagen, su ubicación, su centro escolar o de estudios, etc. y no solo la exposición de este tipo de información personal es susceptible de generar problemas –ya que terceros pueden conocer su aspecto y lugares que frecuentan-: además, a través de las redes, los menores pueden emitir, debido a su juventud, opiniones poco meditadas, que susciten algún tipo de polémica, o comentarios contra otras personas, expresados de forma inconsciente, que es posible que generen respuestas masivas de otros usuarios que lleven, casi de forma inmediata, a una situación de "ciberacoso". Además, no debemos olvidar que, una vez se sube un contenido a la red, se pierde absolutamente el control sobre el mismo: visualizado dicho contenido por un tercero usuario de la misma red, podrá descargarlo y emplearlo libremente, siendo susceptible incluso ser empleado mucho tiempo después de haberse subido, con distintas finalidades, incluyendo la de desprestigiar al autor del mismo. A todo ello debemos añadir una última variable, cuyo origen puede producirse por causas de índole muy diversa, que es la "viralidad": un determinado contenido puede ser "viralizado", si causa una gran impresión –buena o mala-, entre los usuarios[7], y ello repercutirá en que el perfil del menor llegue a mucha más gente, multiplicándose exponencialmente los riesgos expuestos.

En otro orden de cosas, respecto a la validez del consentimiento del menor prestado en el ámbito de una red social, cediendo datos propios, nuestro Código Civil, en su artículo 1263 dispone que no podrán prestar consentimiento los menores no emancipados, lo que podría llevar a pensar que el menor no puede prestar consentimiento válido para obligarse en ningún caso[8]. Si bien, esta regla general se ha visto considerablemente restringida por el artículo 2.1, 2º párrafo de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), al determinar que "las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del niño". Como fundamento de esta interpretación restrictiva, se suele hacer referencia a la madurez del menor: ésta permitiría que el niño pudiera prestar su consentimiento respecto de cualquier acto o negocio jurídico cuyo alcance pudiera

7 Martínez-Rodrigo, E., Martínez-Cabeza Jiménez, J.: "Proyección de los menores", cit. definen "contenido viral" como "aquel que, difundido a través de Internet, alcanza una alta cantidad de visitas en un espacio corto de tiempo", p. 509.

8 Aunque el propio Código Civil establece excepciones a esta regla, como la capacidad para otorgar testamento a los mayores de 14 años (art. 663 CC).

entender, atendiendo a dicha madurez (como podría ser el darse de alta en una determinada red social). Se deduce que, además, este criterio aparecería también amparado por el art. 162 CC, en el que, si bien se dispone que los progenitores ostentan "la representación legal de sus hijos menores no emancipados", exceptúa de esa representación "los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo".

Si bien, pese a la literalidad del Código Civil, no parece que hacer depender el acceso a una red social por parte de un menor -que ha consentido a tales efectos- de la madurez de éste sea un criterio adecuado, atendiendo a la dificultad práctica que generaría la necesidad de comprobación individual de tal madurez y consiguiente consentimiento válido de cada niño o adolescente concreto que pretendiera ese acceso a una red social. A estos efectos, y como ya se ha adelantado, el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos (Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre) fija un criterio mucho más objetivo en su artículo 13, conforme al cual "podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los niños y jóvenes de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores".

Dicho precepto ha sido objeto de múltiples críticas, tanto por la técnica legislativa utilizada[9] como por su contraposición al art. 162 CC, que –según hemos visto- se decanta por el criterio de la madurez del menor. Hay autores que no ven tal contradicción, sino que entienden que se fija la madurez suficiente para consentir el acceso a las redes sociales en ese límite de edad de 14 años, estableciendo a favor del mayor de dicha edad una especie de presunción "iuris tantum" de madurez[10]. Si bien, otros consideran que esa fijación del límite para prestar tal consentimiento en la edad de 14 años es un acto arbitrario y sin fundamento, ya que podría haberse establecido tanto esa edad como cualquier otra[11].

Con independencia de las distintas posturas doctrinales, es indiscutible que el criterio seguido por el Reglamento de establecer una edad mínima para dar por válido ese consentimiento es el más sencillo y el más objetivo. Además, "no podemos caer en un exceso de paternalismo que suprima la autonomía de los

9 Hay autores que entienden que estamos ante un derecho fundamental, y por ello no debería contenerse la cuestión en un reglamento, que, de hecho, debería ser declarado inconstitucional. Así, Plaza Penadés, J.: "El derecho de protección de datos de los menores en la Comunidad Valenciana", *Derecho Civil Valenciano*, 4, 2008, pp. 1-3; en el mismo sentido, Vázquez de Castro, E., "Protección de datos, redes sociales y menores", *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 29, 2012, pp. 21-64.

10 Batuecas Caletrío, A.: "El control de los padres sobre el uso que sus hijos hacen de las redes sociales", en AAVV: *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, Editorial Comares, Granada, 2015, pp. 137-170.

11 Andreu Martínez, M.: *La protección de datos personales de los menores de edad,* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 75.

menores, algo necesario para el desarrollo de su personalidad, aunque parece razonable exigir a las redes sociales a restringir al máximo grado de privacidad el acceso a los perfiles de los menores, y limitar el número de amigos"[12].

Por ello, es necesario velar por la protección de los menores y la privacidad de éstos y de sus datos personales y, aunque cada vez hay más conciencia acerca de los riesgos que entraña la sobreexposición en la red, según hemos visto, los menores tienden a ser poco cautos a la hora de publicar información personal[13]. Y es que, sea cual sea la edad que se estipule para acceder a una red social, dadas las circunstancias y en lo relativo a menores de edad, deviene necesario que el legislador disponga los medios adecuados para obligar a los responsables de las distintas plataformas a que establezcan medidas tendentes a verificar que, en efecto, se cumple el requisito de edad mínima para acceder a las mismas, pudiendo incluso fijarse sanciones para aquellos casos en que se permita a un menor de tal edad mínima establecida darse de alta en aquélla.

En cuanto a las dificultades que la comprobación de la edad puede entrañar para los administradores que deban autorizar el acceso, no parece que sean demasiadas, teniendo en cuenta que, en nuestro país, contamos con el Documento Nacional de Identidad electrónico, que lleva consigo un certificado de autenticación[14], con el que puede determinarse inequívocamente tanto la verdadera identidad de la persona como su edad. Bastaría, entonces, con establecer normas que obligaran a los prestadores de servicios de las redes sociales a comprobar la edad a través del correspondiente certificado de autenticación vinculado al DNI, con carácter previo a autorizar la inscripción a su red.

Ahora bien, pese a la indudable objetividad y facilidad probatoria del criterio de la edad, razón evidente por la que, en la práctica, es mucho más operativo, no debemos olvidar que, en cualquier caso, hay que atender al principio general del interés superior del menor, en todos los ámbitos jurídicos que le afectan, incluido éste. Dicho interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado[15], lo que implica una necesaria ponderación de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto. Así, conforme al art. 2.2.a) LOPJM, deberá tenerse en cuenta tanto el desarrollo integral del menor como la satisfacción de sus necesidades

12 Troncoso Reigada, A. "Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales", *Revista de Internet, Derecho y Política*, 15, 2012, p. 73.

13 Gómez Cabranes, L.: "Las emociones del internauta", en AAVV: *Emociones y estilos de vida: radiografía de nuestro tiempo,* Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2013, pp. 225-226.

14 https://www.dnielectronico.es/PortalDNIe/PRF1_Cons02.action?pag=REF_430.

15 Al respecto, la STS 27 octubre 2014 (Roj: STS 4243/2014), reiterada por otras muchas, refiere que se trata de "un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultura; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales".

(materiales y emocionales) a la hora de interpretar la norma conforme a dicho interés del menor[16]. En consecuencia, conforme a ese carácter de principio interpretativo a favor del niño, cualquier decisión que afecte a un menor deberá adoptarse valorando el referido interés superior con las garantías necesarias para que, en efecto, quede justificada su apreciación frente a otros intereses en juego[17]. Extrapolando este principio al tema objeto de análisis, si se hubiera prestado este consentimiento para darse de alta en una red social desconociendo los posibles efectos, o el alcance real de lo que implicaba dicho consentimiento, como consecuencia de una falta de madurez suficiente en el menor –aun cuando tuviera la edad prevista de 14 años-, el referido principio preferente de interés superior del niño permitiría invalidar su consentimiento prestado para acceder a una red social sin la autorización de sus progenitores[18].

En relación con la validez del consentimiento del menor, el artículo 4.3 LOPJM considera "intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales". Es decir, pese a que el mayor de 14 años preste su consentimiento para acceder a una red social, si ello ha ocasionado una situación de atentado contra el honor del menor, sería posible dejar sin efecto ese consentimiento[19]. De hecho, sin perjuicio de las acciones que pudieran instar los progenitores o tutores del menor, el citado precepto permite al Ministerio Fiscal, incluso de oficio, actuar en interés del menor perjudicado. Esta posibilidad está perfectamente justificada al amparo del ya referido principio del interés superior del menor, ya que, aunque éste tenga esa madurez suficiente

16 Dispone el artículo 2.1 LOPJM que "todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

17 García Rubio, M. P., "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 13, 2020, pp. 14-49.

18 A este respecto, se indica por Díaz Martínez que "son los progenitores titulares los que, caso por caso, determinan de manera efectiva, con su actuación, dónde radica el interés del menor. Sin embargo, el Derecho contempla una participación del menor en la determinación de su propio interés, reconociéndole un ámbito de cierta autonomía, que dependerá de su edad y grado de madurez y de la esfera en que haya de tomarse la decisión. Tal participación del menor puede tener su cauce en un simple derecho a ser oído en asuntos que le afecten, en la esfera personal o familiar, o funcionar reconociéndole un espacio de actuación directa, limitando entonces las facultades de representación legal que, en principio, reconoce el artículo 162.1º a los titulares de la patria potestad" (Díaz Martínez, A.: "La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.1, 2013, pág. 57).

19 Se ha cuestionado que esta norma sea aplicable al supuesto de intromisión ilegítima a través de Internet, aunque parece adecuado incluir esta posibilidad dentro de la referencia legal a los "medios de comunicación" (Martínez Martínez, R.: "Menores y redes sociales. Condiciones para el cumplimiento del artículo 13 del Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos", en AAVV: *Derechos y Redes Sociales*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 203-229).

que pueda permitirle prestar determinados consentimientos válidamente, si nos encontramos ante una intromisión en sus derechos fundamentales que implique un atentado directo contra su honor, el Ministerio Público debe actuar en aras de proteger el interés de aquél[20]. En consecuencia, y conforme a esta regulación, en última instancia, los tribunales serán –una vez instada la correspondiente acción de defensa del derecho al honor, bien por los progenitores o tutores, bien por el Ministerio Fiscal- quienes decidan sobre la validez del consentimiento del menor, aunque sea mayor de 14 años, en caso de que su intervención en una determinada red social, o la publicación de datos, imágenes u opiniones haya supuesto una vulneración de sus derechos que hayan afectado a su honor, intimidad personal o familiar o a su propia imagen[21].

II. DERECHOS DEL MENOR EN LA RED. ESPECIAL REFERENCIA A UNA ADECUADA FORMACIÓN EN LAS TIC.

Pese a los riesgos descritos, es innegable que Internet juega un papel esencial en el propio aprendizaje y desarrollo de los menores. Ahora bien, en atención a dichos riesgos, es además, no solo importante, sino también necesario, adoptar las medidas oportunas, que sean efectivas para evitar que el menor se vea abocado a situaciones conflictivas por un uso inadecuado de las redes sociales. Y es que el menor tiene, en efecto, todo el derecho a interactuar en un entorno digital, y a expresarse libremente, si bien esa libertad debe ser manejada con responsabilidad, y por ello, es imprescindible que reciba la formación adecuada, para que su participación en este mundo virtual sea segura, siendo el menor consciente de los riesgos, y actuando en consecuencia para salvaguardar su privacidad[22]. Este derecho a la privacidad viene integrado por el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, el derecho al honor y a la propia imagen (art. 18 CE) y el derecho a la protección de los datos personales (art. 18.4 CE). Se trata de un aprendizaje necesario, ya que el menor, la mayoría de las veces, cuando comparte datos o contenidos, lo hace sin tomar en consideración que una vez difundidos, pierde absolutamente el control sobre aquello que publica, y que con ello facilita determinada información a terceras personas, que podría ser empleada para determinados fines que vulneren sus derechos fundamentales citados[23].

20 De Lama Ayma, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 170.

21 Platero Alcón, A., y Acedo Penco, A.: "La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales: referencia especial al régimen normativo europeo y español, con algunas consideraciones sobre el chileno", *Revista Chilena De Derecho Y Tecnología*, vol. 5, núm. 1, 2016, pp. 79-80.

22 Al respecto, podemos consultar, entre otros, a Gil Antón, A. M.: "Redes sociales y privacidad del menor: un debate abierto", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 36, 2014, pp. 143-180; y a la misma autora, en "El menor y la tutela de su entorno virtual", *RDUNED. Revista de derecho UNED*, núm. 16, 2015, pp. 275-319.

23 Faggiani, V.: "Derechos del menor e Internet Una aproximación desde el derecho constitucional europeo", en AAVV: *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital: Internet, redes sociales y comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 29.

El art. 5.1 LOPJM se refiere expresamente a tal "alfabetización digital y mediática"[24] como medio absolutamente necesario para que los menores puedan alcanzar esa formación suficiente a la que hacíamos referencia, y así poder afrontar su participación en esta sociedad eminentemente digital con el criterio necesario para hacer frente a los posibles problemas que se les pueden presentar[25], en defensa de sus derechos fundamentales a la intimidad, al honor o a la propia imagen, ejercitables también en el ámbito de Internet, habida cuenta la referencia que, según hemos visto, hace en términos generales el legislador a los "medios de comunicación" en el art. 4 LOPJM (v. nota 19)[26].

Según la referida LOPJM, los menores tienen, entre otros, derecho a buscar, recibir y emplear información adecuada a su desarrollo (art. 5.1, primer párrafo), derecho a la alfabetización digital y mediática, ya mencionada, adaptándola en cada momento a la edad del menor, de forma que los menores aprendan a desenvolverse en la red de forma responsable y segura, identificando a tiempo aquellas situaciones que pudieran entrañar algún riesgo en el empleo de estas nuevas tecnologías. Tienen igualmente derecho a que les sean facilitadas herramientas suficientes para enfrentar estos riesgos y protegerse de ellos (art. 5.1, segundo párrafo). Se les reconoce, asimismo, el derecho a la libertad ideológica (art. 6), a la plena participación en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno (art. 7), y a la libertad de expresión (según el art. 8, ésta se extiende a la publicación y difusión por los menores de sus propias opiniones, y también a la misma producción de los medios de difusión de las mismas). Además, a efectos de garantizar todos estos derechos, se reconoce también el derecho a ser oído y escuchado (art. 9).

Todos los derechos referidos llevan consigo, en correspondencia, determinadas obligaciones no solo por parte de los poderes públicos, sino también por parte de los representantes legales del menor (progenitores o tutores). A este respecto, tanto las administraciones públicas como los progenitores del menor deberán respetar los derechos referidos y además defender los mismos frente a injerencias

24 El precepto establece literalmente que "los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos".

25 Así, el art. 9bis LOPJM dispone que "los menores, de acuerdo a su edad y madurez, deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social" (apartado primero); y por otro, que "los poderes públicos promoverán la realización de acciones dirigidas a fomentar el conocimiento y cumplimiento de los deberes y responsabilidades delos menores en condiciones de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal" (apartado segundo).

26 En este sentido se manifiesta Bombillar Sáenz, F.M.: "Protección y tutela de los derechos fundamentales del menor como sujeto activo y pasivo de los contenidos audiovisuales", en AAVV: *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital: Internet, redes sociales y comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 257-309.

indebidas de terceras personas (art. 4.5), promoviendo que los menores reciban una educación idónea (art. 5.1). Tendrán, también, que asegurarse de que la información que reciban los menores sea veraz y respetuosa con los principios y derechos constitucionales (art. 5.2), incentivando, a dichos efectos, la producción y difusión de materiales informativos destinados a los menores, facilitándoles el acceso a servicios de información y documentación –incluyendo bibliotecas, u otros de carácter cultural- (art. 5.3). Deben, para ello, fomentar el cumplimiento de códigos de conducta dirigidos a destacar los valores de igualdad, solidaridad, diversidad y respeto a los demás, restringiendo el acceso a imágenes y contenidos digitales lesivos o inadecuados para los menores.

Así, en este entorno social en que las TIC forman parte de nuestra existencia, los menores requieren los medios necesarios para prever y, en su caso, defenderse, de acciones ilícitas que pudieran afectarles, para lo cual es esencial que se les proporcione una información adecuada. Dicha información debe proceder de aquellos agentes que intervienen en el crecimiento personal e intelectual del menor, a efectos de que éste pueda desenvolverse y avanzar con seguridad en el ámbito de las TIC, tanto en su manejo, como en materia de seguridad jurídica en relación con el mismo, de manera que los menores puedan expresarse y actuar con libertad en un entorno digital confiable, al contar con la protección legal adecuada, que sancione las conductas de terceros que atenten contra sus derechos.

Dichos agentes son, evidentemente, los progenitores o tutores del menor, así como sus profesores y demás responsables de su formación en los diferentes centros educativos, cada uno actuando dentro del ámbito que le es propio. Ahora bien, también lo son los diferentes poderes públicos, encargados de legislar, diseñar currículos formativos y establecer criterios de ocio. Centrándonos en la Administración educativa, ésta debe instar la formación no solo de los propios menores, sino también de los progenitores de éstos y, como no, de los educadores, en relación al uso responsable de las tecnologías de la información. En concreto, y respecto a los menores, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dispone en su art. 1.4 que "a través del sistema educativo se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las Tecnologías de la Información y Comunicación".

Por su parte, el art. 83 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD) hace referencia a este "derecho a la educación digital", estableciendo el deber de nuestro sistema educativo de garantizar la participación del alumnado en la sociedad digital, así como el aprendizaje en la utilización de los medios digitales

de forma respetuosa con la dignidad de los demás usuarios, y la suya propia, los derechos fundamentales y, sobre todo, con la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales. A estos efectos, la Administración educativa debe asegurar formación en competencia digital, así como en las posibles situaciones de riesgo que pueden derivarse de una inadecuada utilización de las TIC. Para ello, es necesario que el profesorado reciba la formación digital necesaria, en especial para la enseñanza en el respeto de la intimidad personal y familiar y la protección de datos.

En consecuencia, en relación con la formación en las TIC, el Centro educativo debe:

i) Formar a los alumnos en el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, preferiblemente por medio de expertos, y adaptando el lenguaje a la edad de los menores destinatarios. Debería ser una formación práctica, adecuada al uso que niños y adolescentes llevan a cabo de las distintas redes, orientada a prevenir los riesgos más frecuentes del mal uso de Internet y siempre formando en valores de libertad y respeto.

ii) Fijar protocolos de actuación para prever y afrontar situaciones de ciberacoso en las que algún alumno pueda ser víctima o partícipe.

iii) Adoptar las medidas necesarias para detectar si un alumno está siendo víctima de alguna conducta inadecuada, o incluso ilícita, en las redes sociales, que sean ajustadas a la gravedad del acto[27].

En cuanto a los medios de protección concreta de los referidos derechos fundamentales de la personalidad (derecho al honor, intimidad e imagen) a los que venimos haciendo referencia, reconocidos en la LOPJM, a la protección en vía civil de los mismos, a través del ejercicio de las acciones correspondientes ante los tribunales, se une también su posible protección penal, más intensa, que procederá ante ataques más graves. También es destacable la protección ofrecida por el Derecho administrativo frente vulneraciones del derecho a la privacidad de datos personales o autodeterminación informativa, ramas del derecho a la intimidad, concretado por la jurisprudencia constitucional[28]. Dicho derecho se fundamenta en que todo tratamiento de datos de carácter personal exige un consentimiento previo e inequívoco del titular, y se concreta en el poder de disposición y control

27 Davara Fernández de Marcos, L.: *Menores en Internet y Redes Sociales: Derecho Aplicable y Deberes de los Padres y Centros Educativos. Breve referencia al fenómeno Pokémon Go,* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, pp. 68-69.

28 Se le reconoce como derecho fundamental autónomo en las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre, regulado en España a través de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales.

sobre los propios datos, siendo el interesado el único facultado para para decidir cuáles de estos datos proporcionar a un tercero.

La principal dificultad que se presenta, en atención a esta idea de privacidad y los problemas y riesgos que entraña en un entorno digital, es cómo podemos concienciar a los menores de los riesgos reales y posibles consecuencias negativas del volcado indiscriminado de datos en Internet, ya que una regulación restrictiva en exceso, que coarte la libertad de los menores en la red puede resultar contraproducente. Por eso, lo más beneficioso es formar y educar al menor para que realice un uso responsable de las nuevas. "En todo caso, se requiere de una reflexión amplia por parte de todos sectores de la sociedad involucrados; y, destacadamente, a nivel jurídico-administrativo"[29].

III. ACTITUDES Y DEBERES DE LOS PROGENITORES RESPECTO AL "NATIVO DIGITAL"

1. Los progenitores ante el difícil equilibrio entre el control al menor y una adecuada formación en valores digitales

Podemos definir, siguiendo a Lasarte, la patria potestad como "el conjunto de deberes, atribuciones y derechos que los progenitores ostentan respecto de los hijos que, por ser menores de edad, se encuentran de forma natural bajo la guarda, protección y custodia de los padres"[30].

El contenido esencial de la patria potestad lo resume el art. 154 CC, que incluye entre sus deberes y facultades la necesidad de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Además, deberán representarlos y administrar sus bienes, al tener éstos restringida su capacidad de obrar. De hecho, puesta en perspectiva esta figura en la actualidad, frente a su contenido histórico, podemos decir que "tiene mucho de 'officium' y muy poco de 'potestas', ya que el objeto fundamental de las distintas funciones recogidas tienen prácticamente la finalidad única de proteger a los hijos menores"[31].

En consecuencia, y como contenido de esa patria potestad, en lo que se refiere al entorno digital, los progenitores o representantes legales deberán asegurarse de que sus hijos menores utilizan Internet de forma responsable, en aras de un adecuado desarrollo de su personalidad, así como de la salvaguarda de sus

29 Navarro Ortega, A., Durán Ruiz, F.J.: "La protección jurídico-administrativa del menor y frente al menor en redes sociales y servicios de mensajería instantánea", en AAVV: *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital: Internet, redes sociales y comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp.355-357.

30 Lasarte Álvarez, C., *Derecho de familia. Principios de derecho civil VI*, 6º ed., Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 393.

31 Acedo Penco, A., *Derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 215.

derechos (art. 84.1 LOPD)[32]. En este deber de velar por los hijos y educarlos en el ámbito de las TIC estaría, también, justificado el control a los menores en ese entorno digital, así como la vigilancia de las actividades que éstos lleven a cabo en las redes sociales. Así:

i) Respecto al deber cuidar a los hijos menores, y de velar por ellos, éste debe comprender, necesariamente, cierta ocupación y preocupación por los intereses del menor, entre los que, evidentemente, se encuentran todos aquellos relacionados con sus actividades en la red. De ello se deduce que los progenitores deben conocer dichas actividades e incluso, en caso necesario, deberían poder adoptar medidas para restringir el acceso a Internet de dichos menores.

ii) Respecto al deber de educar a los hijos menores y proporcionarles una formación integral, tal obligación implica no solo participar activamente en su adecuado crecimiento intelectual, sino especialmente inculcarles valores culturales, sociales y de respeto a los derechos propios y de los demás. Extrapolando estos deberes al ámbito de las TIC, educarles en la adecuada utilización de las mismas implicaría, además de advertirles de los riesgos que puede entrañar un uso inadecuado de la red, poder llevar a cabo la correspondiente intervención, para evitar un daño, o control, en caso de que aquél ya se haya producido.

Es decir, a la vista del contenido del art. 154 CC, para cumplir con los deberes que se les imponen, y aunque no lo disponga el precepto expresamente, los progenitores necesitan poder ejercitar cierta vigilancia al menor, y en lo que se refiere a su actividad digital, cierto control de la misma. Por ello, debería considerarse lícita, con carácter preventivo, esta "vigilancia digital" por parte de los progenitores sobre las distintas acciones de sus hijos menores en Internet, adoptando, si fuera necesario, las medidas oportunas, aún de carácter restrictivo, y con independencia de que el menor sea o no mayor de 14 años[33].

Si bien, aunque ésta es la opción más lógica en relación con el desenvolvimiento de menor en Internet, la posibilidad de actuación de los progenitores queda, en cierto modo, restringida, ya que siguiendo la literalidad del art. 162 CC, al que ya se hacía referencia en el primer epígrafe, parece subsumible en dicho precepto la actividad del menor en Internet, como una de esas cuestiones que éste puede manejar por sí mismo, atendiendo a su nivel de madurez. Por todo ello, es necesario

32 En relación con esta cuestión, cabe citar la SAP Córdoba 5 diciembre 2005 (Roj: SAP CO 1326/2005) que establece la obligación de los padres a abonar la responsabilidad civil derivada del acoso realizado por su hija a través de Internet a otra menor –en virtud del ejercicio de una acción civil "ex delicto"-; o la SAP Asturias 22 julio 2013 (Roj: SAP O 2161/2013), que establece responsabilidad civil de los progenitores por "culpa in vigilando" del art. 1903 CC, respecto de los daños morales ocasionados por la hija menor de éstos a la hija de los demandantes con ocasión de unas amenazas efectuadas a través de Internet.

33 Gete-Alonso y Calera, M.C.: "Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores", en AAVV: *Derechos fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 283-287.

determinar hasta qué punto los progenitores pueden intervenir y controlar la actividad de su hijo menor en la red, al amparo del ejercicio de su patria potestad.

En cuanto al acceso a aquellas páginas o aplicaciones de Internet de carácter público o abierto –es decir, las que no solicitan clave de acceso-, no hay dudas en cuanto al control parental, ya que no habría inmisiones no autorizadas como tales, si bien, es recomendable que los menores consulten a los progenitores antes de su utilización, para que éstos puedan apreciar el carácter y eventuales riesgos del sitio. El problema principal lo encontramos para aquéllos lugares de Internet o redes sociales que solicitan al menor el establecimiento de una contraseña o clave de acceso de carácter privado o personal. En estos casos, si el propio menor accede a facilitar dichas claves voluntariamente, los progenitores no tendrán, en principio, gran dificultad para ejercitar esa "vigilancia digital", así como para aconsejar o informar al menor cuando sea necesario. El dilema se haya en cómo llevar a cabo ese control a la actividad del menor en los supuestos en que los progenitores ignoran cuáles son dichas contraseñas de acceso, y en si es posible acceder a tales claves sin la aquiescencia del menor o, por el contrario, esta posibilidad supondría una vulneración de sus derechos.

En principio, y siguiendo los postulados de nuestro Código Civil, lo correcto es enfrentar el problema desde el diálogo con el menor -ya que, conforme al art. 154 CC, si los hijos tienen madurez suficiente, siempre deben ser oídos antes de adoptar decisiones que les afecten-, explicándole porqué determinadas conductas en la red entrañan riesgos, o no son recomendables, así como preguntándole directamente, si es que se intuye algún problema, o se quiere disponer de determinada información. Siempre es preferible afrontar la cuestión incluyendo al menor en la solución al problema que adoptar otras medidas más intensas, que pudieran coartar el libre desarrollo de la personalidad del menor, en lo que se refiere a su participación en ese entorno digital.

Si bien, también pueden los progenitores, si no logran obtener por la vía del diálogo información sobre cuestiones relacionadas con el entorno digital del menor, solicitar a la propia red social los datos del menor, ya que, aunque del art. 11.1 LOPD parece deducirse que sería necesario el consentimiento de aquél para la cesión de dichos datos[34], en su apartado 2 el precepto establece como uno de los casos en que no sería necesario tal consentimiento "cuando la cesión está autorizada en una ley". En consecuencia, si los progenitores percibieran que su hijo menor se encuentra en algún tipo de aprieto como consecuencia de sus actividades en Internet, podrán interesar a la propia red social la cesión de esas claves, aún sin el consentimiento del niño o adolescente, ya que tal solicitud estaría

34 Según dicho art. 11.1 LOPD, "los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado".

justificada en el deber de los progenitores de velar por los intereses del menor, al amparo del art. 154 CC citado.

Pero para lo que no existe justificación legal es para el hecho de que los progenitores accedan a una cuenta personal del menor en una página de Internet o en una red social, empleando las claves de éste sin su consentimiento[35], si bien, si las circunstancias concurrentes lo requieren, es posible que el progenitor, en aras de evitar un peligro evidente al menor, pueda prescindir de tal consentimiento. Esto es lo que se deduce de la STS 10 diciembre 2015[36], que considera válida como prueba de un delito de abuso sexual la información obtenida por una madre de la cuenta de Facebook de su hija, menor de edad, sin el consentimiento de ésta, ya que actuó movida por la sospecha de que su hija fuera víctima de algún tipo de ciberacoso. Así, el condenado en instancia y apelación fundamentó su recurso en la nulidad como prueba de los mensajes extraídos de la red social, alegando la falta de autorización de la titular de la cuenta y consiguiente vulneración del derecho a su intimidad. Al respecto, la STS se pronuncia en contra del carácter ilícito de dicha prueba, ya que quien accedió a la misma –la madre- estaba autorizada para ello, aunque fuera cometiendo al acceder cierto abuso de confianza. Y es que se considera que este derecho a la intimidad de la menor puede verse limitado si existe un interés superior que prevalezca sobre el mismo, como, en este caso, es el de la integridad moral de la propia menor.

A este respecto, razona la STS que no se puede imponer legalmente a los progenitores la obligación de proteger a sus hijos menores y velar por ellos, y al mismo tiempo, privarles de las herramientas necesarias para hacerlo, al negarles toda posibilidad de controlar su actividad. Por ello, se considera que la madre actuó legítimamente al acceder a la cuenta, ante las evidencias de que su hija podía ser víctima de una conducta presuntamente criminal. A ello añade el TS que la hija no denunció la supuesta intromisión materna en su intimidad, descartando además que la progenitora accediera a la clave empleando medios de indagación informática, actuando de forma ajena a la voluntad de la menor –más bien, se considera que ésta o su hermana facilitaron dichas claves voluntariamente-[37]. Por

35 Platero Alcón, A.: "Los límites de la patria potestad frente a los derechos del menor en Internet", en AAVV: *Derecho de familia. Nuevos retos y realidades: estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 311-312.

36 STS 10 diciembre 2915 (Roj: STS 5809/2015).

37 Al respecto, razona literalmente la STS citada que "además estamos hablando de la madre -y no cualquier otro particular-. Es titular de la patria potestad concebida no como poder, sino como función tuitiva respecto de la menor. Es ella quien accede a esa cuenta ante signos claros de que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija. No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección. La inhibición de la madre ante hechos de esa naturaleza, contrariaría los deberes que le asigna por la legislación civil (…).
c) No podemos tampoco ignorar que la menor titular de la cuenta no solo no ha protestado por esa intromisión en su intimidad (lo que permite presumir un consentimiento o anuencia ex post), sino que

todo lo anterior, podemos deducir que, si bien, en circunstancias normales, no debe accederse a las cuentas privadas en redes sociales de un menor, empleando claves de carácter privado sin su consentimiento, lo cierto es que, ante sospechas de que el menor pudiera estar en alguna situación comprometida consecuencia de su actividad en un entorno digital, sí estarían los progenitores legitimados para tal acceso, aún sin consentimiento del menor afectado, al amparo de su deber de velar por él, fijado en el art. 154 CC.

En cualquier caso, frente a estas posibilidades, por parte de algunos autores se estima que los progenitores deben centrarse en dar a los menores una adecuada formación en cuanto al uso de Internet, en lugar de controlar exhaustivamente los entornos digitales de sus hijos, en el entendimiento de que es preferible "un buen uso de la patria potestad por parte de las personas que la ostenten, por ello se debe cibereducar al menor, es decir, debemos transmitir a los menores que Internet no es un espacio sin normas impune o sin responsabilidades"[38].

Según hemos visto, en caso de conflicto entre cualquier derecho legítimo y el interés superior de un menor, prevalecerá el derecho de éste último frente al primero. Trasladado esto a la cuestión objeto de análisis, si existe conflicto entre el derecho-deber de los padres a vigilar la actividad del menor y el derecho a la intimidad de éste último, habría que atender, en circunstancias normales, al derecho del menor. Por ello, deberían los padres reducir este control al mínimo posible, equilibrando esta limitación con una adecuada formación al menor en cuanto al uso de las TIC, recomendando la utilización de los filtros de seguridad, advirtiendo de los posibles riesgos, fijando un adecuado tiempo de uso, etc.[39].

Esto no significa que los progenitores ignoren los riesgos que pueden suponer las TIC, ya que, se insiste, dentro del adecuado ejercicio de su patria potestad está integrado el deber de velar por los derechos de sus hijos menores, incluyendo, claro está, sus derechos a la intimidad e integridad. Si bien, el ejercicio de este deber no puede suponer una vulneración, a su vez, de los mismos derechos que se deben salvaguardar. En definitiva, es complicado fijar el límite entre el ejercicio del deber de protección y el exceso de control: los padres deben, simultáneamente, prevenir los daños que pudieran derivarse del uso de Internet por sus hijos menores, o incluso prevenir los que ellos pudieran ocasionar a terceras personas,

además ha refrendado con sus declaraciones el contenido de esas comunicaciones ya producidas en lo que constituiría una prueba independiente de la anterior y no enlazada por vínculos de antijuricidad (…). d) Una cosa es el acceso y otra desvelar el contenido. Que estaba autorizada a acceder lo demuestra la posesión de la contraseña".

38 Bueno de mata, F., Munive Cortés, E., Martín Ruani, H.: "Estudios comparativos entre España, México y Argentina sobre la protección del menor en las redes sociales", *Revista de Estudios Constitucionais, Hermeneutica* e *Teoria do Direito*, vol. 6, enero-junio, 2014, pp. 31-43.

39 Rojas, M. A.: "Análisis de un problema deóntico respecto del derecho a la intimidad de los menores de edad y el alcance del ejercicio de la patria potestad en la utilización de Internet y las redes sociales", *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 2014, p. 104.

sin inmiscuirse en exceso en la intimidad de aquéllos. Se trata, por tanto, de una frontera difusa, que requiere un especial esfuerzo de los padres, que deberán, en primer lugar, preocuparse de conocer efectivamente el funcionamiento de la red y los riesgos que entraña su utilización descontrolada, para poder ofrecer a este respecto un apoyo proactivo y responsable a sus hijos. En consecuencia, la educación a los menores en un desenvolvimiento responsable dentro de su entorno digital debe ser progresiva, atendiendo al grado de madurez del menor en cada momento, y ejerciendo un control sin injerencias, mediante el diálogo, siempre que sea posible, para conocer los intereses y actividades de los menores, y prevenir eventuales problemas que pudieran producirse [40].

En resumen, para evitar las consecuencias negativas del uso indebido de Internet por menores constituye un factor fundamental la prevención y el control por parte de los progenitores de que sus hijos hacen un uso responsable de las redes sociales, si bien debe ser un control desde el respeto a la intimidad del menor. A este respecto, se consideran como acciones a tomar por los progenitores la de retrasar lo máximo posible la edad en que el adolescente deba tener un dispositivo móvil propio, el menor debería asumir responsabilidades en cuánto al importe económico que genera ese dispositivo –atribuyéndole alguna ocupación, por ejemplo-, fomentando así su esfuerzo y tratando de que tome conciencia de la importancia del tiempo invertido en las redes, fijando, a tal efecto, límites de espacios y de tiempos en que no podrá el menor utilizar los dispositivos con acceso a Internet[41]. Y es que es el adulto, en el adecuado ejercicio de su patria potestad, el que debe poner límites y actuar con la correspondiente autoridad, sin perjuicio de hacerlo también desde el diálogo con el menor, para enseñar a éste el empleo adecuado de los recursos que Internet ofrece.

No debemos olvidar que la función parental, para evitar que ésta no se lleve a cabo de forma adecuada, está a su vez, sujeta a la correspondiente supervisión por parte de los Tribunales y del Ministerio Fiscal, que interviene en todos los procesos relacionados con menores, a fin de asegurar la salvaguarda de los derechos de éstos. Y es que el juez, actuando incluso de oficio, puede adoptar todas las medidas que considere oportunas, a fin de evitar perjuicios al menor en su entorno familiar (art. 158.1.6º CC).

2. El "Sharenting".

Venimos refiriéndonos a la actividad de los propios menores en Internet, y los riesgos que entraña para éstos que no sepan actuar de un modo prudente en

40 Ibidem, pp. 106-107.

41 Castellana Rosell, M., Sánchez-Carbonell, X., Graner Jordana, C. y Beranuy Fargues, M.: "El adolescente ante las tecnologías de la información y la comunicación: Internet, móvil y videojuegos", *Papeles del Psicólogo*, Vol. 28(3), 2007, pp. 196-204.

su entorno digital. Ahora bien, es también muy frecuente que sean los propios progenitores (en la mayoría de los casos), u otros familiares o personas cercanas los que suban a sus redes sociales imágenes o información de los menores. Esta actividad es conocida como "sharenting", palabra anglosajona que procede de la unión de las palabras share (compartir) y parenting (crianza)[42]. Normalmente, esto empieza a producirse cuando los niños son aún muy pequeños, de modo que no pueden ejercer su derecho opinar por sí mismos sobre el manejo de sus propios datos.

En cuanto a si podemos considerar el "sharenting", en todo caso, como una intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad del menor, el art. 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen dispone, en relación a la protección de los derechos de la personalidad, que la misma "quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia". Conforme a la literalidad del precepto, para entender que estamos (o no) ante una intromisión como ilegítima, deberá atenderse al contenido de la ley, a los usos sociales y a los propios actos de la persona afectada. Así, no lo será el "sharenting" en todo caso, ya que, actualmente, de manera incuestionable, los usos sociales han cambiado la idea general de privacidad que tenemos, así como de nuestra intimidad personal o familiar[43].

Respecto a qué podría hallarse comprendido dentro de tales usos sociales, cabe citar SAP Lugo 15 febrero 2017[44] sobre el supuesto en que una progenitora demanda a la abuela de sus hijos menores, por entender que estaba vulnerando la intimidad de éstos al publicar sus imágenes en Facebook. En este caso, el tribunal considera que no existe tal vulneración, si bien sí refiere que es una cuestión dudosa, por la falta de regulación legal concreta sobre el tema, máxime tratándose de menores. Se fundamenta la Audiencia Provincial en que la cuenta de Facebook de la demandada no era pública, sino que solo podían ver las imágenes algunas personas concretas, si bien precisa que habrían resuelto de otra manera si constara que la exposición de los datos de los menores hubiera sido mayor. En definitiva, de la resolución se deduce que la existencia o no de intromisión ilegítima, en el caso de exposición de imágenes de menores en redes sociales, puede depender de factores como la configuración de la privacidad de la cuenta, la permanencia en el tiempo de la información o incluso de la opinión del propio menor, una vez alcanzada la madurez suficiente (14 años) o, en cualquier caso, la mayoría de edad.

42 Ammerman Yebra, J.: "El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 (bis), 2018, p. 254.

43 Ibidem, p. 255.

44 SAP Lugo 15 febrero 2017 (Roj: SAP LU 98/2017).

En lo que se refiere a si se trata de una actividad que debe ser consentida por ambos progenitores, la SAP Barcelona 25 abril 2017[45] dispone que "el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental y la decisión de publicar una fotografía del hijo en una red social pertenece a la esfera de la responsabilidad parental compartida por ambos progenitores, no a la guarda. Los padres como titulares de la patria potestad tienen el deber y la responsabilidad de proteger la imagen de sus hijos menores de edad y como señala el Tribunal Supremo será preciso el acuerdo de ambos progenitores para poder publicar imágenes del hijo común en las redes sociales. En todo caso los padres deberán evitar en interés del menor una sobreexposición del hijo en estos ámbitos". Es decir, con independencia de que los progenitores estén o no separados, será necesario que ambos estén de acuerdo en cuanto a la toma de decisiones sobre la publicación de imágenes de sus hijos menores en Internet, con la salvedad de que alguno de ellos se encontrara privado de la patria potestad.

Asimismo, el art. 156 CC dispone que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores, o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro[46]. Se consideran, además, válidos los actos que realice uno de los progenitores conforme al uso social, o en circunstancias de urgente necesidad. Así, dada la frecuencia con que, en la práctica, se producen conductas como las descritas, parece claro que los progenitores, al publicar imágenes de sus hijos en Internet, siempre que lo hagan de forma prudente –tanto en lo que se refiere al contenido de las imágenes como a la cantidad de las mismas-, lo hacen conforme a un uso social. Además, si es uno solo el que lo hace, sin una oposición activa del otro, se puede considerar que existe un consentimiento tácito, perfectamente válido, al menos si la configuración de la privacidad de la red utilizada es adecuada o si las imágenes van dirigidas a familiares o personas allegadas[47].

En caso de existir posibles discrepancias entre progenitores respecto a la publicación en redes sociales de imágenes de sus hijos menores de edad, el consentimiento respecto de tales publicaciones presenta, en la práctica, normalmente más problemas cuando los progenitores ya no mantienen una relación de pareja, por sus propios conflictos personales, que además pueden

45 SAP Barcelona 25 abril 2017 (Roj: SAP B 3677/2017).

46 El art. 156 CC también fija determinados supuestos en los que se puede atribuir el ejercicio exclusivo de la patria potestad a uno solo de los progenitores: i) Si existieran desacuerdos reiterados entre ellos, la ejercerá el que el Juez designe –también podrá distribuir funciones entre ellos- (art. 156.3 CC). ii) En defecto, ausencia, incapacidad o imposibilidad de ejercicio por uno de los progenitores, corresponderá el ejercicio de la patria potestad al otro exclusivamente (art.156.5 CC). iii) Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin bien, el Juez, a solicitud del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para ejercitarla conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ellos las funciones (art 156.6 CC).

47 Morillas Fernández, M.: "Derecho de Familia y Redes Sociales", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, *R.E.D.S.*, núm. 13, julio-diciembre 2018, p. 98, pp. 95-105.

agravarse si existe un proceso por el régimen de custodia, o sobre la titularidad o ejercicio de la patria potestad. En tal caso, a falta de acuerdo, deberán resolver sus discrepancias a través del correspondiente proceso judicial. En este sentido se pronuncia la Resolución R/03162/2016, de 29 de diciembre de 2016, de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD), sobre reclamación contra Facebook[48]. La misma trae causa de una denuncia del padre de unas menores cuya madre publicaba imágenes de las mismas en dicha red, sin el consentimiento paterno. El padre había acudido ya a Facebook, sin que desde la red se atendiera la solicitud de eliminación de las fotografías de las menores. Al respecto, la AEPD inadmite la reclamación, en el entendimiento de que no es competente para resolver esta cuestión, ya que se refiere al contenido de las relaciones paternofiliales, objeto de regulación en nuestro Código Civil, por lo que la cuestión debería plantearse ante los tribunales competentes[49]. Es decir, que en caso de desacuerdo entre los progenitores sobre la publicación de imágenes de sus hijos menores de edad en Internet, deberá acudirse a un expediente de jurisdicción voluntaria a tal efecto[50], o incluso dejar clara esta cuestión en un eventual convenio regulador, o discutirla en el proceso en el que se fijen las demás medidas respecto de los hijos en común.

Finalmente, también podemos encontrar supuestos en que los progenitores vayan en su modo de actuar más allá del simple uso social, y lleven a cabo un mal uso de las imágenes o los datos de sus hijos menores, que pueden hallarse aún en una edad demasiado temprana como para hacer valer sus derechos o prestar su consentimiento. Según vimos, el art. 4 LOPJM establece un régimen de protección a favor de los menores, en caso de intromisión ilegítima su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, posibilitando la intervención del Ministerio Fiscal, incluso contra la voluntad de los progenitores o tutores del menor[51].

En consecuencia, en caso de conflicto entre la actividad de los progenitores, respecto a la utilización de las imágenes o datos de sus hijos menores, y la voluntad o los derechos de éstos, si los titulares de la patria potestad estuvieren actuando de forma contraria a los intereses del propio menor, tanto éste como cualquier interesado podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal esta situación, a los efectos oportunos, sin perjuicio de poder instar las acciones pertinentes ante

48 https://www.aepd.es/es/documento/td-02218-2016.pdf.

49 El progenitor recurrió en reposición la referida resolución, y la AEPD mantuvo su postura, inadmitiendo el recurso, https://www.aepd.es/es/documento/reposicion-td-02218-2016.pdf.

50 Gil Membrado, C.: "Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las Redes Sociales", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menore*s, núm. 13, 2017, pp. 80 y ss.

51 A este respecto, podemos hacer referencia a la Instrucción de la Fiscalía 2/2006, de 15 de marzo, sobre la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, que atribuye legitimación directa al Ministerio Fiscal para proteger los derechos de los menores a su honor, intimidad y propia imagen, cuando los progenitores de dicho menor, pese a encontrarse en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad, y no concurrir conflicto de intereses con el menor, sean contrarios a instar las correspondientes acciones en defensa del mismo (https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-I-2006-00002).

los tribunales -en las que, siendo parte un menor, intervendrá siempre el Fiscal-, que podrán acordar las "disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas" (art. 158.1.6º CC). Además, existe la posibilidad para el menor de acudir a servicios de protección infantil, de carácter público o privado[52], para que éstos actúen en su nombre a la hora de solicitar la supresión de sus datos personales o, si fuera necesario, ejerciten las correspondientes acciones en defensa de sus derechos o pongan los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal[53].

En cualquier caso, independientemente de que, en efecto, existen ciertos mecanismos de control en defensa de los derechos del menor, no dejan de ser ambiguos o poco concretos, ya que es necesario, para que la protección se lleve a cabo, judicializar la cuestión, o al menos, que los hechos lleguen a conocimiento del Ministerio Fiscal, lo que presenta incuestionables problemas prácticos, al margen de que no existe un marco legal concreto, teniendo los jueces que apreciar, según las circunstancias que concurran, si la actuación de los padres trasciende o no del mero uso social, sin que existan unos parámetros claros en los que fundamentar su decisión, lo que puede dar lugar a resoluciones contradictorias. Por eso, el legislador debería definir ciertos límites a partir de los cuales esta actividad de los progenitores sobrepasa lo que podemos considerar como uso social, para facilitar la labor de los jueces y, sobre todo, para que quienes compartan imágenes de sus hijos sepan a qué atenerse, y a partir de qué momento su conducta puede suponer una intromisión ilegítima en los derechos de su hijo menor.

IV. CONCLUSIONES.

Actualmente estamos inmersos en una "sociedad digital", con las Tecnologías de la Información y la Comunicación en constante evolución. Todos tenemos que adaptarnos a esta realidad, pero en lo que se refiere a los menores, es necesario compensar este imparable avance tecnológico con el adecuado desarrollo de éstos y, sobre todo, con el escrupuloso respeto a sus derechos. Y es que el desenvolvimiento adecuado en un entorno digital requiere cierto nivel de madurez y conocimientos suficientes del funcionamiento de las redes y de los riesgos que entrañan, para así poder configurar la privacidad de las mismas de forma correcta.

52 Conforme al art. 80 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, "el interesado tendrá derecho a dar mandato a una entidad, organización o asociación sin ánimo de lucro que haya sido correctamente constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro, cuyos objetivos estatutarios sean de interés público y que actúe en el ámbito de la protección de los derechos y libertades de los interesados en materia de protección de sus datos personales, para que presente en su nombre la reclamación". En España existen servicios autonómicos de protección a la infancia. Igualmente, existen entidades sin ánimo de lucro como *Save the Children* o Plataforma de Infancia, que defienden los derechos de los menores.

53 García García, A.: *La protección del menor en el Derecho europeo y español. El sharenting y su problemática*, Editorial Universitat Politécnica de Valencia, 2021, p. 82.

Por ello, muchos menores que acceden a Internet, especialmente a través de las distintas redes sociales disponibles, no gestionan adecuadamente tal acceso, y hacen públicos de forma imprudente ubicación o datos personales, lo que los hace especialmente vulnerables a intromisiones de terceras personas.

Existe cierto vacío legal en cuanto a la situación jurídica de los menores de edad en Internet, por lo que debemos acudir a normas dispersas, de carácter general, a falta de una regulación uniforme y unificada. De dichas normas podemos deducir que se considera que el menor, a los 14 años, ya puede gestionar su propia red social, si bien, también debemos atender al criterio de la madurez suficiente. En cualquier caso, y pese a estas previsiones, es frecuente que menores de esa edad accedan a las distintas redes sociales, falseando sus datos. Por ello, sería necesario que por parte de las distintas plataformas digitales se controlara de forma real que aquéllos que las utilizan tienen realmente la edad legal mínima requerida. Además, aunque el menor haya cumplido esos 14 años, en caso de que, como consecuencia de la publicación por su parte de datos o imágenes, tenga lugar una vulneración de sus derechos, serán, en última instancia, los tribunales quienes decidan sobre la validez del consentimiento del menor.

A la vista de lo indicado, es necesario establecer medidas legales adecuadas para proteger a los menores de los riesgos que implica su acceso a Internet. Asimismo, es necesario impartir una formación adecuada no solo a los menores, sino también a los progenitores o tutores, e incluso a los educadores de los mismos, para que tengan conocimiento de las posibles consecuencias de la subida indiscriminada de contenidos a Internet, de la facilitación de datos a terceros, o del acceso a determinados contenidos. Debe formarse adecuadamente a los menores, a fin de que adquieran las habilidades necesarias para desenvolverse en Internet de forma segura y, sobre todo, responsable. Para ello, deben tomar conciencia de los riesgos que implica un mal uso de las redes sociales o de las TIC, y esto solo es posible si desde su entorno, tanto familiar como escolar, se garantiza un aprendizaje adecuado respecto a la utilización de Internet. A estos efectos, debe concienciarse también a progenitores y educadores sobre la adecuada formación a los menores en el uso de las TIC y de las redes sociales, para un crecimiento y desarrollo seguro de su desenvolvimiento digital.

Dicha formación tiene, indudablemente, un carácter preventivo, en aras de tratar de evitar que se materialicen los peligros que, para el menor, supone un uso irresponsable de Internet. Ahora bien, independientemente de esta labor de información y educación, los padres tienen la obligación, derivada del ejercicio de su patria potestad, de velar por sus hijos menores y protegerlos. Por ello, con independencia de los derechos de los menores a su propia intimidad y al libre desarrollo de su personalidad, dichos derechos no suponen que, ante sospechas

de que el menor pueda estar en una situación comprometida, no estén los progenitores perfectamente legitimados para controlar las actividades del menor en la red, amparados en las referidas funciones de guarda. Si bien, esto no justifica tampoco un exceso de control: los progenitores deben encontrar el adecuado equilibrio para, simultáneamente, prevenir los riesgos que implica ese entorno digital para los menores, sin inmiscuirse en exceso en su intimidad.

Finalmente, debe concienciarse a los progenitores de que la subida de imágenes y otros datos de sus hijos menores a Internet debe hacerse de forma controlada y meditada, tomando precauciones tanto sobre el contenido de las imágenes, como sobre las opciones de privacidad en cuanto al acceso de las mismas por terceras personas, ya que, de otro modo, con independencia del uso que terceros podrían darle a esas imágenes o datos, a largo plazo puede generar conflictos con el propio hijo, si éste no estuviera conforme, una vez que tenga edad suficiente para ello, con la conducta de sus progenitores respecto al uso durante años de su propia imagen. Y es que los titulares de la patria potestad son los primeros obligados a salvaguardar el interés del menor, también, claro está, en cuanto al tratamiento y utilización de la imagen de éste en la red, siendo necesario el consentimiento de ambos para la subida de tal contenido a Internet.

De hecho, ante un supuesto de "sharenting" en que se vieran vulnerados los derechos del menor, éste cuenta con mecanismos para acudir, bien por sí mismo, bien a través de un tercero, a entidades u organizaciones, públicas o privadas, de protección infantil, y a través de las mismas interesar del Ministerio Fiscal, o de los tribunales, por ejemplo, la supresión de la red de sus datos personales. Ahora bien, hay que tener en cuenta que no toda subida de imágenes de menores a la red por sus progenitores constituiría una intromisión ilegítima, ya que, dependiendo de las circunstancias, podría estar amparada en el uso social. Ante la imprecisión de este término y la gran cantidad de variables posibles, sería recomendable que el legislador marcara ciertos parámetros a partir de los cuales esta actividad de progenitores o allegados respecto a imágenes de los menores, excedería del mero uso social, facilitando así la labor de jueces y tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

Acedo Penco, A.: *Derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 2013.

Ammerman Yebra, J.: "El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 (bis), 2018, pp. 254-264.

Andreu Martínez, M.: *La protección de datos personales de los menores de edad*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

Batuecas Caletrío, A.: "El control de los padres sobre el uso que sus hijos hacen de las redes sociales", en A.A.V.V.: *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, Editorial Comares, Granada, 2015, pp. 137-170.

Barrio Fernández, A.: "Los adolescentes y el uso de los teléfonos móviles y de videojuegos", *International Journal of Developemental and Educational Psychology*, 1, 3, 2014, pp. 563-570.

Bombillar Sáenz, F.M.: "Protección y tutela de los derechos fundamentales del menor como sujeto activo y pasivo de los contenidos audiovisuales", en A.A.V.V.: *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital: Internet, redes sociales y comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 257-309.

Bueno de mata, F., Munive Cortés, E., Martín Ruan I, H.: "Estudios comparativos entre España, México y Argentina sobre la protección del menor en las redes sociales", *Revista de Estudios Constitucionais, Hermeneutica e Teoria do Direito*, vol. 6, enero-junio, 2014, pp. 31-43.

Castellana Rosell, M., Sánchez-Carbonell, X. Graner Jordana, C. y Beranuy Fargues, M.: "El adolescente ante las tecnologías de la información y la comunicación: internet, móvil y videojuegos", *Papeles del Psicólogo*, vol. 28(3), 2007, pp. 196-204.

Davara Fernández de Marcos, L.: *Menores en Internet y Redes Sociales: Derecho Aplicable y Deberes de los Padres y Centros Educativos. Breve referencia al fenómeno Pokémon Go,* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.

De Lama Ayma, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

Díaz Martínez, A.: "La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.1, 2013, pp. 51-70.

Faggiani, V.: "Derechos del menor e internet Una aproximación desde el derecho constitucional europeo", en AA.VV.: *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital: Internet, redes sociales y comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 21-54.

García García, A.: *La protección del menor en el Derecho europeo y español. El sharenting y su problemática*, Editorial Universitat Politécnica de Valencia, 2021.

García Rubio, M. P., "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, pp. 14-49.

Gete-Alonso y Calera M.C: "Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores", en AA.VV.: *Derechos fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 271-288.

Gil Antón, A. M.: "Redes sociales y privacidad del menor: un debate abierto", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 36, 2014, pp. 143-180.

Gil Antón, A. M.: "El menor y la tutela de su entorno virtual", *Revista de derecho UNED*, núm. 16, 2015, pp. 275-319.

Gil Membrado, C.: "Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las Redes Sociales", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 13, 2017, pp. 69-95.

Gómez Cabranes, L.: "Las emociones del internauta", en AA.VV.: *Emociones y estilos de vida: radiografía de nuestro tiempo*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2013, pp. 211-243.

Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de familia. Principios de derecho civil VI*, 6º ed., Marcial Pons, Madrid, 2007.

Martínez Martínez, R.: "Menores y redes sociales. Condiciones para el cumplimiento del artículo 13 del Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos", en AA.VV.: *Derechos y Redes Sociales*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 203-229.

Martínez-Rodrigo, E., Martínez-Cabeza Jiménez, J.: "Proyección de los menores en las redes sociales", en AA.VV.: *Desafíos de la Protección de Menores en la Sociedad*

Digital. Internet, redes sociales y comunicación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 487-512.

Morillas Fernández, M.: "Derecho de Familia y Redes Sociales", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad, R.E.D.S.*, núm. 13, julio-diciembre 2018, pp. 95-105.

Navarro Ortega, A., Durán Ruiz, F.J.: "La protección jurídico-administrativa del menor y frente al menor en redes sociales y servicios de mensajería instantánea", en AA.VV.: *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital: Internet, redes sociales y comunicación*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 341-383.

Organista Sandoval, J., McAnally Salas, L. y Lavigne, G.: "El teléfono inteligente (smartphone) como herramienta pedagógica", *Apertura*, 5, 1, 2013, pp. 6-19.

Platero Alcón, A., y Acedo Penco, A.: "La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales: referencia especial al régimen normativo europeo y español, con algunas consideraciones sobre el chileno", *Revista Chilena De Derecho y Tecnología,* vol. 5, nº 1, 2016, pp. 63-94.

Platero Alcón, A.: "Los límites de la patria potestad frente a los derechos del menor en internet", en AA.VV.: *Derecho de familia. Nuevos retos y realidades: estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 305-316.

Plaza Penadés, J.: "El derecho de protección de datos de los menores en la Comunidad Valenciana", *Derecho Civil Valenciano*, 4, 2008, pp. 1-3.

Prensky, M.: "Digital Natives, Digital Immigrant. Part 1", *On the Horizon*, Vol. 9 No. 5, 2001, pp. 1-6.

Rojas, M. A.: "Análisis de un problema deóntico respecto del derecho a la intimidad de los menores de edad y el alcance del ejercicio de la patria potestad en la utilización de internet y las redes sociales", *Ratio luris. Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 2014, pp. 95-109.

Troncoso Reigada, A.: "Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales", *Revista de Internet, Derecho y Política*, 15, 2012, pp. 61-75.

Vázquez de Castro, E.: "Protección de datos, redes sociales y menores", *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías,* 29, 2012, pp. 21-64.



VIOLENCIA FAMILIAR HACIA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO: COEXISTENCIA DE MODELOS Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD*

FAMILY VIOLENCE AGAINST CHILDREN AND ADOLESCENTS IN MEXICO: COEXISTENCE OF MODELS AND CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1204-1231

* Agradezco las observaciones al texto por parte de Ricardo Tránsito Santos y Stephanie Giovanna Orduña Chávez.

Mónica
GONZÁLEZ
CONTRÓ

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: A partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el marco jurídico en México ha experimentado varias reformas. Esta evolución se ha traducido en dos reformas constitucionales y la aprobación de dos leyes específicas en la materia. La legislación civil, si bien ha sido modificada, contrasta con las normas constitucionales y las leyes especiales, generando problemáticas diversas en materia familiar. A través de la jurisprudencia, el Poder Judicial Federal ha establecido criterios que armonizan la legislación familiar con la Constitución mexicana. El objetivo del trabajo es analizar el control de constitucionalidad en materia de violencia familiar hacia niñas, niños y adolescentes, en particular en materia de prohibición de castigo corporal y humillante.

PALABRAS CLAVE: Convención sobre los Derechos del Niño; Niñas, niños y adolescentes; violencia familiar; castigo corporal y humillante; modelo garantista.

ABSTRACT: *Since the ratification of the Convention on the Rights of the Child, the legal framework in Mexico has undergone several improvements. This evolution has resulted in two constitutional reforms and the approval of two specific laws on the matter. Although it has been modified, civil legislation contrasts with constitutional norms and special laws, generating various issues in family matters. Mexican Federal Judiciary has established criteria that harmonize family legislation with the Mexican Constitution through jurisprudence. The objective of this work is to analyze the control of constitutionality in matters of family violence towards children and adolescents, particularly in terms of the prohibition of physical and humiliating punishment.*

KEY WORDS: *Convention on the Rights of the Child; Girls, boys, and adolescents; family violence; corporal and humiliating punishment; Guarantee Model.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. MODELO CONVENCIONAL-GARANTISTA ACORDE CON LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.- III. MARCO JURÍDICO EN MATERIA DE VIOLENCIA FAMILIAR HACIA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO.- IV. LA PROHIBICIÓN DEL CASTIGO CORPORAL Y HUMILLANTE.- V. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE VIOLENCIA FAMILIAR.- 1. Criterio de la Suprema Corte.- 2. Elementos del castigo corporal y humillante.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La aprobación de los tratados internacionales sobre derechos humanos significó, sin duda, un parteaguas en el derecho constitucional de los Estados, por lo menos en los llamados occidentales. Los sistemas jurídicos se vieron en la obligación de adecuar su legislación interna para cumplir con las obligaciones adquiridas por la ratificación de los instrumentos internacionales.

No obstante, esta transformación alcanzó a todas las áreas del derecho, sin duda alguna el derecho familiar fue impactado en su misma raíz. Ello porque el reconocimiento de los derechos de las mujeres, las niñas y niños implicó la premisa de que, en la familia, espacio considerado privado, se daban relaciones de poder que colocaban a algunos de sus integrantes en condición de vulnerabilidad[1]. Por lo anterior, los Estados tenían la obligación de generar mecanismos de garantía de derechos de cada una de las personas en el ámbito familiar. Pese a que durante las últimas décadas se han dado grandes cambios legales, aún subsisten fuertes resistencias a aceptar que la familia no puede considerarse un espacio privado.

Esto es especialmente relevante en el caso de niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA), pues supone un cambio de paradigma sobre el titular de derechos. A los derechos subjetivos, entre los que se encuentran los derechos humanos, subyace una idea de ser humano que privilegia el valor de la autonomía. Si bien la mayoría de los teóricos aceptan que son varios los valores que fundamentan los derechos humanos, por ejemplo, la igualdad y la dignidad, lo cierto es que las constituciones siguen privilegiando ciertos derechos que presuponen una capacidad de la cual se excluye a niñas, niños y adolescentes. Prueba de lo anterior es que una parte importante de los derechos reconocidos en las constituciones constituyen libertades que no son ejercibles por las personas menores de edad,

1 Cfr. González Contró, M. y Padrón Innamorato, M.: "¿Es el derecho un instrumento para reducir la vulnerabilidad de niñas, niños y adolescentes?", en AA.VV.: *Temas selectos de vulnerabilidad y violencia contra niños, niñas y adolescentes* (coord. por M. Pérez Contreras, M. Macías Vázquez, N. González Martín y S. Rodríguez Jiménez), Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017, pp. 3-24.

• Mónica González Contró
Doctora en derecho; investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Correo electrónico: monica_contro@yahoo.es

como la libertad de tránsito, la libertad de información o los derechos los derechos políticos. Durante mucho tiempo se utilizó la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio[2] como justificación para sostener que todas las personas eran titulares de derechos, pero que no podían ejercerlos. Esta distinción, propia del derecho civil, fue trasladada al derecho constitucional, pero desde la perspectiva de los derechos humanos debe ser cuestionada y discutida, pues ha servido para negar derechos a las personas sin necesidad de justificación.

En esta línea de argumentación, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) implica una ruptura epistemológica con la concepción del titular de derechos[3]. Hablamos en este sentido de un verdadero cambio de paradigma[4] que impacta la construcción misma del sistema jurídico. La CDN, a diferencia de los instrumentos internacionales anteriores, reconoce a las personas menores de 18 años como titulares de derechos[5], lo que conllevó -o debió conllevar- una verdadera revolución del derecho familiar. Históricamente, NNA eran considerados como parte de la familia y no como sujetos del derecho público[6]. No existían leyes para la infancia más allá de los códigos civiles o familiares, o las leyes para "menores" en conflicto con la ley penal. La CDN rompe con esta línea y reconoce todos los derechos para todas las NNA.

La CDN fue ratificada por casi todos los países del mundo, aunque al parecer sin asumir el verdadero cambio de modelo que implicaba. Al menos así fue en el caso mexicano, lo cual ha tenido como consecuencia una legislación contradictoria que corresponde al anterior modelo (minorista-privatista) y coexiste con normas del estándar normativo del modelo impuesto por la CDN (convencional-garantista).

En el texto argumentaré que, como consecuencia de lo anterior, actualmente hay un marco jurídico débil, que corresponde a un modelo tradicional de familia y

2 Con anterioridad a la promulgación de la CDN, se consideró a NNA como sujetos desprovistos de aptitudes para decidir en asuntos que afectaran sus intereses personales, y salvo algunos actos de tipo patrimonial regulados por el CCF, en todo lo demás quedaba sometido a las decisiones de sus representantes legales. Si bien, en la legislación nacional no hay disposición para tales limitaciones, se mantiene una tradición jurídica que infiere una incapacidad de NNA.

3 Autoras como Lucia Raphael ha señalado que la CDN tiene un espíritu posmoderno, pues asume un concepto de persona distinto, desde las narrativas de las personas a nivel individual, reconociendo una postura que no infantiliza y no se centra en discursos minimizadores. Cfr. Raphael De La Madrid, L., "Salud mental y terapias narrativas, género y Convención Internacional de las niñas, niños y adolescentes: perspectivas entrecruzadas", *Revista Problema*, IIJ UNAM, en dictamen.

4 Por cambio de paradigma me refiero a lo que T. Kuhn define como el cambio de directrices esenciales de teorías, métodos, y normas con lo que se desplazan criterios que determinan un problema, como las soluciones que se pueden gestar.

5 García Méndez, E.: *Infancia y adolescencia. De los derechos y de la justicia*, Fontamara, México, 2007, p.77.

6 El artículo 4 de la Constitución mexicana es una muestra de lo anterior. La Constitución de 1917 no contemplaba derechos para las personas menores de edad, fue reformada en 1980 con motivo del año internacional del Niño declarado por la ONU (que daría como resultado la CDN). El artículo 4 señalaba lo siguiente: "Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas." El texto fue reformado en 2000 con el objeto de ajustarse a la CDN.

deja en desprotección a NNA frente a la violencia familiar y, en concreto, el castigo corporal y humillante, reconocido recientemente en nuestro marco jurídico. Para ello presentaré en primer lugar, un cuadro comparativo de los dos modelos; a continuación, se expondrá el marco jurídico en materia de violencia familiar hacia NNA en México; posteriormente, se explicará la reforma en materia de prohibición de castigo corporal y humillante; en el siguiente apartado se analizará una sentencia relevante en materia de violencia familiar; y cerraré con una reflexión final.

Por castigo corporal y humillante entiendo una forma específica de violencia familiar hacia NNA que tiene como objetivo educar y corregir a través de conductas contrarias a los derechos humanos y a la dignidad humana. El castigo corporal y humillante causa daño y sufrimiento físico o psicológico a NNA. Desafortunadamente, se encuentra fuertemente extendido como práctica de crianza.

II. MODELO CONVENCIONAL-GARANTISTA ACORDE CON LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Como se ha expuesto, la CDN crea un nuevo estatus para la infancia y adolescencia al reconocerles como titulares de derechos. Es por ello útil exponer algunas de las características principales que distinguen a ambos modelos. A continuación, se presenta un cuadro que será explicado con posterioridad.

	Modelo minorista-privatista	Modelo convencional-garantista
1.	Utiliza el término "menor".	Utiliza los términos "niñas, niños y adolescentes", o genéricamente "niño" En ocasiones se utiliza la palabra "infancia" para hacer referencia a los derechos colectivos.
2.	Impone obligaciones a algunos actores: padres, maestros, tutores, autoridades.	Reconoce derechos de NNA e identifica las obligaciones correlativas a los derechos y a los sujetos obligados.
3.	Las obligaciones están vagamente formuladas, dejando un gran margen a la interpretación del agente encargado de proteger al "menor".	Los alcances de los derechos están claramente delimitados, especialmente los límites al ejercicio de las obligaciones correlativas.
4.	No se cumple con los derechos de la CDN, por ejemplo, no se reconoce el derecho de la niña o niño a expresar su opinión.	Recoge los derechos de la CDN y otros tratados internacionales en materia de derechos humanos: recoge los principios identificados por el Comité de los Derechos del Niño y desarrolla la forma de interpretarlos y aplicarlos.

5.	Puede reconocer derechos, pero no hay un medio para exigirlos, incluyendo la restitución en caso de vulneración.	Se contempla un mecanismo accesible, así como las obligaciones y procedimientos concretos en caso de vulneración del derecho.
6.	Puede tratarse de una ley con un catálogo amplio de derechos, pero no se establecen los medios para que NNA puedan hacerlos efectivos, bien porque no hay un mecanismo, por la ausencia de la instancia correspondiente o porque no es accesible.	Contempla claramente los mecanismos para hacer efectivos los derechos, así como que éstos estén en un lugar accesible al niño y que tengan personal especializado que permita expresarse al niño en su propio lenguaje.
7.	Presupone que el "menor" se encuentra dentro del ámbito privado y, por tanto, el Estado tiene un papel menor en la garantía de los derechos.	Presupone que el Estado debe actuar como un agente activo y promotor del cumplimento de los derechos. Para ello utiliza medios para combatir los estereotipos, adecua la legislación y provee servicios públicos.
8.	En el ámbito familiar responde a un modelo tradicional de familia[7], excluyendo otro tipo de cuidados -como las modalidades alternativas formales e informales-. El resultado es que hay una separación entre la regulación de las instituciones de cuidado y la familia, estando las primeras en el ámbito administrativo y las segundas en el civil o familiar.	Tiene como punto de partida el derecho de NNA a un ambiente familiar y contempla las modalidades de cuidado de acuerdo con los instrumentos internacionales, así como otras formas de composición familiar.

Tabla 1. Elaboración propia. Fuente: González Contró, M. y Padrón Innamorato, M.: "¿Es el derecho un instrumento para reducir la vulnerabilidad de niñas, niños y adolescentes?", en AA.VV.: *Temas selectos de vulnerabilidad y violencia contra niños, niñas y adolescentes* (coord. por M. Pérez Contreras, M. Macías Vázquez, N. González Martín y S. Rodríguez Jiménez), Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017, pp. 3-24.[8]

En primer lugar, la CDN identifica a su destinatario como "niño". Lo anterior no es un simple cambio de denominación, sino que implica una postura teórica. Si bien en el derecho, especialmente en el derecho familiar, ha sido y sigue siendo utilizado el término "menor", hay razones para modificar el lenguaje. El término "menor" es un adjetivo que expresa una condición, la de la minoría de edad. Su significado literal es peyorativo, pues denota inferioridad. Si bien en el contexto jurídico está extendido su uso como sustantivo con una aparente neutralidad, expresa el modelo jurídico anterior a la CDN, que identifica a las personas menores de edad como sujetos del derecho familiar o del régimen de tratamiento a los "menores infractores". En esta línea, el lenguaje construye la realidad social

7 Por "familia tradicional" me refiero a cualquier tipo de composición familiar formal, es decir, aquella en la cual hay quien ejerce la patria potestad y quienes se encuentran sujetos a ella. Incluye familias heteroparentales, monoparentales, homoparentales, reconstituidas, formadas mediante adopción, etc.

8 Las características del modelo minorista-privatista en contraste con el modelo convencional-garantista, con excepción del rubro 8 relativo al ámbito familiar, fueron publicadas en: González Contró, M. y Padrón Innamorato, M.: "¿Es el derecho", cit. p. 21.

y por ello debe abandonarse una expresión a la que subyace una teoría sobre el estatus jurídico de las personas menores de 18 años[9].

El segundo elemento es la imposición de obligaciones vs. el reconocimiento de derechos. La primera corresponde a la concepción de NNA como sujetos del derecho familiar exclusivamente y, por tanto, meros recipiendarios de las obligaciones de las personas adultas con relación de parentesco. El modelo convencional garantista reconoce a NNA como titulares de derechos e identifica a las personas obligadas, que no se limitan a las personas familiares, sino que se extienden a otras personas cuidadoras y a las instituciones públicas y privadas. Ello se vincula con el siguiente elemento -el tercero-, la formulación de las obligaciones. Un ejemplo típico era la regulación de las obligaciones de la patria potestad. El Código Civil Federal mexicano establece que "quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo"[10]. La facultad de corrección y el deber de observar una conducta adecuada pueden ser interpretados de muchas maneras, incluso servir para justificar algunas prácticas violentas como el castigo corporal y humillante, contrarias a los derechos. En contraste, el modelo convencional garantista enmarca las obligaciones en el respeto a los derechos humanos de NNA.

El cuarto rubro que distingue ambos modelos implica la extensión en el reconocimiento de los derechos. Tradicionalmente, las personas menores de 18 años han sido excluidas de los derechos de participación política. La CDN, sobre todo las observaciones del Comité de los Derechos del Niño (Comité DN), suponen una ruptura con esa lógica. Hay obligación clara de garantizar los derechos de libertades, pero sobre todo se reconoce el derecho a participar en todos los asuntos que afectan a NNA. Esto ha sido interpretado de la manera más amplia por el Comité DN e implica la escucha no como un fin en sí misma, sino como medio para la puesta en práctica de los derechos[11]. En esta materia aún es necesario romper con ciertos estereotipos que consideran irrelevantes o incluso arriesgado el dar voz a NNA. El modelo impuesto por la CDN no debe limitarse al texto convencional, sino que incorpora la forma en la que el Comité DN ha desarrollado los derechos.

9 Cfr. González Contró, M.: "¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina", en AA.VV.: *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes* (coord. por M. Pérez Contreras y M. Macías Vázquez), Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, pp. 36-37.

10 Código Civil Federal, 2022, art. 423, como se expondrá más adelante, este artículo fue reformado en 2021 para extender las obligaciones más allá de los progenitores y prohibir el castigo corporal y humillante.

11 Comité de los Derechos Niño, Observaciones Generales No.5: Medidas generales de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño CRC/GC/2003/5, noviembre de 2003.

Un punto relevante, vinculado con el anterior, es que se contemple un mecanismo accesible para exigir los derechos. Durante varios años (desde la ratificación de la CDN por parte del Estado mexicano) no existió una ley que contemplara los derechos. Si bien la CDN era obligatoria por haber pasado por el proceso de ratificación, no se realizó una armonización legislativa, lo que tuvo como consecuencia un déficit en su cumplimiento. En 2000 se aprobó la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que desarrollaba los derechos del instrumento internacional. No obstante, en los hechos fue un simple catálogo de derechos sin mecanismos de justiciabilidad, por dos razones principalmente. La primera es que no preveía una institución efectiva para la aplicación de la ley[12]; y la segunda, que se entendía que se trataba de una materia de competencia de las entidades federativas, por lo que eran los estados de la República y el Distrito Federal los responsables de aprobar leyes y establecer mecanismos para su cumplimiento. Sin embargo, es cierto que la ley fue utilizada en las sentencias de tribunales, especialmente en el ámbito federal. No fue sino hasta 2014 con la aprobación de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niñas y Adolescentes (LGDNNA) que se crean mecanismos para la garantía de los derechos, los sistemas de protección integral de derechos (SIPINNA)[13] nacional, estatal y municipal con una secretaría ejecutiva; y las procuradurías de protección[14] nacional, estatal y municipal. Sin embargo, la accesibilidad es un tema pendiente, pues pese al gran avance que supone la creación institucional, es aún insuficiente para atender a la población infantil y adolescente, además de ser poco conocida y accesible para NNA. Es decir, se cumple con el requisito de existencia del mecanismo, pero no con la accesibilidad. Este elemento resulta especialmente relevante tratándose de castigo corporal y humillante, pues en la medida en que éste ocurre generalmente en el ámbito familiar, se requiere de mecanismos que permitan que NNA accedan a los medios para su denuncia.

El séptimo elemento de la tabla 1, deriva de la visión de NNA como sujetos del derecho privado vs. su consideración como sujetos de derecho público. En este sentido, la visión preconvencional supone que la obligación en la garantía de los derechos, con un amplio margen de discrecionalidad, corresponde a la familia y el Estado tiene únicamente una función subsidiaria. Es esta percepción la que le da el carácter privatista al modelo, en tanto considera al derecho familiar como derecho privado. La CDN y los instrumentos que derivan de ella, identifican claramente al Estado como responsable en la garantía de los derechos. Éste es responsable

12 En la Ley se preveía la existencia de instancias a nivel nacional, estatal y municipal para la protección de los derechos (Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2001, arts. 48 -51). En la mayoría de los estados se crearon procuradurías de defensa del menor y la familia. Se creó también en 2001 el Consejo Nacional para la Infancia y la Adolescencia para "coordinar y definir las políticas, estrategias y acciones que garanticen el desarrollo pleno e integral de niñas, niños y adolescentes". Sin embargo, nunca logró su objetivo por carecer de funciones claras.

13 Ley General de los Derechos de Niñas, Niñas y Adolescentes, 2014, art. 1, frac. III.

14 Ley General de los Derechos de Niñas, Niñas y Adolescentes, 2014, art. 29.

de la garantía de algunos derechos, por ejemplo, el derecho a la educación y a la salud, tiene la obligación de legislar para establecer directrices cuando son otros los actores obligados, por ejemplo en materia familiar, pero también tiene la obligación de hacer respetar los derechos eliminado los obstáculos que impiden su ejercicio, como es el caso de los estereotipos hacia NNA[15]. Esta última obligación es quizá la más compleja, pero deriva claramente de los tratados internacionales y de las obligaciones constitucionales. Un ejemplo claro de lo anterior es precisamente el caso del castigo corporal y humillante. Éste será imposible de erradicar si no se genera un cambio de actitud hacia las prácticas que constituyen maltrato y se generan habilidades sociales sobre crianza respetuosa. No basta con la prohibición de la violencia en la ley, ni siquiera su penalización, si no se cambian las percepciones sociales sobre la naturaleza del vínculo paterno filial y los efectos negativos del castigo corporal y humillante.

El último elemento corresponde al modelo de familia. En México existe diversidad en las composiciones familiares, lo cual implica una distinción injustificada en la protección de los derechos, pues quienes están en una familia tradicional tienen una protección de la cual carecen quienes se encuentran en otros contextos. Si bien es cierto que en el ámbito penal se reconoce la violencia familiar equiparada cuando se trata de otras personas cuidadoras y que, como se explicará más adelante, la prohibición del castigo corporal y humillante se extendió a todas las personas a cargo de NNA, sigue siendo necesaria una reflexión sobre las consecuencias del cambio de paradigma en materia familiar.

III. MARCO JURÍDICO EN MATERIA DE VIOLENCIA FAMILIAR HACIA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO.

La Constitución mexicana reconoce en el artículo 1 que todas las personas son titulares de los derechos humanos reconocidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales. Por esta razón los derechos reconocidos en la CDN y en otros instrumentos forman parte del marco jurídico e integran el bloque de constitucionalidad, constituyendo el parámetro de regularidad constitucional[16].

Dentro de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), existen una serie de obligaciones de los Estados en relación con el derecho a una vida libre de violencia en el entorno familiar, tales como el respeto a los derechos de padres, familia o comunidad en la orientación para que el niño ejerza

15 Cfr. en González Contró, M., Padrón Innamorato, M., Márquez Gómez, D., Arroyo Casanova, R., y Melgar Manzanilla, P.: "Propuesta teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes", Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas - Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, México, 2012.

16 Tesis I LXXVI/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima época, t. I, marzo de 2013, p. 887.

sus derechos[17], la garantía del reconocimiento de la responsabilidad de crianza por parte de ambos padres, la asistencia a los padres para que cumplan con sus obligaciones, la adopción de las medidas que garanticen instalaciones y servicios para el cuidado de los niños[18] y de las medidas que protejan a NNA de toda forma de perjuicio, abuso físico o sexual en tanto esté bajo la custodia de sus padres o cualquier otro cuidador[19], así como el establecimiento de los procedimientos para la prevención y protección de NNA contra cualquier forma de maltrato[20], la recuperación física y psicológica cuando son víctimas de cualquier forma de maltrato y la promoción de su reintegración[21].

La protección constitucional en el caso de violencia hacia NNA se integra por el mencionado artículo 1, que establece una garantía genérica de todos los derechos humanos para todas las personas, así como por el artículo 4, que contempla derechos específicos para NNA. No obstante, el artículo 4 constitucional no menciona específicamente el derecho a la protección contra la violencia y limita la obligación de padres, madres y cuidadores a preservar y exigir el cumplimiento de los cuatro derechos (necesidades) mencionados en el texto constitucional. En este sentido, hay una débil protección constitucional de un derecho de enorme importancia, que refleja además los prejuicios sociales hacia la normalización de la violencia hacia NNA en las familias, como se argumentará en el apartado 6 de este trabajo.

La Ley General reconoce como principios y como derechos rectores para la garantía de los derechos de NNA el acceso a una vida libre de violencia[22] y a la integridad corporal[23]; así como la corresponsabilidad entre los miembros de la familia, la sociedad y las autoridades en sus cuidados[24] y el derecho a vivir en familia[25]. Desde luego, desde la perspectiva de indivisibilidad e interdependencia de los derechos del artículo 1 constitucional y de la misma LGDNNA[26], se entiende que todos los derechos y principios resultarían afectados en los casos de violencia en el entorno familiar.

Se reconoce el derecho a vivir en familia y establece la obligación de generar políticas públicas de fortalecimiento familiar para evitar la separación de NNA de

17 Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 5.
18 Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 18.
19 Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 19.
20 Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 19, 2.
21 Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 39.
22 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 2, fr. XIII.
23 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 13, fr. VIII.
24 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 2, fr. IX.
25 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 13, fr. IV.
26 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 6.

sus familias[27]. Estas políticas deben incluir habilidades de crianza y buen trato para evitar el castigo corporal y humillante. A su vez, el derecho de acceso a una vida libre de violencia y a la integridad personal se garantiza en dos sentidos; Por un lado, el derecho de NNA a vivir una vida libre de cualquier forma de violencia[28], y las obligaciones correlativas de las autoridades de tomar todas las medidas necesarias para evitar la violencia[29], así como a promover la recuperación física y psicológica y la restitución de derechos de NNA que hayan sido víctimas de violencia[30]. Es necesario hacer énfasis en que, a partir de la reforma de 2021, de la fracción VIII del artículo 47, se establece la obligación de las autoridades para prevenir, sancionar y atender el castigo corporal y humillante y se prohíbe su utilización como forma de crianza a quienes ejercen la patria potestad o desempeñan labores educativas o de cuidado. Más adelante se abordará con más detalle la reforma que dio origen a la redacción actual de esta fracción.

Por otro lado, se establecen las obligaciones para quienes ejercen la patria potestad, tutela, guarda, custodia o cualquier otra labor de cuidados de NNA[31]: asegurar un entorno afectivo y libre de violencia[32], protegerles en contra de cualquier forma de violencia o maltrato[33], y abstenerse de cualquier atentado contra su integridad[34]. En este último punto, el ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda o custodia no puede justificar el incumplimiento de estas obligaciones. En 2021 se reformó la fracción IV del artículo 105 para obligar a que las leyes y autoridades dispongan lo necesario para la prohibición del castigo corporal y humillante.

Es importante destacar que la LGDNNA define tres figuras en relación con la representación de NNA, de las cuales dos son relevantes en el tema de violencia familiar: la representación coadyuvante y la representación en suplencia, las cuales son ejercidas por las Procuradurías de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante, Procuraduría de Protección o PP):

-Representación originaria: Corresponde a quienes ejercen la patria potestad o tutela[35].

27 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 22.
28 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 46.
29 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 47.
30 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 48.
31 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 103.
32 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 103, fr. V.
33 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 103, fr. VII.
34 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 103, fr. VIII.
35 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 4, fr. XXII.

-Representación coadyuvante: Se ejerce por la Procuraduría de Protección competente[36] de manera oficiosa en los procedimientos jurisdiccionales y administrativos en que participen NNA, sin perjuicio de la intervención que corresponda al Ministerio Público[37]. También opera en los procedimientos civiles o administrativos promovidos por quienes ejercen la patria potestad, tutela, guarda o custodia relativos a las violaciones al derecho intimidad personal y protección de datos personales cometidos por medios de comunicación[38]. Se establece la obligación de las autoridades, en general, de garantizar que se dé intervención a la Procuraduría de Protección competente para el ejercicio de la representación coadyuvante, aunque no está muy bien definido cuándo es obligatorio dar intervención a la PP.[39]

-Representación en suplencia: Se ejerce por la Procuraduría de Protección competente[40] en procedimientos jurisdiccionales y administrativos[41] en los siguientes casos: a falta o por determinación judicial de quienes ejerzan la representación originaria; cuando existan indicios de conflicto de intereses entre quienes ejercen la representación originaria; la representación originaria sea deficiente o dolosa; a petición del Ministerio Público, de la Procuraduría de Protección competente o de oficio por el órgano judicial o administrativo que conozca de cualquier asunto que afecte derechos de NNA[42], incluyendo el derecho a la representación en suplencia para NNA en procesos migratorios[43]. Lo anterior sin perjuicio de la intervención que corresponda al Ministerio Público.

Ambas figuras, la representación coadyuvante y la representación en suplencia, son muy relevantes en materia de violencia hacia NNA en entornos familiares, sumado a que estas se ejercen por la Procuraduría de Protección competente. La representación coadyuvante tiene como objetivo garantizar el interés superior de NNA en cualquier procedimiento, teniendo una perspectiva distinta a la de padres, madres o cuidadores cuando estén involucrados en un conflicto. Esta figura asume que estos pueden no estar representando adecuadamente los intereses de NNA y, por tanto, el papel de garante de estos derechos pasa a la Procuraduría. Mientras que, la representación en suplencia se da cuando se ha detectado ya un conflicto de interés o una violación a los derechos de NNA en el entorno familiar.

36 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, arts. 121 y 122, fr. II.

37 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 4, fr. XXI.

38 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 80.

39 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 106.

40 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, arts. 121 y 122, fr. II.

41 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 4, fr. XXIII.

42 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 106.

43 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 92, fr. VIII.

Estas nuevas funciones de las Procuradurías de Protección se centran en la vulnerabilidad en que se encuentran NNA por su posición en el ámbito familiar y buscan cumplir con la obligación de garantizar sus derechos.

El Código Civil Federal (CCF) tiene un capítulo expreso para la violencia familiar, que fue adicionado en 1997 y reformado en 2021 para prohibir expresamente el castigo corporal y humillante.[44]

El Título Octavo regula la patria potestad, y en la regulación de esta figura jurídica se manifiesta claramente la coexistencia del modelo minorista/privatista con el convencional/garantista. Entre otros ejemplos, destacan la utilización del término menores, la distinción entre hijas e hijos biológicos y adoptivos, la visión de NNA como recipiendarios de obligaciones, así como obligaciones vagamente formuladas. También señala que entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos[45]; así como que a quienes tienen al "menor" bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente[46], a esta obligación corresponde la facultad de corregirlos y tener una conducta que les sirva de ejemplo[47] A este artículo se agregó en 2021 los derechos de NNA y la prohibición del castigo corporal y humillante.

Vinculada con el ejercicio de la patria potestad está también el derecho a la convivencia[48], la obligación de proporcionar alimentos[49], representar en juicio[50] y derechos sobre los bienes de las personas sujetas a patria potestad[51], por mencionar algunos. El artículo 444 bis. establece explícitamente que la patria potestad puede limitarse cuando se ejerce violencia familiar.

IV. LA PROHIBICIÓN DEL CASTIGO CORPORAL Y HUMILLANTE.

Como se puede apreciar de la descripción del marco jurídico, hay un reconocimiento expreso del derecho a una vida libre de violencia y una prohibición

44 Es necesario mencionar una problemática concreta del Estado mexicano. Al ser una federación, la materia familiar está reservada a las entidades federativas, lo que tiene como consecuencia una gran diversidad en materia de violencia familiar. La Ley General es obligatoria para todas las entidades, pero los códigos civiles y familiares no necesariamente están armonizadas con ésta ni con el CCF. La dispersión y diversidad derivada de la organización federal de México, ha sido motivo de preocupación para el Comité de los Derechos del Niño, pues ha tenido como consecuencia distintos regímenes en materia familiar, por ejemplo, en temas como adopción y castigo corporal, algunos de los cuales son contrarios a la CDN (Comité de los Derechos del Niño, 2015). Es importante destacar que, pese a ser el referente, nuestro CCF no está exento de contradicciones con la CDN y la LGDNNA.

45 Código Civil Federal, 1928, art. 411.

46 Código Civil Federal, 1928, art. 422.

47 Código Civil Federal, 1928, art. 423.

48 Código Civil Federal, 1928, art. 417.

49 Código Civil Federal, 1928, art. 303.

50 Código Civil Federal, 1928, art.424.

51 Código Civil Federal, 1928, arts. 425-442.

correlativa de cualquier tipo de violencia hacia NNA, incluida desde luego la que se ejerce con intención de corrección o educativa. No obstante lo anterior, se vio la necesidad de promover y aprobar una reforma para prohibir el castigo corporal y humillante en 2021.

Según el dictamen del 10 de diciembre de 2020 de las Comisiones Unidas de la Niñez y Adolescencia, y Justicia de la Cámara de Diputados, la legislación existente, tanto de la LGDNNA como del CCF, si bien reconocían la obligación de las personas a cargo de NNA, especialmente padres y madres, de abstenerse de ejercer violencia, no establecían una prohibición expresa, lo que tenía como consecuencia que no hubiera una obligación clara de las personas de no actuar de forma violenta[52]. Por otra parte, señala el documento referido que las normas aplicables no incluían el castigo humillante como forma de violencia contraria a la dignidad e integridad de NNA[53]. Un argumento más se deriva de la Observación General no. 8 del Comité DN[54] que señala la necesidad de prohibir explícitamente en la legislación este tipo de prácticas, dada la aceptación tradicional que existe. Lo anterior con el objetivo de erradicar el uso del castigo corporal como práctica de crianza:

"la prohibición explícita tiene como principal objetivo; la prevención a través de un entorno propicio para desincentivar y disuadir el uso del castigo corporal y humillante como un método de crianza y el establecimiento de un fundamento legal como una herramienta que pueda ser vinculada a los esfuerzos educativos para desarrollar un cambio de actitudes y prácticas, fortaleciendo así el reconocimiento de los derechos de las niñas y niños (en particular el derechos a una vida libre del castigo corporal y humillante al ser una forma de violencia) y no para criminalizar a las madres y padres."[55]

Uno de los aspectos relevantes de la reforma consistió precisamente, como señala el párrafo transcrito, en la exclusión de una modificación a los tipos penales vinculados con la violencia familiar, es decir, se evade el enfoque punitivo. En esta

52 Cámara de Diputados, Dictámenes para declaratoria de publicidad de las Comisiones Unidas de Derechos de la Niñez y Adolescencia, y de Justicia, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 10 de diciembre de 2020, pp. 4-7.: http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2020/dic/20201210-V.pdf

53 Cámara de Diputados, Dictámenes para declaratoria de publicidad de las Comisiones Unidas de Derechos de la Niñez y Adolescencia, y de Justicia, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 10 de diciembre de 2020, p. 8.

54 Comité de los Derechos Niño, Observación General No. 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), 42° período de sesiones (2006), U.N. Doc. CRC/C/GC/8.

55 Cámara de Diputados, Dictámenes para declaratoria de publicidad de las Comisiones Unidas de Derechos de la Niñez y Adolescencia, y de Justicia, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 10 de diciembre de 2020, p. 5.

línea, la privación de la libertad o la separación de NNA de las personas familiares generadoras de violencia debe ser el último recurso y únicamente cuando los castigos causen lesiones físicas, enfermedades o dolor. "La detección de casos de castigo corporal y humillante no debe ser abordado desde un enfoque punitivo, sino preventivo y como un detonante para la intervención pública temprana para la prevención y atención de este tipo de violencia".[56]

Por otra parte, se argumenta que el CCF se limita al contexto familiar, por lo que debe ampliarse la prohibición de formas violentas de crianza a quienes ejerzan patria potestad, tutela o guarda, custodia y crianza en todos los demás entornos, "como por ejemplo la escuela, el sistema penitenciario, los hospitales y en cualquier otra institución que tenga niñas, niños y adolescentes a su cargo".[57]

Otro aspecto relevante, señalado por el dictamen referido, es que la modificación legal es un paso importante hacia la erradicación de las prácticas violentas "al proporcionar una pauta jurídica propicia para promover "políticas públicas dirigidas al cambio de actitudes y de prácticas sociales hacia formas de crianza no violentas, basadas en el respeto y en la ternura":[58]

Por las razones que se exponen en el dictamen, en enero de 2021 se publicó la reforma a los artículos 323 bis; 323 ter y 423, del CCF y los artículos 47 y 105 de la LGDNNA para prohibir el castigo corporal y humillante, modificando diversas disposiciones del CCF y de la LGDNNA. Respecto de la LGDNNA, el artículo 47 define lo que se entiende por castigo corporal y humillante, mientras que en el artículo 105 se prohíbe este tipo de prácticas a quienes tengan contacto con NNA, incluyendo, padres, madres, personas que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda, custodia y crianza, así como personal de instituciones educativas, deportivas, religiosas, de salud, de asistencia social, de cuidado, penales y de cualquier otra índole.

El castigo corporal y humillante se define de la siguiente manera:

56 Cámara de Diputados, Dictámenes para declaratoria de publicidad de las Comisiones Unidas de Derechos de la Niñez y Adolescencia, y de Justicia, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 10 de diciembre de 2020, p. 5.

57 Cámara de Diputados, Dictámenes para declaratoria de publicidad de las Comisiones Unidas de Derechos de la Niñez y Adolescencia, y de Justicia, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 10 de diciembre de 2020, p.9.

58 Cámara de Diputados, Dictámenes para declaratoria de publicidad de las Comisiones Unidas de Derechos de la Niñez y Adolescencia, y de Justicia, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 10 de diciembre de 2020, p.7.

"Artículo 47. ...

VIII. El castigo corporal y humillante.

(…)

Castigo corporal o físico es todo aquel acto cometido en contra de niñas, niños y adolescentes en el que se utilice la fuerza física, incluyendo golpes con la mano o con algún objeto, empujones, pellizcos, mordidas, tirones de cabello o de las orejas, obligar a sostener posturas incómodas, quemaduras, ingesta de alimentos hirviendo u otros productos o cualquier otro acto que tenga como objeto causar dolor o malestar, aunque sea leve.

Castigo humillante es cualquier trato ofensivo, denigrante, desvalorizador, estigmatizante, ridiculizador y de menosprecio, y cualquier acto que tenga como objetivo provocar dolor, amenaza, molestia o humillación cometido en contra de niñas, niños y adolescentes."

En lo que corresponde al CCF, se reconoce el derecho de NNA al respeto a su integridad física, psíquica y emocional por parte de los demás integrantes de la familia[59], la prohibición de utilizar el castigo corporal y humillante como método de corrección o disciplina -la disposición remite a la LGDNNA- y se define la violencia familiar[60]. El artículo 423 reconoce el derecho de NNA a recibir orientación, educación, cuidado y crianza de todas las personas mencionadas en el artículo 105 de la LGDNNA y prohíbe el castigo corporal como forma de disciplina o corrección.

Es relevante puntualizar cómo se define la violencia familiar en el CCF:

"Artículo 323 ter.- ...

(…)

Por violencia familiar se considera el uso intencional de la fuerza física, moral o de cualquier acto que tenga como objetivo provocar dolor, molestia o humillación, incluyendo el castigo corporal y humillante contra niñas, niños y adolescentes, así como las omisiones graves que ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica y emocional independientemente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato."

59 Código Civil Federal, 1928, art. 323 bis.

60 Código Civil Federal, 1928, art. 323 ter.

Es necesario destacar que, interpretando sistemáticamente la reforma, la prohibición del castigo corporal y humillante impone, en primer lugar, una obligación a las autoridades para establecer normas y políticas públicas tendientes a prevenir, atender y sancionar el castigo corporal y humillante[61]; y, en segundo lugar, prohíbe esta conducta de forma genérica, es decir, a cualquier persona que tenga contacto con NNA[62]. En lo que respecta al CCF, se reconoce el castigo corporal como una forma de violencia familiar[63], teniendo así un ámbito acotado a la familia. Sin embargo, el artículo 423, pese a que se encuentra en el Capítulo Octavo, De la Potestad y el Capítulo I, De los Efectos de la Patria Potestad Respecto de la Persona de los Hijos, extiende la prohibición a otras personas, incluidas aquellas de instituciones educativas, deportivas, religiosas, etc. Aunque el objetivo de dicha redacción es absolutamente justificado, no abona a la claridad en la interpretación.

Como se puede observar, en el mismo dictamen hay algunas cuestiones problemáticas, que desde luego trascendieron a la ley, especialmente al CCF. Una de ellas es la delimitación del ámbito personal, pues mientras se argumenta como una de las bondades la inclusión de otras personas más allá de las familiares, se aduce la exclusión del enfoque punitivo y la utilización de otro tipo de medidas a la familia. El resultado es un vacío legal sobre las consecuencias del uso del castigo corporal y humillante por personas cuidadoras sin relación de parentesco o cohabitación. Es un resquicio por el que se cuela el modelo minorista-privatista, por lo menos en la motivación de la reforma.

Una de las razones de los problemas que se exponen tiene que ver con la figura de la patria potestad[64] y la concepción de la familia, que responde al modelo minorista privatista que antagoniza con una visión de NNA como titulares de derechos y con nuevas formas de organización familiar, incluyendo quienes viven en instituciones de asistencia social, que han permanecido al margen de la agenda pública.

61 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 47.

62 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 105.

63 Código Civil Federal, 1928, art. 323ter

64 En algunos países se han realizado reformas para sustituir la patria potestad por otro tipo de figuras. La propuesta consiste en cambiar el concepto por "responsabilidad parental", lo que implica una igualdad de derechos y obligaciones entre ambos progenitores en relación con el vínculo con las y los hijos. Cfr. Cárdenas Miranda, E.: "La patria potestad a la luz de la doctrina de la protección integral", en AA.VV.: *Maestras de la Facultad de Derecho.* (coord. por J. Miramón Parra), Colegio de Profesores de Derecho Civil-Facultad de Derecho UNAM, 2019, p. 204.

V. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE VIOLENCIA FAMILIAR[65].

En su redacción original de 2014 la LGDNNA se limitaba a establecer el derecho a una vida libre de violencia (art. 46) y obligaciones de protección en contra del descuido, negligencia, abandono o abuso físico, psicológico o sexual (art. 47, fr. I), además de otras formas de prácticas violentas como corrupción de NNA, trata, abuso, explotación, tráfico trabajo antes de la edad permitida, trabajo peligroso para adolescentes y la incitación o coacción para participar en actos delictivos o conflictos armados. La reforma de 2021 adicionó una fracción para incluir el castigo corporal y humillante como una de las conductas prohibidas. Es claro que este tipo de conductas podían y debían entenderse como prohibidas en la fracción I, sin embargo, la normalización de este tipo de prácticas hizo necesaria la inclusión expresa y su definición clara.

Si bien en los últimos años se han establecido diversos criterios en materia de violencia familiar en contra de NNA[66], me centraré en un amparo directo en revisión que podría involucrar conductas que encuadrarían en la definición de castigo corporal y humillante. Es necesario aclarar que dicha resolución es anterior a la reforma de 2021. Resulta interesante el análisis de los razonamientos que sustentan la resolución y el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

Se trata del Amparo Directo en Revisión[67] 3799/2014 de 25 de febrero de 2015 resuelto por la Primera Sala de la SCJN mexicana sobre el tema de convivencia familiar en casos de violencia. Los elementos de la sentencia son los siguientes:

"Problema jurídico planteado

65 La Reforma al Poder Judicial de la Federación del 11 de marzo del 2021 en México, abarca una serie de cambios tanto estructurales como de fondo. En la parte estructural, destaca la consolidación de la Suprema Corte como un órgano constitucional, el fortalecimiento de la Defensoría Pública y de la Carrera Judicial en un contexto de combate a la corrupción. Entre otros elementos de fondo, un cambio esencial es el paso de un Sistema de Tesis a uno de Precedentes. El fin último de la Reforma es el aumentar el margen de protección de los derechos humanos.

66 Centro de Estudios Constitucionales: "SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3799/2014, 25 de febrero de 2015 (Convivencia familiar en casos de violencia)", en AA.VV.: *Cuadernos de Jurisprudencia, Núm. 7: Violencia Familiar*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2021, pp. 93-95.

67 El amparo directo es el juicio de garantías que va en contra de una sentencia, laudo o resolución. Es un medio de impugnación que va en contra de una resolución judicial pronunciada en juicio ya iniciado, que se promueve ante un Tribunal de alzada de mayor categoría, en búsqueda de la confirmación, revocación o modificación de dicha resolución. El amparo directo en revisión, o la revisión del amparo directo, está regulado por el artículo 81, fracción II de la Ley de Amparo y será procedente respecto de sentencias que resuelvan la constitucionalidad de normas generales que contengan o hayan omitido una interpretación directa de la Constitución, siempre y cuando la Corte haya determinado que el asunto reviste de un interés excepcional en materia de derechos humanos o de constitucionalidad.

¿El interés superior de la infancia autoriza restringir la convivencia entre un niño, niña o adolescente y su progenitor cuando existe la posibilidad de que se ejerza violencia en su contra?

1. Criterio de la Suprema Corte.

El interés superior de la infancia autoriza restringir la convivencia entre un niño o niña y su progenitor cuando sea sujeto de violencia. Sin embargo, en el caso concreto no es necesario restringir la convivencia de los niños con su padre, pues existen otras medidas menos lesivas, como las convivencias supervisadas y las terapias psicológicas, que permiten proteger el derecho de los niños a la integridad y a convivir con su padre."[68]

El asunto se origina con una controversia familiar en la cual la madre demanda la existencia de actos de violencia familiar cometidos en contra de dos de sus cuatro hijos (los de mayor edad) y solicita medidas para la protección de la integridad de las NNA. El juez de primera instancia dio la razón a la madre y determinó la suspensión de la convivencia de los hijos con el padre en tanto que ambas partes, así como los hijos, debían someterse a terapia, condicionando el restablecimiento de la convivencia al avance de las terapias. Inconforme con la resolución, el padre promovió recurso de apelación y la Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia resolvió modificar la resolución inicial y ordenar un régimen de convivencia supervisada en el Centro de Convivencia Supervisada del Tribunal, además del deber de las partes y los hijos de someterse a psicoterapia. La resolución de la Sala Familiar fue objeto de una demanda de amparo ante el Tribunal Colegiado y, posteriormente, de un recurso de revisión, el cual fue remitido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por ser un asunto de importancia y trascendencia al plantear la necesidad de realizar una interpretación de índole constitucional, vinculada con el interés superior del menor[69]. La Primera Sala consideró que "porque si bien esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido diversos criterios que se relacionan con el interés superior del menor, en ellos no se ha abordado el tema que aquí se plantea, por lo tanto, al respecto no existe jurisprudencia."[70] Por esta razón se avocó a conocer del asunto.

2. Elementos del castigo corporal y humillante.

Si bien el asunto inició y se resolvió antes de la prohibición del castigo corporal y humillante derivada de la reforma de 2021, en la sentencia podemos identificar

68 Centro de Estudios Constitucionales, "SCJN, Primera Sala," cit., pp. 93-94.

69 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia recaída al amparo directo en revisión 3799/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 25 de febrero de 2015, p. 42.

70 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia recaída al amparo directo en revisión 3799/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 25 de febrero de 2015, p. 45.

claramente conductas que encuadrarían en su definición. A estas conductas se les identifica genéricamente como violencia, pero son consideradas de tal relevancia que podían restringir la convivencia con el padre. Lo interesante del asunto es la valoración que se hace utilizando el interés superior del niño (ISN) como principio para ponderar derechos.

Hay que señalar que el castigo corporal y humillante, según la LGDNNA, se vincula con el derecho a recibir orientación, educación, cuidado y crianza[71], es decir, se entiende que se produce en este contexto, básicamente con fines de corrección. En este sentido, el caso que da origen a la sentencia claramente se encuadra en este supuesto y así lo consideraron las autoridades que resolvieron en las diferentes instancias, aunque desde luego hay algunas otras actitudes que entrarían genéricamente en el concepto de violencia familiar.

Finalmente, en los elementos a considerar para resolver el asunto, se toma en cuenta que, pese a que el padre no había ejercido violencia física en contra de los hijos más pequeños, estos habían presenciado actos en contra de los hermanos mayores, lo que se considera también como violencia.

Las conductas que se desprenden de los antecedentes de la sentencia son:

-Conductas denigratorias, agresiones verbales, físicas hacia los niños mayores frente a los niños pequeños;

-La madre señaló que en una ocasión el padre abandonó a su hijo en el campo deportivo en aras de darle "educación y buen ejemplo (…) ";

-Golpes en contra del hermano mayor presenciado por el hijo menor;

-Manifestaron que cuando el padre se enojaba manejaba muy rápido, causando miedo en los niños.

El Tribunal Colegiado consideró que en la audiencia del juicio "se aprecia que ********** ha presenciado actos de violencia familiar por parte de su progenitor, pues afirmó que al que más le pegaba su padre era a su hermano **********, que le gustaba estar con su papá pero cuando estaba tranquilo, sin embargo, ya enojado insultaba a su mamá en el momento en la que se la mencionaban, que era demasiado agresivo, asimismo, manifestó que él deseaba convivir con su padre si él cambiaba de actitud; los menores coincidieron en que su padre los pone en riesgo, porque cuando se enojaba, manejaba muy rápido, que incluso su hermana menor **********a se espantaba; la niña manifestó que su papá la trata bien; el menor

71 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014, art. 47.

********** manifestó que su papá no vivía con ellos, empero, trataba mal a su hermano **********, no obstante ello, le gustaría seguir viéndolo."[72]

Resulta evidente, del contenido de la sentencia, la comisión de conductas de violencia familiar, en general, y de castigo corporal y humillante, en concreto.

Por otra parte, el Tribunal Colegiado manifiesta que el ejercicio de la patria potestad implica derechos sobre los hijos respecto de la educación y seguridad, aunque se reconoce que también hay responsabilidades respecto de su bienestar: "artículo 414 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, es decir, el ejercicio de la patria potestad o la tutela que los padres tienen legalmente sobre sus menores hijos, son derechos innegables que les permiten decidir sobre su educación, seguridad física, psicológica y sexual y, a su vez, les impone responsabilidades inherentes a su bienestar."[73]

Una afirmación sorprendente por parte del Tribunal Colegiado es la relativa a que la convivencia de los niños con su padre constituye un derecho que no puede ser vedado, salvo que implique riesgo para los niños: "No pasa inadvertido que la convivencia de los menores con su padre es un derecho que no puede ser vedado por ninguna circunstancia, salvo aquélla que implique peligro para los menores, entendiéndose como tal, aquello que importe un riesgo a la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos."[74]

La Primera Sala consideró que en el caso concreto quedó acreditada la violencia familiar, y que el demandado había intentado justificar dichas conductas con el argumento de corregir y educar a los hijos. No obstante, consideró que el deber de corrección debe darse respetando la dignidad de NNA "de ahí que ese derecho-deber, no puede utilizarse como estandarte para ejercer actos de violencia sobre los hijos, pues la violencia en cualquiera de sus clases, física, psico-emocional y sexual, no se justifica en ningún caso como una forma de educación o formación hacia el menor."[75]

Se citan, como fundamentos de la sentencia, OG 13 número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial y OG

72 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia recaída al amparo directo en revisión 3799/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 25 de febrero de 2015, p. 21

73 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia recaída al amparo directo en revisión 3799/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 25 de febrero de 2015, p. 19.

74 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia recaída al amparo directo en revisión 3799/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 25 de febrero de 2015, p. 22.

75 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia recaída al amparo directo en revisión 3799/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 25 de febrero de 2015, p.62.

5[76]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que el interés superior del menor es un principio regulador de la normativa de los derechos del niño, el cual se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades[77].

Por lo anterior, la Primera Sala de la SCJN considera que, de acuerdo con el principio del ISN es válido restringir la convivencia: "Atendiendo a lo anterior, válidamente se puede concluir que el interés superior de la infancia sí autoriza a restringir la convivencia entre un menor y su progenitor, cuando el menor es objeto de violencia por parte de dicho progenitor."[78]

Sin embargo, la Primera Sala es muy cuidadosa en no generalizar el criterio a cualquier caso de castigo corporal. Habla de:

"agresiones de menor cuantía" hacia NNA. " (…) no significa que todos los casos que salgan a la luz de castigo corporal de los niños por sus padres, tengan que traducirse en el enjuiciamiento de los padres, pues atendiendo al principio de minimis –la ley no se ocupa de los asuntos triviales- el cual garantiza que las agresiones leves entre los adultos sólo lleguen a los tribunales en circunstancias muy excepcionales, también aplica para las agresiones de menor cuantía a los niños, esto porque además, la situación de dependencia de los niños y la intimidad característica de las relaciones familiares, exigen que las decisiones de enjuiciar a los padres, o de intervenir oficialmente de otra manera en la familia, deban tomarse con extremo cuidado, pues en la mayoría de los casos no es probable que el enjuiciamiento de los padres redunde en el interés superior de los hijos."[79]

Esta afirmación es preocupante por las siguientes razones:

-Hace una analogía con las agresiones leves entre adultos y presenta un argumento por mayoría de razón tratándose de NNA. El enfoque de derechos desde el modelo convencional garantista obligaría a un ejercicio en sentido

76 Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1); y Observación General N° 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) (CRC/GC/2003/5).

77 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Furlán y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246; Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.; y Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

78 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia recaída al amparo directo en revisión 3799/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 25 de febrero de 2015, pp. 66-67.

79 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia recaída al amparo directo en revisión 3799/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 25 de febrero de 2015, p. 67.

contrario, considerando que, por la situación de dependencia y la intimidad de las relaciones familiares, es mucho más grave la violencia hacia NNA. Esto no conduce a defender el enfoque punitivo en contra del castigo corporal y humillante, pero sí a sostener la necesidad de intervención urgente en caso de violencia.

-Por las mismas razones, parece inadecuada la expresión "agresiones de menor cuantía a los niños". Ninguna agresión debería considerarse de menor cuantía al ser contraria al derecho a una vida libre de violencia y a la dignidad de NNA, precisamente por la situación de dependencia fáctica y jurídica respecto de las personas adultas. Además, la indeterminación de la expresión puede llevar a minimizar violencias graves que socialmente son consideradas normales o leves.

-Afirma que en la mayoría de los casos no es probable que el enjuiciamiento de los padres redunde en el ISN, lo cual puede ser cierto, pero la realidad es que en el país la normalización del castigo corporal y humillante como herramienta educativa y la impunidad en los casos graves hace que esta afirmación sea cuestionable.

-La expresión "intervenir oficialmente en la familia" es alarmante, pues es muy ambigua y podría interpretarse como la abstención por parte del Estado de intervenir en casos de violencia familiar, lo cual es contrario a los tratados internacionales y a la propia LGDNNA.

Por otra parte, la sentencia no acaba de definir de qué manera el ISN limita el derecho de convivencia ni cuales deben ser las valoraciones del juez para determinar si debe restringirse o no: "Así, si en el caso a estudio, los actos de violencia que el demandado ejerció sobre dos de sus menores hijos (gritos, golpes con la mano, cachetadas, nalgadas, insultos) no pueden considerarse de tal gravedad que ameriten esa separación, no existe razón para suspender la convivencia entre él y sus hijos como pretende la quejosa, máxime cuando los propios menores manifestaron su deseo de seguir conviviendo con su progenitor." [80]

No explica por qué no pueden ser considerados de gravedad. Los niños manifestaron desear la convivencia con el padre "si él cambia de actitud". En este sentido, es claro que el derecho a ser escuchado con el ISN no se traduce en un consentimiento, sino que debe ser valorado por el juez.

Lo anterior no quiere decir necesariamente que el sentido de la resolución sea equivocado y que debió haberse resuelto la negativa de cualquier tipo de convivencia. Lo que se echa en falta es una argumentación sólida sobre las razones

80 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia recaída al amparo directo en revisión 3799/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 25 de febrero de 2015, p. 68.

que sustentan que la convivencia en los términos en lo que se decidió responden al ISN.

La sentencia cita una amplia normatividad nacional e internacional, incluyendo observaciones generales del Comité DN y jurisprudencia interamericana, sin embargo, en el razonamiento se advierte la falta de enfoque de derechos, en la medida en que la limitación en el derecho de convivencia se sustenta en un deber de protección y no en los derechos de los hijos que fueron objeto de la violencia.

En síntesis, el criterio establecido está justificado y argumentado en el sentido de que la violencia familiar, en atención al ISN, puede restringir la convivencia, pero no aporta elementos para determinar la forma de valorar los casos. En esta línea, pese a que se sostiene la existencia de violencia familiar y que ésta es causa para restringir la convivencia, no se identifican claramente cuáles hechos la constituye, lo que tiene como consecuencia una indeterminación para identificar en qué momento cesan los actos y podría reanudarse la convivencia fuera del Centro del Tribunal Superior de Justicia.

La ambigüedad de la sentencia tiene como consecuencia que resulte poco útil para la resolución de casos concretos, pues, aunque se afirma que se justifica la limitación en la convivencia en casos de violencia -o castigo corporal o humillante- no establece parámetros claros. Esta indeterminación abre la puerta a la arbitrariedad en las decisiones de las personas juzgadoras, lo que es contrario al ISN según la propia Observación General no. 15[81], que establece criterios específicos para su determinación.

Los argumentos vertidos en la sentencia que se analiza confirman la necesidad de la reforma de 2021. Al parecer el máximo tribunal de México comparte la normalización del castigo corporal y humillante que le dio origen. Si bien el criterio es adecuado, no lo son del todo las razones para llegar a éste.

A continuación, se muestra un análisis de la sentencia con base en los modelos minorista privatista y convencional garantista.

81 Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24) Aprobada por el Comité en su 62° período de sesiones.

1.	Utiliza los términos "menores", "menores hijos" y "niñas y niños".
2.	La sentencia se fundamenta en el deber de protección de los hijos, no en los derechos que les reconocen la Constitución, los tratados y las leyes.
3.	La sentencia está formulada vagamente, pues si bien reconoce que la convivencia puede ser restringida con base en el ISN en los casos en que hay violencia, no aporta elementos concretos para determinar cuáles son los límites a los derechos de la patria potestad. En este sentido, no delimita claramente qué conductas sería lo suficientemente "graves" como para restringir la convivencia o cuales serías los elementos para determinar el fin de la convivencia vigilada.
4.	Los NNA involucrados en el caso fueron escuchados, sin embargo, no se advierte una valoración de su opinión en la decisión de la persona juzgadora. Particularmente llama la atención la expresión de los hijos menores en el sentido de desear la convivencia si el padre cambiaba de actitud. La resolución se limita a decidir sobre la convivencia, sin argumentar en qué sentido interpretó esta condicionante expresada por el niño.
5.	Es la madre quien solicita la restricción de la convivencia por hechos de violencia familiar (castigo corporal y humillante); sin embargo, no existe un mecanismo para restitución de los derechos vulnerados.
6.	Si bien la sentencia es un medio para hacer efectivo el derecho a una vida libre de violencia (prohibición del castigo corporal y humillante), no se advierte un mecanismo que permita que los niños involucrados en el proceso puedan concurrir a la autoridad jurisdiccional para manifestar alguna inquietud o inconformidad con el régimen de convivencia determinado.
7.	El caso muestra la ausencia de una instancia del Estado para garantizar los derechos de NNA. Si bien el asunto dio inicio antes de la LGDNNA, concluyó cuando se habían creado ya las figuras de representación coadyuvante a cargo de la Procuraduría de Protección.
8.	La sentencia trata la violencia ocurrida en un ámbito familiar tradicional. No hay elementos para poder utilizar los argumentos que la sustentan en otras formas de composición familiar.

Tabla 2. Elaboración propia.

VI. CONCLUSIONES.

El marco jurídico que garantiza el derecho a una vida libre de violencia para NNA es ambiguo y contradictorio, pues, pese a que algunas de las disposiciones son acordes con el modelo convencional-garantista, especialmente las de la LGDNNA, otras corresponden al modelo minorista privatista. Esta contradicción se vincula, en buena medida, con el tipo de materia a la que responde la norma. Mientras que la LGDNNA, derivada directamente de la Constitución y la CDN, las disposiciones relativas a la materia familiar contenidas en el CCF responden a un modelo preconvencional. Esto muestra la necesidad de una revisión a fondo no solo de algunas normas, como se ha hecho hasta ahora, sino de la forma de entender el derecho familiar dentro del derecho civil.

Si bien la reforma de 2021 constituye un gran avance, tuvo como consecuencia la coexistencia de modelos contrapuestos en el CCF. Algunas disposiciones responden al modelo de familia tradicional, mientras que otras incluyen otros

contextos. Sin embargo, no es claro si se entiende como familia otros contextos o si simplemente se entiende la prohibición de ciertas conductas a otros entornos.

La sentencia que establece el criterio para limitar la convivencia entre padre e hijos con base en el ISN presenta características análogas a la legislación. Pese a que el sentido de la resolución puede ser adecuado, los argumentos son inoperantes en la medida en que responden a los modelos pre- y post- convencional, pero sobre todo porque no aportan elementos para la determinación del ISN en casos de castigo corporal y humillante.

La sentencia muestra que la reforma no era estrictamente necesaria desde el punto de vista jurídico, pues vía interpretación judicial se determinó la prohibición del castigo corporal y humillante. También en la resolución se aprecia el espíritu de la reforma en el sentido de utilizar medidas menos lesivas a la separación -en este caso derecho de convivencia- de la persona familiar generadora de violencia. No obstante lo anterior, la reforma obedece no solo a los criterios del Comité DN en lo que se refiere a la necesidad de prohibición expresa, sino que era indispensable dejar de ver de manera naturalizada el castigo corporal y humillante como prácticas de crianza.

Finalmente, es necesario señalar que la agenda en materia de garantía del derecho de NNA a una vida libre de violencia tiene varias asignaturas pendientes. La reforma en materia de castigo corporal y humillante puede considerarse útil y necesaria desde el punto de vista simbólico y pedagógico, pero lo cierto es que tiene alcances limitados para cambiar las prácticas sociales. En este sentido, las obligaciones constitucionales de promover, proteger, respetar y garantizar deben materializarse con herramientas que modifiquen la forma en que se perciben las relaciones familiares y, especialmente, el deber de educar y corregir.

BIBLIOGRAFÍA

Cámara de Diputados, Dictámenes para declaratoria de publicidad de las Comisiones Unidas de Derechos de la Niñez y Adolescencia, y de Justicia, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 10 de diciembre de 2020.

Cárdenas Miranda, E.: "La patria potestad a la luz de la doctrina de la protección integral", en AA.VV.: *Maestras de la Facultad de Derecho.* (coord. por J. Miramón Parra), Colegio de Profesores de Derecho Civil-Facultad de Derecho UNAM, 2019.

Centro de Estudios Constitucionales: "SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3799/2014, 25 de febrero de 2015 (Convivencia familiar en casos de violencia)", en AA.VV.: *Cuadernos de Jurisprudencia, Núm. 7: Violencia Familiar,* Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2021.

García Méndez, E.: *Infancia y adolescencia. De los derechos y de la justicia*, Fontamara, México, 2007.

González Contró, M. y Padrón Innamorato, M.: "¿Es el derecho un instrumento para reducir la vulnerabilidad de niñas, niños y adolescentes?", en AA.VV.: *Temas selectos de vulnerabilidad y violencia contra niños, niñas y adolescentes* (coord. por M. Pérez Contreras, M. Macías Vázquez, N. González Martín Y S. Rodríguez Jiménez), Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017.

González Contró, M., Padrón Innamorato, M., Márquez Gómez, D., Arroyo Casanova, R. y Melgar Manzanilla, P.: "Propuesta teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes.", Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas - Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, México, 2012.

González Contró, M.: "¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina", en AA.VV.: *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes.* (coord. por M. Pérez Contreras y M. Macías Vázquez), Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011.

Raphael De La Madrid, L.: "Salud mental y terapias narrativas, género y Convención Internacional de las niñas, niños y adolescentes: perspectivas entrecruzadas", *Revista Problema*, IIJ UNAM, en dictamen.

LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA: LÍNEAS MAESTRAS CON TRASCENDENCIA JURÍDICO-CIVIL

THE ORGANIC LAW 8/2021, OF JUNE 4, ON THE COMPREHENSIVE PROTECTION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS AGAINST VIOLENCE: MASTER LINES WITH CIVIL LEGAL SIGNIFICANCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1232-1263

María Remedios
GUILABERT
VIDAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La ley que nos ocupa, nace como fruto de la especial sensibilidad que durante los últimos años se ha venido gestando, tanto a nivel internacional como interno, en relación con el fenómeno de la violencia ejercida sobre los menores. De este modo, la nueva normativa nace con la intención de dotar a los menores de la más amplia e integral protección frente a este tipo de maltrato. Estas circunstancias obligan a la realización de una previa investigación, tanto desde el plano sociológico como ius internacionalista para con ello poder contextualizar la norma. A dicho examen proseguirá, entre otras cuestiones, el estudio de la regulación penal con trascendencia civil adoptada y de las medidas preventivas previstas, con el objeto de alcanzar una adecuada compresión del cambio de paradigma que efectivamente supone la presente ley y un análisis crítico de la misma.

PALABRAS CLAVE: Derecho; maltrato; violencia; menor; penal; civil; Comité de Derechos del Niño; Observaciones; prevención; sensibilización social; detección precoz; servicios sociales.

ABSTRACT: *The law that concerns us, was born as a result of the special sensitivity that has been developing in recent years, both internationally and internally, in relation to the phenomenon of violence against minors. In this way, the new regulations are born with the intention of providing minors with the broadest and most comprehensive protection against this type of abuse. These circumstances require the realization of a previous investigation, both from the sociological and internationalist ius level, in order to be able to contextualize the norm. Said examination will continue, among other issues, the study of the penal regulation with civil importance adopted and of the planned preventive measures, in order to achieve an adequate understanding of the paradigm shift that this law effectively implies and a critical analysis of it.*

KEY WORDS: *Law; mistreatment; violence; minor; criminal, civil; Committee on the Rights of the Child; Observations; prevention; social awareness; early detection; social services.*

SUMARIO.- I. EL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA CONTRA LOS MENORES.- 1. Alcance actual de este tipo de violencia.- 2. Causas y consecuencias de la violencia contra los menores.- II. INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA PREVIA Y EL CAMBIO DE PARADIGMA DE LA VIGENTE LEY ORGÁNICA.- 1. La insuficiencia de la normativa previa frente al maltrato hacia los menores.- 2. La dilatada tramitación parlamentaria de la vigente Ley Orgánica.- 3. El cambio de paradigma de la nueva normativa.- A) Las Observaciones doce, trece y catorce del Comité de Derechos del Niño como principios inspiradores de la nueva regulación.- B) Protección integral frente a la violencia: la nueva normativa penal con repercusiones civiles y el carácter preventivo.- C) Un principio de especial relevancia: las amplias facultades otorgadas a los servicios sociales de menores.- III. CONCLUSIONES.

I. EL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA CONTRA LOS MENORES.

1. Alcance actual de este tipo de violencia.

Lamentablemente en la actualidad la violencia ejercida contra los menores es una amarga realidad que se extiende en mayor o menor medida a lo largo y ancho de todos los Estados. Esta afirmación viene siendo constatada reiteradamente por organizaciones internacionales dedicadas a la defensa y promoción de los intereses de los más jóvenes, como es el caso de UNICEF. Esta entidad, por ejemplo, a través del informe titulado "Una situación habitual, la violencia en las vidas de los niños y adolescentes", publicado en 2017, puso de manifiesto la incidencia de dicha lacra social. Esta investigación refleja unas cifras en relación con la violencia de una notable relevancia, las cuales merecen ser tenidas en consideración, como punto de partida del presente trabajo. Así, trescientos millones de niños con edades comprendidas entre los dos y cuatro años son sometidos a disciplina violenta por parte de sus progenitores o cuidadores, mientras que son seis de cada diez niños de entre los doce a los veintitrés meses quienes la padecen; seis de cada diez niños son sometidos a castigos físicos; mil cien millones de cuidadores han manifestado que el castigo físico es necesario en la educación de los niños; 732 millones de niños asisten a centros educativos donde el castigo corporal no está prohibido; cada siete minutos muere un adolescente en el mundo, concretamente en el año 2015 fallecieron 82.000 de forma violenta; el norte de áfrica y Oriente Medio son las zonas más afectadas por estos trágicos fallecimientos; quince millones de mujeres con edades comprendidas entre los quince y diecinueve años afirman haber sufrido violencia sexual en algún momento de su vida[1].

Por lo que respecta a España, resulta de obligada referencia el estudio publicado por la organización Save the Children titulado "Más me duele a mí: la

1 Disponible en https://www.unicef.es/sites/unicef.es, consultado el 26.4.2021.

• María Remedios Guilabert Vidal
Doctora en Derecho civil. Profesora de Derecho civil en la Universidad Miguel Hernández. Correo electrónico: maria.guilabertv@umh.es

violencia que se ejerce en casa", en el que se denunció que el 25% de los niños españoles sufrieron malos tratos por parte de sus progenitores o cuidadores en el año 2017. Asimismo, se apunta a que tan solo el 10% de los casos de violencia fueron denunciados[2].

2. Causas y consecuencias de la violencia contra los menores.

Por otra parte, en cuanto a la etiología de este execrable fenómeno, las investigaciones apuntan a la existencia de un amplio espectro de variables como factores de victimización. Así las cosas, aquellas relacionados con el menor, como sería el caso de ostentar edades inferiores a cuatro años o situarse en la etapa adolescente, no ser un hijo deseado por los progenitores o incluso presentar necesidades especiales. En cuanto a las circunstancias relativas a los cuidadores, destacaría, por ejemplo, la existencia de antecedentes de maltrato, falta de conocimientos sobre el desarrollo y crianza del menor o el consumo de sustancias tóxicas. Igualmente, resulta habitual la concurrencia de factores relacionales, aludiéndose en este punto a situaciones de desestructuración familiar o violencia ejercida en su seno, o inclusive la falta de apoyo en la educación de los hijos. Finalmente, aludiremos a las causas de tipo social, tales como las desigualdades sociales o de género, el desempleo, las dificultades de acceso a una vivienda digna, entre otros factores a los que se suele aludir en los informes especializados[3]. Las perniciosas consecuencias del maltrato a los menores han sido también denunciadas desde diferentes ámbitos, destacando especialmente, además de aquellas que pueden resultar letales o que pueden causan graves lesiones físicas, las secuelas de índole inmunitario y neurobiológico; la depresión, adicciones a sustancias tóxicas; obesidad; conductas sexuales de riesgo, etc.[4]. Sobre este particular, la Observación General número trece del Comité de los Derechos del Niño, también hace referencia expresa a enfermedades cardiacas, pulmonares, hepáticas y de transmisión sexual; dificultades de aprendizaje; traumas, ansiedad y destrucción de la autoestima; conductas autolíticas; comportamiento agresivo y antisocial, etc.[5].

En este atroz escenario, donde se desarrollan un número considerable de menores, debemos añadir la actual situación de pandemia provocada por la enfermedad Covid-19 y el consecuente confinamiento vivido. Estas circunstancias han agravado considerablemente esta problemática, tal y como se viene

2 Moral Blasco, C.: *Más me duele a mí*, Save the Children, 2018, disponible en https://www.savethechildren, consultado el 26.4.2021.

3 Así se ha documentado en https://www.who.int, consultado el 27.4.2021.

4 Véase sobre este particular https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/child-maltreatment, consultado el 27.4.2021.

5 Observaciones disponibles en https://www.unicef.org, consultadas el 21.4.2021, p. 233-234. Sobre los efectos físicos y psicosociales de la violencia sobre los menores véase también https://repositorio.cepal.org, p. 4, consultado el 28.4.2021.

evidenciando por los diferentes medios de comunicación social y las entidades dedicadas a la protección de los derechos de los menores. De este modo, se ha podido constatar que el chat de la fundación ANAR en España ha atendido en el año 2020 más del doble de casos de violencia dirigida contra los menores[6]. El informe de UNICEF de noviembre de 2020 rubricado "Violencia contra niñas, niños y adolescentes en tiempos de COVID-19", ha puesto de manifiesto el sustancial incremento de los riesgos en esta materia sobre los menores debido a la correlativa disminución de los mecanismos de protección. Este empeoramiento de la situación ha sido propiciado primordialmente por las medidas que necesariamente se han adoptado en el contexto de pandemia. De este modo, se alude a los factores que han favorecido la vulnerabilidad de los menores, citándose entre otros, la limitación en la actividad económica padecida; el cierre de centros educativos; las dificultades de acceso a los servicios sanitarios; el distanciamiento físico; el consecuente incremento de las desigualdades sociales; el confinamiento familiar y finalmente el aumento en el uso de Internet[7].

En este campo podemos destacar, asimismo, el Informe sobre los Derechos del Niño del Síndic de Greuges de Catalunya de noviembre de 2020, el cual aborda, desde una perspectiva integral, las consecuencias de la pandemia en los menores. De esta manera, se reconoce que un buen número de derechos de los menores quedaron condicionados por las medidas de contención del virus que debieron adoptarse, siendo estas consecuencias más virulentas respecto de aquellos menos favorecidos socialmente[8].

II. INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA PREVIA Y CAMBIO DE PARADIGMA DE LA VIGENTE LEY ORGÁNICA.

1. La insuficiencia de la normativa previa frente al maltrato.

Descendiendo en este momento expositivo al ámbito de lo jurídico, la profusa regulación existente en esta materia con anterioridad a la reforma que nos ocupa, no resultó un mecanismo eficiente para la erradicación de esta intolerable lacra social. El marco normativo que presenta nuestro ordenamiento jurídico en relación con la protección de los derechos de los menores hasta la fecha ha sido ciertamente amplio pero insuficiente, habiéndose intentado, sin lograrlo, prevenir y sancionar de forma poliédrica y dispersa las distintas consecuencias jurídicas de este tipo de violencia. De este modo, encontramos una abundante regulación,

6 Así se ha informado en https://elpais.com, consultado el 28.4.2021. También en relación con la sobreexposición en Internet durante el confinamiento y el aumento de la violencia, véase https://www.elmundo.es, consultado el 28.4.2021.

7 https://repositorio.cepal.org, pp. 1-2 y 7, consultado el 28.4.2021.

8 Disponible en https://www.sindic.cat, pp. 5-6, consultado el 27.4.2021.

tanto a nivel estatal como autonómico, que pretendía dar una cobertura adecuada a las exigencias establecidas en los instrumentos internacionales suscritos por España en el ámbito que nos ocupa[9].

En relación con esta cuestión, entre otras, podemos mencionar, en el ámbito estatal, la LO 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la LO 27/2006 de Educación, sin olvidar la trascendental Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor modificada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[10]. Igualmente, y sin ánimo exhaustivo debemos poner de relieve en el ámbito de protección de los menores contra la violencia la actual redacción del art. 154 del CC en la que se suprimió la expresa referencia al Derecho de corrección y los arts. 156, 158, 170, 172 del CC. En materia penal, específicamente, los arts. 220, 221 y 223 del CP relativos a la sustitución, venta y sustracción de menores, las lesiones y delitos contra la integridad moral padecidas en el ámbito familiar de los art. 153 y 173.2 del CP o las infracciones penales contra indemnidad sexual de los menores de los arts. 181, 183 y 186 y ss. y debiendo hacer mención expresa en este punto a los delitos contra los deberes de guarda o abandono de los arts. 226 y ss. del CP.

Ante este difuso panorama normativo, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, ha venido recomendando a España desde el año 2011 la adopción de una Ley de carácter integral con el objetivo de paliar la violencia ejercida contra los menores[11]. La imperiosa necesidad de una norma de esta naturaleza ha sido también declarada en nuestro país por la fundación ANAR, tras la publicación de unas sobrecogedoras cifras en relación con el maltrato a los menores y que, dada su elocuencia, expondremos a renglón seguido. Así las cosas, debemos indicar que en los últimos años la violencia contra los menores ha aumentado un 298%; un tercio de la violencia consiste en lesiones físicas; el 70.4% de los supuestos se cometen en el hogar; uno de cada diez menores tienen conductas autolíticas habiéndose multiplicado por seis y por cuatro la ideación suicida y las autolesiones respectivamente; los abusos sexuales hacia los más jóvenes se han incrementado en un 300% y las agresiones en grupo se han multiplicado por cinco; únicamente el 10.6% de los casos de abuso sexual se denunciaron; la fundación ANAR ha atendido en 2020 1093 casos de este tipo de agresiones, habiendo aumentado notablemente su incidencia; un total de 3.803 casos de violencia fueron atendidos

9 Se puede consultar una prolija normativa autonómica en materia de maltrato hacia los menores en https://www.bienestaryproteccioninfantil.es, consultado el 28.4.2021.

10 Destacamos la regulación contenida en los arts. 1 y 2 de la LO 27/2006. También en la LO 1/1996, como el art. 2 modificado por la LO 8/2015 y los arts. 11.2 i), 12, 14, 17 o 18 de esta norma objeto de modificación por la Ley 26/2015.

11 Documentado en https://www.lamoncloa.gob.es, consultado el 21.4.21.

por esta organización durante el confinamiento, habiéndose gestionado desde 2017 por el Chat ANAR 11.643 solicitudes de ayuda[12].

2. La dilatada tramitación parlamentaria de la vigente Ley Orgánica.

En cuanto a los precedentes legislativos de la presente ley, debemos hacer referencia a una iniciativa de notable relevancia, la cual puede ser calificada como el punto de partida de la presente Ley. El 7 de marzo de 2013 el grupo parlamentario Popular, Socialista, Convergència y Unió, IU, ICV-EUiA, CHA: la Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia Vasco (EAJ-PNV) y mixto solicitaron al Congreso la constitución de una Subcomisión para el estudio de la violencia contra los menores (núm. expediente 158/30). El Pleno del Congreso de los diputados, en la sesión de 26 de junio de 2014 aprobó la creación en el seno de la Comisión de Sanidad y Servicios Sociales, de una Subcomisión para el estudio de la violencia sobre los menores. Esta Subcomisión celebró doce sesiones desde el 7 de octubre de 2014 al 23 de junio de 2015. En la misma comparecieron un total de veinticinco expertos en la materia.

Como fruto de las mismas elaboró 140 conclusiones y propuestas, publicadas en el Boletín oficial de las Cortes Generales el 2 de julio de 2015. Dichas consideraciones se realizaron, entre otras, en materia de coordinación institucional, acogida, detección y atención temprana, formación de profesionales, protección, educación, redes e Internet y grupos especialmente vulnerables. A consecuencia de este intenso trabajo, en el año 2017 los grupos parlamentarios Popular, Socialista, Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem- En Marea, Ciudadanos, Esquerra Republicana y Mixto, remitieron al Gobierno del Partido Popular un Proposición no de ley en la que se instaba al Gobierno a la elaboración, en colaboración con las Comunidades Autónomas, de una ley para erradicar la violencia ejercida hacia los menores (162/447). En esta propuesta se incidió en la necesidad de una ley de carácter integral que abordase la problemática de la violencia contra los menores, dada la fragmentación de soluciones existentes en aquel momento, tal y como expresaron en su momento los grupos parlamentarios de la Subcomisión anteriormente citada y las recomendaciones del Comité de derechos del Niño. Para ello se consagra expresamente la necesidad de abarcar los aspectos preventivos, de protección y restauración de los menores víctimas de violencia, mediante un conjunto de medidas de prevención primaria, secundaria y terciaria. Dicha Proposición no de Ley denunció que 3.776 menores fueron víctimas de malos tratos, siendo 2.469 niñas; asimismo, 49 menores padecieron intentos de homicidio o asesinato, falleciendo 19 de ellos y que 3.919 menores fueron víctimas de delitos sexuales, siendo 3.068 niñas. Además, el 48% de las víctimas de estas infracciones penales son menores. En aquel momento se solicitó

12 Disponible en https://www.anar.org, consultado el 10.8.21.

que dicha tramitación se realizase en un período de doce meses. Al respecto resulta de interés significar que esta propuesta legislativa fue aprobada por la práctica totalidad de los representantes parlamentarios, el 12 de septiembre de 2017. El procedimiento parlamentario para la aprobación de esta norma de carácter integral se vio truncado por los avatares legislativos acecidos en el año 2019 y que consistieron, como resulta sabido, en la disolución de las Cortes Generales, la convocatoria de elecciones el 28 de abril de dicho año, y la reiteración de los comicios el 10 de noviembre de 2019.

En el ámbito internacional, la recepción por España de las Observaciones de 2018 del Comité de Derecho del Niño supuso el acicate ideal para que se diera el impulso definitivo en la legislatura siguiente en aras a la consecución de una ley integral contra la violencia de los menores[13]. Estando ya vigente el Gobierno de coalición, el Ministerio de Derechos Sociales impulsó la iniciativa legislativa en la materia que nos ocupa, aprobándose el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia por el Consejo de Ministros el 9 de junio de 2020 y remitiéndose el mismo a las Cortes Generales. Este Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la adolescencia frente a la violencia, fue sometido a un profundo debate social al ser sometido a consulta pública, según consta en el Informe elaborado al respecto, consignado como Anexo I del referido Anteproyecto. Como fruto del mismo se recibieron interesantes aportaciones de quince asociaciones, de los Consejos Generales de Colegios Oficiales de Psicólogos, del Colegio de Educadores y Educadores sociales, noventa y cinco propuestas particulares, debiéndose significar que tan sólo tres entidades públicas pusieron de manifiesto sus consideraciones al respecto, con arreglo a lo previsto en el art. 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas[14].

13 Observaciones de 2018 sobre el examen de los informes periódicos quinto y sexto presentado por España.

14 Las entidades públicas que únicamente participaron en el trámite de audiencia pública el Ayuntamiento de Aljaraque, la Delegación de Bienestar Social y Empleo de la Dirección General de Acción Social del Ayuntamiento de Sevilla, y la Fiscalía Provincial de Las Palmas. En cuanto a las asociaciones, éstas que a continuación se citan son las que remitieron las consideraciones que estimaron oportunas en el trámite previsto al efecto: Confederación Española de Familias de Personas Sordas, Consejo de Participación Adolescente de Mollerusa Televisión, Plataforma de Infancia, Confederación Salud Mental España, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, UNICEF, Asociación española de Pediatría y Atención Primaria, Asociación Española de Abogados de Familia, Confederación Autismo España, Asociación El Parto es Nuestro, Fundación Ires, Educo, Pantallas amigas, Asociación Grupo de Sociología de la Infancia y la Adolescencia y Asociación Gallega Contra el Maltrato de Menores, Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la adolescencia frente a la violencia, pp. 105-113.
Destacaremos a continuación algunas de las propuestas recabadas más relevante. Así, la exigencia de vacunación obligatoria; cuidado del menor en su hogar hasta los dos años; imposibilidad e prescripción de los delitos de abuso sexual; derecho a la lactancia materna; Creación de un Ministerio de la Infancia; exigencia de informe psicológico a los docentes acerca de su idoneidad para el desempeño de su función; declaración de desamparo y asunción de tutela como facultades exclusivas de los órganos jurisdiccionales; prohibición de la exposición de menores en redes sociales; no aplicación del falso síndrome de alienación parental; prohibición del uso de teléfonos móviles en los centros de educativos de educación primaria y secundaria; protección frente a la hipersexualización precoz; respeto de las franjas horarias de emisión de contenidos por parte de los canales televisivos; derecho de los menores a ser atendidos por profesionales sanitarios especializados en salud mental infanto-juvenil; otorgamiento de especial relevancia a los informes emitidos por los Pediatra de cabecera; creación de Juzgaos especializados; reconocimiento de la libertad

El pasado 15 de abril de 2021, el Pleno del Congreso de los diputados aprobó con 268 votos a favor, 57 en contra y 16 abstenciones el Proyecto de LO de Protección Integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, también conocida como *Ley Rhodes*, en alusión al conocido pianista británico, víctima de abusos sexuales en su infancia, y férreo defensor de la aprobación de la presente Ley Orgánica[15]. El texto aprobado en el Congreso incluyó el Dictamen de la Comisión de Derechos Sociales y Políticas Integrales de la Discapacidad publicado el 14 de abril de 2021. Dicho Dictamen, a su vez contenía el Informe de la ponencia, de 8 de abril de 2021 y publicado el 13 de abril del mismo año, el cual introdujo más de doscientas enmiendas y setenta y cinco enmiendas transaccionales, mediante las que se enriqueció muy notablemente el texto del Anteproyecto de Ley[16]. Una vez alcanzada la aprobación del Proyecto de Ley Orgánica por mayoría absoluta, se remitió el texto al Senado para que continuase la pertinente tramitación. En dicha cámara el texto fue ratificado el 12 de mayo de 2021 por todos los grupos parlamentarios, con excepción de VOX, habiendo recibido 259 votos a favor, tres en contra y cero abstenciones. La citada norma fue publicada el 5 de junio de 2021, entrando finalmente en vigor el día 25 de ese mismo mes.

Una vez analizado el periplo parlamentario recorrido por la norma objeto del presente trabajo, podemos colegir que, desde sus primeros esbozos, ha contado con un amplísimo respaldo de los grupos parlamentarios existentes en cada etapa legislativa por la que ha discurrido. En cuanto a la configuración de la presente Ley Orgánica, baste ahora por indicar que nos encontramos ante una regulación que se sitúa a la vanguardia en materia de protección de los menores, dado que abarca de forma holística el amparo dispensado a los mismos frente a cualquier tipo de violencia que puedan padecer[17].

3. El cambio de paradigma de la nueva Ley Orgánica.

A) Las Observaciones doce, trece y catorce del Comité de Derechos del Niño como principios inspiradores de la nueva regulación.

de enseñanza a los centros educativos; determinación en la Ley Orgánica de los indicadores de desamparo; prohibición de cesáreas no justificadas; contacto piel con piel del recién nacido; acompañamiento de los progenitores al recién nacido hospitalizado y derecho de asistencia letrada del menor extranjero no acompañado, desde que se le someta al procedimiento de determinación de edad.

15 Votos a favor de esta LO emitidos por PSOE, Unidas Podemos, Partido Popular, Ciudadanos, ERC, BNG, Compromis, Coalición Canaria, Foro Asturias, Teruel Existe, Más País y Partido Regionalista de Cantabria. En contra, VOX y PNV. Se abstuvieron JuntsxCat, EH Bildu, PDeCAT, UPN y la CUP.

16 El Dictamen del Proyecto de Ley Orgánica fue aprobado por la Comisión de Derechos Sociales y Políticas Integrales de la Discapacidad, por 27 votos a favor, 6 en contra y 2 abstenciones, tal y como se recoge en la Nota de prensa disponible en https://www.congreso.es.

17 Se trata de una regulación sin parangón en el panorama internacional, así informado por Sosa Troya, M., disponible en https://elpais.com, consultado el 16.4.2021.

En el ámbito internacional existe una prolija batería de instrumentos jurídicos suscritos por España relativos a la protección de los derechos de los menores y por ende destinados a la erradicación de la violencia contra los mismos. Sin ánimo exhaustivo, podemos citar la Convención sobre los Derechos del Niño de la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990; las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño de 2009, 2011 y 2014 a las que nos referiremos con posterioridad; los múltiples Convenios del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación sexual de 2007, la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 2011, la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 o la ciberdelincuencia de 2001, así como también la Estrategia del citado organismo para los derechos del niño (2016-2021)[18].

El Legislador español en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica que analizamos, ha destacado la singular relevancia de estas disposiciones de carácter internacional como fundamentos de la nueva legislación, particularmente por lo que se refiere a las Observaciones Generales número doce, trece y catorce del Comité de Derechos del Niño. Dichas Observaciones hacían referencia, respectivamente, al derecho del menor a ser escuchado, a no ser objeto de ninguna forma de violencia y al interés superior del mismo como consideración primordial[19]. Dada la relevancia que otorga el texto legislativo objeto de estudio a estas disposiciones de carácter internacional, resulta de notable interés su examen y así poder contextualizar de forma adecuada la presente reforma y el cambio de paradigma que la misma supone en el ámbito que nos ocupa. Al mismo tiempo las disposiciones nacionales deberán interpretarse en consonancia con estos compromisos de ámbito supranacional suscrito por nuestro país.

Por lo que respecta a la citada Observación número trece, debemos indicar que la misma contiene, entre otros aspectos significativos, el concepto de violencia contra los menores; la tipología de los actos violentos; la configuración del término "cuidadores" y de los espacios de atención, así como todo un elenco de medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas. Dicho instrumento parte directamente de la interpretación auténtica realizada del art. 19 de la Convención de Derechos del Niño han inspirado notablemente la redacción de la presente Ley Orgánica[20]. De este modo, la referida Observación General conceptúa la violencia

18 Estos Convenios entraron en vigor en España el 1 de julio de 2010, el 1 de agosto de 2014, el 1 de agosto de 2009, el 1 de octubre de 2010 y el respectivamente. Asimismo, en el ámbito de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, debemos destacar el número 16, dedicado a promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas. Y cuya meta dos se dirige a poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños.

19 Observaciones disponibles en https://www.unicef.org, consultadas el 21.4.2021.

20 Art. 19.1: Los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo

contra los menores como "toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual".

Como resulta apreciable, este texto normativo define este tipo violencia en un sentido amplio, extendiéndose de esta manera sustancialmente la protección de este colectivo aquejado de una muy especial vulnerabilidad. Así, se englobarían en esta definición, tanto los malos tratos dolosos como los negligentes, así como aquellos que puedan afectar a la salud física o mental de la persona menor. Ley Orgánica de protección integral que nos ocupa, en el art. 1.2, extiende el ámbito de aplicación objetivo, dado que incluye las amenazas o interferencias al desarrollo incluso sobre social del menor, con independencia del medio o forma de comisión. Además, en el apartado 2 de dicha disposición enumera los supuestos que en todo caso se configuran como violencia, siendo algunas hipótesis un tanto superfluas, dada su especial gravedad, mientras que, en relación con otras, tales como la difusión pública de datos, aplaudimos su inclusión. En otros supuestos, la vaguedad de los términos empleados suscitará los consecuentes problemas interpretativos. De este modo la expresión "cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar".

Igualmente, dicha Observación, realiza un pormenorizado análisis de las muy diversas formas de violencia a las que puede estar sometido un menor. Así, se hace alusión a las situaciones de trato negligente, tanto físico o psicológico, tanto en materia de salud, como también en el ámbito educativo[21]. En este punto debemos recalcar, dada su actual trascendencia práctica, un supuesto específico incluido expresamente en la citada Observación. Nos estamos refiriendo con ello a la denominada violencia mental, la cual abarcaría según este texto normativo las conductas contra la integridad moral de los menores, tales como humillaciones, desprecios o violencia doméstica. En este contexto también se realiza mención explícita a la intimidación (igualmente a las "novatadas", término empleado por

la custodia de los padres, de un representante legal o cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Estas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño, y según corresponda, la intervención judicial.

21 Precisamente el Síndic en su Informe anual sobre los Derechos del Niño, de noviembre de 2020 ha puesto el acento durante el tiempo de pandemia sobre el incremento de estas formas de violencia, debido a la merma de los derechos sanitarios y educativos de los menores. En este sentido se destaca la incidencia de la lista de espera pediátrica y las repercusiones de la pandemia en la salud mental de los menores, así como la brecha digital derivada de la docencia telemática, disponible en https://www.sindic.cat, pp. 75-80 y 32, consultado el 27.12.2021.
Esta preocupación por el acceso de los menores a los servicios educativos y sanitarios se reitera en el Informe anual de dicha institución de diciembre de 2021. En el mismo se destaca, entre otros aspectos, la reducción en la matriculación de la etapa infantil de primer ciclo, el descenso en la atención bucodental y oftalmológica, así como en la prestación sanitaria presencial y la carencia de profesionales. Finalmente se resalta la estigmatización que han sufrido los adolescentes al ser responsabilizados de la transmisión del coronavirus, pp. 45-48 y 51-54, disponible también en la referida *web* de dicha Autoridad territorial, consultado el 27.12.2021.

esta disposición) sobre el menor a través de las TICS, haciendo referencia explícita también al denominado acoso cibernético[22].

Dada su especial prevalencia en nuestros días de este fenómeno de violencia virtual, sin perjuicio de las consideraciones que realizaremos con ocasión de la novedosa regulación que presenta la Ley Orgánica objeto del presente estudio, valga de momento indicar que el *ciberbullying* existe cuando un menor resulta atormentado, amenazado, acosado, humillado, molestado de una manera u otra, por otro menor mediante el uso de Internet, tecnologías interactivas y digitales o teléfono móvil[23]. Así las cosas, este fenómeno acrecienta de forma exponencial las perniciosas consecuencias del acoso escolar tradicional debido a la exposición que sufre el menor las veinticuatro horas del día, los siete días de la semana y a las especiales consecuencias que agresor y víctima presentan en el hostigamiento virtual. De este modo se cita la falta de empatía y arrepentimiento o de feedback, la cosificación o la confusión de la realidad y la fantasía, falsas percepciones, normalización de la agresión, confusión relacionada con la identidad el agresor o con las causas de la violencia, etc.[24].

Al hilo de esta cuestión y también en materia de nuevas tecnologías, el instrumento internacional que analizamos dedica una detallada exposición sobre los abusos infligidos a los menores, grabados y posteriormente difundidos a través de las TICS; la visualización por los mismos de contenidos inapropiados en Internet; el acoso o el sex grooming ejercido por mayores sobre los menores o el phising. Igualmente, se hace referencia a la perspectiva de los menores agresores en la Red o a la participación de los más jóvenes en juegos de azar o actividades terroristas, propiciadas por el medio virtual[25].

Por lo que se refiere a la tipología de los castigos y de la violencia física, debemos destacar la expresa alusión del referido instrumento internacional a las situaciones de esterilización forzada, tratamientos por aversión y provocación de lesiones con fines de explotación, tratándose éstos de unos hechos, cuyas víctimas, con mayor probabilidad, son los menores con diversidad funcional.

Por último y en consonancia con la amplia protección que pretenden dispensar las meritadas Observaciones, destacamos la inclusión como supuestos de violencia de aquellas hipótesis de abuso y explotación sexual, tortura, penas y

22 Observaciones disponibles en https://www.unicef.org, consultadas el 21.4.2021, pp. 230 y 235-239.

23 En este sentido, Collell, J. y Escudé, C.: *Una aproximación al fenómeno del acoso escolar*, (coord. por R. Bisquerra), Desclée, Barcelona, 2014, pp. 35-37.

24 Sobre estas cuestiones *vid*. Avilés Martínez, J.M.: "Análisis psicosocial del ciberbullying. Claves para una educación moral", *Papeles del Psicólogo*, vol. 34, pp. 66-71.

25 Observaciones disponibles en https://www.unicef.org, consultadas el 21.4.2021, pp.

tratos inhumanos o degradantes, violencia entre menores, autolesiones, violencia en los medios de comunicación y en las instituciones[26].

Otro concepto fundamental del texto objeto de estudio 13 es el de cuidadores de los menores de dieciocho años, incluyéndose en esta noción a las personas con clara responsabilidad legal, ético-profesional o cultural respecto de la seguridad, salud, desarrollo y bienestar de los menores. Principalmente se incluye a los padres, de acogida o adoptivos, cuidadores en régimen de Kafalah, tutores, familia extensa, personal de los centros de enseñanza, cuidadores empleados por los padres, animadores, entrenadores y supervisores de asociaciones juveniles, empleadores, responsables de centros de atención sanitaria, centros correccionales, de día, hogares o residencias y el Estado en caso de menores no acompañados. En definitiva, se distinguen diversas situaciones en las que pueden hallarse los menores. A saber, emancipados o bajo la custodia de cuidadores principales o circunstanciales, o, de facto, bajo la custodia del Estado.

Un aspecto crucial y esencia del carácter integral de este instrumento internacional y que posteriormente asumirá el legislador español es la configuración de los denominados espacios de atención, como aquellos en los que los menores están supervisados por sus cuidadores principales o circunstanciales. En este sentido, se enumera el elenco de los diferentes ámbitos en los que se desarrolla el menor, tales como el hogar, los centros docentes, centros de cuidado a la salida de los mismos, instalaciones recreativas, deportivas y de esparcimiento, instituciones religiosas y lugares de culto, centros médicos, lugar de trabajo, entorno judicial, vecindarios, comunidades y asentamientos de refugiados. El legislador español sin duda se ha inspirado en estos escenarios para configurar los denominados "entornos seguros" del art. 3.m) de la Ley Orgánica que nos ocupa. Los mismos son concretados por dicha ley en la familia, los centros educativos, el ámbito deportivo y del ocio, el ámbito digital, los centros de protección, debiéndose incluir también los servicios sociales, sanitarios, policiales y judiciales, siguiéndose con ello una interpretación sistemática de la citada regulación.

En relación con esta cuestión, entendemos que existe una laguna inexplicable en la Ley Orgánica objeto de estudio, dado que debiera haberse establecido una normativa expresa relativa al ámbito religioso, espacio en el que, lamentablemente, los menores se han visto especialmente desprotegidos ante los abusos sexuales.

26 Asimismo, se destacan en la referida Observación una serie de prácticas inadmisibles sobre los menores tales como la mutilación genital femenina, ritos iniciáticos violentos, alimentación forzada de las niñas, las pruebas de virginidad, el matrimonio forzado y precoz, represalias, exorcismos, uvulectomía y extracción de dientes, entre otras. Observaciones disponibles en https://www.unicef.org, consultadas el 21.4.2021, pp. 236-238.

Finalmente, en materia de responsabilidad, la citada Observación determina que responsable de su seguridad es el cuidador principal, directamente o en coordinación con el cuidador circunstancial. Esta disposición, desde nuestra consideración, avala, como no podía ser menos, en el plano internacional, la hipótesis de responsabilidad compartida o solidaria de los diversos cuidadores del menor en materia de daños, al compartir las facultades tuitivas sobre el menor[27].

B) Protección integral frente a la violencia: la nueva normativa penal con repercusiones civiles y el carácter eminentemente preventivo.

Podemos afirmar que la norma que analizamos nace con la vocación, a semejanza de la Ley de protección integral contra la violencia de las mujeres, al tratar de abarcar diversos ámbitos en los que se puede desarrollar la violencia contra los menores y proporcionar así un elenco de medidas preventivas de forma sistemática e integrada. Igualmente, el Preámbulo de esta norma realiza especial hincapié en la perspectiva de género al poner el acento en la violencia contra las niñas en los siguientes términos "(…) Las niñas, por su edad y sexo, muchas veces son doblemente discriminadas y agredidas. Por eso esta ley debe tener en cuenta las formas de violencia que las niñas sufren especialmente por el hecho de ser niñas y así abordarlas y prevenirlas a la vez que se incide en que solo una sociedad que educa en el respeto e igualdad será capaz de erradicar la violencia contra las niñas (…)".

Este carácter holístico de la referida norma resulta novedoso a nivel internacional, si bien debemos traer a colación, desde el punto de vista interno de nuestro ordenamiento jurídico la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana[28]. El carácter integrador de esta norma viene proclamado en el art. 6.1 al indicar que "Las políticas integrales que se deriven de la aplicación de la presente ley exigirán la actuación coordinada de todos los sectores públicos implicados directa o indirectamente en la protección del menor y, en especial, el educativo, el sanitario, el terapéutico y el de protección social, servicios sociales, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, la abogacía de la Comunidad Valenciana, la fiscalía la judicatura, todo el personal adscrito a los centros de menores, así como las instituciones privadas de iniciativa social dedicadas a la protección y defensa de la familia, infancia y la adolescencia". Esta norma, si bien dado su carácter general no ofrece específicamente una protección sobre los menores frente a la violencia, a lo largo de su articulado

27 Aboga por la posibilidad de compartir la guarda y educación entre diversos sujetos y por ende las evetuales responsabilidades, a propósito de la responsabilidad civil por las infracciones penales cometidas por los menores Moreno Martínez, J.A.: "Acoso escolar: examen del fenómeno y su amparo legal. Especial consideración a la reparación del daño", *La responsabilidad civil y su prueba*, Sepin, Editorial Jurídica, Madrid, 2007, p. 312.

28 Con posterioridad ha continuado este carácter transversal en el ámbito autonómico la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia.

contiene una serie de preceptos que, en sí mismos, amparan a los más jóvenes frente a las agresiones, existiendo paralelismos respecto de la norma objeto de la presente monografía. De este modo, la ley valenciana se hace eco del amplio concepto de violencia existente en el plano internacional, al establecer en el art. 9.1 que "La Generalitat adoptará las medidas pertinentes para proteger la integridad física y psíquica del menor frente a situaciones del menor frente a situaciones de maltrato, abuso, violencia, amenaza, mutilación genital, explotación sexual, laboral o económica, manipulación, utilización instrumental y acción degradante y humillante, en todo tipo de conductas, ya sea intencionales por acción u omisión como imprudentes". Y, por otro lado, prevé una serie de medidas de salvaguarda frente a las agresiones que los menores puedan padecer en los diferentes ámbitos en los que se desarrollan. Así, destacamos, entre otras, las siguientes disposiciones: el art. 34 dedicado a los programas de prevención de la agresividad y la violencia en centros docentes, con especial referencia a la promoción de los programas de prevención de la violencia y acoso; el art. 45 sobre notificación de situaciones de desprotección por parte de los servicios y centros sanitarios; el art. 65 sobre la protección contra la explotación económica y laboral; el art. 72 protección del menor frente al uso de servicios telefónicos, Internet y videojuegos o el art. 87 relativo a políticas de prevención en materia de apoyo a la familia, estableciéndose la promoción de la educación parental especialmente dirigida, entre otras, a las familias en situación de violencia.

Volviendo a la Ley Orgánica sometida a examen, debemos incidir que la misma plasma el carácter integrador apuntado con anterioridad, igualmente, mediante el establecimiento de todo un elenco de medidas civiles, penales, procesales y administrativas destinadas directamente a la prevención y detección de la violencia sobre los menores. No obstante, encontramos también otras disposiciones de carácter sancionador y reparador respecto de la totalidad de daños causados en cualquier ámbito de la persona del menor. Del mismo modo, esta esencia sistémica se desprende de la implicación que, todos los operadores, públicos y privados, deben ostentar en aras a la erradicación de la violencia contra los menores. De este modo, las administraciones, ya sea estatal, autonómica o local, han de coordinarse en cumplimiento de este designio del legislador, anunciado en el Preámbulo de la Ley Orgánica en los siguientes términos: "(…) y favorece que el conjunto de las administraciones públicas, en el marco de sus respectivas competencias, refuercen su implicación en un objetivo de alcance general como es la lucha contra la violencia sobre los niños, niñas y adolescentes (…)". Además, estas directrices se reflejan, verbigracia, en la creación de la Conferencia Sectorial para la coordinación de las actuaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección de menores. Incluso en materia de capacitación se prescribe que tanto el Estado, como las Comunidades Autónomas y los Entes locales deben proporcionar formación para la detección y tratamiento de la violencia contra los menores, regulado este aspecto en el art. 5 de la Ley Orgánica.

Por su parte, la colaboración público-privada queda reflejada en el art. 8, obligando a las Administraciones públicas a promover la colaboración con el sector privado fomentando la suscripción de convenios específicamente con los medios de comunicación, agentes sociales, colegios profesionales, confesiones religiosas y demás entidades en contacto habitual con los menores. Igualmente, en este sentido, se realiza una mención explícita al fomento de la colaboración de las empresas de tecnologías de la información y comunicación, Agencias de Protección de Datos, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Justicia para la detección y pronta retirada de contenidos que supongan violencia contra los menores.

El carácter holístico de la nueva normativa queda expresamente reconocido en el propio título de la Ley Orgánica y en su preámbulo, al determinar, por ejemplo, que: "(…) la aprobación de una ley integral sobre violencia contra los niños, niñas y adolescentes no solo responde a la necesidad de introducir en nuestro ordenamiento jurídico los compromisos internacionales asumidos por España en protección integral de sus personas menores de edad (…). Asimismo, cuando expone que: "(…) Además es frecuente que en estos escenarios de violencia confluyan variables sociológicas, educativas, culturales, sanitarias, económicas, administrativas y jurídicas, lo que obliga a que cualquier aproximación legislativa sobre la cuestión requiera un amplio enfoque multidisciplinar (…)". O incluso con toda rotundidad al afirmar: (…) "Esta ley combate la violencia contra la infancia y la adolescencia desde una aproximación integral, en una respuesta extensa a la naturaleza multidimensional de sus factores de riesgo y consecuencias. La ley va más allá de los marcos administrativos y penetra en numerosos órdenes jurisdiccionales para afirmar su voluntad holística (…)".

En este orden de cosas, debemos resaltar, asimismo, dada su notable trascendencia, las nuevas previsiones de índole penal contenidas en la norma objeto de este trabajo con consecuencias también en el ámbito privado, sin olvidar la inclusión de una prolija batería de medidas de naturaleza administrativa[29]. Este aspecto de la configuración normativa que nos ocupa confirma una vez más la naturaleza sistémica de la misma, abandonándose definitivamente de este modo una perspectiva unívoca de la problemática del maltrato.

En relación con las previsiones de índole penal, destaca especialmente, en materia de prescripción delictiva, la ampliación del dies ad quem para el cómputo de la misma en relación con determinados delitos de especial gravedad, estableciéndose a los treinta y cinco años y no a los dieciocho, como

29 **Otras medidas de carácter administrativo son, además de la actuación y cooperación de las diversas administraciones entre sí y en cada uno de los ámbitos desarrollados por la norma, se prevé la creación de un Registro Central de información sobre la violencia contra los menores al que deberán suministrar información las diferentes administraciones sobre los menores, agresores y medidas adoptadas. Además deberá publicarse con una periodicidad anual un informe acerca de la violencia contra estas personas, todo ello con arreglo al art. 56 de la Ley Orgánica.**

se determinaba con arreglo a la normativa anterior, tal y como establece ahora el art. 132.1 del CP[30]. En cuanto a su ámbito objetivo, esta previsión se aplicaría a los casos de tentativa de homicidio, delitos contra la libertad, lesiones de los arts. 149 y 150 del CP, delitos contra la indemnidad y libertad sexual, maltrato habitual o trata de seres humanos. De este modo, por ejemplo, el instituto de la prescripción desplegaría sus efectos cuando la víctima contase con la edad cincuenta y cinco años, en la hipótesis de haber sido condenado el agresor a una pena entre diez y quince años, según preceptúa, entre otros supuestos, el art. 133 del CP[31]. Desde la posición que mantenemos, propugnamos la imprescriptibilidad de estos delitos, no obstante lo cual reconocemos el considerable avance legal que supone la considerable ampliación de los plazos comentados. Además, esta opción legislativa llevaría ampliaría el amparo civil sobre las víctimas, al poder reclamar las mimas la pertinente indemnización por los perjuicios causados en el seno de los procedimientos penales instados sin límite prescriptivo.

Por otra parte, en materia de violencia familiar, se recoge de forma pionera por el texto legal que comentamos, la denominada violencia vicaria, la cual por expresa voluntad del legislador queda incluida en el concepto de violencia de género, a través de la disposición final décima modificativa del art. 1, añadiendo el apartado 4, de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género[32]. De este modo, se determina explícitamente el objetivo de este tipo de agresiones y los sujetos pasivos de la misma: "La violencia de género a que se refiere esta ley también comprende la violencia que con el objeto de causar perjuicio o daños a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero". Es decir, la agresión se ha de llevar a cabo por parte de quienes sean o hayan sido cónyuges, o estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, sin que se requiera convivencia para ello.

Como consecuencias penales que inciden directamente en el derecho de familia, debemos destacar la obligación que el nuevo art. 140 bis del CP impone a la autoridad judicial de aplicar la privación de la patria potestad en caso de asesinato u homicidio doloso en dos supuestos concretos. Por una parte, cuando la víctima y el agresor tuvieren un hijo en común. Y por otra, en la hipótesis de ser

30 En caso de fallecimiento de la víctima, el cómputo de la prescripción se iniciaría a partir de ese momento.

31 Art. 133: 1. Las penas impuestas por sentencia firma prescriben: A los 30 años, las de prisión por más de 20 años. A los 25 años las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20. A los 20, las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15. A los 15, las de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de 10, y las de prisión por más de cinco años y que no excedan de 10. A los 10, las restantes penas graves. A los cinco, las penas menos graves. Al año, las penas leves.

32 Esta norma fue modificada por la disposición final 3.1 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio al reconocer expresamente a los hijos menores, menores sujetos a su tutela, o guardia o custodia como víctimas también de la violencia de género.

la víctima hijo del agresor y existiesen otros. En este orden de cosas, el art. 46 del CP establece que la pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de su titularidad, pero con la particularidad de poder conservarse aquellos derechos de los menores que se determinen por el órgano jurisdiccional. Para la determinación de estos derechos subsistentes, el segundo párrafo de la mencionada disposición hace referencia a "la valoración del interés superior del menor en relación con las circunstancias del caso concreto". Como fácilmente se desprende, ante la ausencia de un catálogo de derechos susceptibles de ser mantenidos, el legislador ha optado por una cláusula general, concediendo a la autoridad judicial un amplio margen de discrecionalidad para decidir, al abrigo del interés superior del menor.

Por su parte, el art. 49 del CP al regular la pena de trabajos en beneficio de la comunidad prevé la posibilidad de su cumplimiento en forma de programas formativos de resolución pacífica de conflictos, parentalidad positiva, y otros similares. De notable interés resulta igualmente la previsión de inclusión de estas medidas en el art. 83.1.6 del CP como condición para la suspensión de la pena impuesta. Desde esta perspectiva, entendemos que existen hipótesis, que, por sus características o menor intensidad lesiva aconsejen la adopción de esta medida, frente a las perniciosas consecuencias de la pena de alejamiento del menor prevista, verbigracia, en el art. 57 del CP, como pena accesoria impuesta al progenitor que cometa alguno de las modalidades típicas del art. 153 del mismo *corpus* legislativo, que además también supondría el cese de la relación indefectiblemente respecto de otros hijos si los hubiese y por ende la desintegración del núcleo familiar.

En materia de perdón del ofendido, como reflejo de una limitación de la capacidad del menor operada en su propio beneficio, destaca la novedad que supone la ausencia de efectos extintivos de la responsabilidad penal, cuando se trate de delitos contra bienes jurídicos eminentemente personales, según se contempla ahora en el art. 130.1.5º del CP.

En relación con el delito de sustracción de menores, el art. 225 bis del CP, apartado dos considera en que existe esta situación cuando se den alguna de las dos circunstancias siguientes. Bien, el traslado del menor a del lugar de su residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de quien esté encargado de su guarda o custodia; bien, cuando se le retenga incumpliendo gravemente un deber establecido en resolución administrativa o judicial. La primera de las hipótesis se incardina con la modificación del art. 154.3º del CC, mediante la que se determina la decisión del lugar de residencia del menor deberá ser consensuado por ambos progenitores, o en su defecto por la Autoridad judicial. Respecto de la segunda de las hipótesis debemos hacer mención a la criminalización de aquellas conductas, generalmente llevadas acabo por parte de los progenitores que impiden la asunción de la tutela ope legis a favor de la administración en los supuestos de

desamparo. En estos supuestos podría alegarse la infracción del principio non bis in idem, dado que también resultaría posible la aplicación en estos casos del delito de desobediencia a los agentes de la autoridad.

Otra nota definitoria de la Ley Orgánica analizada en el presente trabajo es su esencia fundamentalmente preventiva. Ello es así debido a que el mantenimiento de un enfoque eminentemente punitivo y sancionador presupondría el fracaso del sistema, al haberse verificado previamente el daño sobre el menor. Además, debemos subrayar que los perjuicios padecidos son en no pocas ocasiones irreparables, dada la extrema vulnerabilidad de las víctimas. Esta concepción integral y preventiva de la violencia refleja, una vez más, el espíritu de la Observación nº 13, la cual expresamente establece como objetivo 11.c) "Dejar de adoptar iniciativas aisladas, fragmentadas y a posteriori de atención y protección del niño, que apenas han contribuido a la prevención y eliminación de todas las formas de violencia", a la par que reconoce en el subsiguiente apartado d) la promoción de un enfoque holístico de la aplicación del art. 19.

En este sentido, el Preámbulo de la Ley Orgánica determina que "(…) Desde una perspectiva didáctica, otorga una prioridad esencial a la prevención, la socialización y la educación, tanto entre las personas menores de edad como entre las familias y la propia sociedad civil (…). Como podemos apreciar de la dicción del texto legal, se recogen una vez más las pautas desarrolladas por la Observación número trece, al ponerse el acento en la dimensión preventiva de la problemática del maltrato.

Como fruto de estas premisas, el art. 23 de la presente Ley Orgánica recoge las previsiones fundamentales en materia de prevención, obligando a las administraciones públicas a la realización de planes y programas en este campo, con medidas específicas en relación con todos los ámbitos, debiendo identificar conforme a los factores de riesgo a los menores en situación de especial vulnerabilidad y a los grupos específicos de alto riesgo con el objeto de priorizar medidas y recursos. Expresamente se incluyen, entre otras, como actuaciones preventivas las dirigidas a la promoción del buen trato; formación sobre parentalidad positiva; detección de procesos de exclusión; mitigación de factores de deterioro familiar; eliminación de situaciones de desprotección; promoción de información y participación de los menores en esta materia; fomento de la conciliación familiar, del conocimiento de la Convención de Derechos del Niño, de las relaciones igualitarias y de la seguridad; formación de profesionales en atención a los menores, etc.

Esta disposición se complementa con el art. 24 de la norma objeto de estudio, en el que se plasma la notable preocupación del legislador por evitar la radicalización de los menores frente a los procesos en los que prime el aprendizaje

de modelos de conductas violentas o delictivas, incorporando en su preservación la dimensión de género y edad. En este supuesto, dad su amplia configuración, podría incluir desde hipótesis de fanatismo religioso o político hasta la pertenecía a bandas juveniles violentas o incluso estilos parentales autoritarios.

En esta materia acabamos de aludir el principio fundamental de buen trato que ha de dispensarse a la persona menor, el cual por su omnipresencia a lo largo del texto legal merece una especial mención. Dicho axioma, de nuevo cuño elaborado por el legislador, queda definido en el art. 1.3 de la norma objeto de análisis, en los siguientes términos: "Se entiende por buen trato a los efectos de la presente ley aquel que, respetando los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, promueva activamente los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, solución pacífica de conflictos, derechos a igual protección de la ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación". Con esta previsión el acento se posa, no sólo en la prevención del maltrato, sino en la obligación de dispensar al menor un trato correcto, adelantando con ello las barreras de protección sobre los menores. Dicha máxima se reitera en diversas ocasiones a lo lago del articulado de la Ley Orgánica. Así, el art 3.3 al referirse al apoyo especializado que deberá recibir el agresor para evitar la reincidencia. Igualmente, el art. 5.1.d) en materia de formación a los profesionales que mantengan contacto habitual con personas menores de edad. El art. 23.1, en materia de prevención al preceptuar que: "(…) En todo caso, tendrán la consideración de actuaciones en materia de prevención las siguientes: a) Las dirigidas a la promoción del buen trato en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes (…)". De igual modo, el art. 26.3, dedicado a la prevención de la violencia en el ámbito familiar, al preceptuar que "(…) Las medidas a las que se refiere el apartado anterior deberán estar enfocadas a: a) Promover el buen trato, la corresponsabilidad y la parentalidad positiva (…)". Por su parte, el art. 31 al determinar que el plan de convivencia de los centros educativos: "(…) se incluirá la adquisición de habilidades, sensibilización y formación de la comunidad educativa, promoción del buen trato y resolución pacífica de conflictos (…)". Igualmente, el art. 38.1 sobre actuaciones en el ámbito sanitario establece que las administraciones sanitarias en el seno del Consejo Interterritorial de l Sistema Nacional de Salud, promoverán e impulsarán actuaciones para la promoción del buen trato a la infancia y la adolescencia (…)". También resulta de interés en este punto el apartado dos de la referida disposición, al obligar a dichas administraciones a promover la elaboración de protocolos que faciliten la promoción del buen trato. Y el art. 50.2 g) al prever que se dispensará buen trato al niño, niña o adolescente en el ámbito de actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. No obstante, existen ámbitos como el relativo a los centros de protección de menores del Título IV en el que entendemos que debió también haberse incluido expresamente el principio de buen trato al menor.

Resulta de obligada referencia, como pilar fundamental por lo que respecta a la prevención de la violencia que analizamos, la creación por parte del legislador de unos espacios seguros. Con esta previsión la Ley Orgánica pretende ofrecer al menor la adecuada protección, en todos y cada uno los distintos escenarios en los que pueda desenvolverse, en consonancia con el espíritu de prevención de la violencia que inspira a la normativa que nos ocupa. De esta manera, en primer término, el Preámbulo determina que el capítulo II del Título III recoge los diferentes ámbitos de actuación. De este modo, el art. 23.1, dedicado a la prevención, determina que: "(…) Estos planes y programas comprenderán medidas específicas en los ámbitos familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (…)". A los que debemos incluir los centros de menores y el ámbito judicial, desde una interpretación sistemática de la Ley Orgánica.

Así, el art. 26 de la Ley Orgánica, en relación con la prevención en el ámbito familiar, establece una serie de medidas para crear un entorno saludable; igualmente, el art. 31.3 referente a las pautas necesarias para lograr que los centros educativos se erijan en entornos seguros; por su parte, el art. 46.2 sobre la colaboración con el sector privado para la creación de entornos digitales seguros; el art. 47 en relación con la creación de un entorno seguro en el ámbito deportivo y del ocio mediante los preceptivos protocolos y el art. 53.1 al afirmar este precepto categóricamente que los centros de protección de personas menores serán entornos seguros.

En aras de la prevención de la violencia, juegan un papel esencial la sensibilización de todos los agentes sociales frente a esta problemática y la detección precoz de la misma. A estos efectos debemos indicar que la ley que nos ocupa dedica el Título III a estos aspectos. Así, el capítulo I del mismo, concretamente en el art. 21 preceptúa la creación de una Estrategia Nacional plurianual aprobada por el Gobierno a propuesta de la Conferencia Sectorial de la infancia y adolescencia. Además, la misma deberá ser elaborada en consonancia con la Estrategia Nacional de Infancia y Adolescencia, contando con la participación del Observatorio de l infancia, entidades del tercer sector, sociedad civil y especialmente la participación de los menores, destacando con esta previsión su consideración como sujetos de derechos a través del Consejo Estatal de Participación de la Infancia y de la Adolescencia. Igualmente resulta loable la previsión de elaboración de un informe anual de evaluación de la Estrategia Nacional sobre su grado de cumplimiento y eficacia, conteniendo datos estadísticos públicos sobre la violencia hacia los menores. Consideramos que en esta materia resulta imprescindible conocer, para poder orientar las políticas legislativas, la prevalencia real mediante estudios periódicos de carácter público, dotados una metodología unívoca que reflejen, entre otras cuestiones, la tipología de las agresiones padecidas, factores de vulnerabilidad de las víctimas, de criminalidad, espacios victimógenos, mecanismos

adoptados de prevención, detección y denuncia en los distintos escenarios de protección, etc. Por su parte, el capítulo II, relativo a la sensibilización en este ámbito, obliga en el art. 22 a las administraciones públicas a promover campañas concretas de información evaluables y basadas en la evidencia destinadas a la sociedad para concienciarla del derecho del menor a recibir un buen trato. Estas acciones deberán incluir medidas contra las conductas que favorecen la violencia en sus distintas manifestaciones, haciéndose una previsión especial al ámbito de Internet. Y debiéndose además estar estas campañas diferenciadas por tramos de edad para garantizar su acceso, especialmente de los menores con discapacidad necesitados de apoyos específicos.

Y, por otro lado, resulta crucial en materia de detección precoz, la adecuada formación de los profesionales que se encuentren en contacto con los menores y de éstos mismos, de tal manera que puedan ser capaces de percibir esta violencia, en ocasiones extremadamente sutil, incluso los primeros estadios de su desarrollo, de tal manera que permita accionar los correspondientes mecanismos para su erradicación. En este sentido, el art. 25 de la Ley Orgánica, en los apartados 1 y 3 obliga a las administraciones públicas a desarrollar los correspondientes programas de formación continuada. En materia de capacitación, debemos reseñar el mandato que dirige el legislador a la Educación Superior. En este sentido, el art. 36 del referido texto normativo obliga a la promoción en todos los ámbitos académicos de la formación, docencia e investigación de los derechos de los menores y de la lucha contra la violencia sobre los mismos, así como también la inclusión de contenidos específicos en los planes de estudio relativos a la prevención, detección precoz e intervención en materia de violencia hacia los menores. Al hilo de esta cuestión el art. 37 de la norma objeto de análisis, incluye en el seno de las actividades del Consejo de Universidades la promoción de los contenidos incluidos en el referido art. 36.

C) Un principio de especial relevancia: las amplias facultades otorgadas a los servicios sociales de menores.

Analizaremos en este punto expositivo una proposición esencial que, como punto de partida, resulta robustecida por la Ley Orgánica que nos ocupa. Con ello nos estamos refiriendo a la notable extensión de facultades que se otorgan a determinados funcionarios de los servicios sociales que prestan sus servicios en este ámbito y por ende a las Entidades públicas de protección de menores. En este sentido, se destaca explícitamente desde un principio, en el propio Preámbulo de la Ley Orgánica que analizamos, que el capítulo VII de la misma viene a reforzar el ejercicio de las funciones de protección de los menores por parte de los funcionarios que desarrollan su actividad profesional en los servicios sociales.

Esta tendencia de evidente fortalecimiento de la posición de la Administración, se aprecia también en la regulación de las situaciones de desatención en las que puede verse inmerso un menor, dado que se consolida el carácter continuista de la actual regulación, al persistir por ejemplo la dicotomía entre los conceptos de riesgo y de desamparo. Igualmente, la vigente regulación sigue adoleciendo de una notable dosis de indeterminación conceptual y la consiguiente carencia de seguridad jurídica. La consecuencia directa que se deriva de esta circunstancia es la conservación por parte de la Administración de amplias facultades para la apreciación de las situaciones de riesgo para el menor. Sentado lo anterior, debemos apuntar igualmente que la nueva regulación realiza un esfuerzo por acotar la tipificación de los denominados indicadores de riesgo, los cuales con anterioridad no estaban expresamente recogidos por la legislación precedente, si bien, como señalamos, la vaguedad conceptual perdura en el texto normativo. De este modo la disposición final octava, apartado cinco, de la Ley Orgánica objeto de estudio recoge el concepto de situación de riesgo y hasta trece de los mencionados indicadores de riesgo, los cuales carecen en ocasiones, de una depurada técnica legislativa que en el ámbito al que se refiere resulta especialmente necesaria.

Respecto de la definición de la meritada situación, heredada directamente de la establecida por la Ley 26/2015, debemos señalar que se ha procedido a la sustitución de "el menor" por la "persona mayor de edad", acogiendo una terminología más inclusiva. Esta mutación subraya al mismo tiempo su naturaleza de persona, enfatizando a nuestro modo de ver, el *status* de igualdad que ostenta este sujeto respecto de los mayores de edad. Y ello pese a las lógicas limitaciones que deban existir en relación con su capacidad de obrar, las cuales se hallan encaminadas precisamente a la protección de su persona y patrimonio. Por lo que se refiere a específicos indicadores de riesgo establecidos por la nueva normativa, no se comprende el alcance exacto de términos normativos abiertos, tales como perjuicio leve; cambio de circunstancias de forma evidente; perjuicio para su bienestar; escasas oportunidades de ocio; castigo habitual y desproporcionado; pautas de corrección violentas, los cuales necesariamente deberán ser acotados por la jurisprudencia al abordar los casos particulares que se susciten. En concreto los apartados a) y b) del nuevo art. 17.2 de la Ley de Protección jurídica del Menor resultan difícilmente deslindables. Y ello es así porque el primero de ellos contiene la falta de atención física o psíquica que comporte un perjuicio leve, mientras que el apartado b) hace referencia la negligencia en el cuidado de los menores, supuesto en el que bien pudiera circunscribirse el apartado a), haciendo con ello innecesaria la proliferación de la casuística que contiene la referida norma. Tampoco se comprende la previsión referente a los ingresos múltiples en distintos hospitales con síntomas recurrentes e inexplicables, dado que estas circunstancias también pueden acaecer en un mismo hospital y tratarse de episodios de efectivos malos tratos hacia el menor.

En relación con el indicador referido a la no aceptación de la orientación sexual del menor, debemos preguntamos cuáles serían los límites de ese rechazo o, dicho de otro modo, qué conductas de los responsables del menor corroborarían dicha desaprobación. De este modo queda sin especificarse, por ejemplo, si la simple consulta médica sobre estos aspectos de la vida del menor podría quedar subsumida en el supuesto que nos ocupa, dada la notable imprecisión de la previsión normativa. Por su parte, también se tipifica como factor de riesgo el consumo habitual de sustancias tóxicas por parte de los menores, sin que se concrete tampoco qué ha de entenderse por consumo habitual a los efectos de la presente ley.

En cuanto a la exposición de los menores a "cualquier situación" de violencia doméstica o de género, entendemos que la misma igualmente denota una excesiva vaguedad. De este modo, se podrían incluir el visionado de materiales audiovisuales en los que exista una trama de violencia de este tipo, independientemente de su intensidad. O incluso la presencia de una discusión aislada de los progenitores o entre hermanos con cierta dosis de confrontación. Y finalmente, en este campo, debemos hacer obligada referencia a la cláusula de cierre contenida en el último apartado de este nuevo artículo en la que se recoge en términos amplísimos, cualquier circunstancia, que, a juicio de la Administración, implique violencia sobre el menor y que en caso de persistir pueda evolucionar y derivar en su desamparo. En definitiva, con esta previsión, se da vía libre para que la Administración pueda crear los factores de riesgo que estime pertinentes, pudiendo quedar en papel mojado los esfuerzos por tipificar estas conductas.

Por otra parte, llama también poderosamente la atención el hecho de que en la citada disposición se haga referencia a supuestos de diversa índole y gravedad, como indicios de dicha situación de desatención. De esta manera, encontramos las referencias a situaciones de diverso calado como puede ser el caso del perjuicio leve, junto con el riesgo de sufrir mutilación genital femenina o la exposición a cualquier situación de violencia de género o doméstica. En este campo, debemos indicar que la tipificación de las situaciones de riesgo, no obstante los defectos apuntados con anterioridad, permite en todo caso un avance hacia el deslinde entre esta institución y el desamparo, siendo esta separación conceptual absolutamente necesaria, dadas las gravosas consecuencias previstas para la declaración de desamparo. Así las cosas, dada la preceptiva separación del menor de su núcleo familiar que prosigue al pronunciamiento de desamparo, éste quedar reservado a contextos gravísimos de desatención del menor, debiéndose además interpretar restrictivamente este concepto jurídico[33].

33 Interpretación restrictiva apuntada por Noriega Rodríguez, L.: "Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia", *ADC*, tomo LXXI, 2018, fasc. I, p. 129.

Como se puede apreciar, la ambigüedad y vaguedad normativa provoca importantes dificultades a la hora de deslindar una mera situación de riesgo respecto de aquella en la que el menor se encuentra desamparado. Esta problemática propicia que se declaren situaciones de desamparo indebidamente, con las irreparables consecuencias que ello puede conllevar.

Por otra parte, por lo que respecta al cauce procedimental para la declaración de las citadas situaciones de desprotección de los menores, debemos indicar que persiste la configuración basada en la inicial toma de decisión por parte de la Entidad Pública de protección y la intervención a *posteriori* de la Autoridad Judicial. Este esquema de actuación implica que el control jurisdiccional se lleva a efecto cuando las medidas de protección ya han sido adoptadas por la Administración, sean éstas justificadas o no. Sobre esta delicada cuestión, debemos realizar obligada referencia a las voces de denuncia que se alzan declarándose perjudicadas por la adopción de decisiones, tan gravosas como es la separación del menor de su núcleo familiar, decretadas injustificadamente por la Administración[34]. En el fondo de buena parte de estos casos, late, entre otros condicionantes, la ausencia de control judicial a priori y las dificultades apuntadas con anterioridad sobre el deslinde de los conceptos de riesgo y desamparo, por no mencionar la repercusión mediática que algunos de estos casos han tenido, tal y como indica la doctrina especializada[35].

En el caso concreto de la declaración de desamparo, la consecuencia jurídica inmediata de su apreciación es de extrema gravedad, dado que se prevé la asunción automática e*x lege* de la tutela por parte de la Administración y la subsiguiente separación de los menores de su familia de origen, decretándose para su protección el tipo de acogimiento que mejor se adapte a las necesidades de los mismos, bien familiar en el seno de la familia extensa o ajena, bien residencial. Desde nuestra consideración, entendemos que, el superior interés del menor y el derecho del mismo de permanecer en su familia de origen, avalan con creces la necesidad de la adopción de un procedimiento de extrema urgencia, cuyas consecuencias además sean decididas *ab initio* por la Autoridad Judicial y tuteladas permanentemente también por el Ministerio Fiscal, como garantes de los intereses de los menores. Sobre este particular y en consonancia con la línea exegética que postulamos, la Ley Orgánica objeto de estudio establece en la disposición final novena, otorgando con ello una nueva redacción al art. 779 de la LEC, que los procedimientos de oposición tendrán carácter preferente y deberán realizarse en un plazo de tres

34 Sobre las presuntas ilegalidades en materia de declaración de abandono véase https://www.lavanguardia.com. Asimismo, esta situación se ha denunciado en https://www.elmundo.es, consultado el 20.10.2021.

35 *Vid.* sobre esta cuestión Benavente Moreda, P.: "Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego", *AFDUAM*, núm. 15, 2011, pp. 16-19, disponible en http://afduam.es, consultado el 20.10.2021.

meses desde la fecha en que se hubiesen iniciado[36]. Asimismo, la acumulación de procedimientos con arreglo a la legislación vigente no es causa para la suspensión del meritado plazo[37]. Con ello el Legislador ha pretendido dotar una vez más de una especial celeridad a la resolución de este tipo de controversias, dadas las perniciosas consecuencias para los menores en los supuestos de adopción injustificada de medidas administrativas que pueden llegar a la desintegración del núcleo familiar y el consecuente desarraigo del menor respecto del mismo.

No obstante estas mejoras, la actual regulación se consolida el sistema anterior basado en la intervención judicial a posteriori, una vez ejecutada la medida de protección decretada por la Administración. Ante este escenario y en aras a la evitación de situaciones injustas, entendemos que, desde un primer momento, los afectados por dicha resolución deberían contar, como garantía procesal, con la preceptiva asistencia Letrada para la interposición del escrito de iniciación de la tramitación jurisdiccional, requerido por el art. 780.2 de la LEC. Incluso, esta previsión debiera extenderse al procedimiento administrativo, para que, desde un primer momento, se pudiese rebatir por los afectados la argumentación planteada por parte de la Entidad Publica de protección para adopción de las medidas de protección propuestas. No debemos dejar de mencionar que el expediente administrativo que se remite al Juzgado resulta en no pocas ocasiones, en gran medida elaborado por la propia Administración, conteniendo los informes de funcionarios especializados adscritos a la misma.

Es por ello que consideramos imprescindible la inclusión expresa en el articulado que comentamos del derecho de acceso inmediato al expediente administrativo de declaración de desamparo una vez conocida su incoación y en cualquier estado del procedimiento, tanto de los representantes del menor como del mismo, si contase con una edad superior a doce años. No debemos obviar las especiales dificultades socioeconómicas que presentan con asiduidad las familias afectadas por las declaraciones de desamparo de los menores, las cuales carecen en innumerables ocasiones de los medios necesarios para poder realizar, por ejemplo, informes psicológicos de parte. De ahí deriva que el fundamento de sus pretensiones se base generalmente en las manifestaciones de las personas más cercanas a la familia. Esta parquedad probatoria contrasta con los informes especializados con

36 Además, se consigna un plazo para la oposición de dos meses desde su notificación, el cual unido a los tres meses durante los que se ha de resolver necesariamente, computan un lapso máximo de cinco meses en los que podría, en hipótesis, estas el menor separado de su familia, siempre que la resolución final fuese favorable a la postura de los opositores. Ello además supone que, de tratarse de un menor de tres años deberá ser revisada la medida adoptada, si es de carácter no permanente, dentro de los primeros tres meses desde su establecimiento, con arreglo a lo dispuesto en el nuevo art. 12.7 de la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.

37 El art. 780.6 de la LEC, posibilita la acumulación de procedimientos ante el Juzgado que conozca del más antiguo, pudiéndose decretar incuso de oficio y pudiéndose incluso no suspenderse la vista señalada si fuese posible tramitar todos los procedimientos dentro del señalamiento fijado, según la nueva redacción establecida por la Ley Orgánica que nos ocupa.

los que cuenta la Administración y que son aportados con posterioridad ante el órgano jurisdiccional. Asimismo, los representantes de los menores se encuentran en la necesidad de solicitar la asistencia de Letrados del turno de oficio, con las habituales dilaciones que conlleva este tipo de nombramiento y la consiguiente ampliación de los tiempos de separación del menor respecto de su familia.

Igualmente, mostramos nuestro profundo desacuerdo con el escaso plazo de cinco días concedido a los representantes del menor para la interposición de la demanda, dada la complejidad del estudio del expediente administrativo remitido al Juzgado y las dificultades prácticas para la obtención del material probatorio necesario que habrá de aportarse para avalar la postura de dichos opositores. Recordemos, por ejemplo, sobre esta particular, que la Administración ostenta un plazo de diez días para la remitir el testimonio completo del expediente al Juzgado.

Íntimamente relacionada con estas cuestiones, resulta también especialmente relevante desde la perspectiva iuscivilista, la problemática de la determinación del daño moral en los supuestos de separación del menor indebidamente decretadas por la Administración como consecuencia de una situación de desamparo indebidamente declarado. Sobre esta cuestión, cuyo análisis pormenorizado desbordaría el objetivo del presente trabajo, debemos apuntar que la doctrina destaca la ausencia en nuestra jurisprudencia de criterios de valoración económica aplicables para la determinación de dicha compensación, así como la tendencia al establecimiento de la misma a tanto alzado[38].

Para concluir con la presente reflexión sobre las extensas prerrogativas concedidas a los servicios de protección de menores, subrayaremos que el peso específico que se concede a los mismos alcanza su máxima expresión a través de la atribución de la condición de agentes de autoridad a determinados funcionarios adscritos a los mismos. La Ley Orgánica que nos ocupa justifica explícitamente esta postura sobre la base de posibilitar la eficacia de sus funciones, dado que los menores pueden verse expuestos no sólo a violencia, sino también a situaciones de alta conflictividad, como las relacionadas con la retirada del menor de su núcleo familiar a consecuencia de una situación de desamparo, tal y como se consigna en el propio Preámbulo de la Ley Orgánica que nos ocupa.

El reconocimiento expreso de estos funcionarios como agentes de la autoridad comporta unas consecuencias jurídicas de enorme calado. En primer término, les posibilita recabar auxilio de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para el cumplimiento de sus funciones tal y como preceptúa el art. 41 de la Ley Orgánica objeto del presente análisis. De este modo se faculta a los

38 En este sentido Marín García, I./López Rodríguez, D.: "Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso administrativo", *Indret*, p. 31, disponible en https://raco.cat, consultado el 20.10.2021.

agentes de la autoridad referidos para solicitar dentro de su ámbito geográfico, la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de los servicios sanitarios y de cualquier otro servicio público que se estime necesario para su intervención. Esta previsión comporta que, de tratarse de servicios sociales municipales, tal auxilio únicamente podrá ser prestado en dicho espacio sobre el que prestan sus servicios asistenciales. De ser necesario la intervención de estas Fuerzas y Cuerpos en un ámbito competencial distinto habrá de seguirse los preceptivos mecanismos de cooperación entre las distintas Administraciones concernidas.

Este deber de colaboración coordinada y constante de las distintas Administraciones públicas se encuentra expresamente recogido en el art. 3 k) de la Ley Orgánica que nos ocupa, como uno de los fines de esta norma y desarrollado en art. 6.1 de la misma norma, al objeto de lograr una eficaz actuación en materia de prevención, detección precoz, protección y reparación de los menores víctimas de violencia.

Además de esta prerrogativa, dos son las cuestiones que, dado su enorme calado, trataremos con especial detenimiento en este momento expositivo. Por un lado, la obligación de cumplimiento de las órdenes que dicten estos funcionarios y las consecuencias de su desobediencia en sede penal. Y, por otra parte, la posibilidad de aplicación de la denominada presunción de veracidad a los informes que elaboren dichos agentes.

Con carácter previo deviene necesario realizar algunas precisiones en torno al concepto de agente de la autoridad. En esta materia partiremos del art. 41 del texto legal que nos ocupa, dado que el mismo especifica que dicha consideración se concederá a los funcionarios de los servicios sociales en el ejercicio de sus funciones relativas a la protección de niños, niñas y adolescentes. De acuerdo con el contenido de esta disposición, podemos colegir prima facie que no todo funcionario perteneciente a los servicios sociales ostentará tal calificación. A sensu contrario, se excluirá del concepto de agente de la autoridad otras tipologías de funcionarios que desarrollen su actividad en los servicios sociales, pero en ámbitos diversos al de la protección de menores.

La delimitación de la figura del agente de la autoridad requiere el análisis de los rasgos definitorios de la Autoridad. Así, ésta se caracteriza por estar dotada de mando y jurisdicción propia. Entendido el primero de estos atributos como capacidad de imponer lo ordenado en el ámbito público. Por su parte, el segundo se asentaría sobre facultad de ordenar la ejecución de las decisiones emanadas en asuntos de las propias competencias atribuidas a dicha Autoridad. Pudiéndose

colegir que el agente de autoridad ejecuta aquello que prescribe la Autoridad, al actuar como su representante o mandatario[39].

A mayor abundamiento, debemos señalar que, en relación con los funcionarios de los servicios sociales que ejerciten funciones de protección de menores, éstos deberán ejecutar órdenes dimanadas de la Autoridad para ser considerados agentes de la autoridad[40]. Por consiguiente, podemos deducir que los funcionarios adscritos a los servicios sociales de protección de menores que realicen funciones meramente administrativas, tales como la llevanza de libros y registros, contabilidad, etc., no podrán ser reputados, en modo alguno, como agentes de la autoridad, dado que no realizan funciones ejecutivas.

A continuación, y por lo que respecta a la obligación de acatar los mandatos emanados de estos funcionarios de los servicios sociales, debemos señalar que de su incumplimiento se deriva directamente la tipicidad de una serie de figuras delictivas que pretenden proteger, según un sector de la doctrina, el bien jurídico consistente en la paz de las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana[41].

En este orden de cosas y en relación también con el concepto de agente de la autoridad establecido en sede penal, debemos hacer mención a la especial protección que de los mismos efectúa dicho corpus normativo al considerarlos sujetos pasivos de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, regulados en los arts. 550.1, 554.2, 556 y 557 bis. A estos efectos, debemos indicar que estos tipos no agotan el amparo dispensado a estos agentes. Valga como ejemplo de lo que comentamos el art. 215 relativo a la persecución de oficio de los delitos de calumnia e injuria, cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.

Como se puede apreciar otro fundamento de esta tipificación residiría en la especial tutela que el texto punitivo brinda a los sujetos que desempeñan funciones públicas de carácter ejecutivo, frente a las agresiones que puedan sufrir con ocasión del ejercicio de sus tareas. Ahora bien, el hecho de que penalmente se postule por un sector de la doctrina ampliar, en ocasiones, el círculo de sujetos pasivos del delito incluso a determinados particulares que colaboran con la Administración, considerándolos agentes de la autoridad, obedece al carácter autónomo del

39 Sobre esta cuestión véase Muñoz García, S.D./Medina Pérez, P.: *La figura del agente de autoridad y su relación con la policía judicial*, *J.M Bosch Editor*, Barcelona, 2020, pp. 24-29 y 36.

40 Este razonamiento en el ámbito que nos ocupa, parte de las premisas apuntadas por Carrasco Andrino, M./Álvarez García, F.J.: "Los sujetos pasivos de la acción en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia y el art. 24 del Código Penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018, p. 18.

41 Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 805.

Derecho penal, que, conforme a sus fines, puede considerar pertinente dicha extensión[42].

Para concluir el análisis que nos ocupa en este apartado, deviene necesario analizar la problemática que suscita la denominada presunción de veracidad de las actas, informes y denuncias que pudieran ser emitidos por los funcionarios de los servicios sociales dotados del carácter de agentes de la autoridad. Para tratar de dilucidar esta cuestión, debemos examinar en primer lugar el valor probatorio de los documentos públicos. Así, están dedicados a esta materia los arts. 317 a 323 de la LEC (y también los arts. 1216 a 1224 del CC de forma más escueta y en referencia a los documentos notariales y a los expedidos por funcionarios públicos). Concretamente el art. 317 de la LEC, números 5º y 6º, regula los documentos públicos administrativos expedidos por funcionarios públicos que estén dotados de la capacidad para dar fe, por lo que se refiere al ejercicio de sus funciones, y también a archivos y registros. El efecto probatorio de estos documentos públicos es el de erigirse en prueba plena en relación con del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella, con arreglo a lo dispuesto en el art. 319.1 de la LEC. No obstante, esta fuerza probatoria reconocida por esta disposición se refiere únicamente a lo percibido por el fedatario público y no a la verdad intrínseca del documento. De esta manera, la contraparte puede desvirtuar a través de otros medios de prueba el valor probatorio de las manifestaciones de las partes contenidas en el documento público, dado que no se configura en este caso una presunción iuries et de iure[43].

Asimismo, el art. 319.2 de la LEC hace referencia a los documentos administrativos no comprendidos en los números 5.º y 6.º del artículo 317. En estos supuestos, los documentos a los que las leyes otorguen el carácter de públicos, tendrán la fuerza probatoria que establezcan las leyes que les reconozca tal carácter. En defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado. Así las cosas, queda establecida la presunción de veracidad de estos documentos administrativos en defecto de ley que determine su fuerza probatoria.

42 Así, Mapelli Caffarena, B., quien apuesta por un concepto amplio de agente de agente de la autoridad, al conceptuarlo como aquella persona que participa de la función pública con independencia de sus cualidades personales, circunstancias que le motivan a actuar o el contenido del servicio que presta, "El agente de la autoridad en el Código Penal", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 126, III, Época II, diciembre 2018, p. 50. No obstante, otros autores mantienen la idea de reconducir al concepto de funcionario al agente de la autoridad, tal y como postulan Carrasco Andrino, M.M/ Álvarez, J.: "Los sujetos", cit., pp. 20 y 21.

43 En este sentido *vid.* Gimeno Sendra, V.: *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Parte General*, *Castillo de Luna Ediciones Jurídicas*, Madrid, 2015, p. 576.

Por consiguiente, los documentos emitidos por funcionarios de los servicios sociales con funciones en el ámbito de los menores y provistos de facultades ejecutivas, no entrarían en los supuestos de documentos públicos con prueba plena del art. 317 de la LEC, salvo que dichos sujetos ostentasen capacidad para dar fe, competencia de la que carecen los agentes de la autoridad objeto de estudio.

En este ámbito, la doctrina señala la existencia de otros documentos públicos administrativos dotados de presunción de veracidad emanados, por ejemplo, de los Inspectores de Trabajo o agentes de policía, los cuales cabrían ser subsumidos en el art. 319.2 de la LEC. Cabría cuestionarse si en estos supuestos podrían encuadrarse los informes y actas expedidos por los funcionarios de los servicios sociales considerados como agentes de la autoridad, que además realicen funciones ejecutivas en el ámbito de los menores. Por lo que respecta a estas hipótesis, debemos subrayar que ha de existir una habilitación legal que determine su fuerza probatoria o en su defecto deberá aplicarse con carácter subsidiario la LEC, la cual establece su presunción de veracidad con carácter iuris tantum[44]. La referida habilitación legal específica sobre el valor probatorio de la documental expedida por este tipo de agentes de la autoridad no queda establecida en la Ley Orgánica objeto de estudio, ni en la Ley 39/2015 por lo que resultaría de aplicación la LEC, la cual conferiría la presunción de veracidad a estos documentos con carácter *iuris tantum*.

Finalmente, debemos señalar que desde nuestra consideración y de acuerdo con las premisas expuestas, los informes elaborados por parte de los técnicos de la Administración que careciesen de la condición de funcionario público, no ostentarían el valor de prueba plena, ni gozarían a su favor de la consabida presunción de veracidad.

44 Gimeno Sendra, V.: "Derecho Procesal", cit., p. 577.

BIBLIOGRAFÍA

Avilés Martínez, J.M.: "Análisis psicosocial del ciberbullying. Claves para una educación moral", *Papeles del Psicólogo*, vol. 34, núm. 1, 2013, pp. 65 y ss.

Benavente Moreda, P.: "Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego", *AFDUAM*, núm. 15, 2011, pp. 15 y ss., disponible en http://afduam.es, consultado el 20.10.2021.

Carrasco Andrino, M.M/ Álvarez, F.J.: "Los sujetos pasivos de la acción en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia y el artículo 24 del CP", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20, 2018, pp. 1 y ss.

Collell, J. y Escudé, C.: *Una aproximación al fenómeno del acoso escolar*, (coord. por R. Bisquerra), Desclée, Barcelona, 2014.

Gimeno Sendra, V.: *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Parte General*, *Castillo de Luna Ediciones Jurídicas*, Madrid, 2015.

Mapelli Caffarena, B.: "El agente de la autoridad en el Código Penal", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 126, III, Época II, diciembre 2018, pp. 5 y ss.

Marín García, I./López Rodríguez, D.: "Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso administrativo", *Indret*, pp. 1 y ss., disponible en https://raco.cat, consultado el 20.10.2021.

Moral Blasco, C.: *Más me duele a mí*, Save the Children, 2018, disponible en https://www.savethechildren.es, consultado el 26.4.2021.

Moreno Martínez, J.A.: "Acoso escolar: examen del fenómeno y su amparo legal. Especial consideración a la reparación del daño", *La responsabilidad civil y su prueba*, Sepin, Editorial Jurídica, Madrid, 2007, p. 533 y ss.

Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Muñoz García, S.D./Medina Pérez, P.: *La figura del agente de autoridad y su relación con la policía judicial*, J.M Bosch Editor, Barcelona, 2020.

Noriega Rodríguez, L.: "Riesgo, desamparo y guarda", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 71, núm. 1, 2018, pp. 111 y ss.

Sosa Troya, M., disponible en https://elpais.com, consultado el 16.4.2021.

FUNCIONES IMPLÍCITAS Y EXPLÍCITAS DEL PRINCIPIO DEL RESGUARDO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO, CON UNA ESPECIAL REFERENCIA A LA RELACIÓN DE CONSUMO

IMPLICIT AND EXPLICIT FUNCTIONS OF THE PRINCIPLE OF PROTECTION THE INTEREST OF CHILDREN AND ADOLESCENTS, IN THE CHILEAN LEGAL SYSTEM, WITH SPECIAL REFERENCE TO THE CONSUMER PROTECTION LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1264-1283

Erika ISLER SOTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: El presente trabajo aborda las funciones que el principio del interés de los niños, niñas y adolescentes cumple en el sistema chileno de protección del consumidor. Se le reconoce en primer lugar su carácter de principio general del derecho, y como tal se le atribuye una aptitud polifuncional, por la cual cumple diversos roles en el sistema de fuentes del Derecho de Consumo. Se enuncia así su función interpretativa, que exige que toda exégesis normativa debe encaminarse hacia el resguardo del interés de los niños y adolescentes. De la misma manera sirve de mecanismo de integración normativa y de resolución de antinomias jurídicas. En tal contexto permite establecer estándares de cumplimiento de los deberes, a través de la delimitación de la prestación social esperable. Finalmente tiene un carácter político, por el cual inspira la disciplina conductual.

PALABRAS CLAVE: Niñez; consumidor; principios generales del Derecho; consumidor vulnerable.

ABSTRACT: *The paper refers to the functions that the principle of the interest of children and adolescents fulfills in the Chilean Consumer Protection System. At first, its character as a General Principle of Law is recognized, and it is attributed a polyfunctional aptitude, for which is fulfills different roles in the Consumer Law. Its interpretive function is thus stated, which requires that all normative exegesis must be directed towards safeguarding the interest of children and adolescents. In the same way, it serves as a mechanism integration and resolution of legal contradictions. In such context, it allows establishing standards of duties, through the delimitation of the expected social Benefit. Finally it has a political character, by which it inspires behavioral discipline.*

KEY WORDS: *Childhood; consumer; General Principles of Law; vulnerable consumer.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA POLIFUNCIONALIDAD DEL "INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES".- III. ANÁLISIS PARTICULAR DE LAS FUNCIONES.- 1. La función interpretativa.- 2. La función integradora del interés superior de los NNA.- 3. Fundamentación de estándares jurídicos de licitud y cumplimiento.- A) La prestación esperable.- B) La categoría de consumidor vulnerable.- 4. Resolución de antinomias.- 5. La función política.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La reorientación del Derecho -también el Privado Patrimonial- hacia la persona, dio lugar a importantes consecuencias jurídicas, entre ellas la aparición y desarrollo de principios programáticos destinados a resguardar de manera especial los derechos e intereses de los individuos en sus diversas condiciones. A partir de entonces se ha venido proponiendo la configuración, por ejemplo, del principio de protección del dañado (pro damnato), del consumidor, y en fin del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

En Chile, la reciente Ley 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia (D.O. 15 de marzo de 2022), introduce importantes novedades en el ordenamiento jurídico nacional, con la finalidad de ajustar el sistema interno a los compromisos internacionales. Dos de ellas precisamente se vinculan con el fenómeno enunciado, a saber, la consagración de la tutela del interés superior de los niños, niñas y adolescentes como un principio general del derecho -antes sólo se reconocía a propósito de materias específicas[1]- y la explicitación del rol que cumplen estos colectivos como verdaderos consumidores.

Tal contexto -reconocimiento amplio y alusión al consumo- permiten defender la vigencia inmediata de esta directriz programática hacia la relación de consumo, derivándose de ello importantes consecuencias jurídicas. En efecto, constituyendo los principios generales, verdaderas normas jurídicas[2], se le atribuyen naturalmente funciones también jurídicas en el sistema de fuentes del derecho.

El propósito por lo tanto del presente trabajo radica en analizar cuáles son las dimensiones implícitas o explícitas que el "interés superior de los NNA" cumple en el sistema chileno de consumo. Para tales efectos, el texto se divide en dos

1 Art. 16 Ley 19.968; arts. 3 y 85 Ley 19.947; art. 3 Convención sobre los Derechos del Niño.

2 Alexy, R.: "Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa,* 1998, núm. 5, pp. 139-151, p. 140; Alexy, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 83; Atienza, M.; Ruiz Manero, J.: "Sobre principios y reglas", *Doxa*, 1991, núm. 10, pp. 101-120, p. 107.

• Erika Isler Soto
Profesora investigadora Instituto de Investigación en Derecho, Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: erika.isler@uautonoma.cl

partes: la enunciación de la polifuncionalidad de la directriz y la revisión de las funciones concretas que está llamada a satisfacer.

II. LA POLIFUNCIONALIDAD DEL "INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES".

Desde las Ciencias del Derecho se suele atribuir a los principios diversas aptitudes, entre las cuales se encuentran las de servir de elemento de interpretación, de integración, resolución de conflictos de textos con relevancia jurídica, política, resolución de casos difíciles, etc.

Por tal razón, la labor del jurista en cada parcela radica, no sólo en proponer el programa que informa un determinado ámbito -en este caso el Derecho de Consumo-, sino que además dilucidar cuáles de sus funciones se entenderán vigentes, con un carácter explícito o bien implícito. Las primeras cuentan con un reconocimiento efectivo y expreso en una fuente de producción jurídica (la norma)[3], en tanto que las segundas, sin haber sido tipificadas positivamente, se entienden regir a partir de disposiciones explícitas del ordenamiento jurídico, del orden natural (si se reconoce su existencia)[4] o bien de la racionalidad sistémica del estatuto de que se trate[5], esta última en Chile cobijada en la codificación común bajo las nociones de "intención o espíritu" (art. 20 CCCH) [6], "genuino sentido" (art. 23 CCCH[7]) y "espíritu general de la legislación" (art. 24 CCCH[8]).

En este contexto, el principio del resguardo del interés superior de los NNA goza también de una polifuncionalidad, en el sentido de que se le reconocen diversas aptitudes en el ordenamiento jurídico, y en concreto en el sistema de protección de los derechos de los consumidores. Incluso la misma Ley 21.430, no sólo lo instituye como principio programático, sino que además como "derecho" y "norma de procedimiento" (art. 7 inc. 1).

3 Ruiz Ruiz, R.: "La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho", *Derecho y Realidad,* 2012, núm. 20, pp. 143-166, p. 148.

4 Ruiz Ruiz, R.: "La distinción", cit., p. 148.

5 Para Aarnio, la racionalidad sistémica o institucional de un ordenamiento, consiste en aquella lógica que se encuentra implicada en el mismo, Aarnio, A.: Lo *racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 241.

6 Art. 20 CCCH: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; (…)". Según Guzmán Brito, "intención" y "espíritu" no serían sinónimos: la primera aludiría a la voluntad del legislador y la segunda a la razón suficiente de la disposición, Guzmán Brito, A.: *Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre interpretación de las leyes*, Lexis Nexis, Santiago, 2007, pp. 93-95.

7 Art. 23 CCCH: "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes".

8 Art. 24 CCCH: "En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes obscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

III. ANÁLISIS PARTICULAR DE LAS FUNCIONES.

Reconociéndose la polifuncionalidad jurídica del resguardo de los NNA, corresponde a continuación analizar cada una de las aptitudes que puede cumplir, sea con un carácter de implícito o bien explícito.

1. La función interpretativa.

Una primera función que cumple el interés superior de los NNA, es la de servir de elemento de interpretación[9], esto es, la operación por la cual se busca determinar el "verdadero sentido y alcance"[10] de un texto con relevancia jurídica. Así explica Squella Narducci: "La interpretación de la ley es la operación que consiste en establecer algún significado de las normas jurídicas que forman el derecho legislado o, si se prefiere, la operación destinada a establecer el o los significados posibles que tienen los enunciados lingüísticos de que se ha valido el autor de las leyes para establecer y comunicar su mensaje normativo"[11].

Cabe señalar que el recurso al interés superior de los NNA como criterio válido de fijación de un sentido normativo, implica que la lectura de una disposición debe realizarse tomando en consideración no sólo los derechos, sino que también los intereses del sujeto tutelado -en este caso los NNA-, de tal manera que se amplía la protección y la propia subjetividad. Ahora bien, si el menor además es consumidor, una exégesis normativa en su favor tiene un doble sustento: al principio de protección especial de los NNA, se agrega el pro consumatore interpretativo (en Chile art. 2 ter LPDCCH[12]). En ese sentido este último refuerza la directriz en comento, pero el mismo efecto se produce también viceversa: el resguardo del interés de los NNA fundamenta igualmente el pro consumidor.

Con todo, al igual que ocurre con otros principios de favor -pro consumidor, pro operario, pro medio ambiente, etc.- las reglas de los NNA, implican un abandono de la neutralidad estatal[13], en el sentido de que las prescripciones normativas pasan deliberadamente a beneficiar a un individuo, que por razones justificadas

9 Ravetllat Ballesté, I.; Pinochet Olave, R.: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno", *Revista Chilena de Derecho,* 2015, Vol. 42 núm. 3, pp. 903-934, p. 905.

10 Ducci Claro, C.: *Derecho Civil. Parte General.*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 82.

11 Squella Narducci, A.: *Introducción al Derecho*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 506.

12 Art. 2 ter LPDCCH: "Las normas contenidas en esta ley se interpretarán siempre en favor de los consumidores, de acuerdo con el principio pro consumidor, y, de manera complementaria, según las reglas contenidas en el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil".

13 La neutralidad del siglo XIX, dio lugar a un literalismo interpretativo, que, en opinión de Zimmermann, contrastaba con el enfoque abierto y flexible que había prevalecido hasta el siglo anterior, por el cual se había recurrido a elementos de interpretación cercanos a la equidad y la utilidad pública, Zimmermann, R.: *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 214.

lo hacen merecedor de una mayor preocupación, en este caso, la vulnerabilidad y especiales características del colectivo infantojuvenil.

Asimismo, la interpretación pro NNA, procede en todo caso, esto es tanto, si el sentido de la norma es claro (in claris), como si fuere dudoso o ambiguo (in dubio). En Chile, la citada Ley 21.430 (D.O. 15 de marzo de 2022), reconoce ambas dimensiones, otorgándole a la función interpretativa de la directriz, un carácter de explícito.

De esta manera, se prescribe en primer lugar, que, en virtud del principio del interés superior del niño, niña y adolescente, "ante distintas interpretaciones, siempre se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva" su interés superior (art. 7 inc. 3) (in dubio).

La eficacia más amplia de la regla de favor (in dubio e in claris, esto es, semper) se reconoce en tanto, en su art. 3 inc. 1: "En la interpretación de las leyes y normas reglamentarias referidas a la garantía, restablecimiento, promoción, prevención, participación o protección de los derechos del niño, niña o adolescente, se deberá atender especialmente a los derechos y principios contenidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en esta ley" (art. 3 inc. 1). Con posterioridad, agrega que "Dicha interpretación deberá fundarse primordialmente en el principio de la aplicación más favorable a la vigencia efectiva del derecho conforme al interés superior del niño, niña o adolescente, y se aplicará de forma prevaleciente y sistemática" (art. 3 inc. 2 Ley 21.430).

Refuerza lo anterior, el mandato que se confiere a los órganos de la Administración del Estado, en orden a velar por la protección y defensa de los derechos e intereses de los NNA cuando actúen como consumidores, en la interpretación y aplicación de la normativa aplicable, lo cual incluye desde luego a la propia Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPDCCH) y a toda su reglamentación sectorial (art. 53 inc. 1 Ley 21.430)[14].

Ahora bien, aunque la disposición señalada, en principio tendría como destinatario al poder ejecutivo -alude a la "Administración del Estado"-, su proyección puede ser aún más amplia.

14 Art. 53 inc. 1 Ley 21.430: "Protección y defensa como consumidores y usuarios. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que los órganos de la Administración del Estado, en el ámbito de sus competencias, velen por la protección y defensa de sus derechos e intereses como consumidores de bienes y usuarios de servicios, públicos y privados, tomando en consideración sus necesidades y características particulares en la interpretación y aplicación de la normativa aplicable".

En efecto, si bien la exégesis que pueda realizar la Institucionalidad (Sernac) acerca de la correcta lectura y aplicación de la "normativa de protección de los derechos de los consumidores (art. 58 inc. 2 letra b LPDCCH), -desde luego alcanza a la que se refiere a los NNA-, será obligatoria formalmente únicamente para los funcionarios de dicho servicio (art. 58 inc. 2 letra b LPDCCH segunda parte), lo cierto es que materialmente presenta una incidencia mayor, en el sentido de que hacia afuera constituye Soft Law, con las consecuencias jurídicas que de ello se derivan, entre otras, servir de parámetro de buenas prácticas, orientar la responsabilidad social empresarial y además ofrecer una interpretación aceptable de las normas vigentes que puede ser finalmente acogida por la judicatura.

Por otra parte, el mismo art. 53 de la Ley 21.430 informará la actividad del Sernac, al momento de ejercer sus diversas facultades y deberes genéricos, esto es, de velar por el cumplimiento de la LPDCCH y su normativa complementaria (art. 58 inc. 1), difundir los derechos y deberes de los sujetos tutelados, informar y educar al público consumidor, además de las específicas, entre las cuales se encuentran las judiciales (art. 58 inc. 2 letra g y art. 51 LPDCCH).

Con todo, cabe realizar dos prevenciones. La primera dice relación con que el reconocimiento de principios favoriticios exegéticos, corresponde a una manifestación del orden público de protección, por lo que contienen un mandato y no un mero consejo hacia el intérprete. Su aplicación es por lo tanto imperativa.

En segundo término, se debe tener presente que una interpretación que favorezca a los NNA no sólo resulta aplicable a las normas jurídicas heterónomas y estatales, sino que también a otros textos convencionales o unilaterales, como podrían ser, por ejemplo, una declaración pública, la publicidad o un contrato, de acuerdo a la formación de un nuevo estándar de licitud, fundamentado en la vulnerabilidad de una de las partes. Al respecto resulta relevante recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño (Diario Oficial 27 de septiembre de 1990), expresa que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3.1). En efecto, tal como lo han señalado Ravetllat Ballesté y Pinochet Olave, el destinatario y sujeto pasivo de dicha norma es amplio, por lo que alcanza a públicos y privados[15], esto es, también el proveedor. Se volverá sobre esto más adelante.

15 Ravetllat Ballesté, I.; Pinochet Olave, R.: "El interés", cit., p. 912.

2. La función integradora del interés superior de los NNA.

El principio del interés superior de los NNA, puede cumplir también una función de integración[16], por la cual se persiga suplir un vacío normativo.

En esta ocasión, la aptitud jurídica de la directriz consiste en la fundamentación de reglas atípicas, las cuales se entienden igualmente vigentes en el ordenamiento jurídico, precisamente en razón de una fuente normativa de carácter programático, en este caso, el interés superior de los NNA.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la sanción de los soportes publicitarios que hipersexualicen a los menores o que los induzcan a la comisión de hechos ilícitos. Si bien la LPDCCH en extensión privilegia la tutela patrimonial del consumidor relativa a la publicidad, es posible derivar de sus reglas generales, así como de los propios principios pro NNA y pro consumidor, el resguardo extrapatrimonial, en sus dimensiones física y sicológica.

Con todo, la función integradora del principio puede dar lugar no sólo a deberes atípicos, sino que también al establecimiento de estándares de cumplimiento de imperativos efectivamente explicitados por el ordenamiento jurídico, tal como se verá a continuación.

3. Fundamentación de estándares jurídicos de licitud y cumplimiento.

Una tercera función que cumple el principio del interés superior de los NNA, es servir de estándar de cumplimiento de los deberes legales y convencionales que se derivan para el proveedor en su relación de consumo con un menor. El fundamento de lo anterior radica en que la satisfacción suficiente de los imperativos que el pacto o el Estado ponen de cargo de los proveedores, exige que se tomen en consideración ciertas cualidades del acreedor, como es el caso de los menores.

De esta manera los principios, entre ellos, el del interés superior de los NNA incidirá en la fijación concreta del criterio de licitud o ilicitud de una conducta, al menos a través de dos vías: fijar propiamente el estándar cuando no exista; o bien, si el pacto, la ley o la costumbre lo determinó en virtud de conceptos jurídicos indeterminados (seguridad esperable, legítimas expectativas, profesionalidad, etc.), llenar a estos últimos de contenido.

A) La prestación esperable.

Como se indicó, el principio del interés superior de los NNA puede -y debe- servir de criterio que alumbre al intérprete u operador jurídico en orden

16 Ravetllat Ballesté, I.; Pinochet Olave, R.: "El interés", cit., p. 905.

a establecer si en concreto o en abstracto, una conducta se ajusta o no al ordenamiento vigente, cuando en la relación de consumo intervenga un menor. Lo anterior encontrará como fundamento, en primer lugar, la procedencia de la categoría de consumidor vulnerable, a la cual adscribe el menor, de acuerdo a lo que se señalará más adelante. En Chile además, se desprendería del ya enunciado mandato que realiza la Ley 21.430 a los órganos de la Administración del Estado en orden a velar por la protección y defensa de los derechos e intereses de los NNA como consumidores, en la interpretación y aplicación de la normativa aplicable, tomando en consideración las especiales necesidades y características de dichos colectivos (art. 53 inc. 1).

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la determinación de qué se entiende por seguridad esperable de un producto o servicio[17], lo cual repercutirá desde luego en la calificación de si la prestación es segura -no se deriva responsabilidad- o bien insegura -se deriva responsabilidad-. La enunciada "seguridad esperable" entonces corresponde a un concepto válvula, cuyo contenido ha de ser fijado por el intérprete. En tal operación debe tomarse en consideración el individuo que efectivamente "utilice" o "disfrute" (en la terminología del art. 1 LPDC) la prestación, con independencia de si lo ha comprado o no previamente, esto es, para estos efectos, es relevante el consumidor material[18].

Por tal razón, en la fabricación y comercialización de productos dirigidos a menores, el estándar de licitud se determinará conforme a sus especiales características[19]. Así no sólo se encontrará tutelado el uso razonable del bien, sino que también el razonablemente previsible.

En Chile, lo anterior se encuentra reconocido, aunque precariamente, en el Reglamento sobre Seguridad de Juguetes (Decreto 114/MinSal/2005) cuyo art. 1 exige que los juguetes no deben comprometer "la seguridad o la salud de los usuarios, cuando se utilicen para su destino normal y previsto, considerando el comportamiento habitual de los niños" (art. 1). No obstante la buena intención de la norma, ella es insuficiente si se considera que explicita un baremo aplicable únicamente a los juguetes y en una disposición de rango administrativo. En los demás casos, por lo tanto habrá de desprenderlo de directrices implícitas, como lo es, el interés superior del menor, el principio pro consumidor y las reglas sobre seguridad en el consumo (art. 3 letra d LPDCCH, arts. 45 y siguientes LPDCCH).

17 Acerca del deber de seguridad: Barrientos Zamorano, M.: "La obligación de seguridad en la subcontratación laboral: previsibilidad del hecho y del daño", *Revista Chilena de Derecho,* 2012, Vol. 39 núm. 1, pp. 77- 111.

18 Acerca de la delimitación del consumidor material y jurídico: Barrientos Camus, F.: "Comentario de jurisprudencia. Derecho del Consumo", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2011, núm. 17, pp. 265-275.

19 Barocelli, S. S.: "Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables", en AA.VV.: *Consumidores Hipervulnerables* (coord. por S. Barocelli), El Derecho, Buenos Aires, 2018, pp. 9-32, p. 29.

En tal operación desde luego cobrará relevancia la información que el proveedor pueda otorgar a los usuarios -los cuidadores o el propio menor según su edad-, pero la diligencia exigible no se agotará en ello. En efecto, dependiendo de las circunstancias, la seguridad socialmente esperable, no se obtendrá probablemente sólo mediante el cumplimiento de deberes de información o de advertencia -por ejemplo "no usar en tal sentido"-, sino que además habrá de intervenirse el propio diseño. Incluso es posible que una prohibición inicial, pueda llegar a incentivar a un menor a realizar la conducta que se desea evitar.

Así cabe recordar que un producto adolecerá de un defecto de diseño, si su propia arquitectura–"creación intelectual"[20]- conduce a una amenaza o lesión a la integridad. Según Hidalgo y Olaya, se trata de anomalías "inherentes a la concepción del producto como entidad funcional adecuada a un uso determinado"[21].

En tal contexto, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) estimó que ciertos modelos de humidificadores Crane, comercializados entre los años 2017-2018, podían configurar "un riesgo (…) específicamente para los menores de edad, por contener una presentación de su envolvente decorada como juguete con figuras representativas de animales o modelos a escala, que utiliza agua o espuma y que se enchufa a la red eléctrica; situación que induce necesariamente a un uso anormal de un producto intrínsecamente riesgoso, constituyendo tal uso anormal un peligro concreto e inminente al manipularse por personas sin las cualificaciones y experiencia apropiada para usar un producto eléctrico" [22]. Por tal razón, el Sernac elevó una alerta sanitaria, con el objeto de realizar un llamamiento de retiro de dichos productos del mercado. Una de las aristas relevantes de este caso radica en que, si bien el consumidor jurídico e incluso quien se espera utilice el bien sea una persona mayor, lo cierto es que su apariencia -colores, figuras, disposición - podría incentivar a un menor también a intervenir directamente con él, riesgo que se acrecienta si se piensa en la familiaridad con la cual se lo expone. Por tal razón, el estándar de seguridad debe elevarse, y ajustarse al comportamiento esperable de los infantes.

Ahora bien, la anomalía puede también afectar la integridad sicológica del consumidor. En este punto, cabe recordar el retiro que realizó Hasbro de partidas iniciales de la muñeca Troll Poppy, luego de que algunos consumidores elevaran una alerta pública mediante redes sociales, relativa a que su diseño podía conllevar un riesgo para la indemnidad sexual de las menores que la utilizaren o se vieran

20 Zentner, D. H.: "La responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho Argentino", en AA.VV.: *Escritos de Derecho Privado Contemporáneo. Contratos, Responsabilidad y Mercado en el Siglo XXI* (coord. por J.C. Villalba Cuéllar; A. Alarcón Peña), Ibáñez, Bogotá, 2017, pp. 299-323, p. 301.

21 Hidalgo Moya, J. R.; Olaya Adán, M.: *Derecho del Producto Industrial: calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 339.

22 https://www.sernac.cl/portal/619/w3-article-13245.html, revisado el 15 de octubre de 2022.

expuestas a ella. El peligro concreto que se reclamaba, radicaba en que el diseño del juguete contemplaba la ubicación de un botón entre las piernas y debajo de su vestimenta, el cual al ser presionado, generaba sonidos que podían ser percibidos como risas. La disconformidad social no aludía a la presencia del mencionado botón, sino a que su locación seguida de la consecuencia de su presión, podía llevar a las niñas usuarias a no advertir la impertinencia de que otro individuo pudiese acceder a su propia corporalidad y por esa vía, no llegar a reconocer o rechazar situaciones de abuso.

La empresa, aunque señaló que el mecanismo estaba pensado para funcionar cuando la muñeca se encontrare sentada, reconoció que podía ser concebido como inapropiado, por lo que procedió a su sustracción del mercado[23].

Lo propio puede pregonarse respecto de las expectativas que el consumidor se forme acerca de la funcionalidad de una prestación. En efecto, tal como lo ha enunciado la dogmática, el ordenamiento jurídico tutela toda aquella "confianza legítima"[24] o "expectativa razonable" que el destinatario final de un soporte publicitario se forme en virtud de la información o reticencia precontractual a la cual fue expuesto. En este contexto, el examen de licitud de un mensaje publicitario deberá realizarse, tomando en consideración, entre otros elementos, la probable representación de la realidad que se configure en su receptor, esto es, el menor. Así, por ejemplo, una publicidad que prometa que un "vehículo vuele", será ponderada de manera diversa según si el producto va dirigido a un adulto o a un menor. En el primer caso, probablemente la aptitud de "volar" se tomará como alusivo a "velocidad" en tanto que en el segundo, se lo asociará a una literalidad funcional.

En este contexto, la propia Ley 21.430 que instituye un principio general de protección del interés superior de los NNA, agrega otros principios -también explícitos- que deben ser resguardados en la actividad publicitaria (art. 55), entre otros, el de adaptación a la edad y etapa de desarrollo de la audiencia a la que se dirige el mensaje (N° 1), publicidad veraz y no engañosa (N° 3), publicidad informativa respecto de los riesgos o peligros involucrados para la salud en el consumo o uso de bienes, productos y servicios (N° 4), etc.

23 https://www.providencejournal.com/story/special/special-sections/2020/08/05/hasbro-removes-doll-after-complaints-it-grooms-children-for-abuse/114525232/

24 La obligatoriedad de la oferta y de las declaraciones precontractuales en el Derecho de Consumo descansa sobre la necesidad de resguardar la confianza legítima: Morales Moreno, A. M.: "Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)", *Anuario de Derecho Civil*, 1999, Vol. 52 núm. 1 pp. 265-287, p. 273; Zubero Quintanilla, S.: *Las declaraciones publicitarias en la contratación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 148; Zubero Quintanilla, S.: "La interpretación del valor del contenido de las declaraciones publicitarias en la jurisprudencia española y francesa", *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, 2016, núm. 20, pp. 63-92; López Díaz, P.: "La confianza razonable y su relevancia como criterio fundante de la tutela de ciertas anomalías o disconformidades acaecidas durante el itercontractual: una aproximación desde la doctrina y la jurisprudencia chilenas", *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, 2019, núm. 36, pp. 127-168.

Asimismo, el interés superior de los NNA servirá de estándar que permita determinar, el contenido de otro concepto válvula, cual es el de la profesionalidad exigida a los proveedores[25] (arts. 1 N° 2, 23 LPDCCH), y que a su vez también es polifucional, desde que constituye estándar, regla y deber.

B) La categoría de consumidor vulnerable.

Hernández Díaz-Ambrona señala los consumidores vulnerables[26] son "todos aquellos consumidores afectados por determinadas circunstancias personales, económicas, culturales o sociales, como pueden ser determinadas enfermedades físicas o mentales, la edad, la falta de experiencia comercial, o simplemente situaciones de necesidad, que dificultan el entendimiento que tendría un consumidor medio, disminuyéndolo, por lo que precisan una especial atención"[27]. Para Álvarez Moreno por su parte, "[deben] entenderse incluidos en este concepto, (…) los consumidores afectados por especiales circunstancias personales, económicas, culturales o sociales (como las enfermedades físicas o mentales, edad, falta de experiencia comercial, etc.) que dificultan el entendimiento que tendría un consumidor medio, disminuyéndolo, por lo que precisan una especial atención"[28].

El interés superior de los NNA puede servir también de sustento para la defensa de la vigencia de la categoría de consumidor vulnerable como estándar de delimitación del cumplimiento de los deberes de los proveedores, no sólo en aquellos países en los cuales el ordenamiento así lo ha positivado (explícito), sino que también en aquellos otros en los cuales ha de desprenderse de las reglas generales (implícito), como precisamente es el caso chileno[29].

En efecto, la LPDCCH no se refiere de manera expresa a la categoría en comento, la cual no obstante puede ser desprendida, como ha explicado nuestra Institucionalidad (Sernac), de las reglas generales contenidas en el mismo cuerpo normativo, en la Constitución, así como en los tratados internacionales suscritos

25 Acerca del deber de profesionalidad: Gatica Rodríguez, M. P.; Morales Ortiz, M. E.: "El deber de profesionalidad como elemento determinante del estándar de diligencia en el derecho del consumo: un comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 15 de marzo de 2019 (Rol N° 484-2018)", *Revista De Derecho (Coquimbo. En línea)*, 2022, núm. 29, e4445.

26 Acerca de la especial vulnerabilidad en materia de consumo financiero: Blanco García, A. I.: "Brecha digital y vulnerabilidad del consumidor financiero. El refuerzo de su protección", en AA.VV.: *Los vulnerables ante el proceso civil* (coord. por J.F. Herrero Perezagua; J. López Sánchez), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 133-156. Acerca de la especial vulnerabilidad de las personas mayores: Barcia Lehmann, R.: "Algunas críticas al Derecho Común y especialmente a la regulación de las incapacidades respecto del adulto mayor en el ordenamiento jurídico chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado,* 2014, núm. 23, pp. 57-86.

27 Hernández Díaz-Ambrona, M. D.: "Consumidor y comerciante", en AA.VV.: *Manual de Derecho de Consumo* (coord. por S. Díaz Alabart), Reus, Madrid, 2016, pp. 29-41, p. 39.

28 Álvarez Moreno, M. T.: *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general (normas imperativas y pactos al respecto)*, Reus, Madrid, 2015, p. 31.

29 Acerca del menor como consumidor vulnerable: Mondaca Miranda, A.: "Los niños, niñas y adolescentes como consumidores: hipervulnerabilidad, relevancia en la educación y propugnación de una mayor autonomía", en AA.VV.: *Seguridad y conformidad en el Derecho de Consumo: Reflexiones actuales* (coord. por E. Isler Soto), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 111-142.

por Chile y que se encuentran vigentes (II.A., Resolución Exenta 1038, 31 de diciembre de 2021, Servicio Nacional del Consumidor)[30], como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño (Diario Oficial 27 de septiembre de 1990), cuyo art. 3.1 reconoce el principio general del interés superior del niño.

Con todo, la doble -o incluso triple en ocasiones- vulnerabilidad de un consumidor da lugar a importantes consecuencias jurídicas, entre las cuales se encuentran, también la de servir de estándar de determinación de cumplimiento de un deber jurídico, conformación del parámetro de profesionalidad, fuente de deberes atípicos, etc.

4. Resolución de antinomias.

El interés superior de los NNA como Principio General del Derecho puede cumplir también una función en la sistematización de las fuentes del derecho de consumo, en el sentido de que podrá servir de mecanismo de resolución de una antinomia, cuando dos o más textos con relevancia jurídica, regulando una misma materia, no sean posibles de ser aplicados de manera simultánea sin contradicción.

Así, Huerta Ochoa define al conflicto normativo o antinomia jurídica como "todo problema de satisfacción de normas que derive de la posibilidad de aplicar a un mismo caso una o más normas cuyos significados no sean compatibles"[31]. Bobbio señala que se presentará en aquella "situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen a un mismo ordenamiento, tienen un mismo ámbito de validez"[32].

Esta vez, la aptitud jurígena del principio, se manifiesta en aquella situación en la cual existe más de una posible norma a ser aplicada, las cuales además plantean soluciones disímiles para un mismo supuesto concreto. De esta manera, en caso de contradicción entre dos disposiciones, habrá de preferirse aquella que resguarde de mejor manera los intereses y derechos de los NNA.

Tradicionalmente se había salvado esta situación a partir de la invocación de los criterios generales de temporalidad, jerarquía y especialidad, situación que varió a partir precisamente de la incorporación de ciertos principios en el catálogo anterior, tales como el pro consumidor y el de protección especial de los NNA. Naturalmente el incremento de mecanismos de resolución de conflictos de normas, importa también un aumento de la probabilidad de configuración de las

30 Circular interpretativa sobre noción de consumidor vulnerable (Resolución Exenta 1038, 31 de diciembre de 2021, Servicio Nacional del Consumidor).

31 Huerta Ochoa, C.: "La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* 2003, año XXXVI núm. 108, pp. 927-950, p. 928.

32 Bobbio, N.: *Teoría General del Derecho*, Temis, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1992, p. 189.

antinomias de segundo grado, en concreto en su modalidad en que más de uno de ellos puede aplicarse[33].

5. La función política.

Finalmente los principios cumplen una función política[34], por la cual además sirven de inspiración de legisladores y constituyentes al momento de disciplinar una determinada conducta, en el caso que se comenta, los vínculos jurídicos que se presentan entre un proveedor y un consumidor NNA. Existen múltiples ejemplos de lo anterior, tanto de lege ferenda como de lege data. Por razones de extensión, a continuación se analizará únicamente uno de ellos.

Los deberes incorporados en la LPDC por la Ley 20.756 (Diario Oficial 9 de junio de 2014), referidos a los videojuegos, tienen claramente por objeto resguardar la integridad del consumidor-NNA, lo que queda en evidencia además en que fueron ubicados (art. 49 bis LPDC) en el párrafo denominado "Disposiciones relativas a la seguridad de productos y servicios" (Párrafo 5 del título III de la LPDC).

Un primer imperativo que surge es de información, por el cual se obliga al fabricante y al importador de videojuegos, a incorporar en los envases, soportes o plataformas en que se comercialicen dichos productos, leyendas que señalen claramente el nivel de violencia contenida en el producto (art. 49 bis inc. 1 LPDC). Esta regla persigue precaver daños a la integridad sicológica de los menores, tal como en reiteradas ocasiones se ha prescrito para el resguardo de la corporalidad física[35].

Ahora bien, así planteada la exigencia, es posible realizar al menos dos prevenciones en relación al art. 49 bis LPDC.

La primera dice relación con el reconocimiento de que la disposición instaura un supuesto de información básica comercial (art. 1 N° 3 LPDC) y por lo tanto se deben cumplir las reglas de forma y fondo establecidas por el legislador para su otorgamiento (Arts. 32 y 33 LPDC), sin perjuicio de las especiales exigencias mencionadas en la disposición, esto es, que, en el caso de los envases, la advertencia

33 Bobbio, N.: "Teoría General", cit., p. 200. De acuerdo a Bobbio, las antinomias insolubles o reales son aquellas a las cuales "no se les puede aplicar ninguno de los mecanismos de solución, o bien, se les puede aplicar más de una", Bobbio, N.: "Teoría General", cit., p. 191,

34 Dworkin, R.: *Los Derechos en serio*, Ariel S.A., Barcelona, 1984, p. 77. Ravetllat Ballesté y Pinochet Olave, les atribuyen una función de información, Ravetllat Ballesté, I.; Pinochet Olave, R.: "El interés", cit., p. 905.

35 Por ejemplo, la exigencia de informar si un juguete contiene "partes pequeñas (art. 26 Decreto 114/2005/MinSal, Reglamento de Seguridad de juguetes) o bien la edad del usuario recomendada (art. 25 Reglamento sobre seguridad de los juguetes).

debe ocupar al menos un 25% del espacio de ambas caras del envoltorio del producto respectivo.

En segundo término, y en directa vinculación con lo anterior, es posible atribuir a los videojuegos el carácter de productos peligrosos, esto es, "que, por su misma naturaleza, intrínseca e inmediatamente comportan riesgos para la integridad física y patrimonial de las personas"[36], los cuales pueden ser neutralizados mediante la incorporación de advertencias, tal como lo plantea la LPDCCH.

En este sentido explica Gallardo: "un producto peligroso, (…) es aquel en que el riesgo no sólo se ha identificado, sino que también se ha advertido acerca de su existencia al consumidor (creándole una expectativa de seguridad determinada respecto del mismo)"[37]. De esta manera, la ausencia o insuficiencia del aviso exigido por el legislador al proveedor, hará devenir al bien en defectuoso, por adolecer de un defecto de información, precisamente por la omisión de instrucciones de un uso seguro o bien de la advertencia de la amenaza a la seguridad[38].

Adicionalmente se prohíbe a los proveedores considerados en su sentido más amplio (fabricante, importador, comerciante), vender y arrendar a quienes no hayan cumplido la edad indicada en los mencionados soportes (envases, plataformas, etc.), como de público recomendado (art. 49 bis inc. 2 LPDC). Una negativa a la contratación fundamentada en esta causal, se encontraría entonces justificada y por lo tanto, no constituiría discriminación arbitraria -está permitida y ordenada por el legislador- en los términos del art. 3 letra c) LPDC, ni tampoco alcanzaría a enmarcarse en el ilícito contemplado en el art. 13 LPDC[39], aun cuando la comercialización del videojuego corresponda al giro comercial del proveedor.

Con todo, la concretización de los deberes mencionados en el art. 49 bis se sustenta a su vez sobre categorías de videojuegos contempladas en el art. 11 bis de la Ley 19.846 sobre Calificación de la Producción Cinematográfica (Diario Oficial 4 de enero de 2003). Así el videojuego calificado de "especialmente recomendado para niños y adolescentes" se caracteriza "por contener material educativo y ningún elemento inapropiado para su edad" (N° 1). El "sin contenido objetable" en tanto, "puede ser visto por personas de cualquier edad" (N° 2). El "no recomendado

36 Corral Talciani, H.: "Ley de protección al consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos", en AA.VV.: *Derecho del Consumo y protección al consumidor: Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras. Cuadernos de Extensión* (coord. por H. Corral Talciani), Universidad de los Andes, Santiago, 1999, pp. 163-211, p. 167. En el mismo sentido: Ruiz- Tagle Vial, C.: *Curso de Derecho Económico*, Librotecnia, Santiago, 2010, p. 335.

37 Gallardo, L.: "Sobre la naturaleza jurídica del tabaco desde el paradigma de la responsabilidad civil por productos", *Revista de Derecho UNED,* 2016, núm. 19, pp. 691-713, p. 693.

38 Contreras Chaimovich, L.: "La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y retirada", *Revista Política Criminal*, 2015, Vol. 10 núm. 19, pp. 266-296, p. 276.

39 Art. 13 LPDCCH: "Los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas".

para menores de 8 años" contiene "un porcentaje menor de lenguaje inapropiado, insinuaciones sexuales o violencia" (N° 3). Por su parte no se recomienda para menores de 14 años si tiene incorporado "un porcentaje moderado de lenguaje inapropiado, insinuaciones sexuales o violencia" (N° 4). Finalmente el videojuego no recomendado para menores de 18 años exhibe "un porcentaje importante de lenguaje vulgar, material sexual explícito, desnudez frecuente o importantes niveles de violencia" (N° 5).

Como se puede apreciar, la expresión "nivel de violencia" mencionada en el art. 49 bis, puesta en diálogo con la taxonomía normativa de los videojuegos mediante la cual se determina el estándar de licitud de la conducta del proveedor, debe entenderse en un sentido amplio, esto es, alusiva a todas aquellas materias que pueden perturbar la mente del menor, considerando su edad y desarrollo emocional.

Queda en evidencia entonces, que la finalidad perseguida por el legislador, mediante la instauración de estos especiales imperativos, consiste en evitar la exposición de un menor a imágenes violentas -ya se indicó en sentido amplio-, de tal manera que no se perturbe o afecte el normal desarrollo de su personalidad, considerado en razón de la evolución frecuente que presenta un ser humano de acuerdo a su tiempo de vida. La importancia de tales reglas se acrecienta, al considerarse que los hechos que ocurren en la niñez y la adolescencia, no sólo afectan el bienestar del individuo mientras es menor, sino que además suelen proyectarse hacia la adultez.

Por otra parte, la exposición de motivos de la moción parlamentaria del proyecto que devino en la citada Ley 20.756[40], menciona que los efectos nocivos de la exposición a manifestaciones sensibles violentas, se agravan cuando son exhibidas por videojuegos, puesto que en éstos, a diferencia de aquellas que provienen de la televisión, son interactivas y premian los comportamientos considerados como inadecuados[41]. Se trata además de una reflexión que ya había sido advertida previamente. En efecto, el Parlamento Europeo en el año 2012, al acusar los peligros de la hipersexualización de los menores, agregó que en ocasiones, imágenes difundidas por juegos computacionales, electrónicos o de consolas, podían reproducir escenas erotizadas o violentas[42].

40 Moción de fecha 19 de diciembre de 2007, de los señores Diputados Juan Masferrer Pellizzari, Gonzalo Arenas Hodar, Marcela Cubillos Sigall, Javier Hernández Hernández, Juan Lobos Krause, Marisol Turres Figueroa, Enrique Estay Peñaloza, Felipe Salaberry Soto, Gastón Von Mühlenbrock Zamora y Iván Moreira Barros (Boletín 5579-03).

41 HL 20.756, Primer Trámite Constitucional, p. 3.

42 Parlamento Europeo, Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género (2012) "Proyecto de informe sobre la sexualización de las niñas (2012/2047(INI)", disponible en https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/femm/pr/904/904064/904064es.pdf revisado el 16 de octubre de 2022, p. 9.

Actualmente, la regla del art. 49 bis LPDCCH es reforzada por la Ley 21.430, cuyo art. 55 exige que la publicidad dirigida a los NNA respete los principios de adaptación a la edad y etapa de desarrollo de la audiencia a la que se dirige el mensaje (N° 1) y de exclusión de la violencia, la discriminación y de cualquier mensaje que incite al odio (N° 2)[43].

Resulta relevante además destacar que, en la discusión parlamentaria de la Ley 20.756 que incorpora los deberes mencionados, se justifica su vigencia en que además de resguardar al menor -consumidor material del producto-, otorga herramientas a los padres – consumidores jurídicos- para escoger un videojuego adecuado para sus hijos[44].

Por otra parte, cabe destacar que en esta ocasión se alude expresamente al surgimiento de la responsabilidad civil (art. 49 LPDC) e infraccional (art. 49 bis LPDC) del proveedor, lo que implica que no se la deba derivar únicamente a partir de las normas generales (arts. 3 y 50 LPDC) lo que reitera el compromiso del interés general en el cumplimiento de los imperativos descritos en la norma.

IV. CONCLUSIONES.

A partir de las reflexiones anteriores, es posible colegir que el principio del resguardo del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, constituye un principio general del derecho, y como tal, informante del Derecho de Consumo. En Chile, lo anterior se desprende de la racionalidad sistémica de la LPDCCH, de la vigencia de tratados internacionales que aluden a él, así como de la reciente Ley 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia. Como principio por lo tanto, tendría un carácter explícito.

Dicha directriz cumple en el sistema de consumo además funciones jurídicas, las cuales se sustentan, según el caso, sobre declaraciones formales del legislador (explícitas) o bien de la racionalidad institucional y la fuerza vinculante de los principios generales (implícitas). Se le puede atribuir así, al resguardo del interés y derechos de los NNA una aptitud de interpretación -in dubio e in claris-, de resolución de conflictos de textos jurídicos, de integración, de fijación de estándares de licitud y cumplimiento, y política.

43 Art. 55 Ley 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia (D.O. 15 de marzo de 2022): "De la publicidad. La publicidad dirigida a niños, niñas o adolescentes que se divulgue en cualquier medio escrito, audiovisual o telemático debe respetar los siguientes principios de actuación: 1. Adaptación a la edad y etapa de desarrollo de la audiencia a la que se dirige el mensaje. 2. Exclusión de la violencia, la discriminación y de cualquier mensaje que incite al odio".

44 Intervención del diputado Marcelo Díaz, Primer Trámite Constitucional, Historia de la Ley 20.756, pp. 13 y 14.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A.: Lo *racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Alexy, R.: "Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa,* 1998, núm. 5, pp. 139-151.

Alexy, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Álvarez Moreno, M. T.: *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general (normas imperativas y pactos al respecto)*, Reus, Madrid, 2015.

Atienza, M.; Ruiz Manero, J.: "Sobre principios y reglas", *Doxa*, 1991, núm. 10, pp. 101-120.

Barcia Lehmann, R.: "Algunas críticas al Derecho Común y especialmente a la regulación de las incapacidades respecto del adulto mayor en el ordenamiento jurídico chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado,* 2014, núm. 23, pp. 57-86.

Barocelli, S. S.: "Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables", en AA.VV.: *Consumidores Hipervulnerables* (coord. por S. Barocelli), El Derecho, Buenos Aires, 2018, pp. 9-32.

Barrientos Camus, F.: "Comentario de jurisprudencia. Derecho del Consumo", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2011, núm. 17, pp. 265-275.

Barrientos Zamorano, M.: "La obligación de seguridad en la subcontratación laboral: previsibilidad del hecho y del daño", *Revista Chilena de Derecho,* 2012, Vol. 39 núm. 1, pp. 77- 111.

Blanco García, A. I.: "Brecha digital y vulnerabilidad del consumidor financiero. El refuerzo de su protección", en AA.VV.: *Los vulnerables ante el proceso civil* (coord. por J.F. Herrero Perezagua; J. López Sánchez), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 133-156.

Bobbio, N.: *Teoría General del Derecho*, Temis, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1992.

Contreras Chaimovich, L.: "La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y retirada", *Revista Política Criminal*, 2015, Vol. 10 núm. 19, pp. 266-296.

Corral Talciani, H.: "Ley de protección al consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos", en AA.VV.: *Derecho del Consumo y protección al consumidor: Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras. Cuadernos de Extensión* (coord. por H. Corral Talciani), Universidad de los Andes, Santiago, 1999, pp. 163-211.

Ducci Claro, C.: *Derecho Civil. Parte General.*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

Dworkin, R.: *Los Derechos en serio*, Ariel S.A., Barcelona, 1984.

Gallardo, L.: "Sobre la naturaleza jurídica del tabaco desde el paradigma de la responsabilidad civil por productos", *Revista de Derecho UNED,* 2016, núm. 19, pp. 691-713.

Gatica Rodríguez, M. P.; Morales Ortiz, M. E.: "El deber de profesionalidad como elemento determinante del estándar de diligencia en el derecho del consumo: un comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 15 de marzo de 2019 (Rol Nº 484-2018)", *Revista De Derecho (Coquimbo. En línea)*, 2022, núm. 29, e4445.

Guzmán Brito, A.: *Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre interpretación de las leyes*, Lexis Nexis, Santiago, 2007.

Hernández Díaz-Ambrona, M. D.: "Consumidor y comerciante", en AA.VV.: *Manual de Derecho de Consumo* (coord. por S. Díaz Alabart), Reus, Madrid, 2016, pp. 29-41.

Hidalgo Moya, J. R.; Olaya Adán, M.: *Derecho del Producto Industrial: calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante*, Bosch, Barcelona, 1997.

Huerta Ochoa, C.: "La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* 2003, año XXXVI núm. 108, pp. 927-950.

López Díaz, P.: "La confianza razonable y su relevancia como criterio fundante de la tutela de ciertas anomalías o disconformidades acaecidas durante el itercontractual: una aproximación desde la doctrina y la jurisprudencia chilenas", *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia,* 2019, núm. 36, pp. 127-168.

Mondaca Miranda, A.: "Los niños, niñas y adolescentes como consumidores: hipervulnerabilidad, relevancia en la educación y propugnación de una mayor autonomía", en AA.VV.: *Seguridad y conformidad en el Derecho de Consumo:*

Reflexiones actuales (coord. por E. Isler Soto), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 111-142.

Morales Moreno, A. M.: "Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)", *Anuario de Derecho Civil*, 1999, Vol. 52 núm. 1 pp. 265-287.

Parlamento Europeo, Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género (2012) "Proyecto de informe sobre la sexualización de las niñas (2012/2047(INI)", disponible en https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/femm/pr/904/904064/904064es.pdf revisado el 16 de octubre de 2022.

Ravetllat Ballesté, I.; Pinochet Olave, R.: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno", *Revista Chilena de Derecho,* 2015, Vol. 42 núm. 3, pp. 903-934.

Ruiz Ruiz, R.: "La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho", *Derecho y Realidad,* 2012, núm. 20, pp. 143-166.

Ruiz- Tagle Vial, C.: *Curso de Derecho Económico*, Librotecnia, Santiago, 2010.

Squella Narducci, A.: *Introducción al Derecho*, Thomson Reuters, Santiago, 2014.

Zentner, D. H.: "La responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho Argentino", en AA.VV.: *Escritos de Derecho Privado Contemporáneo. Contratos, Responsabilidad y Mercado en el Siglo XXI* (coord. por J.C. Villalba Cuéllar; A. Alarcón Peña), Ibáñez, Bogotá, 2017, pp. 299-323.

Zimmermann, R.: *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

Zubero Quintanilla, S.: "La interpretación del valor del contenido de las declaraciones publicitarias en la jurisprudencia española y francesa", *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, 2016, núm. 20, pp. 63-92.

Zubero Quintanilla, S.: *Las declaraciones publicitarias en la contratación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

IL DOPPIO COGNOME DEI GENITORI AI FIGLI TRA IL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA E IL DIRITTO FONDAMENTALE ALL'IDENTITA' PERSONALE

THE DOUBLE SURNAME OF PARENTS TO CHILDREN BETWEEN THE PRINCIPLE OF EQUALITY AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PERSONAL IDENTITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1284-1303

Rosita LIFRIERI

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il presente saggio riguarda il tema dell'attribuzione del doppio cognome dei genitori ai figli alla luce dell'importante sentenza della Corte Costituzionale (n.131/2022). Il figlio assume il cognome di entrambi i genitori (e nell'ordine concordato dai medesimi) salvo il caso in cui essi decidano, di comune accordo, di attribuire soltanto il cognome di uno dei due.

In caso di disaccordo, sull'ordine di attribuzione del cognome di entrambi i genitori, resta salvo l'intervento del giudice.

PALABRAS CLAVE: Famiglia; cognome; eguaglianza; figli.

ABSTRACT: *This essay concerns the issue of the attribution of the double surname of parents to children in the light of the important sentence of the Constitutional Court (No. 131/ 2022). The child takes the surname of both parents (and in the order agreed by the same) unless they decide, by mutual agreement, to attribute only the surname of one of the two.*

In case of disagreement, on the order of attribution of the surname of both parents, the intervention of the judge remains unaffected.

KEY WORDS: *Family; surname, equality, children.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. IL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA NEL DIRITTO DI FAMIGLIA.- III. IL DIRITTO ALL'IDENTITA' PERSONALE.- IV. LA MEMORIA FAMILIARE.- IV. CONCLUSIONI.

I.INTRODUZIONE.

Il giurista Carlo Arturo Jemolo, nel 1949, nel saggio intitolato: "La famiglia e il diritto" scriveva: la famiglia è un'isola che il mare del diritto può solo lambire.

Ebbene oggi la famiglia non è più un'isola bensì un arcipelago, difficile da definire, poichè nel corso degli anni è cambiata l'organizzazione della società umana.

In altre parole si è assistito ad una vera e propria evoluzione del diritto di famiglia determinata dall'affermarsi di molte leggi e novità che hanno contribuito alla sua revisione.

Su quest'ultimo punto, il riferimento va alla sentenza della Corte Costituzionale n.131, del 31 Maggio 2022 , con la quale, nell'ordinamento giuridico italiano, si è affermato il seguente principio di diritto: il figlio assume il cognome di entrambi i genitori (e nell'ordine concordato dai medesimi) salvo il caso in cui essi decidano, di comune accordo, di attribuire soltanto il cognome di uno dei due. In caso di disaccordo, sull'ordine di attribuzione del cognome di entrambi i genitori, resta salvo l'intervento del giudice.

Sono dichiarate costituzionalmente illegittime tutte le norme che prevedono l'automatica attribuzione del cognome del padre al figlio. [1]

La pronuncia in esame prende origine dal caso di due genitori che hanno riconosciuto contemporaneamente la figlia nata fuori dal matrimonio e le hanno attribuito il solo cognome materno; una scelta, questa, non contemplata dall'ordinamento giuridico italiano.

L'Ufficiale di Stato Civile del Comune competente ha così chiesto alla Procura della Repubblica di promuovere giudizio di rettifica dell'atto di nascita davanti al Tribunale di Bolzano, non essendo prevista dall'ordinamento l'ipotesi di attribuzione del solo cognome materno, pur in presenza di accordo tra i genitori.

1 Artt. 262, primo comma, e 299, terzo comma, c.c., 27, comma 1, della legge n. 184 del 1983 ("Diritto del minore ad una famiglia") e 34 del d.P.R. n. 396 del 2000 ("Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127"), quanto al figlio di genitori uniti in matrimonio; e all'art. 299, terzo comma, c.c., nonché all'art. 27, primo comma, della legge n. 184 del 1983, quanto al figlio di genitori adottivi.

• Rosita Lifrieri
Dottoressa in giurisprudenza. E-mail:rositalifrieri@libero.it

Si tratta di una sentenza molto importante che sottolinea il modello paritario della famiglia, intesa, quest'ultima, come comunità nella quale ciascuno dei componenti realizza i propri diritti fondamentali[2], tra i quali il diritto all'identità personale, e improntato sul principio di eguaglianza[3].

II. IL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA NEL DIRITTO DI FAMIGLIA.

La Corte Costituzionale dichiarando l'illegittimità costituzionale delle norme che prevedono l'automatica attribuzione del cognome del padre al figlio[4], ha inteso eliminare ogni forma di diseguaglianza tra genitori.

Diseguaglianza che per molto tempo è stata protagonista nell'ordinamento giuridico italiano derivante da una concezione patriarcale della famiglia.

In epoca romana il padre deteneva il potere paterno assoluto (*patria potestas*) sulla moglie e sui figli, sui figli dei suoi figli e sui suoi schiavi; dunque su chiunque viveva sotto il suo tetto.

Non poteva esserci famiglia senza il matrimonio e la maggior parte di essi si fondavano, non sull'amore tra i coniugi, ma erano organizzati per ragioni politiche, sociali o finanziarie.

Il pater familias quindi deteneva dei poteri molto ampi.

Egli si occupava personalmente dell'educazione, dell'istruzione dei figli, e questi ultimi, non ancora adolescenti, lo seguivano nelle relazioni della vita pubblica, osservandone i comportamenti [5]. Da un punto di vista giuridico i figli non erano titolari di diritti fino a quando era in vita il padre.

La donna, era assoggettata al potere del marito e questa sua soggezione alla potestà maschile era resa chiara ed evidente da una specifica norma del codice civile ossia l'articolo 144.

2 L' art. 2 della Costituzione italiana stabilisce che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.
Sicuramente la piu' importante di queste formazioni sociali è la famiglia.

3 Si fà riferimento all'art.3 della Costituzione italiana: " Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

4 Il riferimento va all'art. 262, primo comma, secondo periodo, cod. civ., che prevede: "se il riconoscimento è stato effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio(naturale) assume il cognome del padre".

5 Plinio il Giovane osservava come in epoca romana ciascuno aveva come maestro il proprio padre.

Esso stabiliva espressamente che il marito era il capo della famiglia, la moglie seguiva la condizione di lui, ne assumeva il cognome ed era obbligata ad accompagnarlo ovunque egli credeva opportuno fissare la sua residenza. [6]

Con l'avvento del cristianesimo la concezione patriarcale della famiglia si è in parte indebolita.

Successivamente la Costituziona italiana, entrata in vigore il 1° gennaio 1948, ha introdotto l'art. 29 il quale stabilisce che: "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.

Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare".

Una norma molto importante ma che non ha ricevuto, immediatamente dalla sua entrata in vigore, un'interpretazione elastica.

Ciò in quanto il principio di eguaglianza tra coniugi risultava essere subordinato alla garanzia dell'unità familiare e l'unità familiare, secondo la concezione di quel tempo, poteva essere ottenuta solo da una "guida forte": dal marito nonché il capo famiglia.

Solamente con l'entrata in vigore della Riforma del diritto di Famiglia del 1975 è stata sancita finalmente la parità tra i coniugi.[7]

La famiglia gerarchica ha lasciato così spazio al modello paritario di famiglia, quale comunità all'interno della quale ciascun individuo realizza le prime esigenze di convivenza e solidarietà umana[8], dove il principio di eguaglianza deve applicarsi al rapporto tra coniugi e con riferimento ai figli.[9]

6 Si precisa che questa norma giuridica è stata abrogata. Il nuovo testo dell' articolo 144 del codice civile stabilisce espressamente che i coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelli preminenti della famiglia stessa.

7 L'art.143 del codice civile intitolato: "Diritti e doveri reciproci dei coniugi" così stabilisce: "con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri. Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione. Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia".

8 Bianca,C.M.: *La famiglia 2.1.*,Giuffrè, Milano,2017, p. 10: " la solidarietà del nucleo familiare deve intendersi anzitutto come solidarietà reciproca dei coniugi, tenuti ad assistersi moralmente ed economicamente. Essa deve poi intendersi come solidarietà verso i figli : questa solidarietà risponde all'esigenza della persona di essere curata fino al raggiungimento dell'età adulta, e cioè di essere mantenuta, istruita, educata ed amata per la sua piena formazione morale e sociale."

9 La legge sulla filiazione emanata nel 2012 (legge n. 219 del 10 dicembre) ha infatti proclamato il principio dell'unicità dello stato di filiazione. L'art. 315 del codice civile stabilisce che tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico. La legge conosce solo figli.

A sancire l'eguaglianza tra figli è stata la legge sulla Filiazione emanata nel 2012, grazie alla quale è stato espressamente previsto che tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico.

E' venuta meno ogni forma di distinzione tra figli nati da genitori coniugati e figli nati da genitori non coniugati.

I diritti connessi alla filiazione e alla parentela devono essere riconosciuti a tutti i figli indipendentemente dal fatto che essi siano nati da genitori non coniugati.

Con la Riforma della Filiazione è stato introdotto lo statuto dei diritti del figlio, ex. art. 315 *bis* c.c.

Tale norma elenca una serie di diritti: il diritto del figlio ad essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori; il diritto del figlio a crescere nella propria famiglia e a mantenere dei rapporti significativi con i parenti.

E ancora il diritto all'ascolto che deve essere garantito in tutti i procedimenti e le procedure che riguardano il minore. Ciò significa che quest'ultimo, se ha compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore (ove capace di discernimento) ha diritto di essere ascoltato.

Non può pertanto in nessun caso essere omesso l'ascolto del minorenne se non in casi eccezionali, vale a dire quando esso risulta essere pregiudizievole per il figlio stesso oppure se manifestatamente superfluo.

La finalità dell'audizione del minore è duplice in quanto consente di orientare la decisione del giudice da un lato; dall'altro lato permette al figlio minorenne di agire in prima persona per la tutela dei suoi diritti fondamentali. [10]

Il minore è soggetto attivo, capace di comprendere gli accadimenti delle vicende familiare in cui è coinvolto, e di esprimere la sua volontà a riguardo e i suoi sentimenti.

In correlazione con l'art.315 *bis* c.c. si pone anche la Costituzione la quale all'art. 30 prevede il dovere e il diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio.

Nei casi di incapacità dei genitori è la legge che provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima.

10 Il diritto all'ascolto delle persone di minore età in sede giurisdizionale. Indagine relativa alle modalità messe in atto sul territorio nazionale dai tribunali per i minorenni, tribunali ordinari e relative procure della repubblica. Autorità Garante per l'infanzia e l'adolescenza.

Si evince come la carta costituzionale è diretta a favorire il pieno sviluppo della persona umana e a garantire i principali diritti e rapporti etico sociali, tra cui si annoverano appunto i rapporti familiari.

Altresì con la Riforma della Filiazione, la denominazione "potestà dei genitori" è stata sostituita con "responsabilità genitoriale".

Il perché di ciò risiede proprio nell'intento di sottolineare il mutamento dell'antica concezione dell' autorità spettante ai genitori, e in passato, al capo famiglia.

Se in passato quando sussisteva un incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio era il padre ad adottare i provvedimenti urgenti ed indefferibili, l'attuale disciplina codicistica, ex.art.316 c.c., prevede invece che in caso di questioni di particolare importanza ciascuno dei genitori può ricorrere al giudice, il quale suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare.

Se il contrasto permane allora il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio.

Si ricava quindi che la responsabilità genitoriale, quale ufficio di cura personale e patrimoniale del figlio, deve essere attribuito ad entrambi i genitori, proprio alla luce dell'idea comunitaria della famiglia e del principio di eguaglianza reciproca dei coniugi.

Nell'ottica di garantire la parità dei coniugi la responsabilità genitoriale non viene meno neanche in caso di scioglimento del matrimonio. Resta in tal caso un dovere di entrambi i genitori e nello specifico: le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, alla educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore, sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, della inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la responsabilità genitoriale separatamente.

III. IL DIRITTO ALL'IDENTITA' PERSONALE.

Garantire il doppio cognome dei genitori ai figli significa rispettare il diritto all'identità personale di quest'ultimo.

Il codice civile all'art. 6 stabilisce che ogni persona ha diritto al nome, che le è per legge attribuito, e nel nome si comprendono il prenome e il cognome.

Può affermarsi allora che l'assunzione automatica da parte del figlio del solo cognome paterno comporta una violazione del principio di uguaglianza.

Ciò si traduce nell'invisibilità della donna rispetto al marito e, come precisato nel testo della sentenza in esame, si impedisce ai genitori di avvalersi, in un contesto divenuto paritario, di uno strumento attuativo del principio di eguaglianza, qual è l'accordo, per compendiare in un unico cognome il segno identificativo della loro unione, capace di permanere anche nella generazione successiva e di farsi interprete di interessi del figlio.

Il fatto che la moglie non possa trasmettere al figlio il proprio cognome dà luogo ad una disparita di trattamento giuridico rispetto al marito.

A precisare ciò è stata la Corte dei diritti dell'uomo con sentenza del 7 gennaio 2014, caso *Cusan e Fazzo c. Italia*, (ricorso n. 77/07). Il caso aveva ad oggetto la richiesta dei coniugi Alessandra Cusan e Luigi Fazzo, cittadini italiani, i quali nel 1999 avevano avuto una figlia.

Il padre aveva chiesto di poter iscrivere la figlia nel registro di stato civile con il cognome della madre e non con il proprio, ma tale richiesta è stata respinta.

I ricorrenti hanno allora presentato ricorso davanti al Tribunale.

Quest'ultimo ha respinto anche la domanda, affermando che attribuire il cognome del padre costituisce una regola corrispondente ad un principio radicato nella coscienza sociale e storica italiana.

Successivamente i coniugi hanno avanzato ricorso dinanzi alla Corte d'appello che ha confermato la sentenza di primo grado.

Anche in terzo grado la Cassazione ha respinto il ricorso dei ricorrenti.

Esaurite le vie di ricorso interno i genitori si sono rivolti alla Corte europea dei diritti dell'Uomo lamentando la violazione dell'art. 8 della convenzione[11](che

11 Tale norma è intitolata: "Diritto al rispetto della vita privata e familiare"e stabilisce che ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

tutela il rispetto della vita familiare) in relazione all'articolo 14[12](principio di non discriminazione), nonché la violazione dell'articolo 5 del protocollo addizionale alla Convenzione n. 7 (che sancisce l'uguaglianza tra i coniugi tra loro e nelle loro relazioni con i figli).

La Corte europea dei diritti dell'uomo in primo luogo ha ribadito che il nome è strumento per determinare sia l'identità personale sia la connessione della persona con una famiglia, ricollegandosi in tal modo la sua tutela anche al diritto al rispetto della vita privata e familiare della persona.

Ha poi dedotto l'applicabilità dell'art. 14 e del divieto di discriminazioni tra i sessi in esso contenuto, condividendo così l'assunto dei ricorrenti, secondo i quali le disposizioni della legge nazionale non garantivano la parità tra i coniugi.

Infine ha sottolineato che l'Italia avrebbe dovuto prevedere la possibilità di assegnare il cognome della madre, se vi fosse consenso dei genitori su questo punto.

Significativa è anche la sentenza della Corte EDU del 2 ottobre 2003, *Garcia Avello c. Belgio*.

Nel caso di specie, i figli nati in Belgio da padre spagnolo e da madre belga, erano stati registrati all'atto di nascita con il cognome del padre. Negli atti dell'ambasciata di Spagna, però, i minori erano stati registrati con il primo cognome del padre, seguito dal cognome della madre. I genitori hanno chiesto, pertanto, alle autorità belghe, il cambiamento del cognome dei figli, per garantire che essi avessero lo stesso cognome in Belgio e in Spagna. Tale cambiamento è stato rifiutato.

La Corte ha sottolineato come il rifiuto dello Stato di residenza di aggiungere al cognome paterno, attribuito ai due figli, quello materno integra una discriminazione in base alla nazionalità.

Dunque può affermarsi che i giudici europei ritengono che la prevalenza del cognome paterno è il risultato di una concezione patriarcale dei poteri del marito, che aveva le sue radici nel diritto romano e non è più compatibile con il principio costituzionale della parità tra uomini e donne e con i principi internazionali che vietano le discriminazione contro le donne (cfr. Convenzione ratificata con legge

12 Ai sensi dell'articolo 14 CEDU il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.

n. 132 del 14 marzo 1985) e impegnano gli Stati contraenti ad adottare tutte le misure necessarie per fornire ai coniugi gli stessi diritti.[13]

La violazione del principio di uguaglianza "morale e giuridica" dei coniugi, che si realizza attraverso la mortificazione del diritto della madre a che il figlio acquisti anche il suo cognome, contraddice la finalità di garanzia dell'unità familiare.

L'attuale modello della famiglia si fonda su base solidale e democratica, pertanto l'attribuzione automatica del solo cognome paterno al figlio, significa non prendere in considerazione i mutamenti sociali e culturali, che negli ultimi decenni, hanno inciso sui modelli familiari.[14]

Ne deriva che il cognome è il fulcro, insieme al prenome, dell'identità giuridica e sociale, e collega l'individuo alla formazione sociale che lo accoglie tramite lo status filiationis.

Il valore dell'identità della persona, nella pienezza e complessità delle sue espressioni, e la consapevolezza della valenza, pubblicistica e privatistica, del diritto al nome, quale punto di emersione dell'appartenenza del singolo ad un gruppo familiare, portano ad individuare nei criteri di attribuzione del cognome del minore profili determinanti della sua identità personale, che si proietta nella sua personalità sociale, ai sensi dell'art. 2 Cost.[15]

Il cognome deve, pertanto, radicarsi nell'identità familiare.

In altre parole l'attribuzione del cognome ai figli riguarda il diritto del figlio alla propria identità personale, da intendersi come appartenenza ad una determinata famiglia e come riconoscimento di questa posizione nella realtà sociale.

13 Si veda Buffa, F.:" Nel nome della madre. Prime riflessioni sulla sentenza CEDU, II sez., 7 gennaio 2014, Cusan e Fazzo c. Italia.", *questionegiustizia.it*, 7 gennaio 2014.

14 V. Iannicelli, M.A.: "Il cognome del figlio tra principio di non discriminazione dei genitori e diritto all'identità personale del minore", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* 2022, n. 16° bis,pp. 1204-1235.

15 Sentenza Cassazione n. 286 del 21 dicembre 2016. La questione di legittimità era stata sollevata dalla Corte d'Appello di Genova nell'ambito di un giudizio di reclamo verso il rigetto, da parte dell'ufficiale di stato civile, della richiesta di attribuire al figlio dei ricorrenti anche il cognome materno oltre che quello paterno. L'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio nato in costanza di matrimonio, in presenza di una diversa contraria volontà dei genitori, comportava, in primo luogo, la violazione dell'art. 2 Cost., con conseguente compressione del diritto all'identità personale.
Si lamentava poi il contrasto con gli artt. 3 e 29, secondo comma, Cost., con conseguente lesione del diritto di uguaglianza e pari dignità dei genitori nei confronti dei figli e dei coniugi tra di loro.
Infine, vi era la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento all'art. 16, comma 1, lettera g), della Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, alle raccomandazioni del Consiglio d'Europa 28 aprile 1995, n. 1271 e 18 marzo 1998, n. 1362, nonché alla risoluzione 27 settembre 1978, n. 37, relative alla piena realizzazione dell'uguaglianza dei genitori nell'attribuzione del cognome dei figli.

E' proprio questo aspetto dell' identità personale che consente di assicurare al minore una crescita sana ed armoniosa[16].

L'identità personale è dunque elemento del best interest of the child.

Principio che è sancito formalmente in tutte le convenzioni e dichiarazioni dedicate al fanciullo.

Basti pensare alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, che all'art. 3, par. 1, afferma il rilievo del superiore interesse del minore nelle decisioni che lo riguardano.

Ancora la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dichiara all'art. 24, par.2 che in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente.

Il superiore interesse del minore è dunque la stella polare, il criterio guida del diritto minorile.

Deve essere sempre di primaria considerazione, da parte del giudice, nei provvedimenti che interessano il fanciullo, proprio come in quelli riguardanti la materia di attribuzione del cognome.

Ad esempio anche in caso di attribuzione giudiziale del cognome al figlio naturale, riconosciuto non contestualmente dai genitori, il giudice è investito, ex art. 262 c.c.,del potere - dovere di decidere su ognuna delle possibilità previste dalla norma avendo riguardo, quale criterio di riferimento, unicamente all'interesse del minore. [17]

Il best interest of the child è quindi criterio di guida sia per i giudici dell'ordinamento nazionale sia per i giudici dell'ordinamento internazionale. Nello specifico, la Corte europea dei diritti dell'uomo intende tale principio in tre accezioni.

Innanzitutto il soggetto minore è soggetto di diritto e i suoi best interests devono essere valutati e presi in considerazione in tutte le azioni e decisioni pubbliche e private che lo riguardano, realizzando così la giustizia del caso concreto.

In secondo luogo il best interest è un principio legale che, sul piano della politica del diritto, deve essere tenuto presente a tutela dei minorenni come gruppo.

16 Così Bianca, M.: "La Corte Costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva. Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione", *Familia*, 2022, p. 349 ss.

17 Sentenza Cassazione n.18161/2019.

In terzo luogo il best interest assume la natura di una regola procedurale, volta a garantire anzitutto la "voce" della persona di età minore nei procedimenti che lo riguardano.[18]

Pertanto alla luce del quadro normativo così delineato, senza ombra di dubbio, il principio del best interest of the child permea tutto il diritto minorile nei Paesi europei.

IV. LA MEMORIA FAMILIARE.

Per un figlio assumere il cognome di entrambi i genitori significa anche riconoscere la memoria di due rami familiari, dando un senso comprensibile al suo percorso di vita e della sua storia, nonché della sua narrazione famigliare.

Assumere il doppio cognome dei genitori significa riconoscere il valore di due realtà familiari, quelle dei due coniugi, che si incontrano all'interno di un processo di co-costruzione della famiglia[19] .

Ogni persona diventa consapevole della sua storia, anche se si tratta di una storia familiare complicata, costituita da legami interrotti e relazioni complicate che si intrecciano, proprio come nel caso della famiglia adottiva.

Un figlio che è stato adottato porta con sé la ferita e il dolore dell'abbandono da parte della sua famiglia d'origine. Spesso essi sono bambini intimoriti, confusi, che avvertono un senso di smarrimento in quanto abbandonati dai genitori biologici, il cui unico bisogno da soddisfare è quello di appartenere ad una determinata famiglia. In assenza di informazioni sulle loro origini essi tendono a costruire e a modellare la loro identità sulla base delle relazioni familiari costituite con la famiglia adottiva, la quale ha il compito di accompagnare il minore nel suo percorso di crescita.

Così con il passare del tempo il bambino sviluppa la sua memoria famigliare, legata all'appartenenza della famiglia adottiva e ricordarne l'esistenza, anche attraverso l'assunzione dei cognomi dei genitori adottivi, contribuisce a dare un senso comprensibile al suo percorso di vita.

Ecco allora che quanto affermato fino ad ora trova applicazione anche in materia di adozione.

18 Long, J.: "Il principio dei *best interests* e la tutela dei minori", *Questione giustizia*, 2019, pp.413-418.

19 V.Paradiso, L.: "Memorie familiari e narrazioni nella genitorialità e filialità adottiva", *Rivista italiana di educazione familiare*,2017,n.1°,pp.77-95.
Così Bianca, M.: "La Corte Costituzionale sul cognome dei figli e l'effetto matrioska", *giudicedonna.it*, 2022,n.1°, scrive che portare un certo cognome significa appartenere ad una determinata famiglia e ricordarne l'esistenza.

Sul punto la Corte Cost. ha dichiarato costituzionalmente illegittimi:

- l'art. 299, terzo comma, cod. civ., intitolato "Cognome dell'adottato", nella parte in cui prevede che l'adottato assume il cognome del marito, anzichè prevedere che l'adottato assume i cognomi degli adottanti, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, raggiunto nel procedimento di adozione, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto;

- l'art. 27 della legge n. 184 del 1983 nella parte in cui prevede che l'adottato assume il cognome degli adottanti, anzichè prevedere che l'adottato assume i cognomi degli adottanti, nell'ordine dagli stessi concordato, fatto salvo l'accordo, raggiunto nel procedimento di adozione, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto.

V.CONCLUSIONI.

La regola del doppio cognome, affermata con la recente sentenza della Corte Costituzionale, è sicuramente una regola importante perché in primo luogo costituisce una tappa significativa nel percorso delle donne verso la parità.

Una parità che, nella materia in esame, si traduce nel riconoscere pari rilievo delle figure genitoriali nel processo di costruzione dell'identità familiare del figlio.

In secondo luogo è sicuramente una regola innovativa che si pone in linea di continuità con l'evoluzione della società, nonchè della famiglia, e a pochi mesi dalla pronuncia della sentenza, significativi sono i dati registrati in alcune città, come ad esempio Milano.

A Milano tra il primo giugno e il quattro ottobre sono nati tremila novecento bambini e seicento ottanta hanno ricevuto il doppio cognome, prima quello paterno, poi quello materno.

In terzo luogo tale regola ha permesso all'Italia di allinearsi con altri paesi.[20]

Si pensi ad esempio alla Spagna.

L'art. 109 del codice civile spagnolo stabilisce che, nei confronti del figlio, il padre e la madre di comune accordo, possono decidere l'ordine di trasmissione del rispettivo cognome, prima dell'iscrizione.

20 Sul punto Deana, F.: "La "liberalizzazione" della disciplina italiana sull'attribuzione del cognome ai figli: una riforma in chiave europea", *articolo29.it*, 24 maggio 2022, sottolinea che: "L'ordinamento italiano si allinea, così, a quanto già previsto in molti Paesi membri dell'Unione europea e completa un percorso di progressiva "liberalizzazione" di una disciplina inizialmente fondata su un rigido criterio di attribuzione automatica del solo cognome paterno".

Ogni individuo quindi porta il primo cognome di entrambi i genitori, nell'ordine che viene deciso da questi ultimi, prima dell'iscrizione.

Importante è poi l'articolo 49 della Ley del Registro Civil 20/2011, il quale prevede espressamente che la registrazione della nascita contiene i dati identificativi del nato costituiti dal nome e dai cognomi corrispondenti alla sua appartenenza familiare.

Se il figlio è stato riconosciuto da entrambi i genitori, questi concordano l'ordine di trasmissione del rispettivo cognome prima dell'iscrizione.

In caso di disaccordo sull'ordine di attribuzione del cognome da parte dei genitori, o quando i cognomi non sono stati indicati nella domanda di iscrizione, il gestore chiede ai genitori di comunicare (nel termine massimo di tre giorni) l'ordine dei cognomi.

Decorso tale termine, senza che i genitori comunicano la scelta effettuata, il responsabile dello stato civile concorda l'ordine dei cognomi secondo il miglior interesse del minore.

L'ordine dei cognomi stabilito per la prima registrazione della nascita determina l'ordine di attribuzione del cognome per le successive nascite dei figli appartenenti alla medesima famiglia.

Inoltre se richiesto possono essere inserite, tra i cognomi, le preposizioni "de", le congiunzioni " e, o,i" nei termini previsti dalla legge.

Tuttavia la disciplina dettata dal citato articolo 49 Ley del Registro Civil 20/2011, nella parte in cui prevede che è il gestore a stabilire l'ordine di attribuzione del cognome valutando il miglior interesse del minore, suscita nella pratica varie controversie.

Sul punto a titolo esemplificativo si fa presente una sentenza del 2015 del Tribunal Supremo che ha accolto la domanda di paternità presentata dal ricorrente in questione e ha affermato che, alla luce dell'interesse superiore del minore e del diritto all'identità personale di quest'ultimo, si ritiene necessario garantire al figlio il mantenimento della madre come primo cognome.

Ulteriore sentenza del 2016 del Tribunal Supremo ha ribadito che a fronte del successivo riconoscimento della paternità del genitore nei confronti del figlio, il migliore interesse di quest'ultimo è continuare a mantenere come primo cognome quello materno.

Ponendo poi l'attenzione su altri paesi, diversi dalla Spagna, anche nel Regno Unito l'attribuzione del cognome ai figli non è regolata da specifiche disposizioni ma

è rimessa all'autonomia dei genitori, i quali sono investiti della *parental responsibility.* Dunque al figlio può essere attribuito il cognome del padre, della madre o di entrambi i genitori.

In Germania la disciplina riguardante l'attribuzione del cognome ai figli è contenuta nei §§ 1616- 1618 del Codice civile tedesco (*Burgerliches Gesetzbuch - BGB*).

Nello specifico è previsto che al momento del matrimonio, i coniugi possono decidere di mantenere i rispettivi cognomi di nascita oppure di adottare un cognome familiare comune, da assegnare ai figli.

Se i genitori non portano alcun cognome coniugale e la responsabilità genitoriale spetta ad entrambi, ai figli viene assegnato il cognome del padre o della madre su accordo dei genitori e

la dichiarazione avviene davanti all'ufficiale dello stato civile.

Se i genitori, invece, non assumono alcuna decisione entro un mese dalla nascita del figlio, il tribunale della famiglia richiede ad uno dei genitori di scegliere il cognome del bambino. Alla scadenza del termine, se tale scelta non è stata effettuata, il figlio riceve il cognome del genitore cui era stato trasferito il diritto di decisione.

Infine se i genitori non portano alcun cognome coniugale e la responsabilità genitoriale spetta ad un solo genitore, il figlio riceve il cognome che porta tale genitore al momento della nascita del figlio stesso.

Infine in Francia il figlio può ricevere il cognome di uno o dell'altro genitore o entrambi i cognomi affiancati.

In caso di riconoscimento simultaneo del figlio, l'attribuzione è decisa di comune accordo dai genitori che possono scegliere il cognome di uno o dell'altro o entrambi i nomi affiancati secondo l'ordine di loro scelta (per un massimo di un cognome per genitore).

I genitori devono presentare una dichiarazione congiunta davanti all'ufficiale di stato civile perchè in assenza di una dichiarazione congiunta il bambino prende il cognome del padre.

La scelta del cognome da parte dei genitori, operata per il figlio primogenito, può essere fatta una sola volta, è irrevocabile,e si estende ai figli cadetti della coppia.

In caso di riconoscimento successivo alla nascita del figlio, il bambino prende il cognome del genitore che lo riconosce per primo. I genitori possono domandare,

con una dichiarazione congiunta davanti al Cancelliere capo del Tribunale di prima istanza competente per territorio, che il bambino porti, in sostituzione di quello inizialmente attribuito, il cognome dell'altro genitore o i cognomi affiancati di entrambi, nell'ordine da loro stessi scelto. [21]

Alla luce di quanto esposto occorre dire che, da questa importante pronuncia, della Corte Costituzionale italiana, derivano dei nodi ancora da sciogliere.[22]

Si tratta di problemi applicativi, determinati dal molto che essa dice e dal molto che non dice, in un intreccio complicato di pieni e di vuoti difficile da dipanare, problemi resi ancor più impellenti dall'immediata operatività delle regole in essa espresse, dal giorno successivo alla pubblicazione.[23]

Nello specifico, in primo luogo, se non si dovesse arrivare a redigere un accordo sull'ordine di attribuzione dei cognomi spetterà al giudice intervenire e ad oggi non esiste una legge apposita per disciplinare situazioni del genere.

Attualmente ciò che l'ordinamento giuridico italiano prevede è il ricorso all'intervento del giudice ai sensi degli artt. 316, commi secondo e terzo del codice civile; 337- *ter* terzo comma; 337 *quater* terzo comma e 337 *octie*s del codice civile.

A riguardo si sottolinea che in luogo dell'accordo, forse sarebbe stato preferibile un criterio oggettivo.

Si pensi ad esempio al criterio dell'ordine alfabetico, anziché lasciare ai genitori una scelta che potrebbe portare a qualche soluzione conflittuale, con il rischio di un intervento discrezionale del giudice. [24]

In secondo luogo l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori, nel succedersi delle generazioni, non può comportare un meccanismo moltiplicatore lesivo della funzione identitaria del cognome.[25]

21 Camera dei deputati, Servizio Biblioteca XVII legislatura. Documentazione per l'esame di progetti di legge. Elementi di legislazione straniera, n°12-29 maggio2014.

22 Evidenzia Sesta, M.: "La cedevole tutela della identità del figlio nelle nuove regole di attribuzione del cognome",*www.giustiziainsieme.it* , 13 luglio 2022: " Ad avviso di chi scrive, riguardata nel suo insieme, la sentenza, che pure porta meritoriamente a compimento il lungo percorso di adeguamento della disciplina dell'attribuzione del cognome ai principi costituzionali, non sembra aver realizzato un soddisfacente contemperamento delle due rationes che ne costituiscono il fondamento, cioè il diritto del figlio all'identità familiare e la piena attuazione del principio di eguaglianza dei genitori, che ne ha in concreto amplificato le prerogative sino a farle risultare preponderanti e capaci di rendere cedevole l'interesse del figlio, che pure si vuole preminente".

23 Così afferma testualmente Luccioli, G.: "Brevi note sulla sentenza n. 131 del 2022 della Corte Costituzionale", *www.giustizia insieme.it*, 13 luglio 2022.

24 Così Bianca, M.: " La decisione della Corte Costituzionale sul cognome del figlio e il diritto di famiglia mobile. Riflessioni sulla funzione della Corte Costituzionale nel sistema di effettività dei diritti", *www.giustiziainsieme.it,*13 luglio 2022.

25 Sul punto Spaccasassi, F.: "Il cognome dei figli: questioni chiuse e problemi aperti dalla sentenza n. 131 del 2022 della Corte Costituzionale",*questionegiustizia.it*, 28 settembre 2022, osserva che: "per evitare

Come si apprende leggendo il testo della sentenza della Corte Costituzionale, del 31 maggio 2022, bisogna preservare la funzione del cognome, identitaria e di identificazione, a livello giuridico e sociale, nei rapporti di diritto pubblico e di diritto privato, che non è compatibile con un meccanismo moltiplicatore dei cognomi nel succedersi delle generazioni.

Quindi nel caso di un genitore titolare del doppio cognome, si renderebbe necessaria la scelta di quello dei due che rappresenta il suo legame genitoriale, sempre che i genitori non optino per l'attribuzione del doppio cognome di uno di loro soltanto.

Spetta poi al legislatore tutelare l'interesse del figlio a non vedersi attribuito un cognome diverso rispetto a quello di fratelli e sorelle.

Una possibile soluzione a ciò è che la scelta del cognome attribuito al primo figlio potrebbe diventare vincolante per decidere quello dei figli successivi della stessa coppia.

Sono queste delle problematiche, rispetto alle quali si auspica un tempestivo intervento da parte del legislatore perché il diritto di famiglia è una realtà in continuo movimento che segue l'evoluzione della società.

Ecco allora che il diritto di famiglia non si limita a lambire l'isola della famiglia come affermato da Jemolo ma penetra nella sua realtà. Questa realtà si evolve per promuovere i diritti che tutelano gli interessi familiari, vale a dire gli interessi della persona, quale parte della comunità familiare.

Il diritto di famiglia si muove per realizzare un diritto più giusto quale condizione primaria per una giustizia sociale della famiglia.[26]

Diritto più giusto significa allora garantire a ciascun individuo i suoi diritti fondamentali e sicuramente tra questi vi rientrano i diritti familiari che sono essenziali e strettamente personali, in quanto volti a garantire una tutela della persona nei suoi interessi morali e materiali.

Il superamento dell'antica concezione patriarcale dell'istituto della famiglia ci insegna che ogni persona è libera di costituire la propria famiglia come meglio crede: oggigiorno molte persone al matrimonio religioso e civile preferiscono

l'effetto moltiplicatore, sia che la scelta del cognome da attribuire sia disposta con legge (ad esempio il primo cognome) sia che venga rimessa al genitore (come suggerisce la Corte) comunque si tratta di opzioni entrambe insoddisfacenti poiché la prima privilegia un automatismo sacrificando eventuali peculiarità meritevoli di deroga e la seconda lascia alla mera, e insindacabile, potestà del genitore quale dei due cognomi trasmettere".

26 Così Bianca, C. M.:" Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia", *Familia*, 2016,pp.3-7.

la convivenza di fatto (disciplinata dalla Legge 20 Maggio 2016, n. 76)nonché la convivenza di due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza, non vincolate da rapporti di parentela, affinità adozione matrimonio o unione civile.

Sono state poi regolamentate le Unioni civili (sempre con la legge 20 Maggio 2016, n. 76)

ossia il rapporto costituito tra due persone dello stesso sesso reciprocamente obbligate all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione.

E ancora una nuova realtà familiare è quella costituita dalle famiglie ricomposte a seguito dei casi di separazione e divorzio; questi ultimi in crescente aumento.

Si ravvisano quindi nella realtà attuale una pluralità di aggregati familiari.

Si afferma che non vi è una sola famiglia ma tante famiglie e altrettanti nozioni di famiglia.

Esistono vari modelli familiari i quali meritano tutti di ricevere tutela giuridica perché rispondono all'esigenza primaria di consentire all'uomo la realizzazione della sua personalità e dei suoi diritti fondamentali, tra questi ultimi sicuramente il diritto all'eguaglianza e all'identità personale.

Essi ricevono tutela non solamente nel diritto interno ma anche nel diritto internazionale. Infatti la Corte europea dei diritti dell'uomo, ha tracciato i principi di un diritto europeo della famiglia, che tiene conto dei diritti fondamentali della persona e degli aspetti socioculturali di ciascun paese, secondo le peculiarità dei differenti contesti nazionali.

La Corte europea ha dunque riconosciuto l'esistenza di nuovi modelli di relazioni di coppia e parentali alla luce dell'evoluzione del concetto di famiglia nel contesto europeo.

Così, i principi della preminenza dell'interesse del minore, dell'uguaglianza tra figli e coniugi, comuni al diritto di famiglia degli Stati europei, sono stati pienamente recepiti e applicati dalla Corte europea stessa.[27]

27 Tommasi, L.: "La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu", *Questione Giustizia*, 2019,n.2°,pp.39-52.

BIBLIOGRAFIA

Bianca, C. M.: "Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia", *Familia*, 2016,pp.3-7.

Bianca, M.: " La decisione della Corte Costituzionale sul cognome del figlio e il diritto di famiglia mobile. Riflessioni sulla funzione della Corte Costituzionale nel sistema di effettività dei diritti", *www.giustiziainsieme.it*,13 luglio 2022.

Bianca, M.: "La Corte Costituzionale sul cognome dei figli e l'effetto matrioska", *giudicedonna.it*, 2022,n.1°.

Bianca, M.: "La Corte Costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva. Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione, *Familia*, 2022, p. 349 ss.

Bianca,C.M.: *La famiglia 2.1.,* Giuffrè, Milano,2017, p. 10.

Buffa, F.:"Nel nome della madre. Prime riflessioni sulla sentenza CEDU, II sez., 7 gennaio 2014, Cusan e Fazzo c. Italia.", *questionegiustizia.it*, 7 gennaio 2014.

Deana, F.: "La "liberalizzazione" della disciplina italiana sull'attribuzione del cognome ai figli: una riforma in chiave europea", *articolo29.it*, 24 maggio 2022.

Iannicelli, M.A.: "Il cognome del figlio tra principio di non discriminazione dei genitori e diritto all'identità personale del minore", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,*2022*,* n. 16°bis, pp. 1204-1235.

Long, J.: "Il principio dei best interests e la tutela dei minori", *Questione Giustizia*, 2019, pp.413-418.

Luccioli, G.: "Brevi note sulla sentenza n. 131 del 2022 della Corte Costituzionale", *www.giustiziainsieme.it*, 13 luglio 2022.

Paradiso, L.: "Memorie familiari e narrazioni nella genitorialità e filialità adottiva", *Rivista italiana di educazione familiare*,2017, n.1°,pp.77-95.

Sesta, M.: "La cedevole tutela della identità del figlio nelle nuove regole di attribuzione del cognome", *www.giustiziainsieme*.it ,13 luglio 2022.

Spaccasassi, F.: "Il cognome dei figli: questioni chiuse e problemi aperti dalla sentenza n. 131 del 2022 della Corte Costituzionale",*questionegiustizia.it*, 28 settembre 2022 .

TOMMASI, L.: "La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu", *Questione Giustizia*, 2019,n.2°,pp.39-52.

IL TRATTAMENTO DEI DATI DIGITALI DEL MINORE

THE PROCESSING OF DIGITAL DATA OF THE MINOR

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1304-1317

Daniela
MARCELLO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Con l'evoluzione delle tecnologie informatiche e la dirompente diffusione dell'uso dei social la circolazione di dati personali e l'esposizione di sé in rete sono cresciute in una misura tale che le informazioni desumibili dai dati digitali sono capaci di rivelare molto sulla personalità dell'individuo a cui si riferiscono; essi hanno acquisito una notevole carica identitaria tanto da contribuire alla costruzione stessa della personalità dell'individuo. Inoltre, quando i dati digitali riguardano un minore d'età la loro tutela esige un complicato e complesso bilanciamento tra riservatezza del minore, protezione dello sviluppo della sua personalità, libertà di manifestazione del pensiero, esercizio della autonomia, capacità di discernimento del minore ed esercizio della responsabilità genitoriale. Il contributo osserva il ruolo di protezione e controllo affidato ai genitori, ma al contempo, il ruolo svolto dagli internet service provider, i quali, alla luce della speciale protezione che il GDPR 679/2016 riserva ai minori, devono approntare misure di tutela adeguate ed efficaci.

PALABRAS CLAVE: Dati digitali; minore età; privacy; riservatezza; responsabilità genitoriale.

ABSTRACT: *With the evolution of information technologies and the widespread use of social media, the circulation of personal data and the exhibition of oneself on the net have grown to such an extent that the information that can be inferred from digital data is capable of revealing a lot about the personality of the individual to whom they refer; they have acquired a significant identity charge so as to contribute to the construction of the individual's personality. Furthermore, when digital data concern a minor, their protection requires a complicated and complex balance between the privacy of the minor, security of the development of his or her personality, freedom of expression of thought, the exercise of autonomy, the capacity of discernment of the minor and exercise of parental responsibility. The contribution observes the role of protection and control entrusted to parents and at the same time, the role played by internet service providers, which, in light of the special protection that the GDPR 679/2016 reserves for minors, must take adequate and effective.*

KEY WORDS: *digital data; minor; privacy; parental accountability.*

SUMARIO.- I. LA TUTELA DELLA PRIVACY ED IL TRATTAMENTO DEI DATI.- II. L'ACCESSO DEI MINORI IN RETE: CRITICITÀ.- III. IL CONTROLLO GENITORIALE.

I. LA TUTELA DELLA PRIVACY ED IL TRATTAMENTO DEI DATI.

La tutela della privacy vanta ormai più di un secolo di storia. Dalla prima elaborazione teorica, che notoriamente è attribuita ai due autori Warren e Brandeis del "right to be let alone"[1], la tutela della riservatezza si è evoluta ed ampliata, arrivando a coinvolgere quasi tutte le sfere di attività dell'individuo, basti pensare a quante volte siamo chiamati a prestare il consenso per il trattamento dei nostri dati nella quotidianità. Seppur con il timore di incorrere in eccessiva semplificazione, si può dire che in questo lungo percorso si sia passati da una logica proprietaria, che tutelava il soggetto principalmente attribuendogli il potere di estromettere gli altri dalla propria sfera più intima, ad una visione di controllo e gestione di tutte le informazioni che concernono l'individuo. Soprattutto nella fase iniziale della sua teorizzazione, infatti, la riservatezza è stata concepita come una sorta di propagazione ideale di quel luogo fisico, il domicilio appunto, nel quale l'individuo esprime e vive le sue esperienze più personali e intime, e la forma più efficace di tutela sembrava passare dalla segretezza, già garantita per la corrispondenza; ma questa visione si è manifestata molto presto riduttiva dell'importanza che invece la riservatezza assume sia per la tutela della personalità e libertà dell'individuo sia per la salvaguardia dell'equilibrio profondo di un ordinamento democratico, il quale è tenuto a mantenere un bilanciamento tra tutela del singolo e tutela della collettività. Ciò porta molto presto a far superare alla disciplina della privacy il ristretto cerchio delle informazioni più rigorosamente personali per estendersi alla tutela di tutti dati riconducibili ad una data persona[2].

Con l'evoluzione delle tecnologie informatiche e la dirompente diffusione dell'uso dei social l'esposizione di sé, la circolazione di dati personali e la comunicazione di scelte o preferenze su temi che possono essere i più disparati (commerciali, politici, sociali, personali, ect..) sono cresciute in una misura tale che ne risulta modificato non soltanto l'ordine di grandezza dei dati in circolazione, ma la qualità stessa delle informazioni desumibili dai dati, nel senso che essi diventano capaci di rivelare molto di più sulla personalità dell'individuo a cui si riferiscono rispetto a quanto contenuto nell'informazione isolatamente considerata. Così le relazioni sui social, le preferenze musicali, letterarie, le amicizie e le esperienze

1 Warren, S. D, Brandeis, L.D: *The right to privacy*, Harvard Law Review, 1890.

2 In questo senso vedi Regolamento europeo 2016/679.

• Daniela Marcello
Ricercatrice Università degli Studi di Firenze, avvocata

di vita narrate consentono di estrarre informazioni sensibili. Per tale ragione cambia anche la qualità della definizione di privacy, la quale diviene protezione dal controllo pubblico o dalla stigmatizzazione sociale e diviene altresì diritto all'autodeterminazione informativa[3].

Più recentemente, poi, l'uso delle tecnologie come strumento didattico e pedagogico implica che i media oggi non siano solo ambienti che consentono di condividere e collaborare, ma siano una sorta di tessuto connettivo che media le relazioni tra i soggetti perché attraverso i canali comunicativi tecnologici è possibile costruire e gestire la nostra identità annodandone i tratti come in uno storytelling. Le tecnologie consentono al soggetto di agire sul proprio corpo, sulla propria anima, sui propri pensieri, sul proprio comportamento e sul modo di essere e di trasformare sé stesso, più o meno consapevolmente.

In questo scenario il diritto deve tentare di assicurare che la costruzione e la gestione di tale identità sia sotto il dominio e sotto il controllo del soggetto interessato. Questa esigenza si avverte ancor di più quando sia coinvolto un minore d'età. Quando i dati digitali riguardano un minore d'età la loro tutela esige un complicato e complesso bilanciamento tra riservatezza del minore, protezione dello sviluppo della sua personalità, libertà di manifestazione del pensiero, esercizio della autonomia, capacità di discernimento del minore ed esercizio della responsabilità genitoriale[4]. In quest'ottica l'obbligo educativo e di vigilanza che grava sui genitori si arricchisce di aspetti inediti e la prassi invalsa tra i genitori di condividere storie, immagini ed esperienze che riguardano i loro figli (denominata sharenting) assume interesse psicologico, pedagogico e non ultimo giuridico sul

3 La dottrina più sensibile avverte che intorno alle nuove tecnologie si ridefinisce l'identità stessa del soggetto, cfr. Rodotà, S: *Tecnologie e diritti*, Bologna, ristampa 2021, p. 18 e ss); Westin, A.F: *Privacy and freedom*, New York, 1970; Miller, A.R: *The Assault on Privacy*, Ann Arbor, 1971; Predieri, A: "Nuove tecnologie dell'informazione e nuove istituzioni: un rapporto problematico", in Aa.Vv: *Razionalità sociale e tecnologie dell'informazione*, (a cura di F. Rositi), III, Milano 1973, p. 307. Per un excursus storico dei social media vedi Van Dijck, J: *The Culture of Connectivity: A Critical History of Social Media*, Oxford, 2013, p.13 ss. Più recenti Da Re, A: "Big data e aspetti bioetici", in Aa. Vv.: *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, atti del 14 ° convegno SISDIC 9-10-11 maggio 2019 Napoli, Napoli, 2020, p. 19-28; Nazzaro, A.C: "L'utilizzo dei Big data e i problemi di tutela della persona", *Rassegna di Diritto Civile*, 2018, 4, p. 1239-1260. Per una disamina del mutamento giuridico riletto attraverso l'evoluzione tecnologica affrontata con metodo casistico vedi Caso, R: *La società della mercificazione e della sorveglianza: dalla persona ai dati. Casi e problemi di diritto civile*, Ledizioni, 2021, p. 109-119, 171 ss..

4 Camardi C: "Minore e privacy nel contesto delle relazioni familiari", in Aa.Vv: *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile* (a cura di R. Senigaglia), Pisa, 2019, p. 117 ss, l'Autrice evidenzia come il quadro normativo nazionale ed internazionale consegni all'interprete un quadro normativo regolato connotato da principi e clausole generali che richiedono un'attività ermeneutica estremamente complessa stante il continuo svolgersi dialettico tra la disciplina delle attività di un soggetto legalmente incapace - però titolare di diritti fondamentali quali l'autodeterminazione, che assume ampiezza sempre diversa in ragione della specifica età e delle circostanze concrete- e la continua e talvolta doverosa interferenza dei poteri/doveri di chi esercita la responsabilità genitoriale. de Verda Y Beamonte, J.R.: "La protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores frente a los medios de comunicación", in Aa.Vv.: *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España* (a cura di J.A. Cobacho Gómez), Pamplona, 2018, p. 14 ss.; Thiene, A: "I diritti della personalità dei minori nello spazio virtuale", *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, vol. 9, 2017, n. 13, p. 26-39; Spangaro, A: *Minori e mass media: vecchi e nuovi strumenti di tutela*, Milano, 2011, passim; Perlingieri, C: "La tutela dei minori di età nei social networks", *Rassegna di diritto civile*, 2016, n. 4, p. 1324 ss.

piano del rispetto alla vita privata, tutelato come diritto fondamentale dalla Carta di Nizza anche a favore dei minori[5].

Il regolamento europeo 679/2008 stabilisce una speciale protezione a favore dei minori, nella parte dei considerando viene evidenziato come i minori meritino "specifica protezione relativamente ai loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi e delle conseguenze dell'uso dei dati, nonché loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali." Inoltre, il principio della trasparenza impone una particolare declinazione quando il trattamento riguardi i dati del minore, tanto che qualsiasi informazione e comunicazione deve utilizzare un linguaggio semplice e chiaro che un minore possa capire facilmente. Anche il diritto all'oblio conosce una dimensione rafforzata per i minori perché egli potrebbe non essere pienamente consapevole dei rischi derivanti dal trattamento e voler successivamente eliminare i propri dati personali, in particolare da internet, anche perché l'inattualità dei dati per i minori di età potrebbe verificarsi in un lasso di tempo esiguo perché essi vivono una fase di crescita e cambiamento molto rapida proprio in ragione della loro età[6].

Sotto il profilo della capacità del minore a consentire l'uso dei propri dati, il regolamento stabilisce che il trattamento di dati personali del minore è lecito ove il minore abbia almeno 16 anni; ove egli abbia un'età inferiore ai 16 anni è necessario che tale consenso sia prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale o rappresentante legale.

Gli Stati membri possono stabilire per legge un'età inferiore a tali fini purchè non inferiore ai 13 anni.

In Italia l'art. 2 quinquies del Codice Privacy attribuisce al minore che abbia compiuto 14 anni la capacità di esprimere il consenso al trattamento dei dati personali, mentre per i minori di 14 anni possono esprimere il consenso solo gli esercenti la responsabilità genitoriale o il rappresentante legale[7].

5 Arcidiacono, F: "Narrare in famiglia, narrare la famiglia: dialoghi domestici tra genitori e figli", *Enthymema*, XX, 2017, p. 19 ss ed ivi bibliografia

6 L'Unione europea si era già occupata specificatamente della tutela dei dati del minore con il Programma comunitario pluriennale per la protezione dei bambini che usano internet e altre tecnologie di comunicazione (Decisione n. 1351/2008/Ce del parlamento e del Consiglio del 16 dicembre 2008; la Risoluzione del parlamento europeo del 20 novembre 2012 sulla tutela dei minori nel mondo digitale.

7 Lo stesso GDPR fa salve le disposizioni di ciascun Stato membro concernenti la validità, formazione ed efficacia dei contratti stipulati dai minori. Quindi resta ferma la distinzione tra la capacità di gestire i propri dati e quindi esprimere validamente il consenso al trattamento rispetto alla capacità di agire e quindi di compiere attività negoziale che resta invece subordinata all'acquisto della capacità d'agire. Andreola E., *Minori e incapaci in Internet*, Napoli, 2019, p. 131 ss.; Senigaglia R., *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, p. 66 ss.. Il tema della distinzione tra capacità d'agire e capacità a fornire il consenso al trattamento dei dati assume particolare rilievo in relazione all'adesione dei minori alle piattaforme dei social network la quale si presenta come atto di consenso all'uso dei dati, ma, come evidenziato da certa dottrina, implica un'attività negoziale di scambio (cfr. Perlingieri C: *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, p. 88 ss.; Versaci, G, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*,

II. L'ACCESSO DEI MINORI IN RETE: CRITICITÀ.

La disciplina vigente pone un primo punto di criticità, emerso chiaramente in alcuni casi giunti all'attenzione del Garante Privacy, che è quello di verificare l'età degli utenti.

Sui meccanismi di controllo dell'età degli utenti utilizzati dagli ISP emblematico è il caso italiano TIK TOK. La vicenda giuridica prende avvio da un triste fatto di cronaca accaduto il 21 gennaio 2021 a Palermo, quando Antonella, bimba di dieci anni, moriva per soffocamento per essersi stretta una cintura attorno al collo, per partecipare ad una sfida, che allora spopolava tra i giovanissimi, chiamata "Blackout challenge". Per vero, tante sono le sfide folli che dilagano sul web, tra le prime a diffondersi sul web, partita dalla Russia, è stata la Blue whale" (la Balena azzurra) nel 2016, una prova estrema fatta di 50 assurde regole, tra cui tagliarsi le vene, salire sul tetto di un palazzo e arrampicarsi sul cornicione, inviando le immagini dell'impresa in rete. Queste sfide estreme coinvolgono prevalentemente i giovanissimi e soprattutto minorenni. La tragedia di Antonella ha spinto l'Autorità Garante della Privacy italiana a ordinare a Tik Tok il blocco dei trattamenti di dati personali degli utenti dei quali il social non era in grado di provare l'età o, almeno, il superamento dell'età alla quale è riservato il servizio[8].

La questione giuridica alla base dei provvedimenti dell'Autorità è la seguente: TikTok dichiarava di trattare i dati personali di tutti i suoi utenti sulla base di un contratto al solo scopo di darvi esecuzione oppure sulla base del consenso espresso dagli utenti per finalità commerciali ulteriori. Tuttavia, il consenso non in tutti i casi era validamente espresso perché in primo luogo la proposta era diretta esclusivamente agli ultratredicenni, di conseguenza solo gli utenti con detti requisiti di età potevano accettare la proposta, pena la mancata conclusione dell'accordo e quindi la mancanza del requisito di legittimazione all'uso lecito dei dati. In più occorre considerare che, stante la disciplina della capacità d'agire nel nostro ordinamento, il consenso negoziale può essere validamente espresso soltanto dal maggiorenne oppure dal minorenne ma per il tramite del suo rappresentante legale, quindi l'accordo stipulato dall'ultratredicenne poteva comunque risultare invalido ove il consenso negoziale non fosse risultato manifestato dal rappresentante legale e dunque non legittimare l'uso dei dati[9]. Tale motivo di invalidità del negozio, si sa,

Napoli, 2020, p. 137 ss.; Ricciuto, V: "Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali", *Rivista dir. civ.*, 2020, p. 653 ss..

8 Autorità Garante Privacy provvedimento 22 gennaio 2021, successivamente confermato con provvedimento del 25 marzo 2021 perché TIK TOK non aveva approntato misure di protezione adeguate.

9 Sulla scissione tra consenso al trattamento dei dati e consenso negoziale e sulle problematiche connesse alla differente età prevista per poter esprimere validamente il primo rispetto al secondo vedi Scia, F: *Diritti dei minori e responsabilità dei genitori nell'era digitale*, Napoli, 2020, p. 25 ss.; Astone, A: *I dati personali dei minori in rete*, Milano, 2019, p. 46 ss.; Caggiano, I: "Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione", *www.rivistafamilia.it*; Naddeo, F: "Il consenso al trattamento dei dati personali del minore", *Diritto informatica*, 2018, p. 27 ss.

può però essere eventualmente eccepito solo dall'incapace legittimato ad agire per l'annullamento del contratto. Invece, riguardo la manifestazione del consenso per il trattamento dei dati che TIK TOK raccoglie anche per fini commerciali esso è validamente prestato soltanto dal minore che abbia compiuto quattordici anni. Ne consegue che l'accertamento dell'età dell'utente diviene essenziale ai fini della verifica della liceità del trattamento dei dati. Ebbene, l'Autorità Garante Privacy italiana accertava che il consenso raccolto da Tik Tok non era un consenso valido perché non risultava efficacemente accertata l'età dell'utente; infatti non poteva considerarsi sufficiente la semplice richiesta indirizzata all'utente, perché poteva accadere che gli utenti dichiarassero un'età diversa, come risultava evidente nel caso della piccola Antonella che aveva solo 10 anni. L'Autorità chiarisce infatti che l'ISP è comunque tenuto a predisporre un adeguato sistema di controllo di accesso alla piattaforma per arginare il rischio di trattare illegittimamente dati di minori di età e non limitarsi a chiedere l'inserimento dell'età al momento dell'iscrizione.

Dunque, la speciale protezione prevista dal GDPR nel trattamento dei dati digitali del minore già sopra richiamata è da intendersi nel senso che l'ISP deve predisporre adeguate ed efficaci misure di controllo per il controllo dell'età degli utenti.

III. IL CONTROLLO GENITORIALE.

Riguardo il controllo sull'accesso dei minori in rete viene naturalmente in gioco il ruolo dei genitori. Invero, sui genitori grava l'obbligo di vigilanza e controllo della condotta dei minorenni in rete sia per la tutela dell'interesse del minore sia per impedire che questi stessi possano porre in essere condotte lesive nei confronti di terzi, infatti, potrebbero essere anche gli stessi minori a trattare illegittimamente dati di altri minorenni (come è noto sono frequenti anche tra i minorenni i casi di sexing ossia condivisione di foto che ritraggono momenti di intimità, rapporti o nudi, cyberbullismo e altre condotte lesive). Inoltre, la circostanza che la capacità di prestare il consenso ai propri dati sia attribuita ai quattordicenni non esonera i genitori dall'obbligo di vigilanza e controllo della condotta anche nei loro confronti. Negli anni sono stati elaborati appositi software di c.d. parental control che si installano creando un account al minore, questi filtri e blocchi consentono al genitore di monitorare eventuali attività a rischio, di supervisionare le app scaricate dal minore oppure il tempo trascorso dal minore in rete. Si tratta di strumenti tecnici che possono essere d'ausilio nell'esercizio della responsabilità genitoriale e nello svolgimento del ruolo educativo che grava sul genitore[10].

10 Bianca, M: "Il minore e i nuovi media", in Aa. Vv.: *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile* (a cura di R. Senigaglia), Pisa, 2019, p.160 ss.. Più diffusamente cfr. Bianca, M (a cura di): *The best interest of child*, Roma, 2021, p. 6 ss; Bosa, S: "La tutela della privacy del minore in ambienti virtuali: potere di autodeterminazione e responsabilità genitoriale", in Aa.Vv: *Sui mobili confini del diritto. Tra pluralità delle fonti*

Proprio sul ruolo educativo non sembra banale richiamare all'attenzione che il concetto di educazione della prole è variabile in riferimento all'evoluzione del costume e della società. Il tradizionale modello autoritario e gerarchico del rapporto genitore figlio ha lasciato negli anni spazio a modelli educativi improntati al dialogo ed alla crescente attenzione all'autodeterminazione dei minori alla considerazione delle loro attitudini ed inclinazioni, basti pensare all'istituto dell'ascolto, alla considerazione della capacità di discernimento. Oggi, si affaccia una ulteriore dimensione educativa che riguarda il comportamento in rete, rischi e opportunità.

Su questo la giurisprudenza italiana[11] ha precisato che nonostante la minore età conosca distinte fasi evolutive, cui si accompagna anche una differente capacità di discernimento non può escludersi l'obbligo di vigilanza in capo ai genitori anche di quelli che vengono chiamati grandi minori, per tale ragione la prova liberatoria della responsabilità civile ex art. 2048 c.c.[12] assume confini differenti tenendo conto che più il ragazzo si avvicina alla maggiore età più conquista autonomia decisionale e comportamentale. La giurisprudenza italiana si spinge anche oltre, suscitando anche qualche disappunto in qualche autore[13], affermando che gli obblighi inerenti alla responsabilità genitoriale impongono non solo il dovere di impartire al minore una adeguata educazione all'utilizzo dei mezzi di comunicazione, ma anche di compiere un'attività di vigilanza sul minore per quanto concerne il suddetto utilizzo. Secondo siffatto approccio l'educazione si porrebbe, infatti, in funzione strumentale rispetto alla tutela dei minori al fine di prevenire che questi ultimi siano vittime dell'abuso di internet da parte di terzi e si porrebbe altresì in funzione cautelativa, ossia finalizzata a evitare che i minori cagionino danni a terzi o a sé stessi mediante gli strumenti di comunicazione telematica. Il problema sembra dunque consistere nel definire se l'anomalo utilizzo da parte del minore dei mezzi offerti dalla moderna tecnologia - tale da ledere la dignità del minore stesso o di altri – possa essere sempre sintomatico di una scarsa educazione e vigilanza da parte dei genitori. La risposta risente del concetto di educazione che si adotta a parametro di valutazione: ove essa si intenda nel senso che i genitori sono tenuti non solo ad impartire ai propri figli minori un'educazione consona alle proprie

ufficiali e moltiplicarsi di formanti normativi di fatto (a cura di M. Cavallaro, F. Romeo, E. Bivona, M. Lazzara), Torino, 2022, p. 158 ss..

11 Vedi Tribunale per i Minorenni Caltanissetta, sentenza 08 ottobre 2019.

12 Art. 2048 c.c. (Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte). Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggette alla tutela, che abitano con essi. La stessa disposizione si applica all'affiliante. I precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza. Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non aver potuto impedire il fatto.

13 Bianca, M: *Il minore e i nuovi media*, cit., p. 162 ss., l'autrice evidenzia "l'assurdità" della prassi della giurisprudenza che fonda la prova liberatoria della responsabilità ex art. 2048 c.c. sulla della inesistenza di culpa in vigilando e in educando, quando invece la norma richiede la prova di non aver potuto impedire il fatto. Vedi anche Andreola E: *Minori e incapaci in Internet*, Napoli, 2019, p. 259 ss. e ivi bibliografia.

condizioni socio-economiche, ma anche ad adempiere a quell'attività di verifica e controllo sulla effettiva acquisizione di quei valori da parte del minore, allora la vigilanza dovrà estendersi ben oltre l'impiego dei software di parental control, i quali garantiscono solo il controllo nell'accesso a determinati contenuti; invero, i genitori dovranno approntare ulteriori misure educative idonee a sensibilizzare i minori sulla portata lesiva di certe condotte, sulla invasività nella sfera privata altrui che il trattamento dei dati digitali può comportare. Diversamente, se il ruolo educativo si contiene entro l'obbligo di avvertenza e vigilanza a che il minore non acceda alla rete quando non ne abbia i requisiti di età a protezione sua e di terzi, allora il ruolo educativo genitoriale si limiterebbe nell'arginare l'accesso in rete dei minori e ad esercitare la vigilanza quando il genitore sia chiamato ad esprimere il consenso nella qualità di esercente la responsabilità genitoriale. Certo, riguardo all'uso della rete telematica l'adempimento del dovere di vigilanza dei genitori è strettamente connesso all'estrema pericolosità del sistema e della potenziale esondazione incontrollabile dei contenuti e questo certamente va a connotare il ruolo genitoriale. Secondo la giurisprudenza di merito italiana il dovere di vigilanza dei genitori deve sostanziarsi in una limitazione sia quantitativa che qualitativa di quell'accesso, al fine di evitare che quel potente mezzo fortemente relazionale e divulgativo possa essere utilizzato in modo non adeguato da parte dei minori[14].

Sotto altro aspetto, poi, la condotta dei genitori può rilevare anche per il trattamento dei dati del minore che essi stessi possono talvolta effettuare. Invero, nella prassi c.d. di sharenting (condivisione in rete di immagini, foto, esperienze, informazioni che riguardano i minori) i genitori, seppur legittimati al trattamento dei dati, talvolta trattano i dati digitali dei minori in maniera non conforme al suo c.d. best interest del minore, anzi, talvolta ledendo la vita privata di questi ultimi[15].

La questione è giunta all'attenzione di alcuni giudici di merito italiani perlopiù in riferimento alla condotta di alcuni genitori che non rispettando gli accordi di separazione hanno diffuso informazioni relative ai minori contro la volontà dell'altro genitore. In alcune di queste sentenze i giudici hanno evidenziato come l'inserimento di foto di minori sui social network debba considerarsi un'attività in sé pregiudizievole in ragione delle caratteristiche proprie della rete internet. Il web, infatti, consente la diffusione dati personali e di immagini ad alta rapidità, rendendo difficoltose ed inefficaci le forme di controllo dei flussi informativi *ex post*.[16]. Di conseguenza alcune sentenze hanno censurato il comportamento dei

14 Cfr. Trib. Teramo,16 gennaio 2012, ove si affronta la questione relativa alla responsabilità civile dei genitori ai sensi de11'art. 2048 c.c. nell'ipotesi di danno cagionato dal minore attraverso Facebook.

15 Molfino S: "Il diritto d'immagine del minore in rete: profili di responsabilità genitoriale e ipotesi di risarcimento del danno", *www.ilfamiliarista.it*, 9 gennaio 2017, p. 3 ss.

16 In questo senso, la più recente giurisprudenza ha evidenziato che «l'inserimento di foto di minori sui social network costituisce comportamento potenzialmente pregiudizievole per essi in quanto ciò determina la diffusione delle immagini fra un numero indeterminato di persone, conosciute e non, le quali possono essere malintenzionate e avvicinarsi ai bambini dopo averli visti più volte in foto on-line, non potendo

genitori che hanno comunicato e/o diffuso a mezzo internet dati e/o immagini dei minori. Tale condotta coinvolge non solo il profilo di legittimazione all'uso dei dati digitali del minore, che nel caso di separazione coniugale può essere attribuito ad uno o entrambi i genitori in osservanza al regime condiviso o meno dell'esercizio della responsabilità genitoriale, ma coinvolge anche il profilo dell'interesse del minore, al quale comunque deve essere orientata la condotta genitoriale. Quindi, la pratica dello sharenting deve comunque tenere conto dell'interesse del minore alla vita privata, come pure alla sua social reputation considerando che, come detto, la rappresentazione del minore sulla rete contribuisce alla costruzione della sua personalità per la capacità narrativa che i profili in rete sono capace di assumere nel cotesto di vita sociale e relazionale.

Dunque, lo scenario descritto evidenzia come i dati digitali del minore esigano una tutela interna al nucleo familiare ed esterna, verso e nei confronti di terzi. Forse, il compito di educazione digitale non sembra poter essere affidato esclusivamente ai genitori, ma potrebbe essere svolto insieme ad altri enti destinati all'educazione, come la scuola e le altre istituzioni. In tutto questo, poi, anche le piattaforme digitali non possono esimersi dall'approntare maggiori strumenti di protezione e garanzia nel trattamento dei dati digitali del minore, esse sono certamente tenute ad informare chiaramente ed efficacemente gli utenti minori di età, a inibire l'accesso a contenuti che inadeguati e pericolosi, tutto ciò al fine di promuovere una maggiore consapevolezza nell'uso delle tecnologie. In questa direzione sembra andare il c.d. *Digital service act*[17] il quale all'art. 28 rubricato "Protezione online dei minori" sancisce che i fornitori di piattaforme online accessibili ai minori debbano adottare misure adeguate e proporzionate per garantire un elevato livello di tutela della vita privata, di sicurezza e di protezione dei minori sul loro servizio. Essi, inoltre, sono tenuti a non presentare sulla loro interfaccia pubblicità basata sulla profilazione come definita all'articolo 4, punto 4), del regolamento (UE) 2016/679 che usa i dati personali del destinatario del servizio se essi sono consapevoli, con ragionevole certezza, che il destinatario del servizio è minore. Sembra, quindi, che il principio di non sorveglianza stabilito dall'art. 15 della direttiva sul commercio elettronico[18] possa trovare oggi una diversa modulazione in ragione del rinnovato ruolo degli ISP in rete. Invero, il legislatore europeo conferma l'idea che gli ISP non siano né debbano essere i controllori della rete[19] - e d'altronde, i poteri di controllo

inoltre andare sottaciuto l'ulteriore pericolo costituito dalla condotta di soggetti che "taggano" le foto on-line dei minori e, con procedimenti di fotomontaggio, ne traggono materiale pedopornografico da far circolare fra gli interessati, come ripetutamente evidenziato dagli organi di polizia […] il pregiudizio per il minore è dunque insito nella diffusione della sua immagine sui social network» (cfr. Tribunale di Mantova, 19 settembre 2017; in senso conforme, Tribunale di Roma – Sez. I Civ. del 23 dicembre 2017)

17 Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022, n. 2065 pubblicato in Gazzetta Ufficiale 27ottobre 2022, n. 277, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

18 Direttiva 2000/31/CE

19 Vedi Articolo 8 del Regolamento (2022/2065), rubricato «Assenza di obblighi generali di sorveglianza o di accertamento attivo dei fatti», il quale stabilisce che: ai prestatori di servizi intermediari non è imposto

porrebbero problemi di legittimazione del potere e controllo sull'orientamento assiologico del potere stesso- ma raccoglie la necessità emersa nel corso negli anni successivi alla prima regolamentazione della responsabilità degli ISP contenuta nella citata direttiva di considerarli coprotagonisti insieme alle autorità istituzionali nel governo della rete. La loro collaborazione e responsabilizzazione in forza del ruolo che essi hanno acquisito è necessaria e irrinunciabile nel contrasto alla diffusione dei contenuti illegali e nella protezione dei minori.

alcun obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che tali prestatori trasmettono o memorizzano, né di accertare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illegali.

BIBLIOGRAFIA

Andreola E: *Minori e incapaci in Internet*, Napoli, 2019.

Arcidiacono, F: "Narrare in famiglia, narrare la famiglia: dialoghi domestici tra genitori e figli", *Enthymema*, XX, 2017, p. 19 ss.

Astone, A: *I dati personali dei minori in rete*, Milano, 2019.

Bianca, M. (a cura di): *The best interest of child*, Roma, 2021.

Bianca, M: "Il minore e i nuovi media", in Aa.Vv.: *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile* (a cura di R. Senigaglia), Pisa, 2019, p.160 ss.

Bosa, S: "La tutela della privacy del minore in ambienti virtuali: potere di autodeterminazione e responsabilità genitoriale", in Aa. Vv.: *Sui mobili confini del diritto. Tra pluralità delle fonti ufficiali e moltiplicarsi di formanti normativi "di fatto"* (a cura di M. Cavallaro, F. Romeo, E. Bivona, M. Lazzara), Torino, 2022, p. 158 ss.

Caggiano, I: "Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione", *www.rivistafamilia.it.*

Camardi C: "Minore e privacy nel contesto delle relazioni familiari", in Aa.Vv.: *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile* (a cura di R. SenigaGLia), Pisa, 2019, p. 117 ss.

Caso, R: *La società della mercificazione e della sorveglianza: dalla persona ai dati. Casi e problemi di diritto civile*, Ledizioni, 2021.

Da Re, A: "Big data e aspetti bioetici", in Aa.Vv.: *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, atti del 14 ° convegno SISDIC 9-10-11 maggio 2019 Napoli, Napoli, 2020.

De Verda Y Beamonte, J.R.: "La protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores frente a los medios de comunicación", in Aa. Vv.: *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España* (a cura di J.A. Cobacho Gómez), Pamplona, 2018, p. 14 ss.

Molfino S: "Il diritto d'immagine del minore in rete: profili di responsabilità genitoriale e ipotesi di risarcimento del danno", *www.ilfamiliarista.it*, 9 gennaio 2017, p. 3 ss.

Naddeo, F: "Il consenso al trattamento dei dati personali del minore", *Diritto informatica*, 2018, p. 27 ss.

Nazzaro, A.C: "L'utilizzo dei Big data e i problemi di tutela della persona", *Rassegna di Diritto Civile*, 2018, 4, p. 1239-1260.

Perlingieri C: *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014.

Perlingieri, C: "La tutela dei minori di età nei social networks", *Rassegna di diritto civile*, 2016, n. 4, p. 1324 ss.

Predieri, A: "Nuove tecnologie dell'informazione e nuove istituzioni: un rapporto problematico", in Aa.Vv.: *Razionalità sociale e tecnologie dell'informazione*, (a cura di F. Rositi), III, Milano 1973, p. 307.

Ricciuto, V: "Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali", *Rivista dir. civ.*, 2020, p. 653 ss.

Rodotà, S: *Tecnologie e diritti*, Bologna, ristampa 2021.

Scia, F: *Diritti dei minori e responsabilità dei genitori nell'era digitale*, Napoli, 2020.

Senigaglia R.: *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020.

Spangaro, A: *Minori e mass media: vecchi e nuovi strumenti di tutela*, Milano, 2011.

Thiene, A: "I diritti della personalità dei minori nello spazio virtuale", *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, vol. 9, 2017, n. 13, p. 26-39.

Van Dijck, J: *The Culture of Connectivity: A Critical History of Social Media*, Oxford, 2013.

Versaci, G: *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*", Napoli, 2020.

Warren, S. D. Brandeis, L.D: *The right to privacy*, Harvard Law Review, 1890.

Westin, A.F: *Privacy and freedom*, New York, 1970.

Miller, A.R: *The Assault on Privacy*, Ann Arbor, 1971.



EL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS PERSONALES PERTENECIENTES A MENORES DE EDAD: UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO EUROPEO Y DESDE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ESPAÑOL E ITALIANO*

THE PROCESSING OF PERSONAL DATA BELONGING TO MINORS: A VIEW FROM EUROPEAN LAW AND FROM THE SPANISH AND ITALIAN LEGAL SYSTEMS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1318-1341

* Este artículo ha sido elaborado con ocasión de la realización de una estancia de investigación en la Università degli Studi di Firenze (Italia), cofinanciada por la Universidad de Zaragoza, Fundación Bancaria Ibercaja y Fundación CAI (ref. CH 24/21) y el "Programa Erasmus + de Movilidad del personal docente y no docente (STT) de Instituciones de Educación Superior para formación" de la Unión Europea. Así mismo, el trabajo se enmarca en el seno del Proyecto de investigación Fundación Ibercaja-Universidad de Zaragoza (JIUZ-2021-SOC-10) "Retos del Derecho civil en materia de protección de menores, con especial referencia a la era digital" (IP. Javier Martínez Calvo), del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación (PID2019-105489RB-I00) "Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos" (IIPP Mª Victoria Mayor del Hoyo/ Sofía de Salas Murillo) y del Grupo de Investigación de referencia del Gobierno de Aragón "Ius Familiae" (IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz).

Javier
MARTÍNEZ
CALVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran los menores de edad ante los avances tecnológicos que se han producido en los últimos años (y los que sin duda están por producirse) se erige como uno de los mayores retos a los que se enfrenta el Derecho civil contemporáneo. Entre los aspectos más controvertidos se halla la emisión del consentimiento para el tratamiento de los datos personales pertenecientes a menores de edad, pues no solo ha de determinarse la edad mínima para poder emitir consentimiento válido, sino que además han de fijarse mecanismos que permitan comprobar dicha edad, así como las correspondientes cautelas que garanticen que el consentimiento emitido por los menores de edad sea consciente y libre. El presente escrito se centra en dichos aspectos, que serán objeto de análisis desde una triple perspectiva: desde el derecho europeo y desde los ordenamientos jurídicos español e italiano.

PALABRAS CLAVE: Derecho comparado; Derecho europeo; datos personales; menores; consentimiento; internet.

ABSTRACT: *The situation of special vulnerability in which minors find in the face of the technological advances that have taken place in recent years (and those that are undoubtedly yet to come) emerge as one of the greatest challenges that contemporary civil law faces. Among the most controversial aspects is the issue of consent for the processing of personal data belonging to minors, since not only must the minimum age for the issue of valid consent be determined, but also mechanisms must be established to verify this age, as well as the corresponding safeguards to ensure that the consent issued by minors is free and informed. This paper focuses on these aspects, which will be analyzed from a threefold perspective: from European law and from the Spanish and Italian legal systems.*

KEY WORDS: *Comparative law; European law; personal data; minors; consent; internet.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PANORAMA NORMATIVO.- 1. Derecho europeo.- 2. Derecho español.- 3. Derecho italiano.- III. ASPECTOS GENERALES RELATIVOS A LA EMISIÓN Y REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES.- 1. Emisión del consentimiento para el tratamiento de datos personales.- A) Concepto y requisitos.- B) Datos personales especialmente protegidos.- 2. Revocación del consentimiento para el tratamiento de datos personales.- IV. REGLAS ESPECÍFICAS PARA LA EMISIÓN Y REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES PERTENECIENTES A MENORES DE EDAD.- 1. Emisión del consentimiento para el tratamiento de datos personales pertenecientes a menores de edad.- A) Especial protección de los datos personales pertenecientes a menores de edad.- B) Edad mínima para poder emitir consentimiento válido para el tratamiento de los datos personales.- C) Mecanismos para comprobar la edad de los usuarios de los servicios de internet.- D) Mecanismos para garantizar que el consentimiento emitido por los menores de edad reúne los requisitos exigidos por la normativa.- 2. Revocación del consentimiento para el tratamiento de datos personales pertenecientes a menores de edad.

I. INTRODUCCIÓN.

Si atendemos a los últimos datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE)[1], correspondientes al año 2021, observamos que, en España, el 93,9% de la población de 16 a 74 años manifiesta haber utilizado Internet en los últimos tres meses, lo que supone un incremento de 0,7 puntos respecto a los datos de 2020. Además, el uso de Internet es una práctica mayoritaria entre los jóvenes de 16 a 24 años, con un 99,7% en los hombres y un 99,6% en las mujeres. Y si nos fijamos en la situación en Italia, los datos que arroja el último informe elaborado por el Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT)[2], correspondientes al año 2019, muestran cifras similares: más de un 90% de los jóvenes comprendidos entre los 15 y los 24 años de edad usa internet todos los días.

Este espectacular avance que ha experimentado internet en los últimos años ha favorecido una mejora de la comunicación y de la calidad de vida, poniendo en contacto familias, mejorando los servicios que ofrece la administración y abriendo nuevas oportunidades de consumo e inversión tanto para los particulares como para las empresas, gracias al comercio electrónico. Y si nos centramos en los menores de edad, no hay duda de que el acceso al mundo virtual puede proporcionarles innumerables beneficios, favoreciendo su autonomía personal y su aprendizaje (mejorando sus habilidades y capacidades) y brindándoles oportunidades de participación política y cívica para que crezcan, sean creativos

1 *Vid.* https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccionC&cid=1259925528782&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout (fecha de última consulta: 29/05/2022).

2 *Vid.* https://www.istat.it/it/files/2019/12/Cittadini-e-ICT-2019.pdf (fecha de última consulta: 29/05/2022).

• Javier Martínez Calvo
Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: javiermc@unizar.es

y contribuyan significativamente a una sociedad mejor[3]. Además, en la medida en que internet facilita la interacción social, constituye una herramienta útil para que los menores puedan mantenerse en contacto con su círculo social y familiar e incluso ampliar su círculo de amistades.

Sin embargo, lo anterior no debe llevarnos a obviar algunos aspectos no tan positivos de esta nueva realidad. Y es que, por muchas precauciones que se adopten, es inevitable que desde el mismo momento en el que el menor se adentra en el mundo virtual comience a quedar comprometida la protección de sus datos personales, pues resulta inevitable compartir información personal con terceros. De hecho, todos sabemos que el paso previo para darse de alta en las diferentes aplicaciones de internet, ya se trate de redes sociales o de otros servicios equivalentes, consiste en aceptar tanto sus términos y condiciones de uso como su política de privacidad; lo que supone asumir una serie de compromisos, como el cumplimiento de las normas que la propia aplicación haya establecido para su utilización o la emisión del consentimiento para el tratamiento de los datos personales por parte de sus responsables. Además, cuando de menores se trata, se produce el llamado fenómeno 'privacy paradox', que consiste en la tendencia de los sujetos más vulnerables a minusvalorar las contraindicaciones y los peligros para su privacidad en el mundo digital[4].

Ello coloca al menor en una situación de especial vulnerabilidad ante los avances tecnológicos que se han producido en los últimos años (y los que sin duda están por producirse)[5], por lo que su protección en este ámbito se erige como uno de los mayores retos a los que se enfrenta el Derecho civil contemporáneo. Sin embargo, lo cierto es que todavía no ha recibido la suficiente atención por parte de la doctrina, lo que probablemente se deba en buena parte a su carácter novedoso, ya que nos encontramos en pleno proceso de revolución digital.

Por ello, en estas líneas voy a tratar de adentrarme en este fenómeno, centrándome en uno de los aspectos más controvertidos que se plantean en torno al mismo: la emisión del consentimiento para el tratamiento de los datos personales pertenecientes a menores de edad, para lo que llevaré a cabo un recorrido por la normativa europea (que es el germen de las reglas que recogen las normativas de los diferentes Estados miembros), así como por los ordenamientos español e italiano, llevando a cabo las oportunas comparaciones entre ambos. Así, comenzaré mi exposición con una breve referencia al panorama normativo

3 *Vid.* Alfieri, D.: "Internet: quando la "rete" cattura i minori", *Rivista italiana di informativa e diritto*, 2022, núm. 1, p. 2.

4 *Vid.* Thiene, A.: "L'inconsistente tutela dei minori nel mondo digitale", *Studium Iuris*, 2012, núm. 1, pp. 528 y ss.; y Perlingieri, C.: "La tutela dei minori di età nei social networks", *Rassegna di diritto civile*, 2016, núm. 4, pp. 1324 y ss.

5 *Vid.* Musselli, L.: "Internet e tutela dei minori", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, núm. 6, pp. 2 y ss.

en el que nos vamos a mover, para pasar posteriormente a introducir algunas nociones generales relativas a la emisión y revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales en internet, centrándome fundamentalmente en la determinación de los datos respecto de los que se puede consentir su tratamiento y en los requisitos que ha de reunir dicho consentimiento para que pueda ser considerado válido. En la última parte del trabajo, me centraré de forma específica en la emisión y revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales pertenecientes a menores de edad, abordando algunos de los aspectos más problemáticos que rodean a esta cuestión, como la edad mínima para poder emitir consentimiento válido, los mecanismos para comprobar dicha edad, o las cautelas a adoptar para tratar de garantizar que el consentimiento emitido por los menores de edad sea consciente y libre.

II. PANORAMA NORMATIVO.

El régimen jurídico relativo a la protección de datos personales está configurado por el Derecho europeo y por las normas dictadas por los diferentes Estados en desarrollo del mismo. Por tanto, un estudio completo de esta cuestión exige comenzar con una referencia a la normativa europea, para posteriormente descender a las reglas fijadas por los órganos legislativos nacionales.

1. Derecho europeo.

Las primeras referencias en materia de protección de datos personales en el marco europeo se encuentran recogidas en el art. 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el art. 8.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prevén que toda persona tiene derecho a la protección de los datos personales que le conciernan[6].

En desarrollo de los mencionados preceptos se promulgó la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respeta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante: Directiva 95/46). Dicho texto estuvo vigente durante más de 20 años, hasta que el 25 de mayo de 2018 fue sustituido por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante: RGPD)[7].

6 Además, el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza también el respecto a la vida privada.

7 A modo de simple mención, cabe señalar que ese mismo año se promulgó también la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades

Como pone de manifiesto el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante: LOPDPGDD), a la que enseguida me referiré, "el Reglamento general de protección de datos pretende con su eficacia directa superar los obstáculos que impidieron la finalidad armonizadora de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos. La transposición de la Directiva por los Estados miembros se ha plasmado en un mosaico normativo con perfiles irregulares en el conjunto de la Unión Europea lo que, en último extremo, ha conducido a que existan diferencias apreciables en la protección de los derechos de los ciudadanos". Por tanto, el RGPD tiene una vocación claramente integradora, pues su principal cometido es acabar con las divergencias existentes hasta ese momento entre las normas dictadas por los Estados miembros en materia de protección de datos personales, lo que se debía en buena medida a la distinta transposición de la Directiva 95/46.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que en muchas materias el RGPD se limita a establecer los principios generales, dejando el resto de las cuestiones para su desarrollo y concreción por parte de los ordenamientos nacionales, como si de una Directiva se tratara (no en vano, hay quien ha considerado que estamos ante un Reglamento con alma de Directiva[8]). Y es que, no son pocas las ocasiones en las que se limita a establecer los principios generales y deja el resto de cuestiones en manos de los legisladores nacionales[9]. De hecho, el RGPD faculta expresamente a los Estados miembros para mantener o adoptar disposiciones a fin de especificar en mayor grado las normas del Reglamento (Considerando 10). Además, su art. 85.2 permite que los Estados miembros incluyan en sus normas exenciones o excepciones a determinadas disposiciones del Reglamento, si bien habrán de notificar a la Comisión Europea las disposiciones normativas en las que se adopten dichas exenciones y excepciones, así como cualquier modificación de las mismas.

2. Derecho español.

Descendiendo al ordenamiento español, resulta obligado comenzar haciendo una referencia al art. 18.4 de nuestra Constitución, que prevé que el legislador limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y

competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos; que junto al RGPD configuran el marco europeo de protección de datos personales. No obstante, la Directiva se circunscribe al ámbito policial y penal, por lo que me voy a detener exclusivamente en el RGPD.

8 *Vid.* Guichot Reina, E.: "El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español", *Revista de Administración Pública*, 2019, núm. 209, p. 79.

9 *Vid.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (I), Vol. 2º: Derecho de la persona* (coord. por M.. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, Madrid, 2021, p. 293.

familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Y, con fundamento en el precepto transcrito, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto la existencia de un derecho a la protección de los datos de carácter personal[10].

En desarrollo del mencionado principio constitucional, a principios de los años noventa se promulgó la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que posteriormente sería objeto de desarrollo por el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Pero la vigencia de la citada norma alcanzó poco más de un lustro, pues antes de la llegada del nuevo milenio sería sustituida por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. El objeto de esta última norma fue transponer a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva comunitaria 95/46, a la que me he referido 'ut supra'. En cuanto a su desarrollo reglamentario, se llevó a término a través del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Aunque la vigencia de esta última norma fue notablemente superior a la de su predecesora, apenas alcanzó los veinte años, pues a finales del año 2018 sería reemplazada por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD). Como puede imaginar el lector, la finalidad principal de la LOPDPGDD fue adaptar nuestra normativa nacional a las previsiones contempladas en el RGPD. De hecho, así lo reconoce expresamente en su art. 1 a), en el que señala que su objeto es precisamente el de "adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, y completar sus disposiciones".

De acuerdo con todo lo anterior, el marco legal actualmente vigente en España en materia de protección de datos está compuesto por el RGPD y por la LOPDPGDD. Además, cabe advertir que todavía continúa en vigor buena parte del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal; pues este solo ha quedado derogado en aquellos puntos en los que se oponga o resulte incompatible con lo dispuesto en el RGPD y en la LOPDPGDD (*vid.* en este sentido: párrafo 3º de la Disposición derogatoria única LOPDPGDD).

10 *Vid.* SSTC 30/1999, de 8 de marzo (RTC 1999, 30), 44/1999, de 22 de marzo (RTC 1999, 44) y 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000, 292).

3. Derecho italiano.

La Constitución italiana no recoge una previsión semejante a la contenida en el art. 18.4 de nuestra Constitución, pero ello no ha impedido que la doctrina extraiga de la misma un derecho a la protección de los datos de carácter personal. En concreto, lo infiere de una pluralidad de derechos constitucionales, entre los que se encuentran específicamente el derecho a la inviolabilidad en el desarrollo de la propia personalidad (art. 2)[11], la libertad personal, tomada en su dimensión moral (art. 13) y el derecho de inviolabilidad y al secreto de la correspondencia y de cualquier forma de comunicación (art. 15)[12].

La Directiva 95/46 fue recibida en el Derecho italiano a través de la Legge n. 675 de 31 de diciembre de 1996, sobre 'Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali', posteriormente refundida en el 'Codice in materia di protezione dei dati personali' (conocido popularmente como 'Codice della privacy') a través del Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

Años más tarde el citado texto sería objeto de reforma a través del Decreto legislativo n. 101 de 10 de agosto de 2018 sobre 'Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonche' alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE' (con entrada en vigor el 19 de septiembre de 2018), para adecuarlo a las disposiciones previstas en el RGPD.

III. ASPECTOS GENERALES RELATIVOS A LA EMISIÓN Y REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES.

1. Emisión del consentimiento para el tratamiento de datos personales.

A) Concepto y requisitos.

La normativa no define el derecho a la protección de datos personales, por lo que han sido doctrina y jurisprudencia las encargadas de hacerlo. En el caso de España, la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre[13] se refiere al derecho a la protección de datos personales como "un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo

11 *Vid.* Naddeo, F.: "Il consenso al trattamento dei dati personali del minore", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, núm. 1, p. 2.

12 *Vid.* Andreola, E.: *Minori e incapaci in Internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, p. 36.

13 *Vid.* RTC 2000, 292.

saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso". En términos semejantes, la doctrina italiana define el derecho a la protección de datos personales como la posibilidad que tiene una persona de decidir si cede o no a otro sujeto los datos que le conciernen y el poder de disposición de la información cedida, pudiendo solicitar la cancelación o supresión de la misma[14].

Por tanto, una de las facetas del derecho a la protección de datos de carácter personal es el derecho a decidir qué datos van a poder ser objeto de tratamiento por parte de terceros, lo que se exteriorizará a través del consentimiento, que es el concepto en torno al cual va a girar el resto del trabajo.

A diferencia de lo que ocurre con el derecho a la protección de datos, la normativa sí ofrece un concepto de consentimiento. Así, el RGPD se refiere al consentimiento para el tratamiento de datos personales como "toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen" (art. 4.11). Muy similar es la definición que se recoge en la LOPDPGDD: "se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen" (art. 6.1). La normativa italiana no recoge un concepto de consentimiento, pero la doctrina más autorizada lo define como un acto por el que el sujeto manifiesta el poder de autodeterminación respecto a la divulgación y uso por parte de terceros de la información relativa a su esfera más personal[15].

Por tanto, los diferentes conceptos coinciden en configurar el consentimiento como una manifestación de voluntad específica, informada e inequívoca, lo que parece que excluye el llamado consentimiento presunto[16] y, a mi modo de ver, también el tácito. Téngase en cuenta que el RGPD señala expresamente en su Considerando 32 que "el consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios

14 *Vid.* Stefanelli, S.: "Privacy e imagine dei minori in internet", *Ciberspazio e diritto*, 2012, núm. 45, pp. 233 y ss.; Piraino, F.: "Il contrasto sulla nozione di dato sensibile, sui presupposti e sulle modalità del trattamento", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, núm. 1, p. 1240; Vivarelli, A.: *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, pp. 15 y ss.; Ciancimino, M.: *Protezione e controllo dei dati in ambito sanitario e intelligenza artificiale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 13; y Adamo, E.: *La tutela del minore nell'era digitale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 68 y 72.

15 *Vid.* Irti, C.: "Persona minore di età e libertà di autodeterminazione", *Giustizia Civile*, 2019, núm. 3, p. 3.

16 *Vid.* Martínez Rojas, A.: "Principales aspectos del consentimiento en el reglamento general de protección de datos de la Unión Europea", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2016, núm. 42, p. 62.

electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet (…) o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento (…)". A tal fin, el Considerando 42 RGPD prevé que "(…) debe proporcionarse un modelo de declaración de consentimiento elaborado previamente por el responsable del tratamiento con una formulación inteligible y de fácil acceso que emplee un lenguaje claro y sencillo, y que no contenga cláusulas abusivas. Para que el consentimiento sea informado, el interesado debe conocer como mínimo la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales (…)". Unas previsiones que se complementan por lo dispuesto en el art. 7.2 RGPD, que dispone que "si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento".

Un aspecto controvertido en relación con la libre emisión del consentimiento es la fórmula que utilizan muchas empresas gestoras de servicios de internet para recabar el consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los usuarios, y que consiste en condicionar la utilización de dichos servicios a la previa emisión del consentimiento, de modo que aquellas personas que se nieguen a ello se ven privadas del acceso a los mismos. Al respecto, el RGPD 2016/679 dispone que "al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato" (art. 7.4). En términos semejantes se pronuncia la LOPDPGDD: "no podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual" (art. 6.3).

De este modo, la normativa admite que la utilización de los diferentes servicios de internet pueda quedar supeditada a la previa emisión del consentimiento para el tratamiento de los datos personales, siempre eso sí, que dicho tratamiento resulte necesario para la actividad que desarrolla el servicio en cuestión. Es lo que ocurre, por ejemplo, con las redes sociales y otros servicios equivalentes, cuya principal función es precisamente la de poner a disposición del público los datos personales de sus usuarios; por lo que la previa exigencia del consentimiento para

el tratamiento de los datos personales no parece constituir en sí misma un motivo para poner en cuestión que el mismo haya sido emitido libremente.

B) Datos personales especialmente protegidos.

Cabe hacer una breve referencia a los datos personales especialmente protegidos, que son aquellos que no pueden ser objeto de tratamiento en ningún caso, es decir, ni siquiera mediando el consentimiento de su titular. Entre dichos datos se encuentran los recogidos en el art. 9.1 RGPD: "datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física".

Ahora bien, la exclusión del tratamiento de dichos datos por parte de la normativa europea no es absoluta, ya que el art. 9.1 RGPD continúa diciendo en su segundo punto que dicha prohibición de tratamiento queda exceptuada cuando "el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados". Pero a continuación introduce una especie de excepción a la excepción, pues habilita a los Estados miembros para que puedan excluir la posibilidad de que los datos personales especialmente protegidos puedan ser objeto de tratamiento con el consentimiento del afectado: "excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado", por lo que en la práctica es una cuestión que queda en manos de los diferentes Estados.

En el caso de España, el legislador ha optado por excluir en todo caso la posibilidad de que los datos especialmente protegidos puedan ser objeto de tratamiento, pues el art. 9.2 LOPDPGDD dispone que "a los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico". En el Derecho italiano, en cambio, no se ha previsto una disposición semejante, pero la 'Corte di Cassazione' ha señalado que en el tratamiento de los datos especialmente protegidos ha de garantizarse que el titular de los mismos no resulte identificable[17].

17 *Vid.* Cass., 27 dicembre 2017 y Cass. 19 maggio 2014.

2. Revocación del consentimiento para el tratamiento de datos personales.

El Grupo de Trabajo del Artículo 29[18] señaló en sus Directrices de 26 de noviembre de 2014, sobre la ejecución de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto "Google Spain and Inc contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González" C-131/12 (WP 225)[19] que el consentimiento no implica una cesión indefinida de los datos personales para que puedan ser objeto de tratamiento por los distintos servicios de internet; por lo que, durante la vigencia de la Directiva 95/46, ya se venía considerando que el titular de los datos personales podía revocar su consentimiento en cualquier momento y exigir el cese en su tratamiento, quedando entonces obligado el gestor del servicio a su eliminación[20].

Ello ha quedado corroborado con la entrada en vigor del RGPD, que en su art. 7.3 señala que "el interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento", lo que se complementa con lo dispuesto en el Considerando 42 del mismo texto, que prevé que "el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno". De este modo, no solo se garantiza que el titular de los datos personales pueda revocar en cualquier momento su consentimiento para el tratamiento de los mismos, sino que además se excluye la posibilidad de que el prestador de servicios pueda exigirle una eventual indemnización por los daños y perjuicios que pueda causar la revocación del consentimiento[21]. En todo caso, como es lógico, "la retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada" (art. 7.3 RGPD).

Por lo demás, la Ley no prevé una forma determinada para la revocación del consentimiento, pero parece razonable pensar que ha de tratarse de una

18 El Grupo de Trabajo del Artículo 29 se constituyó como un órgano consultivo independiente integrado por las Autoridades de Protección de Datos de todos los Estados Miembros, el Supervisor Europeo de Protección de Datos y la Comisión Europea (*vid.* Fernández Pérez, A.: "La protección de los derechos fundamentales de los menores en Internet desde la perspectiva europea", *Revista Ius et Praxis*, 2016, núm. 1, pp. 403-404). Cabe advertir que recientemente el Grupo de Trabajo del Artículo 29 ha sido sustituido por el Comité Europeo de Protección de Datos (art. 68 RGPD).

19 Disponibles en: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=667236 (fecha de última consulta: 29/05/2022).

20 *Vid.* Simón Castellano, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE: efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Bosch, Barcelona, 2015, p. 312; y Cobacho López, A.: "Reflexiones en torno a la última actualización del derecho al olvido digital", *UNED: Revista de Derecho Político*, 2019, núm. 104, pp. 217 y 218.

21 Ello supone una importante diferencia con el régimen previsto para la revocación del consentimiento a las intromisiones en el ámbito del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en el ámbito del Derecho español, pues en esos casos la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen sí contempla expresamente el posible establecimiento de una indemnización por los daños y perjuicios causados (art. 2.3).

declaración de voluntad recepticia[22], dirigida a quien ostente la condición de responsable del tratamiento de los datos personales.

IV. REGLAS ESPECÍFICAS PARA LA EMISIÓN Y REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES PERTENECIENTES A MENORES DE EDAD.

1. Emisión del consentimiento para el tratamiento de datos personales pertenecientes a menores de edad.

A) Especial protección de los datos personales pertenecientes a menores de edad.

La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los menores cuando acceden al entorno virtual hace que las soluciones previstas para la generalidad de supuestos no siempre resulten adecuadas para ellos, por lo que se hace necesario el establecimiento de especiales cautelas.

Así lo ha entendido también el legislador comunitario, que en el Considerando 38 del RGPD señala expresamente que los niños "merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño".

B) Edad mínima para poder emitir consentimiento válido para el tratamiento de los datos personales.

Si descendemos al articulado del RGPD, observamos que el art. 8 se refiere de forma específica al consentimiento para el tratamiento de los datos pertenecientes a menores de edad, tratando de garantizar una tutela adecuada de sus derechos[23]. A tal efecto, dispone en su párrafo primero que "cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida

22 Por ello, creo que resulta conveniente recurrir a sistemas de notificación que dejen constancia de que la declaración de voluntad por la que se revoca el consentimiento ha llegado a su destinatario: una comunicación notarial, un burofax, un buromail, una carta certificada, etc.

23 *Vid.* de Franceschi, A.: *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 44.

en que se dio o autorizó. Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años".

Por lo que una vez más, el RGPD delega en los Estados parte la facultad de establecer la edad concreta a partir de la cual los menores de edad van a poder emitir consentimiento válido para el tratamiento de sus datos personales por parte de terceros, fijando dicha edad subsidiariamente (es decir, en defecto de previsión específica en el ordenamiento nacional de que se trate) en los 16 años. Ahora bien, la libertad concedida a los Estados no es ilimitada, pues en ningún caso podrán fijar una edad inferior a los 13 años.

Tanto el legislador español como el italiano han decidido hacer uso de la facultad concedida por el RGPD y han establecido la edad mínima para que los menores puedan emitir consentimiento para el tratamiento de sus datos personales por debajo de los 16 años:

En el caso de España, el art. 7.1 LOPDPGDD reduce el límite de edad a los 14 años, al disponer que "el tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años", aunque exceptúa dicha regla en determinados casos, y, en concreto, en "los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento".

La solución adoptada por el legislador español en este punto parece razonable, pues permite conciliar las previsiones recogidas en materia de protección de datos con las normas previstas con carácter general en sede de capacidad de los menores de edad: en concreto, con los arts. 162 y 1263.1 del Código Civil. Como es sabido, el primero de ellos excluye de la representación paterna "los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo", y en cuanto al segundo, señala que "no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales". Parece que nos encontramos precisamente ante uno de los supuestos en los que la ley permite a los menores actuar por sí mismos, siempre que hayan alcanzado la edad de 14 años y que no exista otra disposición normativa que fije un límite distinto para el acto o negocio jurídico concreto en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento de los datos personales del menor.

En el caso de Italia, el legislador también ha optado por reducir la edad de 16 años establecida en el Derecho comunitario y fijarla en 14 años (art. 2 quinquies

del 'Codice in materia di protezione dei dati personali'[24], en la redacción dada por el Decreto legislativo n. 101 de 10 de agosto de 2018), en contra de la opinión de la 'Autorità garante per l'Infanzia e l'Adolescenza', que se inclinaba más por respetar el límite de los 16 años[25] (aunque en la doctrina había voces que eran partidarias incluso de reducirlo a los 13 años[26]). Parece que, al igual que hemos visto para el caso del Derecho español, uno de los principales propósitos de esta reducción de la edad ha sido conciliar las previsiones que recoge la normativa de protección de datos personales con otras disposiciones previstas en el Derecho italiano[27], como la Ley n. 184 de 4 de mayo de 1983, de "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", que fija en 14 años la edad para poder prestar consentimiento para la adopción, o la Ley n. 71 de 29 de mayo de 2017, sobre 'Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo', que establece también en 14 años la edad mínima para solicitar la supresión de contenidos ofensivos que atenten contra su dignidad (sin necesidad de que los progenitores sean informados de ello)[28]. De este modo se puso fin a un periodo de incertidumbre respecto a la emisión del consentimiento para el tratamiento de los datos personales del menor, pues a falta de regulación expresa de esta cuestión, la doctrina no terminaba de ponerse de acuerdo acerca de si el consentimiento podía ser emitido o no por el propio menor[29]. Entre quienes se oponían, tampoco existía acuerdo acerca de si en estos supuestos el consentimiento podía ser emitido por sus representantes legales o bien no cabía consentimiento por tratarse de un acto personalísimo[30]. Una cuestión que, como enseguida veremos, ya ha sido resuelta, admitiéndose que cuando los menores no puedan prestar consentimiento válido

24 "In attuazione dell'articolo 8, paragrafo 1, del Regolamento, il minore che ha compiuto i quattordici anni puo' esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della societa' dell'informazione".

25 *Vid.* Informe publicado el 11 de septiembre de 2018. Disponible en: https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/2020-03/agia-relazione-parlamento-2018-web.pdf (fecha de última consulta: 30/05/2022).

26 *Vid.* Boccia Artieri, G.: "Privacy dei minori sui social, con il GDPR: così tuteliamo i loro interessi", *Agenda Digitale*, 2018, 26 de abril. Disponible en: https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy-dei-minori-sui-social-con-il-gdpr-cosi-tuteliamo-i-loro-interessi/ (fecha de última consulta: 30/05/2022); y Bolognini, L. y Bistolfi, C.: *L'eta' del consenso digitale: Privacy e minori on line, riflessioni sugli impatti dell'art. 8 del Regolamento 2016/679(UE)*, Istituto Italiano per la Privacy y Centro Nazionale Anti-Cyberbullismo (CNAC), Roma, 2017, pp. 8 y ss. Entre los argumentos en defensa de esta posibilidad se ha señalado que la prohibición generaría un mayor sentimiento de curiosidad en los jóvenes; que el enfoque debería ponerse no tanto sobre la edad sino sobre los servicios concretos a los que acceden los menores, pues mientras algunos contenidos de internet son prácticamente inocuos, otros pueden generar importantes riesgos para los más jóvenes; que es necesario que los menores utilicen internet para que adquieran competencias digitales; o que el aumento de edad para acceder a los servicios de internet puede favorecer que los menores mientan acerca de su edad .

27 *Vid.* Bozzi, L.: "I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno", *Europa e Diritto Privato*, 2020, núm. 1, p. 5.

28 *Vid.* Adamo, E.: *La tutela del minore*, cit., p. 79.

29 A favor de esta posibilidad, *vid.* Correiro, V.: "Privacy del minore e potestà dei genitori", *Rasegna di Diritto civile*, 2004, núm. 4, p. 1016; y Patti, S., "Commento all'art. 23", en AA.VV.: *La protezione dei dati personali: commentario al D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Codice della privacy* (coord. por C.M. Bianca y F.D. Busnelli), CEDAM, Padova, 2007, p. 544.

30 *Vid.* Cuffaro, V.: "Il consenso dell'interessato", en AA.VV.: *La disciplina del trattamento dei dati personali* (coord. por V. Cuffaro y V. Ricciuto), Giappichelli, Torino, 1997, pp. 222-223.

(por no haber alcanzado la edad de 14 años) puedan hacerlo sus representantes legales en su lugar.

Ahora bien, si el consentimiento para el tratamiento de los datos personales se presta en el marco de la celebración de otro tipo de contrato, la validez de dicho consentimiento exigirá no solo que el menor haya alcanzado los 14 años, sino también que cuente con capacidad suficiente de acuerdo a la ley para suscribir el mencionado contrato[31]. A ello parece referirse el art. 8.3 RGPD cuando señala que "el apartado 1 no afectará a las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembros, como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño". Por ello, si el niño tiene edad suficiente para prestar el consentimiento digital pero no para celebrar el contrato correspondiente, el contrato podrá ser anulado a pesar de la licitud del tratamiento[32].

Además, el hecho de que los menores que hayan alcanzado la edad de 14 años puedan consentir el tratamiento de sus datos personales por parte de los gestores de los diferentes servicios de internet no significa que su actuación en la red quede al margen del control paterno. Y es que, dicha potestad de control es inherente al ejercicio de la responsabilidad parental, que tanto en el caso del Derecho español (art. 154.2.1 Cc.esp.) como en el del italiano (art. 315-bis Cc.it.) incluye el derecho/deber de educar y formar a los hijos[33].

Como adelantaba, cuando se trate de menores de 14 años, el consentimiento habrá de proceder de sus representantes legales. En el caso del Derecho español, así lo prevé expresamente el art. 7.2 LOPDPGDD: "el tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela" y, en el caso del Derecho italiano, el apartado 1 del art. 2 quinquies del 'Codice in materia di protezione dei dati personali': "El tratamiento de los datos personales de un menor de catorce años, basado en la letra a) del apartado 1 del artículo 6 del Reglamento, es lícito siempre que lo lleve a cabo la persona que ejerza la responsabilidad parental"[34].

31 *Vid.* Thobani, S.: *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Maggioli Editore, Rimini, 2016, p. 107; y del Ninno, A.: "Il rapporto genitori-figli minori, cit., p. 75.

32 *Vid.* Ricciuto, V.: "La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno", en AA.VV.: *I dati personali nel diritto europeo* (coord. por V. Cuffaro, R. D'Orazio y V. Ricciuto), Giappichelli, Torino, 2019, pp. 23 y ss.

33 *Vid.* Bocchini, R. y Montanari, M: "Le nuove disposizioni a tutela dei minori ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo", *Nuove leggi civili commentate*, 2018, núm. 2, pp. 340 y ss.; Irti, C.: "Persona minore di età e libertà di autodeterminazione", cit., p. 14; y Batuecas Caletrío, A.: "Nuove tecnologie e protezione del minore nel Diritto privato spagnolo", *Europa e Diritto Privato*, 2020, núm. 4, p. 8.

34 "In attuazione dell'articolo 8, paragrafo 1, del Regolamento, il minore che ha compiuto i quattordici anni puo' esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della societa' dell'informazione. Il trattamento dei dati personali del minore di eta' inferiore a quattordici anni, fondato sull'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del Regolamento, e' lecito a condizione che sia prestato

El problema es que no es fácil comprobar que el consentimiento ha sido emitido por quienes ejercen la patria potestad y no por el propio menor. Al respecto, el RGPD se limita a señalar en su art. 8.2 que "el responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible", pero sin especificar los medios tecnológicos que podrían utilizarse a tal fin. En todo caso, la fórmula por la que se opte dependerá del riesgo concreto para la protección de los datos personales del menor en cada supuesto, de modo que en muchos casos podría bastar con el envío de un correo electrónico por parte de los representantes legales del menor autorizando el tratamiento de sus datos personales, mientras que en otros supuestos en los que exista un riesgo mayor para la protección de los datos personales del menor cabría recurrir a fórmulas más sofisticadas, como por ejemplo la que propone la 'Federal Trade Commission' estadounidense, consistente en exigir al responsable del tratamiento que disponga de un formulario que tenga que ser rellenado y firmado por los progenitores[35]. Algún autor va más allá y propone que se exija a los progenitores del menor llevar a cabo una transferencia bancaria a través de la cual se realice un pago simbólico (ej. 0,10 €), lo que aumentaría notablemente las garantías de que la autorización procede realmente de los representantes legales del menor[36]. En todo caso, una vez que el interesado alcance la mayoría de edad, cesará la validez del consentimiento emitido por sus representantes legales y tendrá que ser él quien preste el consentimiento para que pueda continuarse con el tratamiento de sus datos personales[37].

C) Mecanismos para comprobar la edad de los usuarios de los servicios de internet.

Una de las principales dificultades que se plantean en esta materia tiene que ver con el establecimiento de mecanismos que permitan comprobar la edad de los usuarios de los servicios de internet para garantizar que quien emite el consentimiento haya alcanzado realmente la edad mínima exigida para ello. Y es que, la mayor parte de los servicios carecen de herramientas tecnológicas suficientemente fiables para llevar a cabo la mencionada empresa[38]. Por ello, hace ya algún tiempo que desde la doctrina se viene reclamando que la propia

da chi esercita la responsabilita' genitoriale". Además, aun cuando bastará con el conset parece que cuando los dos progenitores ejerzan la patria potestad, el consentimiento habrá de ser emitido por ambos (Trib. Mantova, 19 settembre 2017).

35 *Vid.* Diffenderfer, M.: "The rights of privacy and publicity for minors online: protecting the privilege of disaffirmance in the digital", *Dimostrare*, 2020, núm. 54, pp. 131 y ss.

36 *Vid.* del Ninno, A.: "Il rapporto genitori-figli minori nella prospettiva della normativa sul trattamento dei dati personali", *Rev. U. of Louisville*, 2016, núm. 1, p. 76.

37 *Vid.* Naddeo, F.: "Il consenso al trattamento dei dati personali del minore", *Diritto dell'informazione* e *dell'informatica*, 2018, núm. 1, p. 13.

38 *Vid.* Martos Díaz, N.: "La protección del honor, la intimidad y de los menores", *TELOS*, 2010, núm. 85, p. 111.

normativa exija a los proveedores de servicios de internet que implanten sistemas que faciliten la comprobación efectiva de la edad del menor[39].

El RGPD no ha previsto expresamente dicha obligación, pero el Comité Europeo de Protección de Datos ha declarado en sus Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del RGPD[40] que, dado que la edad mínima exigida por la legislación es un requisito para la validez del consentimiento y, por lo tanto, para la legalidad del tratamiento, los responsables del tratamiento, en caso de que el usuario declare tener una edad superior a la del consentimiento digital, deben realizar esfuerzos razonables y comprobaciones adecuadas para verificar la veracidad de la declaración.

También el órgano encargado de la protección de datos en el Estado italiano ('Garante per la Protezione dei Dati Personali': GPDP) ha comenzado a tomar conciencia de este problema desde hace algún tiempo, obligando a los servicios de internet a establecer mecanismos que permitan comprobar la edad de los usuarios para garantizar que quienes presten el consentimiento cuenten con la edad mínima exigida por la ley.

El germen de esta preocupación por parte del GPDP se encuentra en un suceso acaecido en Italia a principios de 2021, en el que una niña de 10 años perdió la vida tratando de poner en práctica un reto que había visto en la red social 'TikTok'. Un suceso del que no solo se hizo eco la prensa italiana[41], sino también la española[42].

Como consecuencia de ello, el GPDP instó a la red social 'TikTok' a bloquear las cuentas de niños respecto de los que no se hubiera verificado que son mayores de 13 años. Y es que, aunque el registro en dicha aplicación exigía haber alcanzado la edad de 13 años, muchos menores eludían la prohibición de acceder antes de dicha edad introduciendo una fecha de nacimiento anterior a la real (y si 'TikTok' detectaba una cuenta sospechosa la bloqueaba, pero entonces el usuario disponía de 24 horas para indicar si era mayor de edad, en cuyo caso la cuenta se desbloqueaba).

39 *Vid.* Salvador Benítez, A. y Gutiérrez David, M.E." "Redes sociales y medios de comunicación: desafíos legales", *El profesional de la información*, 2010, núm. 6, p. 673; y Durán Ruiz, F., "Autodeterminación informativa y derecho al olvido en la Unión Europea. Particularidades respecto de los menores de edad", en AA.VV.: *Actas del VII Simposio: las sociedades ante el reto digital*, Asociación de comunicación y nuevas tecnologías, Madrid, 2014, p. 179.

40 Disponibles en: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_es.pdf (fecha de última consulta: 08/06/2022)

41 *Vid.* https://www.repubblica.it/cronaca/2021/01/23/news/antonella_mi_ha_chiesto_una_cintura_e_io_glielo_data_credo_che_in_quei_5_minuti_nella_doccia_non_fosse_in_se_-283852976/ (fecha de última consulta: 29/05/2022).

42 *Vid.* https://expansion.mx/tecnologia/2021/01/26/italia-bloquea-a-tiktok-despues-de-la-muerte-de-una-nina-de-10-anos (fecha de última consulta: 29/05/2022).

Así, de forma indirecta, el GPDP estaba imponiendo a la red social 'TikTok' la obligación de establecer mecanismos que permitan comprobar de forma efectiva la edad de los usuarios que acceden al servicio.

El problema es que la verificación de la edad no es una tarea sencilla: por ejemplo, podría pensarse en exigir que quienes pretendan darse de alta en un determinado servicio de internet deban enviar previamente una fotocopia de su Documento Nacional de Identidad, pero ello no supone una solución infalible, ya que se presta fácilmente a falsificaciones a través de los numerosos programas de retoque de imágenes disponibles en la red, y que la población más joven suele utilizar con gran habilidad.

Por ello, me parece que habría que emplear otros medios más fiables, como el DNI electrónico o el certificado digital. También podría pensarse, como sugiere la 'Federal Trade Commission' estadounidense, en establecer algún método de pago que envíe una notificación al titular de la tarjeta de débito o crédito cada vez que se lleve a cabo una transacción desde la misma[43]. Incluso podría recurrirse a la inteligencia artificial, utilizando algoritmos que, en virtud del comportamiento del usuario, pudieran revelar el tramo de edad en el que se encuentra (una tecnología que ya viene siendo utilizada por diversas empresas a efectos de marketing)[44].

D) Mecanismos para garantizar que el consentimiento emitido por los menores de edad reúne los requisitos exigidos por la normativa.

A mi modo de ver, el aspecto más importante para garantizar que el consentimiento emitido por los menores de edad sea consciente y libre es que las condiciones de uso y las políticas de privacidad de los servicios de internet se presenten en un modo que resulte accesible para este sector poblacional[45]. Y han de ser accesibles desde una doble perspectiva: en primer lugar, el procedimiento para acceder a dicha información ha de ser sencillo, y, en segundo lugar, la información proporcionada ha de ser clara. Así, en vez de recurrirse a interminables documentos en los que abundan los términos de carácter técnico y que es de suponer que los menores no van a leer (de hecho, me atrevería a afirmar que son muy pocos los adultos que lo hacen[46]), habría que exigir a los gestores de las plataformas y servicios de internet que tanto las condiciones de uso

43 *Vid.* Diffenderfer, M.: "The rights of privacy", cit., pp. 131 y ss.

44 *Vid.* Adamo, E.: *La tutela del minore*, cit., p. 76.

45 *Vid.* en el mismo sentido: Pedrazzi, G.: "Minori e social media: tutela dei dati personali, autoregolamentazione e privacy", *Informatica e diritto*, 2017, núm. 26, pp. 448 y 449.

46 No en vano, desde la doctrina se ha puesto de manifiesto que la lectura de las condiciones de uso de las políticas de privacidad de estos servicios supone un tiempo medio de unas tres horas, cuando en la práctica sabemos que apenas se le dedican unos segundos (*vid.* Aulino, L.: "Consenso al trattamento dei dati e carenza di consapevolezza: il legal design come un rimedio *ex ante*", *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2020, núm. 2, p. 2).

como las políticas de privacidad fueran redactadas utilizando un lenguaje conciso y transparente, que resultara fácilmente comprensible para los usuarios de menor edad[47]. No en vano, en este sentido, el RGPD señala en su Considerando 58 que "dado que los niños merecen una protección específica, cualquier información y comunicación cuyo tratamiento les afecte debe facilitarse en un lenguaje claro y sencillo que sea fácil de entender"[48].

Unas previsiones que han sido asumidas expresamente por el Derecho italiano, pues el segundo apartado del art. 2 quinquies del 'Codice in materia di protezione dei dati personali' prevé que el responsable del tratamiento de los datos redactará las informaciones y comunicaciones relativas al tratamiento en un lenguaje especialmente claro y sencillo, conciso y exhaustivo, fácilmente accesible y comprensible para el menor, con el fin de tratar de garantizar que el consentimiento prestado por este cumpla con los requisitos exigidos por la normativa[49]. Además, parece que dicha información habría de dirigirse expresamente al interesado, por lo que no bastaría con que estuviera disponible en algún sitio de la página web desde la que se presta el servicio[50].

2. Revocación del consentimiento para el tratamiento de datos personales pertenecientes a menores de edad.

Ya hemos visto unas líneas más arriba que el titular de los datos personales puede revocar su consentimiento en cualquier momento y exigir el cese en su tratamiento, una posibilidad que en el caso de los menores de edad está reforzada gracias a lo dispuesto en el art. 17.1 f) RGPD, que no solo faculta a los menores para revocar el consentimiento, sino que además les reconoce el derecho a solicitar la supresión de los datos personales que les conciernan, sin necesidad de tener que alegar para ello ningún incumplimiento de la normativa de protección de datos personales por parte del responsable del tratamiento[51]. Además, el Considerando 65 del RGPD recoge una previsión que también parece pensada para este supuesto: "este derecho es pertinente en particular si el interesado dio

47 *Vid.* en este sentido: DEL NINNO, A.: "Il rapporto genitori-figli minori", cit., p. 72.

48 Una previsión que no se recogía expresamente en la Directiva 95/46, pero que algunos autores consideraban que estaba igualmente presente, pues se derivaba del principio de equidad: *vid.* POPOLI, A.R.: "L'adeguamento dei social network sites al GDPR: un percorso non ancora ultimato", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, núm. 6, p. 2.

49 "In relazione all'offerta diretta ai minori dei servizi di cui al comma 1, il titolare del trattamento redige con linguaggio particolarmente chiaro e semplice, conciso ed esaustivo, facilmente accessibile e comprensibile dal minore, al fine di rendere significativo il consenso prestato da quest'ultimo, le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento che lo riguardi".

50 *Vid.* POPOLI, A.R.: "L'adeguamento dei social network sites al GDPR", cit., p. 9.

51 El art. 17.1 f) RGPD prevé que "El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1". Y si atendemos al art. 8.1 RGPD observamos que precisamente se refiere a tratamiento de los datos personales pertenecientes a menores de edad.

su consentimiento siendo niño y no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento y más tarde quiere suprimir tales datos personales, especialmente en internet. El interesado debe poder ejercer este derecho, aunque ya no sea un niño".

BIBLIOGRAFÍA

ADAMO, E.: *La tutela del minore nell'era digitale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

ALFIERI, D.: "Internet: quando la "rete" cattura i minori", *Rivista italiana di informativa e diritto*, 2022, núm. 1, pp. 1-9. DOI: 10.32091/RIID0051.

ANDREOLA, E.: *Minori e incapaci in Internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.

AULINO, L.: "Consenso al trattamento dei dati e carenza di consapevolezza: il legal design come un rimedio *ex ante*", *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2020, núm. 2, pp. 1-11.

BATUECAS CALETRÍO, A.: "Nuove tecnologie e protezione del minore nel Diritto privato spagnolo", *Europa e Diritto Privato*, 2020, núm. 4, pp. 1-22.

BOCCIA ARTIERI, G.: "Privacy dei minori sui social, con il GDPR: così tuteliamo i loro interessi", *Agenda Digitale*, 2018, 26 de abril. Disponible en: https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy-dei-minori-sui-social-con-il-gdpr-cosi-tuteliamo-i-loro-interessi/ (fecha de última consulta: 30/05/2022).

BOLOGNINI, L. y BISTOLFI, C.: *L'eta' del consenso digitale: Privacy e minori on line, riflessioni sugli impatti dell'art. 8 del Regolamento 2016/679(UE)*, Istituto Italiano per la Privacy y Centro Nazionale Anti-Cyberbullismo (CNAC), Roma, 2017.

BOZZI, L.: "I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno", *Europa e Diritto Privato*, 2020, núm. 1, pp. 1-27.

BOCCHINI, R. y MONTANARI, M: "Le nuove disposizioni a tutela dei minori ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo", *Nuove leggi civili commentate*, 2018, núm. 2, pp. 340-387.

CIANCIMINO, M.: *Protezione e controllo dei dati in ambito sanitario e intelligenza artificiale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

COBACHO LÓPEZ, A.: "Reflexiones en torno a la última actualización del derecho al olvido digital", *UNED: Revista de Derecho Político*, 2019, núm. 104, pp. 197-227.

CORREIRO, V.: "Privacy del minore e potestà dei genitori", *Rasegna di Diritto civile*, 2004, núm. 4, pp. 998-1033.

Cuffaro, V.: "Il consenso dell'interessato", en AA.VV.: *La disciplina del trattamento dei dati personali* (coord. por V. Cuffaro y V. Ricciuto), Giappichelli, Torino, 1997, pp. 201-224.

de Franceschi, A.: *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

del Ninno, A.: "Il rapporto genitori-figli minori nella prospettiva della normativa sul trattamento dei dati personali", *Rev. U. of Louisville*, 2016, núm. 1, pp. 72-76.

Diffenderfer, M.: "The rights of privacy and publicity for minors online: protecting the privilege of disaffirmance in the digital", *Dimostrare*, 2020, núm. 54, pp. 131-146.

Durán Ruiz, F., "Autodeterminación informativa y derecho al olvido en la Unión Europea. Particularidades respecto de los menores de edad", en AA.VV.: *Actas del VII Simposio: las sociedades ante el reto digital*, Asociación de comunicación y nuevas tecnologías, Madrid, 2014, pp. 166-182.

Fernández Pérez, A.: "La protección de los derechos fundamentales de los menores en Internet desde la perspectiva europea", *Revista Ius et Praxis*, 2016, núm. 1, pp. 377-416.

Guichot Reina, E.: "El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español", *Revista de Administración Pública*, 2019, núm. 209, pp. 45-92.

Irti, C.: "Persona minore di età e libertà di autodeterminazione", *Giustizia Civile*, 2019, núm. 3, pp. 1-33.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (I), Vol. 2º: Derecho de la persona* (coord. por M. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, Madrid, 2021, pp. 257-299.

Martínez Rojas, A.: "Principales aspectos del consentimiento en el reglamento general de protección de datos de la Unión Europea", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2016, núm. 42, pp. 59-88.

Martos Díaz, N.: "La protección del honor, la intimidad y de los menores", *TELOS*, 2010, núm. 85, pp. 107-112.

Musselli, L.: "Internet e tutela dei minori", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, núm. 6, pp. 1-17.

NADDEO, F.: "Il consenso al trattamento dei dati personali del minore", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, núm. 1, pp. 1-44.

PATTI, S.: "Commento all'art. 23", en AA.VV.: *La protezione dei dati personali: commentario al D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Codice della privacy* (coord. por C.M. BIANCA y F.D. BUSNELLI), CEDAM, Padova, 2007, pp. 541-557.

PEDRAZZI, G.: "Minori e social media: tutela dei dati personali, autoregolamentazione e privacy", *Informatica e diritto*, 2017, núm. 26, pp. 437-451.

PERLINGIERI, C.: "La tutela dei minori di età nei social networks", *Rassegna di diritto civile*, 2016, núm. 4, pp. 1324-1340.

PIRAINO, F.: "Il contrasto sulla nozione di dato sensibile, sui presupposti e sulle modalità del trattamento", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, núm. 1, pp. 1232-1243.

POPOLI, A.R.: "L'adeguamento dei social network sites al GDPR: un percorso non ancora ultimato", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, núm. 6, pp. 1-37.

RICCIUTO, V.: "La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno", en AA.VV.: *I dati personali nel diritto europeo* (coord. por V. CUFFARO, R. D'ORAZIO y V. RICCIUTO), Giappichelli, Torino, 2019, pp. 23-59.

SALVADOR BENÍTEZ, A. y GUTIÉRREZ DAVID, M.E.: "Redes sociales y medios de comunicación: desafíos legales", *El profesional de la información*, 2010, núm. 6, pp. 667-674.

SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE: efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Bosch, Barcelona, 2015.

STEFANELLI, S.: "Privacy e imagine dei minori in internet", *Ciberspazio e diritto*, 2012, núm. 45, pp. 233-254.

THIENE, A.: "L'inconsistente tutela dei minori nel mondo digitale", *Studium Iuris*, 2012, núm. 1, pp. 528-535.

THOBANI, S.: *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, ☐ Maggioli Editore, Rimini, 2016.

VIVARELLI, A.: *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.

EL BENEFICIO AFECTIVO DERIVADO DE LAS SALIDAS AL EXTRANJERO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES*

THE AFFECTIVE BENEFIT DERIVED FROM CHILDREN AND ADOLESCENTS GOING ABROAD

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1342-1369

* Este trabajo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N.º 1220037, "Relaciones entre el principio del interés superior, el libre desarrollo de la personalidad, y el ejercicio de la relación directa y regular en las salidas prolongadas o definitivas al extranjero de madres acompañadas de sus hijos y/o hijas", del cual Alexis Mondaca Miranda es investigador responsable. Dicho proyecto es financiado por la ANID (Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo), Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación de Chile

Alexis MONDACA y Constanza ASTUDILLO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objetivo analizar el beneficio de naturaleza afectiva que se deriva de las salidas de niños, niñas y adolescentes al extranjero acompañados de sus madres custodias. Para tal efecto, se analiza el aspecto afectivo como parte integrante del principio del interés superior y el reconocimiento de lo anterior tanto en los textos internacionales relativos a la defensa de la infancia y adolescencia como en el Derecho de familia chileno. Realizado lo recientemente indicado, basándonos en la jurisprudencia chilena, se estudia a los progenitores como figuras de apego y la relevancia de la familia extensa.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del niño; niña o adolescente; beneficio afectivo; salidas al extranjero; familia extensa.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to analyze the affective benefit derived from the departure of children and adolescents abroad accompanied by their custodial mothers. For this purpose, the affective aspect is analyzed as an integral part of the best interest principle and the recognition of the above both in international texts related to the defense of children and adolescents and in Chilean family law. Based on Chilean jurisprudence, we study parents as attachment figures and the relevance of the extended family.*

KEY WORDS: *Best interests of the child or adolescent; affective benefit; trips abroad; extended family.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ASPECTO AFECTIVO COMO CONTENIDO DEL INTERÉS SUPERIOR.- III. RECONOCIMIENTO DE LA RELEVANCIA DEL BENEFICIO AFECTIVO POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA CHILENA EN LOS SUPUESTOS DE SALIDAS AL EXTRANJERO.- 1. Los progenitores como figuras de apego.- 2. La consideración de la familia extensa.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Uno de los conflictos jurídicos que ha emergido en los últimos años en el ámbito del Derecho de Familia de Chile está dado por las autorizaciones judiciales de salidas al extranjero de los hijos y/o hijas junto a sus madres custodias. Dicha materia se encuentra regulada en los artículos 49 y 49 bis de la Ley de Menores[1]. A mayor detalle, si se ha establecido un régimen comunicacional[2] en favor del padre, es necesario que este autorice la mencionada salida. En caso de negativa del padre, podrá solicitarse, en subsidio, la correspondiente autorización judicial.

Los tribunales de justicia chilenos conceden la autorización para salir del país si se logra acreditar que ello es beneficioso a la luz de los requerimientos emanados del principio del interés superior del niño, niña o adolescente (en adelante, NNA)[3]. Así, recae sobre la madre solicitante la labor de soportar el *onus probandi*, de forma tal que, de no acreditar debidamente lo indicado, su petición debe ser rechazada.

1 Vid.: Montecinos Tota, A.: "Interés superior del niño como fundamento de la autorización de su salida definitiva al extranjero", en A.A.V.V.: *Estudios de Derecho de Familia III* (ed. por C. Domínguez), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2008, p. 570; y Garrido Chacana, C.: *Cuidado personal; relación directa y regular; patria potestad; y salida del país*, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2014, p. 227.

2 Desde un punto de vista terminológico, es preciso aclarar que, para referirse al régimen comunicacional, el Código Civil de Chile emplea la expresión "relación directa y regular" (artículos 225, 229 y 229-2, entre otros). Agréguese a lo señalado que, sobre todo, en el lenguaje coloquial se habla de "derecho de visitas".

3 Sobre este punto, recomendamos la lectura de Etcheberry Court, E.: *Autorización del menor para salir del país y sustracción internacional*, Ediciones Der, Santiago de Chile, 2019, p. 4.

• Alexis Mondaca Miranda
Profesor de Derecho civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Talca, Chile. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Máster en Derecho, Empresa y Justicia de la Universidad de Valencia. Dirección postal: 2 Norte 685, Talca. Correo electrónico: alexis.mondaca@utalca.cl.

• Constanza Astudillo Meza
Profesora de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile. Magíster en Derecho por la Universidad Católica del Norte, Doctoranda del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Dirección postal: avenida Angamos 0610, Antofagasta. Correo electrónico: constanza.astudillo.m@gmail.com.

En este sentido, los tribunales de justicia han admitido la relevancia del beneficio afectivo[4], patrimonial[5], en sede de derechos económicos y sociales (principalmente en lo relativo a la salud y educación)[6] y en el ámbito cultural[7]. En este artículo nos centraremos en el beneficio de naturaleza afectiva.

Continuando con la última idea expresada, analizaremos el modo en que la faceta afectiva constituye uno de los contenidos del principio del interés superior del NNA. En este mismo orden de ideas, sin ánimo de agotar el punto, haremos referencia a algunos cuerpos normativos internacionales especializados en infancia y adolescencia relativos a la mentada faceta. Asimismo, estudiaremos el tratamiento que a la materia en comento otorga el Derecho de familia chileno.

Finalmente, analizaremos la recepción del beneficio afectivo por parte de la jurisprudencia chilena. Así, examinaremos la importancia que los tribunales de Chile han concedido a los progenitores como figuras de apego y a la familia extensa o extendida.

II. EL ASPECTO AFECTIVO COMO CONTENIDO DEL INTERÉS SUPERIOR.

Los seres humanos, a lo largo de la vida, buscamos permanentemente contactarnos de un modo afectivo con otros, pues la capacidad de establecer relaciones y generar emociones es una de nuestras características más propias. Lo anterior, responde al modo de vincularse, lo que nos conduce al "apego", el que ha sido definido como "la capacidad que lleva a las personas a construir y mantener vínculos emocionales con otros seres humanos a lo largo de su desarrollo vital"[8]. La evidencia señala que el apego genera seguridad y una sana valoración de sí mismo y de los otros. De este modo, los resultados de numerosos estudios "señalan que cuanto más positivo es el ambiente familiar (caracterizado por la calidez parental, la estabilidad emocional, el apoyo o el afecto entre la pareja) mayor capacidad

4 Sin perjuicio de lo que diremos en las páginas siguientes, véase la sentencia de la Corte Suprema, máximo tribunal chileno, rol n.° 4.963-2019, de 30 de marzo de 2020, disponible en www.pjud.cl. [Fecha de consulta: 22.09.2022].

5 Se ha exigido que patrimonialmente el NNA se encuentre en similares o mejores condiciones con respecto a las existentes en Chile. En dicho sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en la sentencia rol n.° 42.642-2017, de 28 de abril de 2018, disponible en www.pjud.cl. [Fecha de consulta: 01.09.2022].

6 La buena calidad de los sistemas de salud y de educación de la ciudad extranjera destino del viaje de la madre y de sus hijos y/o hijas fue un factor relevante en la sentencia de la Corte Suprema rol n.° 4.443- 2014, de 10 de septiembre de 2014, disponible en www.pjud.cl. [Fecha de consulta: 01.09.2022].

7 La ventajas derivadas de tomar contacto con una sociedad diversa de la de origen fueron tenidas en cuenta por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la sentencia rol n.° 739-2015, de 10 de noviembre de 2015, disponible en www.pjud.cl. [Fecha de consulta: 01.09.2022].

8 Mónaco, E., De la Barrera, U. y Montoya-Castilla, I.: "La influencia del apego sobre el bienestar en la juventud: el rol mediador de la regulación emocional", *Anales de Psicología,* 2021, vol. 37, núm. 1, p. 21.

tendrá el/la joven para formar y mantener relaciones íntimas y mayor satisfacción experimentará en ellas"[9].

De acuerdo con lo expresado precedentemente, podemos afirmar que los vínculos afectivos influyen de un modo benéfico en la vida de un NNA, pues contribuyen a que en su vida adulta se desenvuelva de manera adecuada y a la toma de decisiones asertivas. Lo anterior se explica, dado que el apego es "una parte fundamental para la seguridad, autonomía y desarrollo emocional en la relación o vínculo con otras personas"[10].

Sobre la base de lo señalado, cabe preguntarse por la relevancia de los afectos para el Derecho de familia. Al respecto, se debe comenzar señalando que esta rama del Derecho civil ha sido objeto de múltiples modificaciones legales que han buscado responder fielmente a las evoluciones de las sociedades, otorgando un tratamiento jurídico a materias que no habían sido objeto de regulación normativa, "así en el siglo pasado no era común hablar del afecto, no obstante que este sentimiento es lo que nutre y sostiene las relaciones familiares"[11].

En línea con lo expresado, en Chile, la Ley N.º 21.150, al definir familia en su artículo 1, hace mención a los vínculos afectivos, indicando que esta consiste en "un núcleo fundamental de la sociedad, compuesto por personas unidas por vínculos afectivos…". De este modo, la normativa citada, que data del año 2019[12], reconoce y valora expresamente la referida clase de vínculos.[13]

Como puede advertirse, en el moderno Derecho de familia se recoge la esfera de la afectividad, sin embargo, en sede de infancia y adolescencia, lo indicado no puede comprenderse cabalmente sin incluir en el análisis los requerimientos del principio del interés superior del NNA. Lo expresa se justifica porque principio que se traduce en "acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna sobre la base de las características propias de los niños, niñas y adolescentes, por medio de las condiciones materiales y afectivas que les

9 Martínez-Álvarez, J. L., Fuertes-Martín, A., Orgaz-Baz, B., Vicario-Molina, I. y González-Ortega, E: "Vínculos afectivos en la infancia y calidad en las relaciones de pareja de jóvenes adultos: el efecto mediador del apego actual", *Anales de Psicología*, 2014, vol. 30, núm. 1, p. 212.

10 Zamora Damián, G., Vera Ramírez, J., Rojas Solís, J. L. y Alcázar Olán, R.: "Apego y violencia de pareja en una muestra de adolescentes", *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística,* 2019, vol. 12, p. 7.

11 Milllán, F.: "La socioafectividad. El afecto, el derecho y su proyección legislativa", *Revista de Derecho de Familia y Persona*, 2022, vol. 1, p. 6.

12 Ley N.º 21.150. Publicada en el Diario Oficial de fecha 16 de abril de 2019.

13 En este mismo sentido, diversas instituciones presentes en el Derecho de familia, como la posesión notoria de estado civil, encuentran su fundamento, a lo menos, en parte, en las relaciones de afecto. Dicha figura requiere de la presencia copulativa de tres elementos: nombre, trato y fama, y en ella prevalecen, especialmente en el trato, los lazos de crianza y afectividad, más que el dato meramente genético.

permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible, físico e intelectual"[14].

A mayor detalle, como lo ha planteado Rivero, en "el interés de cualquier persona y como tal, vale también para la persona menor de edad, con la sola observación de que el menor, por razón de sus pocos años y estructura de su personalidad en desarrollo, tiene particular importancia los bienes y valores no racionales (afecto, aspiraciones impulsos inconscientes, también sus temores y sus restricciones) (…) por cuánto conforman destacadamente su vida llenan en mayor proporción sus necesidades"[15]. En atención a una cuestión etaria, lo señalado será trascendente para configurar la identidad y personalidad de la futura persona adulta.

Lo anterior permite una aproximación general a una noción compleja, pues el interés superior es un concepto indeterminado y responde a "una estrategia política del modelo constitucional de derecho para determinar al intérprete el contenido mínimo de su decisión y autorizarle cierto margen de flexibilidad para adecuar la norma jurídica a la realidad a efectos de viabilizar la optimización de los valores que sustentan el modelo social y constitucional de derecho"[16]. Es decir, no resulta azarosa la indeterminación del interés superior, pues debe construirse desde un contenido mínimo, el que, a nuestro juicio, está dado en buena parte por lo establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN). Además, el principio en comento debe ser lo suficientemente dúctil para permitir su aplicación a los hechos que configuran cada situación particular.

Continuando con las últimas ideas, resulta necesario recurrir a Rivero, quien frente a la referida indeterminación sugiere actuar con cautela, indicando que "detrás del interés del menor se esconden a veces ideas, concepciones, prejuicios o intereses (de los adultos) muy variados, sutiles unos, egoístas otros"[17]. Por lo anterior, es labor fundamental de los operadores jurídicos la realización permanente de la labor de ponderación.

El principio del interés superior está reglamentando, entre otros cuerpos normativos, en la CDN. En efecto, fue regulado en el año 1989 en la aludida Convención, texto que vino a materializar "en un solo cuerpo (…) los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, mirados

14 Bobadilla Toledo, M. L.: "El principio de interés superior del niño y niña en clave migratoria", en A.A.V.V.: *Niñez, familia, migración y derechos* (ed. por I. Ravetllat Ballesté y M. Bobadilla Toledo), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 94.

15 Rivero Hernández, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 67.

16 Mena Méndez, M.: "El interés superior del niño: instrumento del Derecho de infancia para la tutela de los derechos fundamentales del niño", *Actualidad,* 2006, vol. 6, núm. 1, p. 76.

17 Rivero, F.: *El interés,* cit., p. 64.

como elementos necesarios e integradores para asegurar su reconocimiento en la sociedad como plenos sujetos de derechos humanos"[18]. Antes de proseguir, y siempre pensando en la relevancia de los afectos, es preciso referirse a los instrumentos que sirvieron de antecedente a la CDN. En conformidad a lo señalado, nos referiremos a la Declaración de Derechos del Niño del año 1924 y a la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959.

Es importante tener en cuenta que la Declaración del año 1924[19] era breve y se estructuraba sobre la base de cinco principios que no desarrollaban el interés superior, pero este puede "reflejarse en la siguiente frase: la humanidad debe al niño lo mejor que ésta pueda darle"[20]. Además, dicha declaración fue redactada en "clave de deberes y obligaciones que debían ser asumidas a favor de la infancia"[21]. Como podemos advertir, la consideración de un interés supremo de los NNA ha estado presente desde los inicios del trabajo de la comunidad internacional centrado en la defensa de la infancia y adolescencia.

Súmese a lo señalado que, en la Declaración del año 1924, de un modo directo, en el principio N.º 1 se hizo mención a que el niño debe desarrollarse tanto en el plano material como en el ámbito espiritual. La referencia a la espiritualidad permite englobar diversos contenidos, como el religioso y el emocional. Lo anterior ha sido estudiado en detalle por Palacios, para quien la máxima dimensión de espiritualidad viene dada en las coordenadas del amor, "aquél que todo lo espera y cree"[22]. Añade el nombrado autor que el verdadero inicio de una espiritualidad "como medio de desarrollo es el retorno genuino, sentido y profundo hacia el amor"[23], y bajo este contexto es perfectamente posible comunicar la espiritualidad con lo afectivo. A la misma conclusión puede llegarse desde la vereda de la Filosofía, la que vincula el afecto, el amor y la espiritualidad bajo la noción de bienestar subjetivo, el que "incluye bienes y valores que se encontrarían más allá de lo que resulta apropiado para el sujeto concreto-verificable, como la moral, los bienes espirituales, la belleza, etc."[24].

18 Bobadilla Toledo, M. L.: "La constitucionalización del interés superior del niño en Chile: un paso más hacia su pleno conocimiento", *Opinión Jurídica,* 2022, vol. 20, núm. 43, edición especial, p. 389.

19 Sociedad de Naciones: *Declaración Universal de Derechos del Niño*, 1924, disponible en: https://www.humanium.org/es/declaration-de-geneve-du-26-septembre-1924. [Fecha de consulta: 03.09.2022]

20 Barcia Lehmann, R. y Carreta Muñoz, F.: *Convención de Derechos del Niño, Niñas y Adolescentes, en el contexto judicial*, DER Ediciones, Santiago de Chile, 2021, p. 3.

21 Bécar Labraña, E.: "El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el Derecho internacional y en el Derecho interno", *Actualidad Jurídica,* 2020, núm. 42, p. 534.

22 1 Corintios 13, 7.

23 Palacios Vargas, C.: "La espiritualidad como medio de desarrollo humano", *Cuestiones Teológicas*, 2015, vol. 42, núm. 98, p. 480.

24 Lo afirmado tiene justificación al tener en cuenta que el bienestar subjetivo se relaciona con lo que le parece bueno a un sujeto determinado, y en ese escenario es posible encontrar una relación entre amor y afectividad. Madrid-Ramírez, R.: "La noción de bienestar subjetivo y el concepto de derecho. A propósito del vínculo entre normas jurídicas y felicidad humana", *Dikaion*, 2017, núm. 26, vol.1, p.46.

Por otro lado, la Declaración Universal de Derechos del Niño del año 1959, establece "derechos para los niños y niñas, y además en su preámbulo insta a que los Estados los reconozcan en su normativa interna"[25]. Así, comenzaron a darse pasos más firmes en el camino que tenía por destino el logro de un instrumento jurídicamente vinculante en el plano internacional.

Centrándonos en lo que motiva estas líneas, en el principio N.° 6 de la Declaración de 1959 se indicó de modo explícito que "el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre"[26].

Claramente el texto transcrito se vincula a lo afectivo, dado que alude a que es necesario el amor para obtener el adecuado desarrollo del niño. Es adecuado subrayar que, a diferencia de lo sucedido en la Declaración de Derechos del Niño del año 1924, de un modo explícito se estableció que el niño debe crecer en un "ambiente de afecto".

La misma senda de los instrumentos ya comentados fue seguida por la CDN del año 1989. Esta celebérrima Convención reglamenta el interés superior en su artículo 3 y consagra en su articulado otra serie de derechos que responden a la doctrina de protección de derechos que inspira el mentado instrumento, sin perjuicio de recoger la idea del "reconocimiento de los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos inalienables de todos los derechos humanos"[27].

La CDN en su preámbulo reconoce la importancia de los lazos afectivos para el progreso de la infancia, ello en el contexto de la vida en familia. En dicho sentido, se expresa en el preámbulo lo que sigue: "reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión"[28].

25 Cillero Bruñol, M.: "Fundamentos para el reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho", en A.A.V.V.: *Familias, Infancia y Constitución* (ed. por M. Cillero Bruñol, E. Valenzuela y J. González), Thomson Reuters, Santiago de Chile, p. 17.

26 Asamblea General de las Naciones Unidas: *Declaración Universal de Derechos del Niño*, 1959, Principio N.° 6. Disponible en: Microsoft Word - onu-derechos-nino.doc (oas.org) [Fecha de consulta: 03.09.2022].

27 Argentieri, C.: "Interpretación del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿fueron superados los estándares establecidos en la Opinión Consultiva N.° 17?", *American University International Law Review,* 2012, vol. 27, núm. 3, p. 588.

28 Asamblea general de las naciones unidas: *Convención sobre los Derechos del Niño*, 1989, p. 1. Disponible en: https://www.refworld.org.es/docid/50ac92492.html [Fecha de consulta: 22.08.2022].

En definitiva, como es posible apreciar, las referencias a los vínculos de índole afectiva y a la ligazón entre estos y la familia están presentes en los principales instrumentos normativos de carácter internacional relativos a la defensa de la infancia y la adolescencia. Tales instrumentos deben vincularse con los cuerpos normativos que con un carácter general tutelan la familia[29].

En el caso del Derecho de familia de Chile, el inciso 1º del artículo 222 del Código Civil consagra el principio del interés superior en el siguiente sentido: "La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades"[30]. El precepto transcrito fue incorporado al mencionado Código en virtud de modificación establecida por la Ley N.º 19.585, la que fue publicada en el Diario Oficial el 26 de octubre de 1998. De esta manera, casi una década después, el Derecho chileno comenzó a ponerse al día con lo establecido por la Convención de los Derechos del Niño[31].

A la luz del inciso 1º del artículo 222, queda claro que el Derecho chileno reconoce que el interés superior posee un amplio contenido. De este modo, sin perjuicio de que dicho contenido deba determinarse tomando en cuenta el caso de que se trate y las características propias de los sujetos intervinientes, tal como lo han planteado Ravetllat y Pinochet[32], incluye una serie de dimensiones que contribuyen al desarrollo del NNA, tales como la afectividad, la sociabilidad, el ocio, el juego, el ámbito patrimonial, etc.

De un modo más específico, la faceta afectiva es establecida en la letra a) del artículo 225-2 del Código Civil como el primer aspecto a considerar, por parte del juez, llegado el momento de decidir sobre la custodia del NNA. En este orden de ideas, la nombrada norma se refiere a "La vinculación afectiva entre el hijo y sus progenitores, y demás personas de su entorno familiar". Similar redacción tiene la

29 Lo indicado puede apreciarse, entre otros, en los siguientes preceptos: artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica; y artículo 23 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos

30 Originalmente, el texto citado ocupaba el inciso 2º del artículo 222. En efecto, el inciso 1º establecía que: "Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres". La Ley N.º 20.680, publicada en el Diario Oficial de 21 de junio de 2013, invirtió el orden de los incisos, con lo que se llegó al actual texto del artículo 222.

31 Lo indicado ha sido estudiado de una manera muy acuciosa por Barrientos. En conformidad a lo señalado por el mencionado autor, cuando en el Senado de Chile se tramitaba el nuevo texto del artículo 222 se hizo constar en el "Informe Complementario", de fecha 22 de julio de 1998, que el nuevo tenor del artículo 222, junto con otras modificaciones introducidas al Título IX del Código Civil, denominado "De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos", encontraban su génesis en el objetivo de "coordinar en mejor forma las reglas del Código Civil con la Convención de los Derechos del Niño", Barrientos Grandón, J.: *El Código Civil. Su jurisprudencia e historia*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2016, p. 515.

32 Ravetllat Ballesté, I. y Pinochet Olave, R.: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho*, 2015, vol. 42, núm. 3, pp. 907-916.

letra b) del artículo 229 del nombrado Código, artículo relativo a la determinación en sede judicial del régimen comunicacional[33].

Fuera del Derecho codificado, es preciso considerar la regulación de la Ley N.º 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia[34]. La nombrada legislación define el principio del interés superior del NNA en el inciso 2º del artículo 7 "como la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías". Por su parte, la letra b) del inciso 5 del artículo 7 establece como una circunstancia específica para determinar el interés superior la opinión del NNA, teniendo en consideración "su estado afectivo". Las normas indicadas deben relacionarse con otros artículos de la Ley N.º 21.430 que regulan de un modo holístico o integral el desarrollo de los NNA, como sucede con la letra b) del n.º 2 del artículo 57, el que se refiere al Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

En definitiva, ninguna duda cabe que, tanto para los principales textos internacionales que tutelan la infancia y adolescencia como para el Derecho Chileno, la dimensión afectiva forma parte del contenido principal del interés superior del NNA. A continuación, analizaremos el modo en que los tribunales de justicia chilenos han aplicado lo anterior, de una manera específica, a los supuestos de salidas al extranjero.

III. RECONOCIMIENTO DE LA RELEVANCIA DEL BENEFICIO AFECTIVO POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA CHILENA EN LOS SUPUESTOS DE SALIDAS AL EXTRANJERO.

Los tribunales de justicia de Chile han aceptado la importancia del beneficio afectivo para efectos de declarar que la salida al exterior es beneficiosa desde el punto de vista del interés superior del NNA. En dicho sentido, han establecido que el mencionado beneficio se concreta en el hecho de continuar viviendo los NNA con la madre, siempre que esta sea la principal figura de apego y, además, en la presencia de familia extensa en la correspondiente ciudad extranjera, según trataremos con más detalle en las líneas que siguen.

1. Los progenitores como figuras de apego.

El punto de partida para efectos de conceder la autorización de salida al extranjero está dado por el fuerte lazo de índole afectiva que debe unir a la madre

33 Lepin Molina, C.: "Los nuevos principios del Derecho de familia", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2014, núm. 23, pp. 38-39.

34 Publicada en el Diario Oficial de fecha 15 de marzo de 2022.

custodia con sus hijos y/o hijas[35]. En efecto, si la madre no es la principal figura de apego y, con mucha mayor razón si en modo alguno puede considerársele como una figura cercana al NNA desde el punto de vista emocional, un aciago destino espera a la solicitud de la madre custodia.

Lo indicado en el párrafo precedente ha sido aceptado por la jurisprudencia de los tribunales chilenos. En este orden de ideas, queda claro del análisis de la sentencia de 24 de abril de 2020, dictada por la Corte Suprema, que el principio del interés superior del NNA exige descartar los razonamientos propios de un plano abstracto no vinculados con el bienestar real del NNA. Así, deben apreciarse debidamente los lazos familiares que proporcionan estabilidad emocional al NNA. Además, se requiere que el sentenciador se asegure de que la mencionada estabilidad no sufrirá deterioro alguno derivado de la estadía del NNA en el extranjero. Siempre según lo expresado en la mentada sentencia, la Corte Suprema tuvo en cuenta, también, que la madre custodia conocía las necesidades de su hijo[36].

Con todo, la realidad demuestra que no solamente la madre puede ser una figura de apego relevante, sino que, lo mismo puede decirse respecto del padre. Asimismo, ambos progenitores pueden caracterizarse por un competente desempeño de las correspondientes habilidades parentales. En el sentido indicado se pronunció la Corte Suprema en la sentencia de 6 de octubre de 2020[37].

En concepto de la Corte Suprema, tal como puede apreciarse en la sentencia de fecha 20 de abril de 2015, la circunstancia de que tanto la madre custodia como el padre que mantiene un régimen comunicacional con el NNA sean figuras de apego, no es un impedimento para conceder las solicitudes de salida al extranjero. En la sentencia indicada, en términos expresos, privilegiando el hecho de que el NNA continúe viviendo con la madre custodia, se indicó lo siguiente: "deba priorizarse mantener la situación que hasta ahora ha sucedido, esto es, que (…) siempre ha vivido con su madre"[38]. En otros términos, valorando la necesidad de no alterar el contexto emocional en que viven los NNA, la sentencia en comento

35 Vid., sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 55.280-2016, de 3 de octubre. disponible en www.pjud.cl. [Fecha de consulta: 22.08.2022].

36 Corte Suprema, sentencia rol n.º 358-2020, considerando 4º, disponible en www.pjud.cl. [Fecha de consulta: 22.08.2022].

37 Corte Suprema, sentencia rol n.º 30.509-2020, considerando 2º. En los casos en que ambos progenitores son figuras afectivas de relevancia, mayor peso pueden adquirir los otros beneficios derivados de residir en el extranjero. Acredita lo anterior lo resuelto en el considerando 6º de la sentencia de la Corte Suprema rol n.º 11.966-2018, de 14 de febrero de 2019, en el que se tomó en consideración la importancia del beneficio patrimonial en los siguientes términos: "aunque por cierto no tiene la importancia de poder vivir con ambos padres, la niña en España tendrá una situación económica más favorable que la que tiene hoy en Chile, lo que es también beneficioso para la misma". Ambas sentencias están disponibles en www.pjud.cl. [Fecha de consulta: 28.08.2022].

38 Corte Suprema, sentencia rol n.º 25.409-2014, considerando 10º, disponible en www.pjud.cl. [Fecha de consulta: 29.08.2022].

entiende como positivo para efectos del mejor interés el desarrollo de una vida en común de estos con la madre custodia, ya sea dentro o fuera de los límites territoriales de Chile.

La conducta observada por el padre no custodio es relevante llegado el momento de decidir sobre los litigios que motivan el presente artículo. Por exigencias del principio de corresponsabilidad parental, todo progenitor, con independencia del hecho de vivir o no con sus hijos y/o hijas, debe participar de un modo activo, equitativo y permanente en lo relativo al cuidado, crianza y educación[39].

Siguiendo con la misma línea de razonamiento, un particular peso tiene la negativa del padre que honra los deberes que nacen del principio de corresponsabilidad parental, y que, por lo tanto, se ha erigido en una figura de relevancia respecto de sus hijos, tanto en lo material como en lo afectivo. Lo opuesto sucede con el padre que se ha constituido en alguien ausente, esto es, un padre que no visita con frecuencia a sus hijos y/o hijos[40] y no cumple con el pago debido de las pensiones alimenticias.

La planteada diferenciación fue aplicada por la Corte Suprema en la sentencia de 18 de mayo de 2016. A mayor abundamiento, se expresó en esta sentencia: "debió ser un motivo a considerar para resolver la petición efectuada por la actora, la relación que el demandado ha desarrollado con sus hijos, concatenándola con las disposiciones precedentemente reseñadas, toda vez que en lo que concierne a (…), dicho vínculo carece de los caracteres necesarios para ser considerado como continuo, constante y estable, por el contrario, el ejercicio de su derecho se circunscribe a cuatro horas en la semana, es decir, no se vislumbra una participación que implique un compromiso en el desarrollo y crianza de su hijo"[41].

Un padre que no participa en la vida de sus hijos y/o hijas puede atentar en contra de lo requerido por el principio del interés superior. Ello se aprecia nítidamente al considerar el daño de naturaleza psicológica que puede nacer de la ausencia de una figura paterna, especialmente en los casos en que los NNA toman conocimiento de que dicha ausencia se ha generado en virtud de la propia

39 Vid. al respecto el inciso 1° del artículo 224 del Código Civil chileno. Puede consultarse, en lo relativo al principio de corresponsabilidad, Acuña San Martín, M.: *Derecho de relación directa y regular*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2020, p. 43.

40 Vid.: Quintana Villar, M.: "La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2014, núm. 43, pp. 241-258; y Rodríguez Pinto, M.: "Nuevas normas sobre cuidado personal, relación directa y regular, y patria potestad en el Código Civil chileno. Reformas introducidas por la Ley N.° 20.680 de 2013", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 1, vol. 1, 2014, pp. 77-102. La determinación del régimen comunicacional se encuentra tratada en los artículos 225, 225-2 y 226 del Código Civil de Chile.

41 Corte Suprema, sentencia rol n.° 35.522-2015, considerando 17°, disponible en www.pjud.cl. [Fecha de consulta: 02.09.2022].

voluntad del padre, quien no desea formar parte de la vida de aquellos. En el juicio resuelto por la sentencia de la Corte Suprema de 28 de noviembre de 2019, se acreditó lo injustificado de la negativa del padre no custodio, quien no tenía vinculaciones con sus hijos adolescentes y, no obstante, lo anterior, se oponía a la salida al exterior esgrimiendo como fundamento que lo realmente pretendido por la madre era alejarle de sus hijos[42].

Otro factor que ha incidido en las decisiones de los tribunales chilenos ha sido la conducta de la madre custodia en lo tocante a facilitar o entorpecer el adecuado desarrollo del régimen comunicacional. Muestra de lo señalado es la sentencia de la Corte Suprema, de 18 de abril de 2017, la que rechazó la solicitud de salida a los Estados Unidos presentada por una madre relativa a sus dos hijos. En este caso la petición fue, también, denegada por el tribunal de primera instancia. Para lo anterior, fue fundamental la no apreciación de un beneficio derivado de la salida al extranjero. En este orden de ideas, la Corte Suprema indicó que si tenía lugar el viaje "se producirá una desvinculación al no poder ejercer el régimen de relación directa y regular, máxime si tuvo que iniciarse con ocasión de una demanda interpuesta por el padre en contra de la madre, lo que, naturalmente, no garantiza que en el futuro tenga una comunicación fluida, teniendo presente la distancia en que se encuentra el país en que la actora se pretende radicar'"[43]. En esta resolución se agregó un elemento diferenciador que no estaba presente en los fallos analizados anteriormente: la Corte Suprema dejó constancia de la posibilidad cierta de incumplimiento del régimen comunicacional vigente, ello en atención a que dicho régimen debió ser solicitado en sede judicial por el padre ante la permanente negativa de la madre al contacto entre los NNA y su padre.

En virtud de lo anterior, el juzgador identificó una colisión entre el derecho de custodia de la madre y el derecho del padre a mantener un régimen comunicacional, quien, además se había constituido en un referente emocional y protector relevante para los NNA. De este modo, en el caso en análisis, el interés superior fundado, entre otras consideraciones, en el aspecto afectivo, condujo a la Corte Suprema a resolver del modo referido, y en definitiva, coincidir con

42 Corte Suprema, sentencia rol n.º 26.570-2018, disponible en www.pjud.cl. [Fecha de consulta: 04.09.2022]. En el considerando 4º de la individualizada sentencia se indica: "Que, en lo que respecta a las normas sustantivas que se denuncian conculcadas, resulta necesario indicar que la regulación de esta materia se contiene en los artículos 49 y 49 bis de la Ley N.º 16.618, conforme a los cuales la judicatura de familia puede otorgar la autorización solicitada cuando el progenitor que deba prestarla no pudiere hacerlo o la negare sin motivo plausible, debiendo considerar el beneficio que la salida del país pudiere reportar al menor de edad. Lo anterior, permite desestimar la existencia de las infracciones acusadas, puesto que si bien el padre compareció al proceso, de manera que no está imposibilitado de otorgar el permiso requerido, lo negó por estimar que el propósito de la madre es alejar a sus hijos; sin embargo, a la luz de los hechos inamovibles que se dieron por acreditados, tal negativa resulta carente de motivo plausible, dado que se establecidó que hace varios años que no se vincula con los adolescentes, situación que les ha causado daño emocional y que los ha llevado a no querer retomar la relación; además de dar por probado los beneficios que el viaje les ocasionará, especialmente, como mecanismo para reparar dicho daño".

43 Corte Suprema, rol n.º 2.844-2017, considerando 4º, disponible en: www.pjud.cl. [Fecha de consulta: 26.09.2022].

lo que postula Rivero acerca del interés superior, esto es, que el principio del interés superior implica "evitar perjuicios verosímiles, males mayores, o elegir para él, la opción menos mala ya que no se le puede proporcionar lo mejor posible y deseable. Esas ventajas y perjuicios, opciones o riesgos pueden ser de muy variada índole y afectar a distintos ámbitos personales del menor, y en este caso afecta un interés emocional"[44].

Volviendo a razonar en la idea que considera beneficioso para el NNA vivir con la madre custodia, tanto en Chile como en el extranjero, complejizan el análisis algunas decisiones de la Corte Suprema que controvierten dicha idea. En efecto, hemos visto que se ha establecido que el beneficio derivado para el NNA del hecho de vivir con su madre se produce tanto si se reside en Chile como en una ciudad del extranjero, pero algunas sentencias han concluido que lo más adecuado para el mejor interés es evitar la distancia física con el padre, especialmente si este se ha constituido en una figura de apego. Así, la Corte Suprema, en la sentencia de 6 de octubre de 2020, estableció: "El argumento esencial para autorizar la salida de la niña por tiempo indefinido radica en que eso le permitirá vincularse con el país de origen de su madre y sus familiares, a lo que se agrega que lo haría con su madre, con quien vive desde su nacimiento. Si se observa con detenimiento el fundamento, cabe descartar el que siga residiendo con su madre, pues eso es ahora de esa forma, sin que quede claro por qué sería más beneficioso para la menor que la residencia con su madre fuere en Guatemala. De ahí que ese fundamento queda descartado"[45].

Idéntico criterio fue adoptado por la Corte Suprema en la sentencia de 8 de octubre de 2019. En dicha sentencia se razonó sobre la relevancia del régimen comunicacional existente entre padre e hija el que se vería seriamente alterado en el supuesto de concederse la autorización de salida presentada por la madre[46].

Por nuestra parte, entendemos que es posible acceder a las mentadas autorizaciones de salida al extranjero, aunque el padre no custodio fuese una figura de relevancia desde el punto de vista afectivo. En fundamento de lo indicado, acudimos a la compatibilidad entre el principio del interés superior del NNA y el principio del libre desarrollo de la personalidad y a las denominadas visitas virtuales.

44 Rivero Hernández, F.: *El interés,* cit., p. 68.

45 Corte Suprema, sentencia rol n.° 30.509-2020, considerando 4°, disponible en www.pjud.cl. [Fecha de consulta: 02.09.2022].

46 Corte Suprema, sentencia rol n.° 25.094-2018, considerando 6°. En este considerando se expresa: "En la especie se ha tomado como medida para establecer el beneficio real que reportaría la autorización a salir del país el interés superior del niño en consideración a su derecho a mantener una relación directa y regular con su padre, lo que se conseguiría de manera muy imperfecta en caso de que residiera en otro país".

Con respecto a lo primero, sobre la base de la indisputada primacía del principio del interés superior, entendemos que en el análisis debe incluirse la compatibilidad existente entre los principios del interés superior del NNA y del libre desarrollo de la personalidad. En efecto, según ya hemos adelantado, lo que decides las litis en comento es la debida prueba de diversos beneficios derivados de la estadía en el extranjero en favor de los NNA.

Lo recientemente afirmado ha sido reconocido en diversas decisiones judiciales, entre estas, la sentencia de la Corte Suprema de 18 de abril de 2017, en cuya virtud: "Que, por consiguiente, corresponde al juez conjugar convenientemente esas disposiciones internacionales ratificadas por Chile y la normativa interna, a fin de lograr un equilibrio entre el derecho deber de la madre, quien tiene a su cargo el cuidado personal de (…). y que, para el caso de autos, se traducirá en que deberían viajar a los Estados Unidos de Norteamérica, y el derecho deber de los niños y su padre de mantener un régimen comunicacional que les permita conservar su vínculo filial. En la especie, dicha colisión deberá ser resuelta bajo el prisma del interés superior de los niños, que tendrá como norte lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley N° 16.618 en lo que se refiere al beneficio que le pudiere reportar su salida del país"[47].

Probados los beneficios en favor de los NNA, debe considerarse, por una parte, que la madre custodia, al igual que todos los individuos de la especie humana, posee una personalidad compleja compuesta de diversas capas y, por la otra, que esta tiene pleno derecho al libre desarrollo de su personalidad, derecho que debe ser tutelado por el ordenamiento jurídico. Tales ideas nos conducen a reflexionar, sin ningún ánimo de agotar el tema, sobre el rol tradicionalmente asignado a la mujer y al modo en que este ha evolucionado, sobre todo, en las últimas décadas.

Históricamente, a la mujer se le han atribuido las funciones de cónyuge y de persona encargada del cuidado de los hijos y/o hijas y de las labores propias del hogar. Además, como lúcidamente lo han estudiado Gómez y Jiménez, se le ha calificado como la principal encargada de proporcionar soporte emocional y afecto a los integrantes de la familia[48]. Teniendo presente lo indicado, un aspecto de la lucha por la igualdad entre hombres y mujeres está dado por cambiar las aludidas asignaciones de roles, de forma tal que la mujer, al igual que el hombre, pueda actualizar sus potencialidades y, por lo tanto, pueda, entre otras actividades, trabajar, seguir estudios de postgrado o rehacer su vida sentimental, ya sea en su país o en una nación foránea. El hecho de ser madre custodia no puede ser entendido como un obstáculo insalvable para el logro de lo indicado. En suma: debe

47 Corte Suprema, sentencia rol n.º 2.844-2017, considerando 8°, disponible en www.pjud.cl. [Fecha de consulta: 03.09.2022].

48 Gómez Urrutia, V. y Jiménez Figueroa, A.: "Corresponsabilidad familiar y el equilibrio trabajo-familia: medios para mejorar la equidad de género", *Polis*, 2015, vol. 14, núm. 40, p. 380.

respetarse el derecho de la mujer a desarrollar, en conformidad a sus decisiones y convicciones, las facetas que integran su particular personalidad. Dentro de lo anterior puede incluirse, eventualmente, la salida al extranjero para alguno de los aspectos señalados.

Tengamos presente, también, que un mayor bienestar de la madre puede tener como positiva consecuencia beneficios para sus hijos y/o hijas. Así, es viable que de la estadía en un lugar del extranjero nazcan beneficios tanto para el NNA como para la madre custodia. En un supuesto como el señalado, resultan ser plenamente compatibles los principios del interés superior del NNA y del libre desarrollo de la personalidad.

Los tribunales de justicia de Chile, en los últimos años, han aplicado lo señalado en los párrafos anteriores. Prueba lo indicado la sentencia de la Corte Suprema de 24 de abril de 2018, en la que se resolvió: "Por otra parte, lo que sí constituye un análisis abstracto o alejado de la realidad concreta de las personas involucradas en esta controversia, es obviar el derecho de la madre que tiene a su cargo el cuidado personal de los niños, a procurar un desarrollo profesional y afectivo que satisfaga sus intereses, contraponiéndolo a lo que puede ser el interés de los hijos. El entendimiento del principio del interés superior debe ser acorde a la evolución social de las familias, lo que implica respetar las individualidades de quienes conforman el núcleo familiar y asumir que la exigencia de una figura ideal de madre que, en cuanto cuidadora de sus hijos, posterga su desarrollo en otras esferas de su vida responde a una concepción estereotipada y que tampoco favorece a los hijos que son objeto de tales cuidados"[49].

Súmese a lo señalado que, es preciso que el Derecho de familia tome en cuenta los diversos avances en sede de formas de comunicación que han logrado la ciencia y la tecnología. Ya nos hemos referido al principio de corresponsabilidad parental y, en dicho contexto, al régimen comunicacional. A la luz del nombrado principio, es de toda evidencia que, no obstante, el hecho de habitar hijos y/o hijas y progenitores ciudades distintas, ubicadas o no dentro de un mismo territorio nacional, debe continuarse con el correspondiente régimen comunicacional, el que deberá ser ajustado en conformidad a las nuevas circunstancias. En tales nuevos escenarios, esto es, de lejanía física entre los integrantes del régimen comunicacional, adquieren relevancia los modernos medios de comunicación,

49 Corte Suprema, sentencia rol n.° 42.642-2018, considerando 4°. Idéntico criterio se aplicó en el voto disidente de la sentencia de la Corte Suprema, rol n.° 25.094-2018, de 8 de octubre de 2019: "no se puede obviar el derecho de la madre que ejerce el cuidado personal del hijo a desarrollarse en el ámbito profesional y afectivo, por lo mismo, se debe respetar su individualidad, también la de todos los miembros que conforman el núcleo familiar, y no asumir figuras ideales de una madre, en cuanto que lo es aquella que posterga su desarrollo en otras esferas de su vida en pro de la prole, pues dicha actitud no genera ni se traduce en un beneficio para ésta". Ambas sentencias se encuentran disponibles en www.pjud.cl. [Fecha de consulta: 04.09.2022]

como las plataformas digitales y los teléfonos inteligentes[50], lo que nos dirige a las denominadas "visitas virtuales".

La doctrina especializada chilena ha abandonado la anacrónica concepción del régimen comunicacional como sinónimo de un contacto directo-presencial, "cara a cara". Así, hoy se acepta que dicho régimen puede llevarse a cabo aprovechando los avances en las tecnologías de la comunicación, como lo ha estudiado en profundidad Gómez de la Torre[51]. En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia[52].

La circunstancia de que el Derecho chileno no posea una regulación de las visitas virtuales, a diferencia de lo que sucede en otros países[53], no es un obstáculo para que el régimen comunicacional se realice mediante recursos virtuales. En este orden de ideas, es menester dejar constancia que la pandemia de Covid-19 ha reforzado en los operadores jurídicos la convicción en orden a la utilidad, en diversos supuestos, que pueden prestar las modernas y cada vez más eficaces formas de comunicación[54].

Finalmente, debemos hacer presente que no postulamos la sustitución de las visitas presenciales por las visitas virtuales. En efecto, sin perjuicio de que somos partidarios de que se concedan las salidas al extranjero (siempre que ello sea positivo según las exigencias del principio del interés superior del NNA), no debe desconocerse la relevancia del contacto presencial entre los progenitores y su descendencia. De este modo, un modelo mixto de régimen comunicacional, esto es, que comprenda tanto las visitas presenciales (lo que implica viajes desde o hacia Chile, ya sea de los NNA o de los progenitores) como visitas virtuales, se

50 Para profundizar sobre el impacto de las nuevas formas de comunicación en las familias y, particularmente en los NNA, recomendamos el trabajo de Iriarte Díazgranados, F.: "Los niños y las familias frente a las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICS)", *Psicología desde el Caribe*, 2017, núm. 20, pp. 208-224.

51 Gómez de la Torre, M.: "La relación directa y regular como efecto de la ruptura", *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile*, 2011, núm. 4, p. 127. La eliminación de la palabra "personal" durante la discusión en el Congreso de Chile del tenor del artículo 229 del Código Civil corrobora que la intención del legislador fue que el régimen comunicacional no se circunscribiese solamente a la tradicional visita presencial, Astudillo Meza, C. y Mondaca Miranda, A.: "Consideraciones teóricas y prácticas del derecho-deber de mantener una relación directa y regular", en A.A.V.V.: *Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia* (edit. por A. Mondaca y A. Illanes), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 138-139.

52 Lo indicado se aprecia en las siguientes sentencias de la Corte Suprema, roles n.º: 4.992-2019, de 30 de marzo de 2020; 40.678-2017, de 26 de febrero de 2018; 70.160-2016, de 18 de abril de 2017; 36.593-2015, de 21 de abril de 2016; y 8.728-2012, de 25 de marzo de 2013. Lo mismo en la sentencia de la Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 318-2016, de 11 de abril de 2016 y en la sentencia de la Corte Apelaciones de Puerto Montt, rol n.º 197-2013, de 21 de agosto de 2014. Todas estas sentencias se encuentran disponibles en www.pjud.cl. [Fecha de consulta: 22.09.2022].

53 Vid.: Código de Utah, *Title 30: Husband and Wife. Chapter 3: Divorce*; Ley de Visitas Virtuales de Puerto Rico, del 25 de septiembre de 2012; y Ley N.º. 264, de 25 de septiembre de 2012, Ley de Visitas Virtuales de Paraguay.

54 Fuentes Maureira, C.: "Pandemia, tecnología y debido proceso: una propuesta de compatibilización", en A.A.V.V.: *Covid-19 y Derecho de familia* (dir. por C. Lepin y I. Ravetllat), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 119.

nos presenta como una opción que permita armonizar el aprovechamiento de las ventajas para el NNA derivadas de su estadía en el extranjero con la necesidad del mantenimiento de un contacto directo con el progenitor que permanece dentro de las fronteras de Chile.

2. La consideración de la familia extensa.

En esta parte veremos que diversas sentencias pronunciadas por los tribunales chilenos han considerado como parte integrante del beneficio derivado de las salidas al extranjero la existencia de redes familiares en el país destino del viaje de la madre y de sus hijos y/o hijas.

Antes de continuar, hacemos presente que, aunque son menos frecuentes la sentencias que en Chile se refieren a la familia extensa en el contexto de las autorizaciones de salidas al extranjero, en comparación con las que versan sobre la entidad del lazo afectivo existente entre los hijos/hijas y sus progenitores, las primeras, al igual que las segundas, nos proporcionan insumos muy interesantes para efectos de analizar el beneficio de índole afectiva. Así, veremos que, tal beneficio no puede entenderse limitado solamente a los miembros de la denominada familia nuclear.

Además, es necesario señalar que en la sociedad chilena la familia nuclear muestra una tendencia a disminuir, lo que obedece a diversos motivos. A mayor detalle, según indica el Ministerio de Desarrollo Social, entre tales motivos se encuentra: "la disminución de hogares multigeneracionales, (…) el descenso del tamaño de las familias, aumento de hogares unipersonales, aumento de hogares con jefaturas femeninas y aumento de familias recompuestas"[55].

En muchas ocasiones la familias extensas chilenas tienen en común una crianza de hijos y/o hijas en ausencia de un progenitor (el padre) y en la que se hace indispensable el ingreso de la mujer al mercado laboral. Por ello, la consideración de una tipología familiar, como la familia extensa o ampliada, que toma en cuenta a diversos familiares en las labores de cuidado de los hijos y/o hijas, implica un valioso aporte para su bienestar emocional y físico.

Desarrollando el último punto, es indisputable que la función de cuidados es de vital importancia, por lo no debe ser invisibilizada ni entendida como una prerrogativa exclusivamente femenina, por el contrario, todo pariente puede colaborar en la función mencionada, con independencia de su género. Sin embargo, existe conciencia de la persistencia de una "normalización histórica de que sean las

55 Ministerio de Desarrollo Social y Familias: *Ciclo vital de las familias y género: transformaciones en la estructura familiar en Chile: 1998-2006*, *2008,* disponible en: Ciclo Vital Familia (desarrollosocialyfamilia.gob.cl) [Fecha de consulta: 22.09.2022], p. 6.

mujeres quienes realicen estas actividades, pues sus representaciones sociales de lo femenino se vinculan con entregar su vida y cuidado a los otros"[56].

Por lo indicado, es entendible el claro reconocimiento, por parte de de la jurisprudencia, de los lazos emocionales y afectivos como contenidos del interés superior concretados en la existencia de familia ampliada o extensa. En efecto, las decisiones de los tribunales de justicia se sustentan en que en el país receptor existen abuelos, tíos o primos, entre otros parientes, lo que permitiría una mejor adaptación de los NNA en el extranjero, pues sus parientes les propiciarían familiaridad al entorno morigerando los efectos naturales que puede producir en la vida de un NNA una estadía en un lugar del extranjero. Recordemos que lo afectivo está ligado a la familia, la que es, tal como lo ha explicado Acuña, desde la visión de la CDN, "la unidad socializadora de los niños por excelencia, y se le reconoce como el medio natural para el crecimiento y bienestar para todos sus miembros y en particular de los niños"[57].

En primer lugar, nos referiremos a la sentencia dictada por la Corte Suprema de fecha 18 de mayo de 2016, relativa a un juicio que involucraba a una mujer norteamericana, madre de dos hijos, avecindada en Chile que se desempeñaba como funcionaria administrativa de un hotel y que tenía familia extendida en su país de origen. La madre se había separado del padre de sus hijos, quien mantenía un contacto poco frecuente con estos. El juez de primera instancia denegó la autorización para salir al extranjero "fundando su decisión en que el supuesto beneficio que le reportaría a los niños radicarse en Estados Unidos de Norteamérica sería exclusivamente económico, en detrimento de los beneficios espirituales que les significará desarrollarse con una figura paterna presente y que se encuentra en pleno ejercicio de sus deberes"[58].

Resulta interesante en este caso la distinción efectuada por el sentenciador entre "interés económico" e "interés espiritual" y la primacía otorgada al segundo con respecto al primero. En esta parte es necesario hacer presente que la Observación N.º 14 indica específicamente que "la evaluación básica del interés superior es una valoración general de todos los elementos que guarden relación con del interés superior del niño, en la que la importancia de cada elemento se pondera en función de los otros"[59].

56 Núñez Salazar, I.: "Imaginarios culturales del cuidado en Chile: trabajo y economía en larga duración. *Polis*, 2015, vol. 14, núm. 41, p. 461.

57 Acuña San Martín, M.: "Los deberes de los padres respecto de sus hijos: asegurando su protección y bienestar", en A.A.V.V.: *Convención Internacional de los Derechos del Niño: estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia* (ed. por C. Domínguez), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2019, p. 116.

58 Corte Suprema, rol n.º 35.522-2015, considerando 1º, disponible en: www.pjud.cl. [Fecha de consulta: 28.09.2022].

59 Comité de los Derechos del Niño: *Observación General N.º 14*, 2013. disponible en: https://www.refworld.org.es/docid/51ef9aa14.html. [Fecha de consulta: 22.09.2022], p. 18.

Teniendo en cuenta lo expresado, la debida fundamentación de una sentencia judicial no se satisface con hacer efectiva la primacía de un solo parámetro desconociendo la relevancia de otros factores, pues la solución que se adopte debe tomar en cuenta todas las situaciones que puedan contribuir al bienestar del NNA, es decir, se requiere de una aproximación holística al interés superior. Cabe hacer presente en este caso que la madre contaba con la ayuda esporádica de sus padres, quienes la visitaban desde los Estados Unidos para asistirla en los cuidados de sus hijos.

La sentencia de primera instancia fue impugnada ante la Corte Suprema, la que sí consideró diversos aspectos e indicó que el juzgado de primera instancia incurrió en un yerro. En dicho sentido, se resolvió lo que sigue: "en efecto, ha sido soslayado que la solicitante es ciudadana norteamericana, que en su país de origen cuenta con su familia extendida, a diferencia de la situación que vive actualmente en nuestro país, donde carece de redes de apoyo, por otra parte, no ha sido considerado que los niños tendrán la posibilidad de conocer y vivir una cultura diferente, la que por cierto es también la suya"[60].

En otros términos, el sentenciador reconoció el valor de la familia ampliada y construyó la noción de beneficio desde los afectos (junto con el beneficio cultural derivado de vivir en el extranjero), indicando que la ayuda que puede proporcionar la familia extensa en los cuidados de los hijos contribuye al bienestar de estos, lo que está en armonía con la "pluralidad de formas que pueden constituir el sustrato de vínculos parentales"[61]. Lo último ha sido reconocido por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación N.º 7[62].

Similar panorama se aprecia en la sentencia pronunciada por la Corte Suprema de 14 de febrero de 2019. En este caso, la petición fue presentada por una madre chilena que se había casado con un ciudadano español, ambos progenitores de dos hijos que residían con la madre en España y de una niña que vivía con su padre en Chile, el que tenía la custodia de esta. En Chile también residían otros parientes (abuelos y tíos), de forma tal que tanto en España como en Chile había familia extensa.

El tribunal de primera instancia rechazó lo pedido, lo que fundó teniendo en vista que la autorización solicitada para que la niña viviese en España no sería beneficiosa para sus intereses, ya que se le privaría del derecho a mantener una

60 Corte Suprema, rol n.º 35.522-2015, cit., considerando 18°.

61 Álvarez, R.: "Relaciones parentales sin base biológica en el Derecho chileno. Repensando el sistema filial en perspectiva", *Revista de Derecho de Familia, de infancia y adolescencia*, 2022, vol. 106, p. 106.

62 Comité de los Derechos del Niño: *Observación General N.º 7*, 2005, p. 8, disponible en: https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ffd3dc02. [Fecha de consulta: 23.09.2022].

relación directa y regular con su padre, lo que afectaría su desarrollo integral y el derecho a la identidad. Así, el juez decidió la litis considerando el derecho a la identidad, el que ha sido recogido en el artículo 8 de la CDN. El nombrado derecho, en concepto del sentenciador, debe primar por sobre la relación de la niña con sus hermanos que, según ya hemos indicado, vivían en España. Además valoró el tribunal la presencia de familia extensa en Chile.

Con todo, creemos que lo razonado por el tribunal de primera instancia no es adecuado, pues limita el derecho a la identidad a la sola experiencia que se adquiere por el hecho de vivir junto a su padre, olvidando que este derecho se configura desde sí mismo y hacia los otros, pues esto "que conocemos como identidad, se construye evolutivamente en tensión dinámica entre las características centrales de la persona, que la constituyen como ser único, y la influencia del contexto relacional y social, de la mirada que, desde muy temprano, los otros han depositado sobre ella"[63].

Con posterioridad, la Corte Suprema, conociendo de la impugnación a la resolución que no autorizó la salida al extranjero, reparó en la preponderancia asignada a la familia extensa que vivía en Chile en desmedro de la residente en España, indicando que: "no vinculan el beneficio de poder desarrollarse junto a sus hermanos pequeños (…) con su interés superior; es curioso que se dé una mayor importancia al hecho de poder vincularse con sus abuelos y tíos en Chile que con sus hermanos en España, quienes ni siquiera son mencionados en la parte resolutiva del fallo". Asimismo, la Corte Suprema tuvo en vista que "si la niña se radica al menos por un tiempo en España, lo hará junto a su madre y a sus dos hermanos con quienes siempre ha vivido, si, por el contrario, permanece en Chile se quedará solo junto a su padre"[64].

Los juicios que comentamos nos dirigen hacia los variados tipos de familia apreciables en la sociedad. Así, la familia no se limita exclusivamente a la nuclear, cuya existencia no asegura necesariamente bienestar en favor de los NNA, lo dicho es sin perjuicio de que la propia CDN, en el artículo 5, señale que los padres, quienes conforman la familia nuclear, están mandatados a la dirección, orientación apropiada, crianza y desarrollo de sus hijos y/o hijas.

Con todo, la realidad demuestra que se producen rupturas que afectan a esta tipología familiar, en tales casos surge la necesidad de evitar la producción de perjuicios con respecto a los NNA. De lo anterior, se hace cargo la CDN en

63 Álvarez, R. y Rueda, N.: "Derecho a la identidad, filiación y apellidos. Perspectiva desde los derechos de la infancia y de la mujer en los sistemas jurídicos chileno y colombiano", *Ius et Praxis*, 2022, vol. 28, núm. 2, p. 125.

64 Corte Suprema, rol n.° 11966-2018, considerando 5°, disponible en: www.pjud.cl. [Fecha consulta: 25.09.2022].

el artículo 9, precepto que reglamenta el supuesto de separación de los padres, indicando en el n.º 3 : "Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

Podemos advertir que la CDN reconoce el derecho del NNA a mantener contacto con ambos progenitores, lo que no se observa con claridad en lo resuelto por el máximo tribunal chileno, pues este entendió que la familia nuclear compuesta por la madre y los hijos residentes en España contribuían al mejor interés de su hija (decisión con la que concordamos), no tutelando los derechos del padre, quien, recordemos, detentaba la custodia de aquella.

Lo anterior es de particular importancia, pues como resultado de la separación, uno de los progenitores no estará presente de forma diaria en la vida de sus hijos, sin embargo, es deber del juzgador procurar los equilibrios necesarios para el bienestar de una niña que había convivido regularmente con su padre, lo que debió traducirse en el establecimiento en la sentencia de un régimen comunicacional que considerase tanto las visitas virtuales como las presenciales, fijando, al mismo tiempo, las garantías necesarias para la concreción de estas últimas (por ejemplo, ordenar que el financiamiento de determinados viajes será de cargo de la madre).

Lo observado fue considerado por la sentencia de la Corte Suprema de 03 de octubre de 2016, la que revisó lo resuelto por parte del tribunal de primera instancia, el que rechazó una autorización para salir al extranjero presentada por una madre, quien debía cursar estudios de postgrado en Granada, España, por el plazo de un año. Asimismo, en la correspondiente solicitud, se indicó que en la mencionada ciudad residían primos y sobrinos, por lo que existiría una red de apoyo familiar. En concepto del tribunal de primera instancia, las pruebas rendidas no fueron suficientes para que se acreditase el beneficio que reportaría el viaje en favor de los NNA.

La sentencia fue impugnada ante la Corte Suprema, la que consideró que la salida al extranjero "aportará beneficios en el bienestar y desarrollo del niño, considerando que se trata de una salida por un periodo acotado, lo que le permitirá reforzar el vínculo con su principal referente emocional, su madre, desarrollándose en un entorno que satisfaga sus necesidades de educación y salud a un nivel igual o superior al de Chile, contando ella con apoyo adicional familiar en la ciudad española en la que establecerán su residencia"[65].

65 Corte Suprema, rol n.º 55.280-2016, considerando 4º, disponible en: www.pjud.cl. [Fecha de consulta: 25.09.2022].

En este juicio se reconoció expresamente, junto a otros criterios, el valor de lo afectivo, fundamentalmente representado por la principal figura de apego, la madre. También, se consideró la asistencia en los cuidados que podía proporcionar la familia extendida, lo que va en concordancia plena con lo señalado por el Comité de Derechos del Niño, entidad que "reconoce que 'familia' aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño"[66].

La sentencia de la Corte Suprema, según ya se indicó, corrigió la ausencia de referencia al derecho que le cabe al padre no custodio al indicar que la salida no podía significar un obstáculo en la relación directa y regular entre el padre y su hijo[67].

IV. CONCLUSIONES.

Los tribunales de justicia chilenos acceden a las solicitudes de salida del país de NNA presentadas por las madres custodias siempre que se acredite que dicha salida es beneficiosa en conformidad a los requerimientos del principio del interés superior. Dentro de dicho beneficio, se considera incluido el de naturaleza afectiva.

En conformidad a lo señalado, deberá probarse la solidez del lazo afectivo que una a los hijos y/o hijas con la madre solicitante, puesto que en caso contrario, la petición deberá ser rechazada. Incluso, aunque el padre sea una figura de apego, ello no excluye necesariamente la posibilidad de que el viaje al extranjero contribuya al mejor interés del NNA.

Súmese a lo señalado que la estadía fuera de Chile puede resultar provechosa tanto para el NNA como para la madre, quien podría satisfacer intereses libremente elegidos de acuerdo a sus propios deseos. Así, afirmamos que es posible una compatibilidad entre los principios del interés superior y del libre desarrollo de la personalidad, compatibilidad que es armoniosa con la evolución que ha experimentado el rol de las mujeres, especialmente en las últimas décadas.

66 Comité de los Derechos del Niño: *Observación General N.º 7*, 2005, p. 8, disponible en: https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ffd3dc02. [Fecha de consulta: 22.09.2022].

67 En efecto, se estableció lo siguiente: "son efectivos los argumentos del recurso, en primer lugar, porque los jueces del fondo teniendo presente el mérito que surge de los medios de prueba rendidos, concluyeron beneficioso para el desarrollo personal, educacional y cultural del niño su salida del país y asentarse en el extranjero durante un año, sin que lo anterior signifique un obstáculo en la relación del recurrente con su hijo, pues puede visitarlo y mantener el régimen comunicacional durante su estadía en el extranjero", Corte Suprema, rol n.º 55.280-2016, cit. considerando 5º, disponible en: www.pjud.cl. [Fecha de consulta: 25.09.2022]".

La presencia de familia extensa en el lugar del extranjero al que se dirige la madre con sus hijos y/o hijas es otro factor que debe ser debidamente valorado. Lo indicado, dado que la existencia de una red familiar contribuye al bienestar emocional de los NNA (y de la madre), sin perjuicio de las colaboraciones en otros ámbitos que pueden provenir de los parientes residentes en el extranjero.

En definitiva, la entidad del beneficio de índole afectiva, establecida en cada caso a la luz de sus propias características, contribuye a la (en ocasiones, compleja) labor de dotar de determinación al principio del interés superior del NNA, por lo que resulta ser decisiva llegado el momento de resolver las solicitudes de salidas al extranjero.

BIBLIOGRAFÍA

Acuña San Martín, M.: "Los deberes de los padres respecto de sus hijos: asegurando su protección y bienestar", en A.A.V.V.: *Convención Internacional de los Derechos del Niño: Estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia* (edit. por C. Domínguez), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2019, pp. 115-156.

Acuña San Martín, M.: *Derecho de relación directa y regular*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2020, p. 43.

Álvarez Escudero, R. y Rueda Vallejo, N.: "Derecho a la identidad, filiación y apellidos. Perspectiva desde los derechos de la infancia y de la mujer en los sistemas jurídicos chileno y colombiano", *Ius et Praxis*, 2022, vol. 28, núm. 2, pp. 124-144.

Argentieri, C.: "Interpretación del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿fueron superados los estándares establecidos en la Opinión Consultiva N.º 17", *American University International Law Review,* 2012, vol. 27, núm. 3, pp. 581-611.

Astudillo Meza, C. y Mondaca Miranda, A.: "Consideraciones teóricas y prácticas del derecho-deber de mantener una relación directa y regular", en A.A.V.V.: *Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia* (edit. por A. Mondaca y A. Illanes), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 138-139.

Barcia Lehmann, R. y Carreta Muñoz, F.: *Convención de Derechos del Niño, Niñas y adolescentes, en el contexto judicial*, DER Ediciones, Santiago de Chile, 2021, pp. 3-44.

Barrientos Grandón, J.: *El Código Civil. Su jurisprudencia e historia*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2016, p. 515.

Bécar Labraña, E.: "El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el Derecho internacional y en el Derecho interno", *Actualidad Jurídica,* 2020, núm. 42, pp. 527-580.

Bobadilla Toledo, M. L.: "El principio de interés superior del niño y niña en clave migratoria", en A.A.V.V.: *Niñez, familia, migración y derechos* (edit. por I. Ravetllat Ballesté y M. Bobadilla Toledo), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 83-114.

Bobadilla Toledo, M. L.: "La constitucionalización del interés superior del niño en Chile: un paso más hacia su pleno conocimiento", *Opinión Jurídica,* 2022, vol. 20, núm. 43, edición especial, pp. 385-403.

Cillero Bruñol, M.: "Fundamentos para el reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho", en A.A.V.V.: *Familias, Infancia y Constitución* (edit. por M. Cillero Bruñol, E. Valenzuela y J. González), Thomson Reuters, Santiago de Chile, pp. 3-32.

Etcheberry Court, E.: *Autorización del menor para salir del país y sustracción internacional*, Ediciones Der, Santiago de Chile, 2019, p. 4.

Fuentes Maureira, C.: "Pandemia, tecnología y debido proceso: una propuesta de compatibilización", en A.A.V.V.: *Covid-19 y Derecho de familia* (dir. por C. Lepin y I. Ravetllat), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 119.

Garrido Chacana, C.: *Cuidado personal; relación directa y regular; patria potestad; y salida del país*, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2014, p. 227.

Gómez de la Torre, M.: "La relación directa y regular como efecto de la ruptura", *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile*, 2011, núm. 4, p. 127.

Gómez Urrutia, V. y Jiménez Figueroa, A.: "Corresponsabilidad familiar y el equilibrio trabajo-familia: medios para mejorar la equidad de género", *Polis*, 2015, vol. 14, núm. 40, p. 380.

Iriarte Díazgranados, F.: "Los niños y las familias frente a las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICS)", *Psicología desde el Caribe*, 2017, núm. 20, pp. 208-224.

Lepin Molina, C.: "Los nuevos principios del Derecho de familia", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2014, núm. 23, pp. 38-39.

Madrid-Ramírez, R.: "La noción de bienestar subjetivo y el concepto de derecho. A propósito del vínculo entre normas jurídicas y felicidad humana", *Dikaion*, 2017, núm. 26, vol. 1, pp. 31-52.

Martínez-Álvarez, J. L., Fuertes-Martín, A., Orgaz-Baz, B., Vicario-Molina, I. y González-Ortega, E: "Vínculos afectivos en la infancia y calidad en las relaciones de pareja de jóvenes adultos: el efecto mediador del apego actual", *Anales de Psicología*, 2014, vol. 30, núm. 1, pp. 211-220.

Mena Méndez, M.: "El interés superior del niño: instrumento del Derecho de infancia para la tutela de los derechos fundamentales del niño", *Actualidad,* 2006, vol. 6, núm. 1, pp. 69-85.

Ministerio de Desarrollo Social y Familias: *Ciclo vital de las familias y género: transformaciones en la estructura familiar en Chile: 1998-2006*, *2008,* disponible en: Ciclo Vital Familia (desarrollosocialyfamilia.gob.cl) [Fecha consulta: 22.09.2022], pp. 1-71.

Mónaco, E., De la Barrera, U. y Montoya-Castilla, I.: "La influencia del apego sobre el bienestar en la juventud: el rol mediador de la regulación emocional", *Anales de Psicología,* 2021, vol. 37, núm. 1, pp. 21-27.

Montecinos Tota, A.. "Interés superior del niño como fundamento de la autorización de su salida definitiva al extranjero", en A.A.V.V.: *Estudios de Derecho de Familia III* (edit. por C. Domínguez), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2008, p. 570.

Núñez Salazar, I.: "Imaginarios culturales del cuidado en Chile: trabajo y economía en larga duración", *Polis*, 2015, vol. 14, núm. 41, pp. 461-479.

Palacios Vargas, C.: "La espiritualidad como medio de desarrollo humano", *Cuestiones Teológicas*, 2015, vol. 42, núm. 98, pp. 459-481.

Quintana Villar, M.: "La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2014, núm. 43, pp. 241-258.

Ravetllat Ballesté, I. y Pinochet Olave, R.: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho*, 2015, vol. 42, núm. 3, pp. 907-916.

Rivero Hernández, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 64-68.

Rodríguez Pinto, M.: "Nuevas normas sobre cuidado personal, relación directa y regular, y patria potestad en el Código Civil chileno. Reformas introducidas por la Ley N.º 20.680 de 2013", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 1, vol. 1, 2014, pp. 77-102.

Zamora Damián, G., Vera Ramírez, J., Rojas Solís, J. L. y Alcázar Olán, R.: "Apego y violencia de pareja en una muestra de adolescentes", *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística,* 2019, vol. 12, pp. 6-19.



EL INTERÉS DEL MENOR Y SU PARTICIPACIÓN EN LOS PROCESOS DE FAMILIA TRAS LA LO 8/2021 DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA

CHILD´S INTEREST AND HIS ROLE IN FAMILY PROCESSES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1370-1395

Beatriz
MORERA
VILLAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Cuando una pareja con hijos comunes menores de edad deja de convivir surge la necesidad de determinar las reglas o normas por las que se regirá la nueva situación familiar. Habiendo hijos comunes es innegable que la mayoría de las medidas que se adopten les repercutirán en la medida en que estas decisiones necesariamente afectarán a su esfera personal, social, económica y familiar. En estos casos el interés superior del menor o principio "favor filii" cobra especial importancia ya que el menor tendrá derecho a ser parte en el proceso en el que se adopte cualquier decisión que le afecte. La cuestión principal residirá en cómo garantizar los derechos de los menores salvaguardando su interés, como consideración primordial, y cómo en la audiencia del menor deben garantizarse especialmente todas aquellas medidas encaminadas a garantizar este bienestar así como todos sus derechos fundamentales. Así, el Juez no sólo dispondrá de un elemento más de valoración para determinar el régimen de custodia más beneficioso para el menor, sino que se estará dando cumplimiento a todas las medidas de protección integral de la infancia y adolescencia que deben ser tenidas en cuenta en cualquier proceso que les afecte.

PALABRAS CLAVE: Audiencia del menor; crisis familiar; interés del menor; procesos de familia; protección integral del menor.

ABSTRACT: *When a couple with minor common children ceases to live together, the need arises to determine the rules or norms by which the new family situation will be governed. Having common children, it is undeniable that most of the measures adopted will affect them to the extent that these decisions will necessarily affect their personal, social, economic and family sphere. In these cases, the best interest of the minor or "favor filii" principle takes on special importance since the minor will have the right to be a part of the process in which any decision that affects him or her is adopted. The main question will reside in how to guarantee the rights of minors while safeguarding their interest, as a primary consideration, and how in the hearing of the minor all those measures aimed at guaranteeing this well-being as well as all their fundamental rights should be especially guaranteed. Thus, the Judge will not only have one more element of assessment to determine the custody regime that is most beneficial for the minor, but will also be complying with all the comprehensive protection measures for childhood and adolescence that must be taken into account in any process that affects them.*

KEY WORDS: *Hearing of the minor; family crisis; interest of the minor; family processes; comprehensive protection of the minor.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL INTERÉS DEL MENOR.- III. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS DE LA AUDIENCIA DEL MENOR.- IV. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LA AUDIENCIA DEL MENOR TRAS LA LO 8/2021, DE 5 DE JUNIO DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.- 1. Carácter preceptivo o facultativo de la audiencia del menor.- 2. Evaluación de la capacidad del menor. 3.- Práctica de la audiencia del menor. Valor y comunicación de los resultados.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En los procesos de nulidad, separación y divorcio o en los relativos a medidas paternofiliares, para los casos en los que no existe matrimonio entre los progenitores, será necesario determinar cómo se va a reorganizar la familia para adaptarse a la nueva situación tras la ruptura. En todos estos casos las medidas que se adopten deberán garantizar el bienestar de los menores, razón por la cual en todas las decisiones que les afecten deberá prevalecer el interés superior del menor o principio *favor filii*.

Una de las decisiones que más afectará a los menores, principalmente a su esfera personal, será la relativa a la atribución de la guarda y custodia. Los hijos menores van a pasar, en principio, de convivir con ambos progenitores a hacerlo con un solo de ellos en cada momento. Cuestión a parte es cuánto tiempo estén con cada progenitor y ante qué modelo de guarda y custodia estemos, pero la cuestión principal es que con los dos a la vez ya no van a estar.

Siendo ésta una cuestión tan trascendental para la vida de un menor no es de extrañar que toda la normativa tanto internacional como nacional establezca unas reglas para que el propio menor pueda "ser parte" del proceso judicial donde poder manifestar sus opiniones y que el Juez pueda, además, tener un elemento adicional de valoración a la hora de establecer las nuevas reglas de convivencia familiar.

Para valorar la intervención de los menores y hasta la entrada en vigor de la LO 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia, se diferenciaba si estábamos ante un proceso judicial de mutuo acuerdo o contencioso. En el primero de los casos era muy probable que el menor no tuviera que intervenir, pero para el segundo de los supuestos, la madurez y la edad del menor jugaban un papel fundamental.

• Beatriz Morera Villar
Profesora Agregada Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales. Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir". Email: beatriz.morera@ucv.es

Ahora, y como posteriormente estudiaremos, ya no será necesario diferenciar si estamos ante un proceso de mutuo acuerdo o contencioso ya que tal y como se deriva del art. 11[1] de la mencionada LO, la intervención del menor será preceptiva y su derecho a ser oídos deberá siempre ejercitarse, salvo en aquellos supuestos en los que exista una resolución judicial motivada que afirme que la audiencia del menor podría ser contraria a su propio interés atendiendo a sus circunstancias particulares y al caso concreto. Así se busca una absoluta participación del menor en cualquier cuestión que pueda afectar a su vida restringiendo sólo el derecho en caso de no asegurar su necesaria protección integral. Y el Juez deberá dictar una resolución judicial motivada en la que se pronuncie sobre "este asunto" (art. 154 CC).

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

No se puede estudiar la participación de los hijos menores de edad en los procesos de familia con independencia del sobradamente conocido y reiterado interés del menor. Se debe determinar, en primer lugar, el marco legal o normativo que se refiere al mencionado interés para que se pueda comprender mejor su relación con la intervención del menor en aquellos supuestos en los que va vayan a adoptar decisiones que les afecten.

Son múltiples y de muy diferentes rangos las normas que se refieren al interés del menor. Hay normas internacionales, europeas, estatales, etc.

El Pacto Internacional de los Derecho Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (entró en vigor en marzo de 1976), señala en su art. 24.1 que "todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, sexo idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado". No se refiere directamente al interés del menor, pero sí hace referencia a derechos que se entienden entran dentro de la esfera de protección del mismo.

Se puede decir que el término interés del menor es realmente reciente, pues la primera vez que se hace alusión a él, es en la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Su art. 3.1 señala que "en todas las medidas concernientes a los niños

1 Art. 11 LO 5/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia: "los poderes públicos garantizarán que las niñas, niños y adolescentes sean oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad, asegurando, en todo caso, que este proceso sea universalmente accesible en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole relacionados con la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas. El derecho a ser oídos de los niños, niñas y adolescentes solo podrá restringirse, de manera motivada, cuando sea contrario a su interés superior".

que tomen instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Se hace alusión al mismo pero no se da ninguna definición sobre qué debemos entender por interés del menor y cómo deberemos aplicarlo. Se trata de un concepto jurídico indeterminado y que habrá de valorarse en su contexto, tiempo y lugar[2].

La Convención de los Derechos del Niño señala, además, en su art. 12 que: "1. Los Estados parte garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

Por su parte, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992 dispone en el apartado segundo de su art. 24 que: "en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial".

Tras la promulgación de la Constitución Española en el año 1978, en el marco de la regulación constitucional, los menores quedan integrados dentro de la familia. El Capítulo III del Título I se refiere a los "principios rectores de la política social y económica" y en él establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la "protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velarán por sus derechos a la vez que impone a los padres el deber de asistencia de todo orden a los mismos durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda"[3].

En los años siguientes a la Constitución Española sucedieron normas específicas relativas a la protección de los menores como por ejemplo la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (LPJM). La mencionada Ley modifica numerosos preceptos del Código civil para aumentar o consolidar una mayor y mejor protección del interés de los menores.

2 Rivero Hernández, F.: *El Interés del Menor*, Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2007, p. 70.

3 Posada Fernández, M.T.:"El Derecho de Audiencia del menor en los procedimientos que les afecten", en AA.VV.: *Derechos Fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y adolescencia)* (coord. por J. Solé Resina), Dykinson, Madrid, 2018, p. 199.

La exposición de motivos de la propia LPJM[4] se refiere a que la protección del niño consiste en considerar a éstos como "personas titulares de derechos, que poco a poco irán adquiriendo una mayor capacidad para ejercerlos". Añade que "la mejor forma para garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos". Por su parte, el art. 3, se centra, principalmente, en la obligatoriedad de respeto a los Tratados y Convenios internacionales reconociendo los derechos que en éstos se establezcan a favor de los menores. Y es el art. 9 de la mencionada Ley el que se refiere al derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento en el que se vea involucrado y pueda tomarse alguna decisión que le afecte.

Recientemente, y ante la necesidad de dar una mayor protección a los menores, así como reforzar todos los sistemas jurídicos para su protección y defensa, se ha promulgado la Ley Orgánica 8/21, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia. Esta Ley, como indica en su exposición de motivos es esencial para "asegurar y promover el respeto a su dignidad humana e integridad física y psicológica". De hecho, califica como violencia a efectos de la mencionada norma en su art. 2 "toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza e interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma o medio de comisión". La mencionada Ley hace una detallada regulación sobre cada una de las posibles situaciones de violencia entre las que se encuentra, por ejemplo, "no poder ejercitar su derecho a ser oídos en aquellos procedimientos en los que se vayan a adoptar decisiones que les afecten". Se deduce, por tanto, de este precepto, que la inobservancia, incumplimiento o no ejercicio de aquellos derechos que corresponden a los menores, constituye un atentado contra su bienestar y es, en consecuencia, una forma de violencia.

Con respecto a la participación del menor y al aseguramiento de su bienestar en situaciones de crisis familiar o en que haya de adoptarse decisiones que les afecten, cuestión que más adelante abordaremos, señala el art. 3 de la mencionada LO 8/2021, que entre sus fines está el de "reforzar el ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, escuchados y a que sus opiniones sean tenidas debidamente en cuenta" en todos aquellos procesos en los que se puedan ver implicados.

Cuando hablamos de un menor inmerso en una situación de crisis familiar de lo que se trata es de protegerle, de salvaguardar sus intereses y derechos dentro de una familia, con independencia de los cambios que en ésta se puedan producir. Lo importante será intentar, a pesar de la ruptura sentimental de los progenitores,

4 Zarraluqui Sánchez- Eznarriaga, L y otros: *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004.p. 32; Rivero Hernández, F.: *El interés*, cit., p. 31; Asencio Sánchez, M.A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 64.

dar la máxima continuidad posible a las relaciones familiares de manera que el menor note el mínimo cambio posible aún a pesar del cese de la convivencia de sus progenitores. La propia LO también hace una mención a la parentalidad positiva y a fomentar mecanismos que favorezcan las buenas relaciones familiares a pesar de la ruptura sentimental.

Otra de las normas que protege al menor es el Código civil que en relación a su derecho a ser oído, señala el apartado 2 del art. 92 que el Juez deberá velar "por el cumplimiento de su derecho a ser oído". Tras la publicación de la mencionada LO 8/21, se añade, además, la obligatoriedad de que el Juez emita "una resolución motivada sobre esta cuestión" lo que nos lleva a la conclusión, como más tarde analizaremos, que en principio el menor deberá intervenir y sólo no lo hará en caso de ser contrario a su bienestar. En estos casos así lo hará constar el Juez a través de una resolución motivada.

El apartado 6 del mencionado art. 92 al referirse a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, también se refiere a esta cuestión al señalar que "en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar el informe del Ministerio Fiscal, y oir a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo técnico Judicial o del propio menor…".

También en el art. 154 CC, relativo a la patria potestad afirma que: "si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en un procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo". En sede de patria potestad y refiriéndose al ejercicio de la misma también el art. 156.2 CC señala que: "en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oir a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre". Por su parte, el art. 159 CC al referirse a la decisión sobre la guarda y custodia de los hijos señala que si los progenitores no se ponen de acuerdo "el Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años".

La Ley de Enjuiciamiento civil (LEC) también establece mecanismos especiales para aquellos procedimientos judiciales en los que los menores se vean afectados. Se trata de proteger a los menores para que aquellos procedimientos que les puedan afectar les resulten lo menos traumáticos posible, y siempre se salvaguarden sus derechos fundamentales. La protección de la Ley de Enjuiciamiento civil hacia los menores queda manifestada en la regulación de los procedimientos que les afectan. Esta regulación se encuentra en el Libro IV bajo la rúbrica "los procesos especiales". En este sentido, cuando se trate de cuestiones que afecten a los menores, no se seguirán las reglas de los procesos ordinarios o comunes, sino las

reglas relativas a los procesos especiales. Zarraluqui[5] Sánchez-Eznarriaga señala que, "para la constatación del beneficio o perjuicio del menor hay normas que determinan su intervención en los procesos que les puedan afectar". En materia matrimonial, añade este autor, "los menores de edad o incapacitados son, en los procedimientos matrimoniales, objeto de una protección singular".

En concreto, el art. 770.4º LEC, que regula el proceso contencioso de separación y divorcio, se refiere a la audiencia del menor afirmando que ésta tiene carácter preceptivo a partir de los doce años al señalar que: "… si el procedimiento fuere contencioso y se estima de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo técnico Judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años".

A los casos de mutuo acuerdo se refiere el art. 777.5 LEC en los que el Juez sólo recabará la opinión del menor cuando de lo acordado por las partes considere que no se salvaguarda el interés del mismo. Lo habitual[6] hasta la LO 8/2021 era que en los procesos del mutuo acuerdo no se solicitara la audiencia del menor, quedando ésta reservada a los supuestos en los que el Juez o el Fiscal consideraran necesario oir a los menores. En estos casos se aplicaba el criterio de la suficiente madurez o juicio del menor. La LO 8/2021 tampoco ha modificado la LEC pero sí el art.154 CC y ahora señala que "deberán ser oídos siempre… sea en un procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo".

También debemos hacer alusión a otras normas como la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, de 2 de julio (LJV), que en su art. 85.1 se refiere a la posible participación en los procesos de patria potestad si el "menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años".

Para respetar el interés del menor en el caso que nos ocupa resulta imprescindible recordar la reforma del art. 92.1 CC por la LO 8/2021, de 4 de junio, por la que se establece como requisito necesario en los casos de nulidad separación o divorcio la resolución motivada del Juez sobre si es necesaria o no la audiencia del menor atendiendo al interés superior de éste.

Tras la entrada en vigor de la mencionada LO 8/2021 la duda que se genera surge en torno a los requisitos de edad y suficiente madurez a los que siguen haciendo referencia otras normas, como la LEC, la LPJM, la LJV y que el legislador ha obviado o quizás olvidado modificar. De lo que no hay duda es de que con anterioridad a la misma estos requisitos, edad y madurez, tenían especial relevancia.

5 Zarraluqui Sánchez- Eznarriaga, L y otros: *La conflictividad*, cit., p.52

6 Arangüena Fanego, C.: "Crisis Matrimoniales", en AA.VV.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales* (coord. por C. Guilarte Martín-Calero), Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 144.

La edad, en concreto los doce años y la suficiente madurez que pueda tener el hijo menor de edad para participar y formarse una opinión sobre las decisiones que les puedan afectar eran criterios determinantes para su audiencia.

El interés del menor en estos casos se concretará a través de su audiencia en los casos en los que legalmente proceda y haciendo ésta, como posteriormente estudiaremos, con los requisitos y las formas que mejor convengan para que el menor pueda sentirse en un ambiente propicio para manifestar sus opiniones. Aunque luego concretaremos los supuestos de participación del menor tenemos que recordar que si bien la edad sí constituye un criterio objetivo de actuación, no ocurre los mimo con el criterio de "la suficiente madurez" ya que éste es un concepto jurídico indeterminado que habrá que valorar en cada caso concreto.

Especial relevancia tiene también la figura del Ministerio Fiscal, los gabinetes de equipos psicosociales adscritos a los Juzgados de familia y, principalmente, los Jueces que son los encargados de decidir sobre la audiencia del menor (art. 92.1 CC) y hacer los estudios oportunos para finalmente determinar cuáles son las circunstancias más apropiadas para la práctica de la misma. Los informes de los equipos psicosociales son muy importantes aunque no vinculantes ni para el Ministerio fiscal, ni para el Juez, como seguidamente estudiaremos.

III. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS DE LA AUDIENCIA DEL MENOR.

Una de las cuestiones principales que ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina[7] ha sido la relativa a la naturaleza jurídica de la audiencia del menor teniendo que resolver diversos aspectos sobre ella.

El primero de ellos es el alcance y configuración del derecho del menor a ser oído. En este sentido, como hemos visto en toda la legislación estudiada es cierto que, aunque pueda haber alguna discusión sobre cuándo se debe hacer, es incuestionable que se trata de un derecho otorgado a los menores que deberán poder ejercer en las condiciones que señala la Ley y con las garantías y límites en ella establecidos. Es este sentido, ha sido el propio Tribunal Constitucional el que ha afirmado que este derecho constituye un Derecho Fundamental[8] para los menores y como tal gozará de todas las características de los mismos. Así podemos afirmar que el derecho del menor a ser oído será irrenunciable e intransmisible.

7 Zaera Navarrete, J.I.: "La audiencia del menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentarios a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre (Rec. 1229/2013)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 3, p. 799.

8 Asencio Sánchez, M.A.: *La patria,* cit., p. 67.

Un sector doctrinal[9] también configura este derecho como parte del derecho tutela judicial efectiva, de manera que para que los menores puedan gozar del derecho recogido en el art. 24.1 CE, será necesario que puedan ejercer el derecho a ser oídos. Así, si no se ejercita el segundo es probable que se produzca una vulneración del primero. En este supuesto se podría decir que no se ha producido una tutela judicial efectiva en tanto en cuanto, de no producirse la exploración del menor si procediera, el Juez no habría reunido todos los elementos de valoración suficientes para adoptar la decisión oportuna, pudiendo incluso llegar a provocar la nulidad de actuaciones. De hecho, como se puede observar en diversas sentencias de las Audiencia Provinciales[10], las manifestaciones vertidas por los menores como resultado de la exploración son tenidas en cuenta y un elemento más de valoración para el Juez, aunque no determinantes.

La segunda de las cuestiones es si debemos configurar este derecho de los menores como un medio de prueba o como un derecho, aunque es pacífico en la doctrina que no se trata de un medio de prueba. Es decir, no estamos ante una actuación procesal que tenga como fin esclarecer algunos hechos que puedan aparecer como controvertidos, sino de que el Juez pueda tener un elemento más de valoración para adoptar una decisión que va afectar a un menor y en la que tendrá que prevalecer el interés superior del mismo.

No estamos hablando de una prueba testifical[11]. En estos casos sí se podría llamar al menor en el momento procesal oportuno para que se le pudiera preguntar sobre hechos o circunstancias que ayuden a corroborar o no lo alegado por las partes, que es distinto de lo que el menor pueda sentir o querer sobre si prefiere residir con uno u otro progenitor. En estos casos sería aplicable el art. 361 LEC, que es el que se refiere a la idoneidad de los testigos. Así, la función de la participación del menor en el proceso judicial de familia a través de su audiencia tiene que ver con "la de servir al Juez para conocer lo que el menor pueda manifestar que le interesa, sus preferencias, sus temores, sus aspiraciones, etc., todo ello para poder formar la decisión más adecuada a los intereses del menor"[12].

9 Álvarez Alarcón, A.: *Las Crisis Matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, en Álvarez Alarcón, A., Blandino Garrido, Mª A., Sánchez Martín, P., 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 541.

10 SAP Illes Balears 15 enero 2020 (TOL 8.377.104), SAP Málaga 30 diciembre 2020 (TOL 8.369.835), SAP Madrid 28 diciembre 2020 (TOL 8.359.877), SAP Málaga 21 diciembre 2020 (TOL 8.369.885).

11 De hecho no aparece recogido como medio de prueba en la enumeración del art. 299 LEC.

12 Álvarez Alarcón, A.: *Las Crisis*, cit., p. 541

IV. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LA AUDIENCIA DEL MENOR TRAS LA LO 8/2021, DE 5 DE JUNIO DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.

1. Carácter preceptivo o facultativo de la audiencia del menor.

Con carácter previo a la entrada en vigor de la LO 8/2021 había discusión sobre el carácter preceptivo o facultativo de la intervención del menor, pero ahora y tras la modificación del apartado primero del art. 92.1 CC ya sabemos que "el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre este asunto". Esto implica que el primer y máximo garante de este derecho será el Juez quien decidirá, desde el inicio, si procede o no esta intervención del menor. Ya no se "discutirá" sobre si procede o no, o sobre si se está vulnerando su derecho o no, sino que si alguna de las partes considera que la resolución del Juez es contraria a los intereses del menor, deberá recurrirla.

La audiencia del menor es un derecho que el Juez reconocerá y que sólo podrá, por tanto, restringir en resolución judicial motivada y antes circunstancias muy concretas.

Lo que deduce la Exposición de Motivos de la LO 8/2021, de su articulado, así como de las modificaciones del Código civil y otras normas, es que se presupone la participación del menor en todo aquello que le pueda afectar. La mencionada LO entiende que el derecho de audiencia del menor debe considerarse en sentido amplio y que es imprescindible respetar éste así como la necesidad de que el menor sea tenido en cuenta por sus progenitores y por las instituciones y organismos que, en su caso, deban intervenir cuando se produzcan circunstancias en las que haya que adoptar decisiones que les afecten.

Parece que se genera una "presunción de participación" y que ésta sólo no existirá cuando haya una resolución judicial motivada que así lo justifique en aras a proteger el interés superior del menor.

Lo primero que se deberá tener en cuenta es que estamos centrándonos en procesos de familia en los que una de las cuestiones que más afectan a los menores (más allá de las cuestiones económicas) es la relativa a la guarda y custodia y en compañía de quién van a quedar los niños tras el cese de la convivencia de los progenitores[13]. Por esta razón es importante que el menor pueda manifestar sus opiniones y revelar las afinidades con uno y otro progenitor.

13 Es una de las cuestiones a las que necesariamente deberá referirse el convenio regulador (art. 90 CC) que presenten los progenitores de mutuo acuerdo. O bien que presente al menos uno de ellos con el

Que el Juez deba emitir una resolución judicial motivada sobre la procedencia o no de la audiencia del menor, no significa que siempre sí o sí deba ser oído porque en ocasiones podrá ocurrir que lo mejor para el menor sea no intervenir en el proceso judicial. Aunque sí es cierto que parece que tras la LO 8/2021 se le da al menor y mayor protagonismo y necesidad de intervención.

Tras la ruptura de la relación y el cese de la convivencia pueden ocurrir dos situaciones reguladas en la LEC y que el legislador no ha modificado en la LO de Protección a la infancia y adolescencia, no tenemos claro si por omisión u olvido.

La primera de ellas es que los progenitores realicen un convenio regulador con medidas adoptadas de mutuo acuerdo, en cuyo caso entrará en juego el art. 777.5 LEC según el cual: "si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo técnico Judicial o del propio menor". En estos casos es importante resaltar que en ningún caso se deduce que deba de haber una obligatoriedad en la intervención del menor. En principio, si hay mutuo acuerdo "se entiende"[14] que los progenitores que son los que mejor conocen la situación y a sus hijos, han establecido medias que van en su beneficio. Y sólo para el caso en que cualquiera de las partes a que se refiere el mencionado precepto (Juez, Ministerio Fiscal, Equipo técnico, el propio menor…) considere que las medidas acordadas no salvaguardan el interés superior del menor, entonces cualquiera de ellas podrá solicitar, si el menor tuviere suficiente juicio, la audiencia del mismo para manifestar su opinión, inquietudes, etc.

Pero ahora este precepto puede haber quedado ciertamente desvirtuado ya que la LO 8/2021 se refiere a que los menores deben sí o sí participar en los procesos que les afecten incluso aunque se trate de un "mutuo acuerdo". Tras la mencionada LO, señala el art. 154 CC en su penúltimo párrafo que: "si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo". Esto significa que procedimiento del art. 777. 5 LEC no es suficiente para entender que ya no procede la audiencia del menor. Atendiendo a la nueva redacción del art. 154 CC el Juez deberá señalar que procede la audiencia del menor, con independencia del tipo de procedimiento de que se trate, si tiene suficiente juicio. Sólo no procederá la audiencia del menor que tenga suficiente juicio cuando atendiendo a las circunstancias particulares del menor y del caso concreto el Juez entienda que puede ser perjudicial para él. La pregunta que me hago yo en este caso es: ¿puede ser y valdría que el Juez entendiera perjudicial una

consentimiento del otro.

14 Arangüena Fanego, C.: *Crisis Matrimoniales*, cit., p. 144.

audiencia en un caso de mutuo acuerdo? si en estos procedimientos ya está todo claro y los progenitores han decidido lo mejor para sus hijos ¿podemos considerar perjudicial la audiencia? Me refiero, ¿es necesario que habiéndose puesto de acuerdo los progenitores se haga pasar al menor por el proceso de la audiencia? Entiendo que en estos casos podría aceptarse la no audiencia si el Juez considera que así se protege mejor el interés del menor, no tanto por el mutuo acuerdo, sino por evitar que el menor "pase" por un posible proceso quizás traumático e innecesario como pueda ser la audiencia.

En cualquier caso, otra pregunta que me surge, si los padres están de acuerdo y el Juez motiva la no audiencia, aunque la LO señale que debe practicarse en los procesos de mutuo acuerdo, ¿qué pasaría si nadie la recurre? ¿se estaría vulnerando el derecho del menor? Porque la Ley 8/2021 señala que sí tiene que participar.

Creo que con esta nueva Ley se quedan cuestiones pendientes de resolver. Veremos con el paso de los años en qué sentido se pronuncian nuestros Jueces y Tribunales.

La segunda de las situaciones es algo más compleja o cuanto menos confusa ya que existe legislación aparentemente contradictoria[15]. La cuestión será determinar cuál es el criterio para la audiencia del menor: si el de la edad, o el de la madurez o suficiente juicio. En estos supuestos habrá que tener en cuenta:

a) La redacción del art. 92.6 CC con anterioridad a 2005 señalaba que: "las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oirles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años". Sin embargo, tras la Ley 15/2005 de 8 de julio de modificación del Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, se eliminó el inciso "siempre a los mayores de 12 años". Según la literalidad del CC se deberá oír a los menores que "tengan suficiente juicio", sin ninguna referencia a la edad. La LO 8/2021 sigue haciendo referencia al suficiente juicio y no a la edad. El recientemente modificado art. 154 CC sigue sin hacer ninguna mención expresa a la edad.

b) La redacción del art. 770.4ª LEC señala que: "si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años". Además, este precepto sufrió una ligera modificación a través de la e la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para

15 Abel Lluch, X.: "La audiencia del menor en los procesos de familia" en AA.VV.: *Problemática actual de los procesos de familia. Especial referencia a la prueba* (coord. C. de Miranda Vázquez), Bosch, Barcelona, 2018, p. 309.

la implantación de la nueva Oficina judicial, pero esa modificación en ningún caso eliminó la obligatoriedad de la audiencia del menor en los procesos contenciosos. Lo cierto es que la propia Ley del año 2005 que eliminó ese inciso del Código civil, bien lo podría haber hecho con la Ley de Enjuiciamiento civil, pero no lo hizo. También la podría haber eliminado la reciente LO 8/2021 que ha modificado el Código civil pero no se ha pronunciado sobre la Ley de Enjuiciamiento civil.

Así las cosas, se puede decir que si bien antes de la publicación de la Ley Orgánica de Protección a la infancia y adolescencia del Código civil no se derivaba la obligatoriedad de oir a los menores, ahora se exige una resolución judicial motivada sobre la mencionada audiencia, con independencia de que estemos ante un procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo, por lo menos, a los menores que tengan suficiente juicio (art. 92.1 y 154 CC).

Como acabamos de ver esta obligatoriedad ya estaba en la LEC, por lo que ahora Código civil y Ley de Enjuiciamiento civil están más cerca. Sin embargo aún nos queda la duda de si debe prevalecer el criterio de la suficiente madurez o el de la edad de los 12 años.

Se puede afirmar que ahora el criterio sobre la audiencia del menor y la duda sobre si ésta es preceptiva o facultativa ha quedado despejado ya que las reglas que se derivan de los que acabamos de estudiar son:

- Deberá existir una resolución judicial motivada sobre la audiencia del menor.

- Ésta se presupone beneficiosa para el mismo y sólo podrá restringirse vía resolución judicial motivada y atendiendo a circunstancias concretas.

- Da igual ante qué tipo de procedimiento estemos, si contencioso o de mutuo acuerdo, procede la audiencia del menor si tiene éste suficiente juicio.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina[16] entiende que, no obstante lo dispuesto en el Código civil, si hubo una modificación posterior con la Ley de 2009 y no se cambió la LEC fue porque el legislador realmente no lo quería cambiar. Podríamos haber pensado que en 2005 sólo se modificó el Código civil por omisión, pero si en 2009 tampoco se modificó ni la LEC ni el CC, la conclusión a la que se llega es a que sí debe ser preceptiva su intervención en los casos señalados en la mencionada regla 4ª del Art. 770 LEC, esto es: cuando tenga suficiente juicio y en todo caso si es mayor de 12 años. En este sentido afirma Sánchez Martín[17]. que "la diferente regulación existente entre la LEC y el CC debe resolverse en favor de

16 Clavijo Suntura, J.: "La participación del menor en la audiencia de exploración", *Revista Boliviana de Derecho*, 2018, nº 25, p. 574.

17 Zaera Navarrete, J.I.: *La audiencia*, cit., p. 798.

la norma posterior, en este caso de la LEC, que establece la imperatividad de la audiencia del menor cuando éste sea mayor de doce años".

En cualquier caso, también existe una modificación posterior en este sentido que consagra el carácter imperativo de la audiencia del menor ya que la LO 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, reformó el art. 9 LPJM que se refiere a que la audiencia del menor deberá realizarse cuando tenga suficiente madurez y "se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos".

Hay quienes consideran[18] que los intereses del menor que se protegen en el mencionado art. 9 LPJM también implican el derecho del menor a la no audiencia en los casos en los que no sea preceptiva, en aquellos supuestos en los que no reúna la madurez suficiente o en general en aquellos casos en los que no convenga a su mejor interés. Así, el beneficio del menor deberá prevalecer sobre cualquier otro de manera que si éste puede verse dañado por la audiencia del menor "el Juez deberá denegarla cumpliendo con las formalidades de motivación y comunicación"[19].

La reciente LO 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia no arroja mucha luz en este sentido. Podría haber modificado la LEC y no lo ha hecho. La mencionada LO no hace referencia ninguna a criterio de edad, sino sólo a los derechos de los menores en sentido amplio y a su necesaria participación en todas las decisiones que les afecten.

Podemos afirmar, entonces, que en la audiencia del menor hay que diferenciar dos circunstancias:

- si el menor tiene doce años o más no hay duda: el Juez emitirá una resolución judicial motivada y se practicará su audiencia salvo que por las circunstancias concretas y particulares del menor no reúna la capacidad suficiente o pueda resultar gravemente perjudicial para él[20].

- si el menor tiene menos de doce años, el Juez para adoptar la decisión sobre su participación o no, deberá atender a la valoración de su madurez y a la capacidad de hacerse un juicio sobre las circunstancias que está viviendo para saber si procede o no su audiencia.

18 Carrión, S.: "En torno a los derechos y deberes del menor", en AA.VV.: *Protección Civil y Penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España* (coord. A. Cobacho Gómez, F. Legaz Cervantes), Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 241.

19 Abel Lluch, X.: *La audiencia*, cit., p. 323.

20 Pérez Galván, M.: "La exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia", *Revista La Toja*, nov. 2013 – febrero 2014 (digital), nº 189, p. 30.

Para los casos en los que siendo preceptiva no se haya realizado es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que procede la nulidad de las actuaciones ordenado al Tribunal a qúo a retrotraerse en las actuaciones[21].

2. Evaluación de la capacidad del menor.

Afirma Clavijo[22] que "si bien el hecho de tener doce años no garantiza que el menor tenga suficiente juicio, no se puede establecer otro criterio concluyente para determinar o limitar su participación en el proceso, a menos que tenga una enfermedad mental o impedimento físico que impida su desenvolvimiento normal ante una situación de separación o divorcio".

Además de la edad hay otros factores que, según afirma Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga[23], también deberán tenerse en cuenta, como son: "la inteligencia, la educación, formación, ambiente social"… Razón por la cual, probablemente la referencia a una edad concreta y determinada a partir de la cual un menor deba ser escuchado no es lo más acertado. Sí es cierto que hay criterios de referencia, pero no determinantes, así Serrano Molina[24] señala, respecto a la edad que los criterios de referencia que suelen utilizarse son, por lo general, los siguientes: "desde los siete hasta lo diez u once años comienzan a desarrollar de una forma más clara sus aspectos cognitivos, y es a partir de los doce o trece cuando su testimonio se asemeja más al de un adulto". Parece, por tanto, más acertado que se hable de "suficiencia de juicio". Pero, ¿cuándo un menor tiene suficiente juicio?, Montero Aroca[25] afirma que el menor tendrá suficiente juicio "siempre que sea capaz de formarse una opinión y expresarla".

El Defensor del Pueblo en su informe del año de 2014 sobre la escucha y el interés superior del menor[26] afirma que la valoración de la capacidad o madurez del menor no es "una apreciación propiamente jurídica, por lo que el juzgador requerirá en muchos casos a estos efectos de apoyo técnico". Lo podrá valorar el Juez directamente o recabar el apoyo del equipo técnico aunque lo cierto es que el hecho de que no exista una matización o criterios de valoración del suficiente juicio de los menores quizás pueda generar, a priori, cierta inseguridad jurídica.

21 Así lo ha puesto de manifiesto, entre otras, en la STC 152/2005, de 6 de junio (TOL673.515).

22 Clavijo Suntura, J.: *La participación*, cit., p. 574.

23 Zarraluqui Sánchez- Eznarriaga, L y otros: *La conflictividad,* cit., p. 53

24 Serrano Molina, A.: "¿En qué supuestos resulta pertinente la audiencia del menor?", en *La prueba a consulta*, *Diario La Ley*, 2010, nº 7494, p. 2.

25 Montero Aroca, J.: *Guarda y custodia de los hijos. La aplicación práctica del artículo 92 del Código civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 209.

26 Defensor del pueblo: *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medias de protección y procesos de familia*, Madrid, 2014, p. 18.

En cualquier caso, tras la nueva redacción del art. 154 CC, el Juez siempre emitirá una resolución judicial motivada sobre la procedencia o no de la audiencia del menor. En los supuestos en los que no reuniera la capacidad o, como ya hemos comentado, resultara perjudicial para el menor, el Juez lo manifestará en la mencionada resolución señalando que con la no audiencia del menor es cómo se garantiza el interés superior del mismo y la no vulneración de sus derechos fundamentales como el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE y su derecho a ser oído que venimos estudiando.

3. Práctica de la audiencia.

En los casos en los en los que ya se ha determinado que procede la audiencia del menor el siguiente paso es saber cuáles son las reglas, normas o pautas que hay que seguir para la realización, como señala la LEC, de la exploración del menor.

El menor tiene derecho a ser oído en los procesos que les afecten y ese trámite es denominado por la LEC: exploración del menor. El mencionado texto legal señala en la regla 4ª del art. 770 que: "en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario". En este mismo sentido el 2º párrafo del art. 9.1 LPJM afirma que: "en los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento".

Ni la LEC ni la LPJM, ni el CC nos dicen cuáles son los pasos ni de qué manera se debe realizar la exploración del menor. Parecen muy razonables los principios a los que se refieren y que la mencionada exploración deba realizarse en un clima tranquilo para el menor y valorando también las circunstancias de cada uno, pero lo cierto es que no hay en la legislación indicaciones concretas sobre cómo realizarla.

La LO 8/2021 tampoco concreta el procedimiento en si pero hace especial hincapié en las condiciones necesarias en la audiencia de los menores. Señala, por ejemplo, en el art. 3.m) que se deberán "establecer protocolos, mecanismos y cualquier otra medida necesaria para la creación de entornos seguros, de buen trato e inclusivos para toda infancia en todos los ámbitos desarrollados en esta

ley en los que la persona menor de edad desarrolla su vida. Se entenderá como entorno seguro aquel que respete los derechos de la infancia y promueva un ambiente protector físico, psicológico y social, incluido el entorno digital". Añade también esta Ley en el art. 11.2 que "se asegurará la adecuada preparación y especialización de profesionales, metodologías y espacios para garantizar que la obtención del testimonio de las víctimas menores de edad sea realizada con rigor, tacto y respeto". Se fomenta en el art. 28 de la mencionada Ley el "impulso a los servicios de apoyo a las familias y a los servicios especializados para la adecuada atención y protección a la infancia y adolescencia frente a la violencia así como el impulso a los "gabinetes psicosociales de los juzgados así como los servicios de mediación y conciliación" (art. 28.b LO 8/2021).

Es unánime tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales[27] que la exploración del menor deberá realizarse a puerta cerrada y con carácter totalmente reservado. En este sentido el art. 754 LEC se refiere a la posibilidad de que "los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se esté en ninguno de los casos del apartado 2 del artículo 138 de la presente Ley". Si bien el interés del menor sí es uno de los casos a los que se refiere el apartado 2 del art. 138 LEC. Así, en cualquiera de los casos, la exploración del menor puede y debe realizarse a puerta cerrada, bien porque por su interés, así lo recoge el art. 138 LEC; o bien porque sólo por el propio principio *favor filii* entraría en juego el art. 754 LEC.

También se hace referencia a que se haga sin toga y no en la sala de vistas sino en el despacho del Juez y que en la exploración se encuentren sólo las personas necesarias: Juez, Ministerio Fiscal, quizás algún miembro del equipo técnico, y el propio menor, pero en ningún caso deben estar presentes ninguno de los progenitores, ni los abogados ni los procuradores, ya que ¿ésto puede coartar la libertad del menor a la hora de expresarse y manifestar sus opiniones[28].

En el momento de la exploración el Juez deberá informar al menor de en qué va a consistir la misma así como las consecuencias que van a tener sus manifestaciones, pero sin descargar en él la responsabilidad del resultado del procedimiento y sin que sienta que él es el responsable de la decisión que posteriormente va a tomar el Juez. De hecho, como ya se ha comentado anteriormente, la exploración del menor tiene como finalidad que el Juez pueda conocer lo que el menor siente, quiere, necesita, piensa, para poder adoptar la decisión que resulte más acorde con sus intereses. Será un elemento más de valoración para el Juez y para que pueda adoptar la medida que mejor se adapte a las necesidades de los menores.

27 Posada Fernández, Mª.T.: *El Derecho*, cit., p. 209.

28 *Ibidem*

En cualquier caso, es necesario recordar que la audiencia del menor es preceptiva para el Juez en los casos que hemos visto, pero esto en ningún caso significa que tenga carácter vinculante. Así, el Juez deberá tener en cuenta lo manifestado por el menor, y finalmente decidir lo que le resulte más beneficioso.

De los principios establecidos en la LEC, LPJM, en la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y adolescencia así como en la doctrina de las Audiencias Provinciales[29] podemos señalar que, con carácter general, las reglas que deberán regir en la exploración del menor son las siguientes:

1.- Las condiciones para el desarrollo de la audiencia han de ser las idóneas para el respeto y la salvaguarda de los intereses de los menores de manera que éstos se sientan libres, tranquilos y cómodos de poder manifestar todo aquello que consideren.

2.- La audiencia también deberá hacerse teniendo en cuenta el desarrollo evolutivo del menor atendiendo a su edad y madurez.

3.- Deberán estar las personas estrictamente necesarias evitando la posible interferencia de terceros. En ningún caso estarán los progenitores ni sus abogados.

4.- La intervención de especialistas, como el equipo técnico u otros peritos como pueden ser los psicólogos, será excepcional quedando limitada a los supuestos en los que el Juez lo considere oportuno.

5.- La doctrina mayoritaria[30] también considera que lejos de ser un interrogatorio del Juez, la exploración del menor debería de ser una conversación incluso "informal" en la que el niño pueda sentirse lo más cómodo posible para poder hablar de la forma más tranquila que se pueda.

4. Valor y comunicación de los resultados.

Como consecuencia de la práctica de la audiencia varias son las cuestiones que surgen en cuanto a cómo documentarla, si es que hay que hacerlo, así como a qué valor hay que darle a las manifestaciones vertidas por el menor que se somete a esta exploración. Otra de las preguntas que nos planteamos es si el menor tiene que ser conocedor o no, o si hay que comunicarle cuáles han sido los resultados de su intervención.

29 Blasco Gascó, F. de P.: *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2015, p. 314.

30 Pérez Galván, M.: *La exploración,* cit., p. 31.

La primera de las cuestiones es la relativa a si hay que documentarla y cómo hay que hacerlo. En estos casos habrá que determinar si la audiencia del menor debe grabarse o si, en caso de no hacerlo, deber extenderse un acta sobre su práctica. También deberemos determinar si hay que dar copia/traslado de la exploración a las partes. Esta es una cuestión que generó cierta duda ya que podría producirse la colisión entre el derecho a la intimidad del menor que debe garantizarse en su exploración y el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE de las partes, quienes deben conocer al menos lo necesario para el procedimiento de lo manifestado por el menor en la exploración para poder realizar las alegaciones que estimen pertinentes.

Le Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria estableció en su art. 18.2.4º que: "del resultado de la exploración se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual". Este precepto generó ciertas dudas en cuanto a la posible constitucionalidad del mismo por entenderse que podía vulnerar el derecho a la intimidad del menor. El TC, en la STC 9 mayo 2019[31] resolvió el mencionado recurso de inconstitucionalidad afirmando que: "el contenido del acta únicamente deberá detallar aquellas manifestaciones del menor imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente. Así acotado el desarrollo de la exploración judicial y el consiguiente contenido del acta, en razón de esa misma relevancia, y por imperativo del principio de contradicción, el acta ha de ser puesta en conocimiento de las partes para que puedan efectuar sus alegaciones". La intimidad del menor quedará igualmente garantizada, aún a pesar del traslado a las partes, porque en el acto de la audiencia sólo estarán presentes las personas necesariamente imprescindibles (Juez, Ministerio Fiscal, equipo técnico) y, además, en el acta, no deberá constar absolutamente todo lo manifestado por el menor, sino sólo lo imprescindible para el objeto del procedimiento de que se trate. En caso de no dar traslado del acta o de no documentar el resultado de la exploración se podría estar vulnerando el art. 232.1 LOPJ provocando, como consecuencia, la nulidad de actuaciones.

Con respecto a la forma en que debe practicarse la audiencia del menor nada dice la Ley al respecto. Afirma Posada Fernández[32] que tampoco se hace mención a la utilización "prevista con carácter general en el art. 147 LEC, de medios de grabación y sonido. En este sentido, la circular, de la Fiscalía General del Estado, ha considerado que debería hacerse mediante acta levantada por el secretario judicial". Por tanto, aunque la grabación es una posibilidad, nada se dice su obligatoriedad en la Ley, con lo que será decisión de cada Juzgado si lo realiza o no. Incluso también dependerá de los medios materiales con los que cuente cada Juzgado.

31 STC 64/2019, de 9 de mayo (TOL7.223.149).

32 Posada Fernández, Mª.T.: *El Derecho*, cit., p. 215.

Abel Lluch[33] afirma que "cuando el sistema de grabación resulte adecuado y se haya manejado correctamente será posible advertir la comunicación verbal y también la no verbal del menor, esto es, sus silencios, dudas, vacilaciones, y ello es una de las ventajas que ofrece el sistema de grabación de imagen y sonido".

Entre las ventajas que se pueden decir del sistema de grabación es que para el caso de que exista un recurso posterior, la grabación registrada en el programa informático con el número del procedimiento, podrá ser revisada y por tanto tener un mayor acercamiento a la verdad sobre las manifestaciones del menor, que si no se hubiera documentado por ningún otro medio o para el caso del que el acta levanta por el secretario judicial sólo recoja el propio hecho de la práctica de la exploración del menor, sin que en ella se recojan las valoraciones realizadas por el mismo.

Para el caso en que no se realice la grabación se levantará acta de la misma. En ella se hará constar su realización, así como fecha, lugar y partes intervinientes, pero tampoco existe una norma en el CC ni en la LEC que se refiera a si en ese acta se debe hacer constar lo manifestado por el menor. Hay situaciones en las que sí consta y otras en las que no y el Juez lo que hace es referirse a ellas en la sentencia. Para el caso en que el Juez se refiera a ellas en la sentencia, por lo menos habrá alguna documentación de las mismas, pero en los supuestos en los que el Juez no diga nada lo mejor será documentar de alguna manera lo manifestado por el menor. Ello provocará una mayor seguridad jurídica y que, para el caso de un ulterior recurso, se disponga de la información precisa y no resulte necesario volver a llamar al menor. En cualquier caso, el ya mencionado art. 18.2.4º de la Ley de Jurisdicción Voluntaria sí recoge la obligatoriedad del acta quedando su contenido limitado a las manifestaciones vertidas por el menor que sean necesarias e importantes para el objeto del proceso.

Algunos autores consideran que[34] no se debe de dar traslado de la grabación ni copia del acta a los letrados de las partes en aras a garantizar la libertad del menor, el propio art. 9 LPJM así lo señala al referirse que la audiencia deberá practicarse "cuidando de preservar su intimidad". Pero también los hay que consideran que el no traslado y correcta documentación podría generar una situación de indefensión a las partes sobre todo si éste ha sido un criterio determinante para la resolución del Juez. Desconocer, por tanto, ese contenido supondría que no se podrían rebatir ninguna de las manifestaciones de los menores al no ser conocedores de las mismas. El TC ya resolvió esta cuestión en la mencionada STC 9 mayo 2019.

33 Abel Lluch, X.: *La audiencia*, cit., p. 336.

34 *Ibidem*

Lo que sí es necesario, en cualquier caso, es dejar constancia de que la audiencia se ha celebrado, no del contenido de la misma ni de que el resultado de ella deba ser necesariamente tenido en cuenta por el Juez en su sentencia. Tras la LJV ya hemos visto que será necesario documentar el contenido mínimo necesario para el objeto del proceso.

La segunda de las cuestiones que tenemos que abordar es la relativa a la comunicación al menor de los resultados de su exploración. ¿Qué pasa después de que el menor haya podido "hablar" con el Juez?. Como ya se ha dicho anteriormente lo importante es que el menor en ningún caso sienta que él tiene toda la responsabilidad del proceso y que lo que él manifieste va a ayudar al Juez a formarse un juicio sobre la situación y lo que está pasando, pero no será determinante ni vinculante para el Juez a la hora de señalar la solución que considere más adecuada.

Tampoco dice nada la Ley sobre si hay que comunicarle al menor "el resultado" de su exploración y cómo hay que hacerlo. Afirma el Defensor del Pueblo[35] que en la praxis "los expertos consultados no aludieron a que esta información se facilite al niño de manera directa, sino que más bien la cuestión se centra en cuidar qué elementos de lo dicho anteriormente por los menores se transfieren a la resolución y en qué términos. Sobre este asunto no existen criterios uniformes, por lo que la preparación y sensibilidad a este respecto del Juzgador resultan determinantes".

No se puede decir que el menor vaya a recibir una llamada del Juzgado, ni un documento en el que conste el resultado de su exploración, sino que el Juez recogerá lo señalado por el menor en la propia resolución judicial.

V. CONCLUSIONES.

Primera. La primera conclusión a la que llegamos es a que tras la confusión generada por la modificación del art. 92.6 CC por la Ley de 2005 y que duró más o menos hasta que la Ley de 2009 no modificó la LEC en el mismo sentido, los doce años son la edad de referencia. La LO 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia tampoco ha dicho lo contrario. Por lo tanto, en los procesos de nulidad, separación o divorcio, sean contenciosos o de mutuo acuerdo, a los doce años habrá que oir al menor y si tuviere suficiente juicio también, siempre (salvo circunstancias excepcionales). La cuestión que me surge es si con independencia de que el menor tenga más o menos de 12 años siempre se debe valorar su capacidad para saber si procede o no su audiencia ¿qué sentido tiene la referencia a la edad? Quizás sería más ajustado a la realidad decir que la audiencia del menor

35 Defensor del pueblo, *Estudio sobre,* cit., p. 19.

será preceptiva en aquellos casos en los que el menor reúna la suficiente madurez, porque como hemos visto, podría ser que el menor tuviera 12 años o más y no tuviera esta madurez, en cuyo cayo el requisito de la edad no operaría y sí el del suficiente juicio.

Segunda. En referencia a la valoración sobre la suficiente madurez del menor no queda tampoco claro quién debe realizarla. Puede que el Juez lo tenga muy claro desde el principio o puede que requiera de la ayuda del equipo técnico. Si consideramos que la valoración de la capacidad del menor no es una cuestión jurídica creo que habría que darle una mayor relevancia a la intervención del equipo técnico y otros peritos como psicólogos y considerarla como preceptiva a efectos de poder tener una valoración más adecuada sobre la madurez del menor.

Tercera. En cuanto a la práctica de la audiencia del menor lo cierto es que la inexistencia de normas procedimentales que la regulen provoca mucha inseguridad jurídica e incluso desigualdad dependiendo del Juzgado. No sólo no se ha normativizado este procedimiento sino que tampoco se ha protocolizado con lo que quedan muchas dudas pendientes de resolver a cerca de la práctica del mismo. Sería necesario establecer, por lo menos, un protocolo sobre la práctica de la exploración del menor.

Cuarta. Uno de los principales problemas con los que nos encontramos es la propia diferencia entre los Juzgados. Existen Juzgados especializados en familia pero otros que llevan asuntos de familia pero no están especializados. Lo mismo ocurre con todo el equipo. Para los supuestos en los que entra en juego el interés del menor, como son los procesos de familia, cuanta mayor especialización y mejor esté preparado el equipo que va a atender al menor, mejor.

Quinta. Para garantizar el derecho del menor a ser oído en unas condiciones de intimidad y a puerta cerrada sin que se produzca una indefensión a las partes, será necesario establecer las normas que señalen cómo se tiene que documentar la audiencia del menor.

Sexta. El Juez siempre deberá motivar su sentencia pero sería necesario reforzar esta motivación para los casos en los que el Juez, por considerarlo más beneficioso para el menor, "se aparte" de las manifestaciones realizadas por el mismo en la audiencia.

Séptima. Celebro la nueva regulación de los art. 92 y 154 del CC dadas por la LO 8/2021 (con los matices vistos). Es una buenísima declaración de principios y de intenciones. Faltará ver si con el paso del tiempo, éstos efectivamente, se materializan en acciones concretas en beneficio de los menores, por lo menos en el ámbito de los procesos de familia y de las crisis familiares.

BIBLIOGRAFÍA

Abel Lluch, X., *Problemática actual de los procesos de familia. Especial referencia a la prueba,* Bosch, Barcelona, 2018.

Álvarez alarcón, A., Blandino Garrido, Mª T., Sánchez Martín, P.: *Las Crisis Matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2016.

Asencio Sánchez, M.A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor.*, Tecnos, Madrid, 2006.

Blasco Gascó, F. de P.: *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2015.

Clavijo Suntura, J.: "La participación del menor en la audiencia de exploración", *Revista Boliviana de Derecho*, 2018, núm. 25.

Cobacho Gómez, A., Legaz Cervantes, F. (dir).: *Protección Civil y Penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

Defensor del Pueblo: *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medias de protección y procesos de familia*, Madrid, 2014.

Guilarte Martín-Calero C. (coord.): *Crisis Matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Montero Aroca, J.: *Guarda y custodia de los hijos. La aplicación práctica del artículo 92 del Código civil*, Dykinson, Valencia, 2001

Nájera, Mª T. y otros: *El Derecho de Familia tras las reformas legislativas del año 2005*, Madrid, 2007.

Pérez Galván, M.: "La exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia", *Revista La Toja*, nov. 2013 – febrero 2014 (digital), núm.189.

Posada Fernández, Mª T.: "La audiencia del menor en los procedimientos que les afecten", en Solé Resina, J.: *Derechos fundamentales de los menores. Desarrollo de la personalidad en la infancia y adolescencia,* Dykinson, Madrid, 2018.

Rivero Hernández, F.: *El interés del menor,* Dykinson, Madrid, 2000.

Serrano Molina, A.: "¿En qué supuestos resulta pertinente la audiencia del menor?", en *La prueba a consulta*, *Diario La Ley*, 2010, núm. 7494.

ZAERA NAVARRETE, J.I.: "La audiencia del menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentarios a la STS núm. 413/2014, de 20 de Octubre (Rec. 1229/2013)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 3.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA y otros: *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004.



L'EDUCAZIONE DEL MINORE AL CONSUMO DIGITALE, CONSAPEVOLE E SOSTENIBILE: QUALE RUOLO PER I GENITORI?

EDUCATING CHILDREN TO DIGITAL, CONSCIOUS, AND SUSTAINABLE CONSUMPTION: WHAT ROLE FOR PARENTS?

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1396-1425

Gabriele
PERFETTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il contributo si pone l'obiettivo di esplorare i rapporti tra l'educazione del minore posta in essere dai genitori e l'educazione al consumo prevista dal diritto dei consumatori, alla luce del principio di privatezza dell'educazione e del principio di sussidiarietà. Dell'educazione al consumo è fornita una lettura attuale, comprensiva non solo di elementi giuridico-economici, ma anche della dimensione della tutela dell'ambiente, della sostenibilità e del digitale. Ciò in quanto il minore deve vedersi fornito ogni strumento per affrontare le imminenti evoluzioni economico-sociali, che accentuano i rischi insiti nei suoi comportamenti, in particolare nell'età adolescenziale. Il ruolo del genitore dev'essere quello di educare il figlio sì da consentirgli di affrontare adeguatamente tali sfide.

PALABRAS CLAVE: Diritto dei consumatori; educazione al consumo; educazione dei minori; genitori; sostenibilità; digitale.

ABSTRACT: *The contribution aims at exploring the relationship between parental education of minors and consumer education under consumer law in the light of the principle of private education and the principle of subsidiarity. A current reading of consumer education is provided, including not only legal-economic elements, but also the dimension of environmental protection, sustainability and digital. The child must be provided with every tool to face the imminent economic-social evolutions, which accentuate the inherent risks in their behaviour, especially during adolescence. The parent's role must be to educate the child to enable them to adequately face these challenges.*

KEY WORDS: *Consumer law; consumer education; children education; parents; sustainability; digital.*

SUMARIO.- I. SOSTENIBILITÀ, MERCATO E EDUCAZIONE DEL MINORE.- II. CONTENUTI E LIMITI ORDINAMENTALI DEL DIRITTO-DOVERE DI EDUCARE E DI ESSERE EDUCATO.- III. L'EDUCAZIONE DEL CONSUMATORE TRA INTERESSI GIURIDICO-ECONOMICI E TUTELA DELL'AMBIENTE.- IV. DOVERI EDUCATIVI GENITORIALI PER UN MINORE-CONSUMATORE CONSAPEVOLE.- V. PROSPETTIVE CONCLUSIVE PLURIDIMENSIONALI.

I. SOSTENIBILITÀ, MERCATO E EDUCAZIONE DEL MINORE.

La rivoluzione digitale[1] e la svolta sostenibile[2] stanno provocando un radicale mutamento del paradigma sociale, economico e giuridico, che pone un problema relazionale e impone di rimeditare il rapporto tra ambiente, mercato e persona.

Il digitale postula, oltre a un adeguato apparato infrastrutturale, la predisposizione della persona all'uso delle nuove tecnologie e alle nuove modalità di relazione interpersonale[3]. La sostenibilità sprona, invece, a una rinnovamento nelle modalità di utilizzo delle risorse naturali per la soddisfazione delle esigenze umane. L'impatto trasversale di queste evoluzioni investe ogni settore del diritto: non solo il diritto regolatorio deputato alla tutela della persona nel mercato, entro cui si iscrive il diritto dei consumatori[4]; ma anche il diritto delle relazioni familiari quale luogo di preparazione del minore all'età adulta[5].

Tra i punti di intersezione tra mercato, ambiente e famiglia è possibile individuare il problema dell'educazione del minore-consumatore, intesa quale procedimento di preparazione del minore alle insidiose dinamiche dello scambio, anche digitale, di beni e servizi finalizzato alla soddisfazione delle esigenze personali. Educazione

1 Sul punto, v. Floridi, L.: *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Cortina Raffaello, Milano, 2017.

2 "Rapporto Brundtland", UN Report of the World Commission on Environment and Development *Our Common Future*, 1987, I.3, punto 27, secondo cui lo sviluppo sostenibile è lo sviluppo che soddisfa le esigenze del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare le loro. L'art. 2 Reg. (CE) n. 2493/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 novembre 2000, relativo a misure volte a promuovere la totale integrazione della dimensione ambientale nel processo di sviluppo dei paesi in via di sviluppo afferma che per "sviluppo sostenibile" deve intendersi il "miglioramento delle condizioni di vita e del benessere delle popolazioni interessate, entro i limiti della capacità degli ecosistemi, attraverso la salvaguardia del patrimonio naturale e della sua biodiversità a vantaggio delle generazioni presenti e future". In merito, v. Vettori G.: "Verso una società sostenibile", *Persona e Mercato*, 2021, 3, p. 463 ss.

3 In merito, *inter alia*, v. Zuddas, P.: "Covid-19 e "digital divide": tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria", *Osservatorio costituzionale*, 2020, 3, pp. 285-307; Pagnotta, F. (a cura di): *Ecologia della Rete. Per una sostenibilità delle relazioni online*, Erickson, Trento, 2018.

4 Sulle recenti novità nel diritto dei consumi, v. De Cristofaro, G.: "Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto 'pubblico' dei (contratti dei) consumatori?", *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2022, I, p. 4.

5 Sul rapporto tra educazione e digitale, v. Senigaglia, R.: "Il dovere di educare i figli nell'era digitale", *Persona e Mercato*, 2021, 3, p. 511 ss.

• Gabriele Perfetti
Dottorando di ricerca nell'Università Ca' Foscari Venezia. Email: gabriele.perfetti@unive.it.

che non può prescindere, oggi, dalla dimensione della sostenibilità. Il legame tra educazione, consumo e sostenibilità trova chiara manifestazione negli obiettivi n. 4 e n. 12 dell'Agenda ONU 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, che predicano la necessità di dotare le persone delle competenze necessarie per affrontare il problema della sostenibilità anche nei comportamenti di mercato[6]. Se tale esigenza è percepita come "universale", il problema educativo digitale si pone, invece, su livelli distinti per adulti e minori: mentre i primi necessitano di un educazione prevalentemente tecnica, i secondi, pur se "nativi digitali"[7], abbisognano di riferimenti etici per divenire utenti tecnologici rispettosi dei diritti della persona e per evitare di esporsi ai numerosi rischi, personali e patrimoniali, insiti nella tecnologia stessa[8].

Quello dell'infanzia è "un periodo della vita profondamente radicato nella cultura del consumo", sicché il minore è soggetto alla "duplice veste e vulnerabilità di minore e consumatore"[9]. Sebbene la centralità dell'educazione al consumo del minore[10] sia universalmente riconosciuta[11], il dato positivo risulta frammentato e non del tutto effettivo. Il diritto dei consumatori prevede, infatti, un generico dovere dell'ordinamento di educare la persona al consumo, a prima vista non comunicante con il più tradizionale compito educativo genitoriale, cui non è, in genere, ricondotto il dovere di preparare il minore alle insidie del mercato. Tuttavia, all'educazione del minore-consumatore come attore di un ordinamento e di un mercato dalla elevata complessità, sempre più attento ai valori della

6 United Nations General Assembly, 25 settembre 2015, *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development* (A/RES/70/1). In particolare, l'obiettivo 4.7 richiede di "garantire entro il 2030 che tutti i discenti acquisiscano la conoscenza e le competenze necessarie a promuovere lo sviluppo sostenibile, anche tramite un educazione volta ad uno sviluppo e uno stile di vita sostenibile, ai diritti umani, alla parità di genere, alla promozione di una cultura pacifica e non violenta, alla cittadinanza globale e alla valorizzazione delle diversità culturali e del contributo della cultura allo sviluppo sostenibile". Parimenti, l'obiettivo 12.8, in tema di sostenibilità del consumo e del sistema produttivo, richiede "entro il 2030, [di] accertarsi che tutte le persone, in ogni parte del mondo, abbiano le informazioni rilevanti e la giusta consapevolezza dello sviluppo sostenibile e di uno stile di vita in armonia con la natura".

7 L'espressione è, come noto, di Prensky, M.: "Digital Natives, Digital Immigrants", *On the Horizon*, MCB University Press, Vol. 9 No. 5, ottobre 2001.

8 V. tra gli altri, Thiene, A.: "L'inconsistente tutela dei minori nel mondo digitale", *Studium Iuris*, 2012, 5, p. 528 ss., che segnala come preziosa consultazione del sito www.eukidsonline.net; Pedrazzi, G.: "Minori e social media: tutela dei dati personali, autoregolamentazione e privacy", *Informatica e diritto*, 2017, n. 1-2, pp. 437-451; Garaci, I.: "Il "superiore interesse del minore" nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell'ambiente digitale", *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2021, n. 4, 1, p. 800.

9 Gambaro, A.: "Il bambino consumatore: il suo diritto ad una appropriata informazione", *Studi Sulla Formazione/Open Journal of Education*, 2010, 12, 1/2, pp. 221-233.

10 L'educazione al consumo del minore è ritenuto "il nodo più difficile da sciogliere quando si tratta di prodotti e consumi" da Cendon, P. "Introduzione", in AA. VV. *Il bambino e le cose. Diritti e doveri dei minori nella società dei consumi*, (a cura di Cendon, P.), Franco Angeli, Milano, 1993.

11 Promoting Consumer Education. Trends, Policies and Good Practices, OECD, 2009, p. 12: "All countries acknowledge that children and young people are particularly important targets of consumer education. Research shows that these age groups account for an ever-increasing share of family consumption. At the same time they are likely to be particularly vulnerable to making unwise decisions and or falling victim to aggressive marketing. The fact that both parents often work outside the home and that there are more single parents has led to a change in the role of parents in consumer training. With this in mind, many countries have made consumer education compulsory in primary, secondary and in some countries in upper-secondary grades".

persona e alla tutela dell'ambiente[12], l'ordinamento stesso deve essere chiamato a provvedere, a pena di non vedere consolidati, nelle prossime generazioni, quei valori e comportamenti adeguati a una società che vuole condursi a una positiva trasformazione. Ci si deve chiedere, dunque, quale rapporto intercorra tra educazione del minore, famiglia, mercato, consumo, digitale[13]. Il quesito deve essere affrontato, oggi, anche alla luce del positivo riconoscimento, da parte del legislatore costituzionale, della tutela dell'ambiente e della solidarietà intergenerazionale quali valori fondamentali della Repubblica[14].

Dei contenuti dell'educazione del minore è necessario ridiscutere muovendo da un nuovo nucleo di valori condiviso[15], e ciò è importante anche a fronte del crescente riconoscimento dell'autonomia del minore sul mercato analogico e digitale[16]. Una maggiore autonomia postula, infatti, una più attenta educazione. Si tenta, con questo scritto, di contribuire alla rilettura dell'apparato normativo dedicato al momento educativo del minore-consumatore nel rapporto con i genitori.

II. CONTENUTI E LIMITI ORDINAMENTALI DEL DIRITTO-DOVERE DI EDUCARE E DI ESSERE EDUCATO.

A nucleo del processo di crescita del minore per mezzo della figura genitoriale l'ordinamento colloca l'educazione, della cui sistemazione tra i diritti fondamentali del minore (e del genitore) difficilmente si può dubitare[17]. Basti ricordare che l'art. 30 Cost. riconosce il diritto-dovere dei genitori di educare i figli e il corrispondente diritto del minore di essere educato, esplicitato poi, sul piano codicistico, nell'art. 315-bis c.c.; mentre, sul piano sovranazionale, rilevano l'art. 26 della Dichiarazione universale dei diritti umani, gli artt. 8 e 9 CEDU, l'art. 24 della Carta dei Diritti

12 Per una prospettiva, v. Cucinelli, B., *Il sogno di Solomeo. La mia vita e la sfida del capitalismo umanistico*, Feltrinelli, 2018.

13 Cfr. Bianca, M.: "Il minore e i nuovi media", in AA.VV.: *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile* (a cura di Senigaglia, R.), Pacini Giuridica, Pisa, 2019, p. 151: "Ovvero la domanda è: i genitori dei nativi digitali hanno compiti di educazione e responsabilità diversi rispetto a quelli che avevano i nostri genitori o i nostri nonni?".

14 L. cost., 11 febbraio 2022, n. 1 recante "Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente", in G.U. n. 44 del 22/02/2022, su cui v. Porena, D.: ""Anche nell'interesse delle generazioni future". Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione", *Federalismi*, 2022, 15, pp. 121-143; Alpa, G.: "Note sulla riforma della costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali", *Contratto e Impresa*, 2022, 2, p. 361.

15 Agostinelli, B.: "L'educazione della prole tra antiche prerogative genitoriali e nuovo interesse del minore", *Rivista di diritto civile*, 2021, 1, pp. 155-186.

16 Per cui v. Senigaglia, R.: *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Giappichelli, Torino, 2020.

17 Il diritto all'educazione è difatti comunemente ritenuto un "diritto fondamentale della persona a carattere patrimonialmente neutro, volto alla soddisfazione di interessi esistenziali del minore": così Scaglione, F.: "Situazioni giuridiche soggettive e capacità", in *Le persone e la famiglia*, IV, *La filiazione e i minori*, *Trattato Sacco*, UTET, Torino, 2018, p. 558. Secondo Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 2.1. *La famiglia*, VI ed., Giuffré, Milano, 2017, p. 364, il diritto all'educazione è parte di quei "diritti fondamentali di solidarietà che tutelano l'essere umano a ricevere l'aiuto e la guida necessari per la sua formazione".

Fondamentali dell'U.E. e la Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989[18].

Lungi dal voler delineare un quadro completo del diritto all'educazione del minore e dello speculare dovere dei genitori[19], appare utile ai fini prefissati comprendere quale ruolo l'ordinamento assegni, rispettivamente, ai genitori e all'autorità nella determinazione delle finalità e dei contenuti dell'educazione del minore.

Il discorso educativo è un punto di possibile scontro valoriale[20]. Dalla necessità educativa del minore deriva una tensione tra diverse istanze, e segnatamente l'istanza dei genitori di imprimere all'educazione del figlio un orientamento coerente con le proprie convinzioni personali, a prescindere dai valori generalmente condivisi; quella del minore di ricevere un'educazione consona ai propri orientamenti e rispettosa di essi, in particolar modo una volta raggiunta una maturazione tale da consentirgli un'autodeterminazione adeguata; l'istanza statuale di introdurre determinati valori nell'educazione dei minori, dimodoché essi aderiscano a una visione del mondo che assecondi le "necessità" pubbliche[21].

Il rapporto tra educazione minorile "privata" e "pubblica" è stato oggetto di un'importante cambio di paradigma, testimoniato dall'evoluzione dell'art. 147 c.c. il quale, nella sua formulazione originaria, predicava, al co. 2, precisi e inderogabili contenuti educativi, prescrivendo che educazione e istruzione dovevano conformarsi "ai principi della morale e al sentimento nazionale fascista". La disposizione era funzionale al disegno del regime e solo negli anni '70, eliminato ogni riferimento ai principi della morale, veniva inaugurata la stagione della prospettiva puerocentrica dell'educazione, in cui devono trovare massima considerazione le capacità, l'inclinazione naturale e le aspirazioni del minore[22]. Viene così in evidenza la centralità del soggetto nei cui confronti deve essere

18 Si ricordi, poi, la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959, il cui principio settimo sancisce che il fanciullo ha diritto a una educazione che, almeno a livello elementare, deve essere gratuita e obbligatoria. Egli ha diritto a godere di un'educazione che contribuisca alla sua cultura generale e gli consenta, in una situazione di eguaglianza di possibilità, di sviluppare le sue facoltà, il suo giudizio personale e il suo senso di responsabilità morale e sociale, e di divenire un membro utile alla società. Il superiore interesse del fanciullo deve essere la guida di coloro che hanno la responsabilità della sua educazione e del suo orientamento; tale responsabilità incombe in primo luogo sui propri genitori. Il fanciullo deve avere tutte le possibilità di dedicarsi a giochi e attività ricreative che devono essere orientate a fini educativi; la società e i poteri pubblici devono fare ogni sforzo per favorire la realizzazione di tale diritto.

19 Per cui si rinvia a Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 2.1. *La famiglia*, cit.

20 Paradiso, M.: *I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148*, in *Commentario Schlesinger*, II ed., Giuffré, Milano, 2012, p. 299, parla, in tal senso, di "conflitto tra i libertà e vincoli all'educazione", da non risolversi "semplicisticamente alla stregua di formule che, facendo leva sul profilo teleologico, indicano a obiettivo dell'educazione la formazione e lo sviluppo della personalità", poiché tale impostazione "trasferisce sulla nozione di personalità le incertezze proprie dei vincoli al processo educativo".

21 La dottrina, sul punto, si mostra divisa, pur con diverse sfumature, tra i sostenitori di un "programma educativo costituzionale" e coloro che tendono a massimizzare l'autonomia familiare nelle scelte educative. Per tale ricostruzione, v. Agostinelli, B.: "L'educazione della prole", cit., p. 166 s.

22 Riforma dell'art. 147 c.c. operata dalla L. 19 maggio 1975, n. 151, in G.U. 23/05/1975, n.135.

realizzata la funzione educativa, a discapito della visione che privilegia un programma educativo uniformato a principi provenienti dall'esterno della famiglia[23]. Le istanze pubblicistiche sarebbero, così, recessive rispetto a quelle personali e familiari: nella dimensione educativa l'ordinamento potrebbe "entrare solo parzialmente e con grande cautela, per non scalfire l'autonomia dei privati nell'impostare la relazione personale con i propri figli"[24]. L'educazione del minore potrebbe dirsi, dunque, dimorante nell'isola che il mare del diritto non può che lambire[25].

Da un lato, il diritto-dovere di educare i figli, regolato sul piano interno dall'accordo tra i genitori, "mal sopporta, nel comune sentire, intromissioni esterne"[26]. Questo è ancor più vero in una società pluralista, in cui è diritto del genitore "provare a trasmettere, senza costrizioni, il proprio sistema di valori e la propria visione del mondo"[27]. Dall'altro, però, il minore ha diritto di essere educato in modo da sviluppare e accrescere una personalità completa ed armoniosa, che attualizzi tutte le sue potenzialità[28] all'interno della società in cui andrà ad inserirsi come adulto. Ciò richiede di individuare un nucleo minimo di "contenuti educativi" che i genitori sono chiamati a trasmettere ai figli, e che possono spaziare da valori fondamentali condivisi[29] sino a modelli di comportamento "difensivi" verso le comuni insidie poste dal mercato.

Volendo muovere in tale direzione, si consideri innanzitutto che il diritto all'educazione, pur "difficilmente definibile" quanto a contenuti[30], consiste nel diritto del minore di ricevere assistenza, indirizzo e sostegno da parte dei genitori nel processo di crescita e nell'affermazione della propria personalità, per mezzo della trasmissione di riferimenti che ne accrescano le capacità e ne correggano

23 Sesta, M.: "La potestà dei genitori", in AA.VV.: *Filiazione, adozione, alimenti*, in *Trattato Bessone*, vol .4, (a cura di Auletta, T.), Giappichelli, Torino, 2011, p. 52.

24 Agostinelli, B.: "L'educazione della prole", cit., p. 155. Secondo Vercellone, P.: "Libertà dei minorenni e potestà dei genitori", *Rivista di diritto civile*, 1982, I, p. 540, "qualificare la funzione genitoriale come potestà e come diritto risponde anche ad una esigenza di rifiuto verso schemi etero-imposti di educazione del figlio; si è voluto che i genitori avessero l'esclusiva del programma educativo dei loro figli per consentire una libera esplicazione di molteplici ispirazioni e criteri pedagogici, in contrapposizione all'uniformità che, almeno in teoria, pareva essere il modello voluto dal fascismo".

25 La notissima metafora è di Jemolo, A.C.: "La famiglia e il diritto", in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, vol. III, 1948, Jovene, Napoli, 1949 p. 38, secondo cui la famiglia è "un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto […]; la famiglia è la rocca sull'onda, ed il granito che costituisce la sua base appartiene al mondo degli affetti, agli istinti primi, alla morale, alla religione, non al mondo del diritto".

26 Ruscello, F.: *La potestà dei genitori. Rapporti personali. Artt. 315-319* in *Commentario Schlesinger,* Giuffré, Milano, II ed., 2006, p. 2.

27 Caterina, R.- Lenti, L.: *La famiglia*, in *Trattato del Diritto Privato Mazzamuto*, Vol. II, Tomo I, Giappichelli, Torino, 2022, p. 188.

28 Ruscello, F., *La potestà dei genitori*, cit., p. 36

29 Bastino, in tal senso, le parole di Stanzione, P., "Il diritto all'educazione del minore", *comparazionedirittocivile.it*, 2011, p. 4 ss., p. 8: "anzitutto la famiglia il luogo d'elezione in cui ciascun componente può sviluppare nel migliore dei modi la propria personalità, dal momento che essa non può risolversi in una "zona franca" nella quale vengano disconosciuti proprio i principi inviolabili sanciti dalla Costituzione"

30 Sesta, M.: "La potestà dei genitori", cit., p.52 nota altresì che il contenuto dell'educazione è "strettamente connesso all'evoluzione degli studi sociali e della società in generale".

le eventuali inclinazioni negative[31]. Esso esige lo speculare dovere dei genitori di garantire al figlio la possibilità di maturare una propria personalità, nonché la capacità di autodeterminarsi[32] facendo propri i valori fondamentali della comunità a cui appartiene[33] e di realizzare validi e profondi rapporti interpersonali. Come affermato da dottrina autorevole, il diritto all'educazione si può definire come il diritto del minore "di ricevere l'insegnamento necessario per conseguire la piena maturità morale e sociale"[34].

Dall'espunzione di valori "esterni" dal testo dell'art. 147 c.c. non può peraltro dedursi che l'opera educativa sia rimessa al pieno arbitrio dei genitori[35]. Sebbene i genitori abbiano, in linea di principio, il diritto di stabilire il contenuto dell'educazione del proprio figlio secondo le proprie convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche (art. 14, par. 3, C.D.F.U.E.), essendo le scelte educative dei genitori considerate "prioritarie" dal diritto (art. 18 Convenzione sui diritti dei fanciulli del 1989), tale diritto va coordinato, bilanciato e talvolta subordinato ad altri principi posti dall'ordinamento[36]. Ciò secondo una duplice direttrice, propria del *best interest* del minore[37]: quella della progressiva autonomia del minore nel rapporto con il mondo che lo circonda e dell'apprensione di modelli di comportamento a questo adeguati, da un lato; quella dello sviluppo di una personalità propria del minore, dall'altro.

Seguendo la prima, si noti che se né l'art. 30 Cost., né le disposizioni del Codice civile appaiono imporre un "piano educativo", è anche per il tramite dell'art. 2048 c.c.[38] che la giurisprudenza è arrivata ad estendere ed irrigidire[39] il dovere educativo, imponendo ai genitori di impartire al figlio "un'educazione normalmente idonea, in relazione al suo ambiente, alle sue attitudini e alla sua personalità, ad avviarlo a una corretta vita di relazione"[40]. Tra gli obiettivi dell'educazione del minore finisce così

31 Lilio, P.: "Libertà del minore nella sfera educativa e religiosa", *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2009, 4, 1921 ss.

32 Ruscello, F.: *La potestà dei genitori*, cit., p. 33.

33 Bessone, M.: "Rapporti etico-sociali", *Commentario della Costituzione* (a cura di Branca G.), Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1976, p. 105 ss.

34 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 2.1. *La famiglia*, cit., p. 367.

35 Vercellone, P.: "Libertà dei minorenni", cit., p. 539.

36 Palazzo, A., *La filiazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, II ed., Giuffré, Milano, 2013, p. 636.

37 Entrambe le direttrici, cioè, trovano spazio nella dimensione del *best interest* quale rimedio per la composizione dei conflitti educativi nella prospettiva adottata da Senigaglia, R.: "Il dovere di educare", cit., p. 514 s., e *amplius* in Senigaglia, R.: *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene, Napoli, 2013.

38 Su cui v. Salvi, C.: "Responsabilità extracontrattuale" (voce), Enciclopedia del diritto, Giuffré, Milano, 1988, 1236; Franzoni, M.: *Fatti illeciti*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca-Galgano,* II ed., Zanichelli, Bologna, 2020, p. 324 ss. Lenti, L., *Diritto della famiglia*, in *Trattato ludica-Zatti*, Giuffré, Milano, 2021, p. 329 ss.

39 De Cristofaro, G.: "La responsabilità dei genitori per il danno cagionato a terzi dal minore", in *Trattato di diritto di famiglia, diretto da Paolo Zatti*, II, Giuffré, Milano, 2002, p. 1240.

40 Cass. civ., 6 dicembre 1986, n. 7247, in *Foro italiano*, Mass., 1986. Cfr. V. altresì Cass. civ., 6 dicembre 2011, n. 26200, che secondo cui il dovere educativo ex art. 2048 c.c. consiste nel dovere dei genitori "di

per collocarsi, pur se per mezzo del sistema pretorio della responsabilità aquiliana, la corretta impostazione dei rapporti tra questo e l'ambiente circostante.

Tale obiettivo, che rientra senz'altro nell'interesse del minore, può realizzarsi aderendo ai modelli valoriali più disparati, purché ammessi nell'arco dei valori costituzionali: l'ordinamento contempla talune finalità educative senza intaccare per il resto la libertà dei genitori, purché questi consentano il raggiungimento dell'obiettivo della corretta integrazione del minore nella società. Peraltro, persino la libertà di impartire un'educazione religiosa al minore può dover fare i conti con il suo interesse al corretto inserimento nella società in cui è destinato a vivere da adulto[41].

Muovendo sulla seconda direttrice, si nota che alla discrezionalità educativa dei genitori si frappone il limite delle inclinazioni, capacità e aspirazioni naturali del minore quale espressione del suo interesse[42]. Il "potere" educativo dei genitori muta progressivamente di intensità con l'acquisizione della maturità del figlio, affievolendosi la possibilità di eterodeterminare i contenuti educativi in funzione dell'aumentare della capacità di discernimento del minore[43]. I genitori saranno tenuti a porsi in posizione recessiva laddove le inclinazioni del minore non aderiscano alle proprie, assecondando e sostenendo il figlio nei propri orientamenti personali, riconoscendo al minore una partecipazione al proprio processo educativo tanto più intensa, quanto più intensa diviene la sua maturazione[44]. Ciò in quanto il vero

svolgere adeguata attività formativa, impartendo ai figli l'educazione al rispetto delle regole della civile coesistenza, nei rapporti con il prossimo e nello svolgimento delle attività extrafamiliari". L'orientamento giurisprudenziale consolidato "si pone in stretta relazione con i compiti cui il padre e la madre sono per legge tenuti nei riguardi dei figli"; ne viene poi evidenziato il carattere relazionale, in quanto valutato "sulla base della personalità del minore e delle condizioni ambientali e sociali nelle quali è inserito" (così Campione, R.: "Il fatto illecito del minore capace", in AA.VV.: *La responsabilità nelle relazioni familiari* (a cura di Sesta, M.), UTET, Torino, 2008, p. 635 s.; sulle conseguenze di questo orientamento sul rapporto tra educazione del minore e responsabilità civile del genitore, v. Franzoni, M.: *Fatti illeciti*, cit., secondo cui "con questa tesi, viene eclissato il ruolo auto-educativo del minore e la sua capacità di partecipare nelle scelte di vita […] che […] trova la sua fonte […] nella riforma del diritto di famiglia".

41 Senigaglia, R.: *Status filiationis*, cit., p. 95 ss.; nonché Cass. civ., sez. I, 30 agosto 2019, n. 21916, con nota di Brizzolari, V.: "L'educazione religiosa del figlio tra libertà personale del genitore e interesse del minore", *Familia*, 2020, 2, p. 235 ss.

42 Senigaglia, R.: *Status filiationis*, cit., p. 175 ss.: "i genitori […] non sono chiamati soltanto a "*tener conto*" delle capacità e inclinazioni del figlio, ma devono *rispettarle*. Il *rispetto*, nella sua accezione lessicale, consiste nel *riconoscere* i diritti, i ruoli, i valori, gli orientamenti, in sintesi la sfera giuridica e personale dell'*altro*, limitando, di conseguenza, la propria sfera di libertà".

43 *Ivi*, p. 178 ss. Negli stessi termini Busnelli, F.D.: "Due diverse concezioni del rapporto educativo", *Il diritto di famiglia* e *delle persone*, 1982, p. 73, si esprimeva parlando di mutamento di fisionomia del rapporto educativo, quando il "singolo minore [abbia] raggiunto una adeguata capacità di intendere e di volere", da "rapporto […] interamente affidato agli interventi protettivi dei genitori" a "rapporto tra interlocutori entrambi attivi, in quanto titolari di diritto e obblighi reciproci". Cfr. altresì Lucchini Guastalla, E.: "art. 147 c.c.", in AA.VV.: *Commentario breve al diritto della famiglia* (a cura di Zaccaria A.), Cedam, Padova, III ed., p. 355; Stanzione, P., "Il diritto all'educazione", cit., p. 4 ss.; Sesta, M.: "Genitori e figli", cit., p. 240.

44 Durisotto, D.: *Educazione* e *libertà religiosa del minore*, Jovene, Napoli, 2011, p. 36.

protagonista dell'attività educativa è il minore[45], e al suo esito egli deve divenire un "uomo libero"[46].

La funzione educativa è pertanto da ritenersi "funzione relazionale" ed è tenuta a adattarsi alla natura del rapporto genitore-figlio, alle inclinazioni personali di quest'ultimo, al contesto sociale, economico e giuridico, di mutazione epocale in cui una specifica comunità familiare vive e si sviluppa, alla maturazione e autodeterminazione del minore coinvolto[47]. Questa funzione tende a resistere a tentativi di oggettivizzazione, ma deve collocarsi nel quadro dei valori, personalistici e solidaristici, della Costituzione: il principio della libertà educativa trova attuazione nel prisma dei valori costituzionali e sovranazionali[48].

I contenuti educativi possono vedersi stabiliti dai genitori, fintantoché compatibili con le aspirazioni del figlio e con i principi dell'ordinamento[49]. Ma rimane ferma anche la necessità di garantire che il figlio si inserisca correttamente nell'ambiente che lo circonderà come adulto. I principi rappresentano un minimo etico indispensabile[50], ritenendosi "illogico […] che l'azione pedagogica possa essere lecitamente indirizzata contro i valori su cui si fonda l'ordinamento che regge la società di cui il minore è parte integrante"[51]. Minimo in cui in cui deve ritenersi incluso anche l'insieme di modelli di comportamento necessari al vivere civile. Al di là di esso si collocano la libera formazione della personalità del minore e la

45 Durisotto, D.: *Educazione e libertà*, cit., p. 44.

46 Vercellone, P.: "Libertà dei minorenni", cit., p. 540, secondo cui l'art. 147 c.c. (oggi potrebbe parlarsi di art. 315-bis c.c.) deve essere letto nel senso di imporre al genitore l'obbligo di "non tenere conto delle proprie aspirazioni, di non cercare di fare un figlio a propria immagine e somiglianza; di rispettare l'individualità del figlio così come man mano si va rivelando con la crescita. Se il fine dell'educazione è dunque quello di "fare" del bambino un uomo libero e quanto più possibile sé stesso, è evidente che la modalità dell'educazione deve essere tale da consentire al bambino ed in genere al soggetto in crescita di fare "tirocinio di libertà".

47 Scaglione, F.: "Situazioni giuridiche soggettive", cit., p. 554.

48 Si sottolinea infatti che la scelta legislativa di non imporre precisi contenuti educativi ai genitori è giustificata dal rispetto del diritto dei genitori educare i figli secondo le proprie convinzioni, ma che essa non esclude l'esistenza di limiti a questa attività: così Durisotto, D.: *Educazione e libertà*, cit., p. 47 s.; v., a titolo di esempio, Vannoni, G.: "L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione", *Consulta Online*, 2017, 2, pp. 298-309, a commento dell'orientamento del Tribunale di Reggio Calabria, che "ha adottato provvedimenti di limitazione o di decadenza della responsabilità genitoriale di alcuni membri appartenenti alla 'ndrangheta in virtù di un'interpretazione delle norme del codice civile orientata alla luce degli articoli 2, 30 e 31 della Costituzione all'interno di un giudizio di bilanciamento il cui riferimento preminente è la clausola generale dell'interesse superiore del minore", nel senso che un'educazione alla criminalità contraddice "il contenuto minimo comune che deve connotare il processo educativo di ogni individuo minorenne […] poiché in contrasto con i compiti previsti dalla Costituzione per il ruolo genitoriale"; nonché Casabona S., "Decadenza dalla responsabilità genitoriale nei confronti del latitante di mafia", *Questione Giustizia*, 11 ottobre 2016.

49 A tal fine, già l'art. 2 Cost., imponendo il rispetto dei diritti inviolabili della persona, prescrive "modelli di azione pedagogica che qualificano le forme e gli stessi contenuti dell'educazione": così Scaglione, F.: "Situazioni giuridiche soggettive", cit., p. 554.

50 Zatti, P.: "Familia, familiae. Declinazioni di un'idea. I) La privatizzazione del diritto di famiglia", *Familia*, 2002, p. 39; Sesta, M.: "Genitori e figli, tra potestà e responsabilità", *Rivista di diritto privato*, 2000, 2, p. 237.

51 Sesta, M.: "La potestà dei genitori", cit., p. 53; Sesta, M.: "Genitori e figli", cit., p. 239. Critico Paradiso, M.: "I rapporti personali", cit., p. 305, secondo cui tale soluzione "*strutturalmente*, non appare diversa da quei vincoli all'educazione che facevano riferimento al sentimento nazionale fascista", notando altresì che "*funzionalmente*, resta da vedere se sia garanzia da un lato necessaria, dall'altro sufficiente e, soprattutto, se corrisponda a effettivi interessi del minore".

speculare, pur se inversamente proporzionale, libertà del genitore di trasmettere l'educazione a lui gradita[52].

La tensione tra "essere" e "dover essere" educativo ammette comunque ampi spazi di libertà, questa vedendosi ristretta solo a fronte di gravi patologie educative; o – per utilizzare la formula codicistica – di "pregiudizi" per il figlio (artt. 151 c.c., 330 e 333 c.c.). Il dovere di educare, al pari di "tutti gli obblighi familiari a contenuto non patrimoniale consistenti in un fare", non è "direttamente coercibile"[53], né nell'*an*, né nel *quomodo*, rimanendo disponibili strumenti coercitivi indiretti, quali i provvedimenti *de potestate*, la responsabilità civile endo ed extrafamiliare, o quella penale, il ricorso ai quali rimane difficilmente concepibile ove alla "malaeducazione" impartita dal genitore non seguano eventi patologici di rilievo[54]. La non ottemperanza all'obbligo educativo comporta una responsabilità per il pregiudizio arrecato al minore e dal minore[55] purché tale pregiudizio si riverberi all'esterno, con condotte dei genitori pregiudizievoli per il minore o con azioni positive del minore non adeguatamente educato[56].

La presenza di una soglia di rilevanza del pregiudizio derivante da un'educazione insufficiente non significa, però, non-giuridicità di tutto ciò che si colloca al di sotto della medesima. Difatti, la presenza di strumenti di reazione al fallimento del momento educativo attesta che l'ordinamento desidera vigilare sul suo adempimento[57], pur nel rispetto della libertà educativa del genitore.

III. L'EDUCAZIONE DEL CONSUMATORE TRA INTERESSI GIURIDICO-ECONOMICI E TUTELA DELL'AMBIENTE.

Come alla vulnerabilità del minore e alla necessità di inserirlo nel "mondo adulto" risponde il dovere educativo genitoriale, così alla vulnerabilità del consumatore e alla necessità di renderlo attore consapevole del mercato provvede l'educazione al consumo, le cui radici si situano alle origini del movimento consumerista[58].

52 Agostinelli, B.: "L'educazione della prole", cit., p. 178.

53 Caterina, R.-Lenti, L.: "La famiglia", cit., p. 190. Secondo Costanza, M.: "I diritti dei figli: mantenimento, educazione, istruzione ed assistenza morale", *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2013, 3, p. 528, "l'ottenere dal genitore l'assolvimento degli obblighi educativi […] mediante strumenti coattivi è evenienza per la quale l'ordinamento si mostra carente di risposte che non esitino nella riprovazione del genitore".

54 Agostinelli, B.: "L'educazione della prole", cit., p. 164.

55 Scaglione, F.: "Situazioni giuridiche soggettive", cit., p. 558

56 Palazzo, A.: *La filiazione*, cit., p. 637, rileva infatti che "ovviamente l'intervento giudiziale a tutela dell'interesse del minore e dei valori costituzionali va richiesto solamente quando tale interesse e tali valori siano evidentemente violati. Ciò nel rispetto degli stessi diritti costituzionali dei genitori e della loro priorità nelle scelte educative".

57 Agostinelli, B.: "L'educazione della prole", cit., p. 164.

58 Attademo, L.: "art. 4", in AA.VV.: *Codice del consumo* (a cura di Cuffaro, V.), V ed., Giuffré, Milano, 2019, p. 42.

Il diritto alla "educazione al consumo", collocato tra i diritti "riconosciuti come fondamentali" ai consumatori (art., 2 co. 2, lett. d), cod. cons.)[59], consiste nel diritto del consumatore di godere di tutti i presìdi, pubblici e privati, di natura preventiva finalizzati a fornirgli gli strumenti culturali per agire nel mercato in modo consapevole; di vedersi, cioè, destinatario di tutti quei "fattori cognitivi imprescindibili e pregiudiziali"[60] all'agire cosciente nel mercato[61]. L'educazione al consumo rappresenta, infatti, un "antecedente essenziale ai fini dell'acquisizione, da parte dei consumatori e degli utenti, di una piena consapevolezza dei loro diritti e interessi e di basi cognitive adeguate a consentire loro di governare i processi valutativi e decisionali avviati ai fini della soddisfazione dei propri bisogni"[62].

Con il Trattato di Amsterdam del 1997 l'educazione al consumo è riconosciuta a livello europeo quale elemento fondante l'obiettivo di protezione dei consumatori (art. 153 T.C.E.)[63]. Invero, già con la Carta europea dei consumatori del 1973, approvata in seno al Consiglio d'Europa, l'educazione al consumo permeava nel diritto europeo dei consumatori[64]. In rapporto di continuità con la Carta[65], la Risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975, riguardante il programma preliminare della C.E.E. per una politica di protezione e di informazione del consumatore[66] indicava tra gli obiettivi fondamentali l'educazione al consumo, che veniva confermata a pieno titolo quale parte integrante della "Tavola dei diritti dei consumatori"[67].

59 I diritti fondamentali dei consumatori, tra cui il diritto all'educazione al consumo, erano invero già riconosciuti all'art. 1, co. 2, l. n. 281/1998, di disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, di cui l'art. 2 cod. cons. rappresenta una parziale riproduzione.

60 Rossi Carleo, L.: "I diritti fondamentali dei consumatori", *Concorrenza e mercato*, 2015, 1, p. 189.

61 La relazione al d.lgs. n. 206/2005 chiarisce che l'educazione al consumo è il "processo mediante il quale il consumatore apprende il funzionamento del mercato e la cui finalità consiste nel migliorare la capacità di agire in qualità di acquirente o di consumatore dei beni e dei servizi, che sono giudicati maggiormente idonei allo sviluppo del proprio benessere".

62 Così Capo, G.: voce "Codice del consumo", in *Enciclopedia del diritto. Annali*, VII, Giuffré, Milano, 2014, p. 220.

63 L'educazione al consumo non godeva, infatti, di un espresso riconoscimento all'art. 129A del Trattato di Maastricht del 1993, che ha introdotto per la prima volta nei Trattati un titolo specificamente dedicato alla Protezione dei consumatori. Tale diritto trova, oggi, la propria matrice nell'art. 169 T.F.U.E., nel quale è sancito che "al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce [...] a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi".

64 Risoluzione n. 543/1973 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, lett. A (d): "D. The right to consumer education. 1. (i) Such consumer training shall be given to school-children as will enable them to act as informed consumers throughout their lives. 2. (ii) Education facilities in the field of consumer problems shall equally be made available to adults". Nella Carta si riconosce a tutti i consumatori il "*right to consumer education*", strettamente legato al diritto all'informazione, al pari riconosciuto come diritto di ogni consumatore.

65 Alpa, G.- Bessone, M.: "La "carta europea dei consumatori"", *Rivista delle società*, 1974, p. 827; Alpa, G.: "Introduzione", in AA.VV.: *I contratti del consumatore* (a cura di Alpa, G.), Giuffré, Milano, 2014, p. 25 s.

66 G.U.C.E. n. C 92 del 25 aprile 1975, p. 1.

67 Alpa, G.: *I principi generali*, II ed., in *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, Giuffré, Milano, 2006, p. 230.

L'educazione del consumatore ex art. 2 cod. cons. è preposta all'obiettivo di orientare il comportamento del soggetto economicamente debole nel mercato, nei suoi rapporti con gli altri attori del medesimo, nonché con riguardo ai prodotti e i servizi offerti, per la massimizzazione del soddisfacimento degli interessi coinvolti nello scambio. Essa svolge un ruolo eminentemente preventivo: il consumatore deve essere educato all'assunzione di scelte economiche consapevoli e a un utilizzo di prodotti e servizi tale da soddisfare i propri interessi[68]. Mentre il complementare diritto all'informazione appare legato, piuttosto, alla "preparazione" del singolo atto di consumo nella sua specificità, il diritto all'educazione assume un respiro più generale e permea nel consumatore sin dalla tenera età[69] e a prescindere dai rapporti negoziali intrattenuti[70].

Così, se per educazione al consumo può intendersi anche "educazione al diritto dei consumi", quale "infarinatura" sui principali diritti del contraente debole nei confronti delle proprie controparti professionali nelle operazioni contrattuali quotidiane, una delle dimensioni di maggiore sviluppo dell'educazione al consumo è rappresentato dalla cd. educazione finanziaria, che ha lo scopo di ovviare alla "scarsa cultura finanziaria" consentendo ai consumatori di decifrare l'imponente mole di informative precontrattuali, nonché di far sì che essi siano in grado di valutare la soglia del rischio finanziario "tollerabile" ed evitare di incorrere in sovraindebitamenti[71].

Coerentemente con la sua genesi, il diritto all'educazione al consumo trova un'importante specificazione all'art 4 cod. cons., che ne esemplifica le finalità ponendo taluni limiti. Trova conferma, qui, il carattere preliminare dell'educazione al consumo rispetto all'agire della persona nel mercato. Dell'educazione del consumatore si sottolinea così il duplice carattere "non soltanto etico e astratto, ma anche economico e concreto, in quanto idoneo ad impattare sull'affidabilità delle transazioni, sulla fiducia nei mercati […] e quindi, in ultima istanza, sull'economia tutta"[72].

L'educazione al consumo è tradizionalmente legata al comportamento economico dei consumatori[73] e da questo punto di vista può essere intesa come

68 Nella Carta europea dei consumatori del 1973, il "*right to consumer information*" consiste nel diritto del consumatore di ottenere ogni informazione necessaria e sufficiente "*to enable him to make a rational choice between competing products and services*" e "*to enable him to use a product or service safely and to his full satisfaction*", e ad esso si pone come precondizione necessaria il diritto all'educazione.

69 Infatti, già nella Carta europea dei consumatori del 1973 il diritto all'educazione, pur coinvolgendo anche le persone in età adulta, risulta indirizzato ai bambini in età scolare, cui deve essere impartita una formazione al consumo tale da consentire loro di agire come consumatori informati per tutta la vita.

70 Barba, A.: *Consumo e sviluppo della persona*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 66 ss.

71 Patti, F.P.: "L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)", *Contratto. e impresa*, 2015, p. 1423 ss.

72 Fiorentino, L.: "Le pratiche commerciali scorrette", *Obbligazioni e Contratti*, 2011, 3, p. 165.

73 Attademo, L.: "art. 4", cit., p. 43.

educazione del "consumatore nel mercato". Tuttavia, nel contesto attuale non può più trovare spazio un'educazione esclusivamente economico-giuridica. Le tendenze recenti sottolineano la dimensione del *Consumer Citizen*, che eleva il consumatore a cittadino pienamente consapevole.

Le United Nations Guidelines for Consumer Protection[74], pur prive di valore vincolante, annoverano tra i propri principi quello dell'educazione del consumatore, di cui oggi è componente fondante l'educazione alle conseguenze ambientali, sociali ed economiche delle scelte di consumo. Secondo le Guidelines (v. in particolare il punto V, lett. G, par. 42 ss.) l'educazione del consumatore dovrebbe prevedere un'adeguata formazione sull'impatto ambientale delle scelte e dei comportamenti economici, nonché sulle possibili implicazioni, compresi i benefici e i costi, dei cambiamenti nei consumi, tenendo conto delle tradizioni culturali delle persone interessate. L'obiettivo è rendere il consumatore-persona capace di scegliere con cognizione di causa beni e servizi, in modo consapevole dei propri diritti e responsabilità, della protezione dell'ambiente e dell'uso efficiente delle risorse.

La dialettica "tra riduzionismo economico e tutela della persona in tutta la ricchezza della sua esistenza" propria del sistema europeo appare muoversi verso una maggior rilevanza della seconda, pur sempre nel contesto del mercato, che assume nuovi caratteri non meramente economici, richiedendo di rimeditare i cardini della "attenzione per la persona nella dimensione del consumo" ([75]).

Così, vi è spazio per affermare che l'atto di consumo, cui il cittadino deve essere educato, non deve più intendersi come meramente economico, ma deve rapportarsi con il contesto sociale in cui è realizzato. L'educazione consumeristica si orienta, oggi, a garantire anche la consapevolezza delle conseguenze sociali e ambientali delle scelte assunte in quanto consumatori[76]. Ciò postula, oltre all'educazione consumeristica in senso economico-giuridico, un'educazione adeguata alla sostenibilità dell'atto di consumo, all'utilizzo consapevole del digitale, alle conseguenze della diffusione dei propri dati personali.

74 Le *Guidelines* sono state adottate dall'Assemblea generale con la risoluzione 39/248 del 16 aprile 1985 e successivamente ampliate dal Consiglio economico e sociale con la risoluzione E/1999/INF/2/Add.2 del 26 luglio 1999 e recentemente emendate dall'Assemblea generale con la risoluzione 70/186 del 22 dicembre 2015.

75 Castronovo, C.-Mazzamuto, S.: *Manuale di diritto privato europeo*, I, Giuffré, Milano, 2007, p. 211.

76 Promoting Consumer Education. Trends, Policies and Good Practices, OECD, 2009, p. 7: "Consumer education has been defined in various ways. The focus has moved from household management in the 1960s to learning how to exercise consumer rights and how to avoid becoming a victim to fraudulent, misleading or unfair commercial practices. It now also includes building awareness of the social and environmental consequences of the choices consumers make".

La Comunicazione relativa alla Nuova agenda dei consumatori[77], che segna un punto di svolta nella visione europea del diritto dei consumatori, include tra le priorità della Commissione la transizione verde e la trasformazione digitale, sfide cui il consumatore europeo è chiamato a contribuire attivamente, per mitigare i rischi che le stesse pongono per i suoi interessi. Sicché l'educazione al consumo richiede di fornire alle persone, minori e adulte, tutte le competenze necessarie per assumere un ruolo attivo nel cambiamento socioeconomico contemporaneo, anche nella dimensione della persona e in quella collettiva[78]. Quanto alla transizione verde, si prevede di responsabilizzare i consumatori per consentirgli "indipendentemente dalla rispettiva situazione finanziaria, di svolgere un ruolo attivo […] senza imporre uno stile di vita specifico e senza discriminazioni sociali", nonché promuovere un cambiamento profondo e rapido delle abitudini e dei comportamenti, sì da ridurne l'impronta ambientale[79]. La trasformazione digitale impone, invece, di "creare uno spazio digitale più sicuro per i consumatori, in cui i loro diritti siano tutelati"[80] e ciò presuppone "che i consumatori dispongano di una solida alfabetizzazione digitale e di competenze digitali" in una prospettiva di apprendimento lungo tutto l'arco della vita[81]. In merito, il Piano d'azione per l'istruzione digitale 2021-2027[82] evidenzia la centralità dell'educazione informatica e dell'apprendimento di capacità digitali sin dall'età prescolare, per la tutela della persona e dei suoi diritti.

Le politiche dell'Unione riconoscono, così, l'importanza e l'urgenza dell'educazione al consumo dei minori, soprattutto nella dimensione non patrimoniale. Entra a far parte dell'educazione del minore-consumatore quel patrimonio di conoscenze, comportamenti e buone pratiche che solo indirettamente tutelano i suoi interessi patrimoniali, mentre in via diretta tutelano interessi non patrimoniali della persona, anche nella sua dimensione digitale e della collettività sostenibile. I "benefici e costi" di cui all'art. 4 cod. cons. si colorano di interessi sovraindividuali.

77 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio "Nuova agenda dei consumatori - rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile", Bruxelles, 13.11.2020, COM (2020) 696 final

78 Promoting Consumer Education. Trends, Policies and Good Practices, OECD, 2009, p. 13: "Consumer education in schools offers pupils more than knowledge, as it is designed to promote critical thinking and problem solving. The objectives include helping pupils to: gain knowledge of what it means to act as informed consumers; develop and understand society's function as a whole and the specific role of consumers; master skills to function as informed and responsible consumers; recognise the importance of being an informed consumer. The ultimate goal is for consumers to act spontaneously in informed, educated and responsible ways".

79 COM(2020) 696 final, p. 5 s.

80 COM(2020) 696 final, p. 11.

81 COM(2020) 696 final, p. 14.

82 Comunicazione "Piano d'azione per l'istruzione digitale 2021-2027 - Ripensare l'istruzione e la formazione per l'era digitale", COM (2020) 624.

IV. DOVERI EDUCATIVI GENITORIALI PER UN MINORE-CONSUMATORE CONSAPEVOLE.

Chiarito che l'educazione del minore ha lo scopo di introdurlo al vivere civile e che la dimensione di cittadino-consumatore non può prescindere, oggi, dall'educazione al digitale e alla sostenibilità, è necessario comprendere quale sia il rapporto tra educazione del minore e educazione al consumo. A tale scopo, è innanzitutto necessario soffermarsi sull'effettiva portata del diritto del minore all'educazione al consumo inteso come "diritto fondamentale" del consumatore.

Sebbene alcuni tendano a relegare la rilevanza dei diritti fondamentali del consumatore alla dimensione contrattuale, individuandone la funzione nella definizione di "un principio generale" finalizzato esclusivamente a "eliminare la situazione di squilibrio contrattuale che geneticamente connota il rapporto tra [il consumatore] e il professionista" quale espressione del "fondamento ispiratore della normativa consumeristica"[83], appare più corretta l'opinione secondo cui i diritti dei consumatori *ex* art. 2 cod. cons., e in particolare il diritto all'educazione, rappresentano principi di più ampio respiro, non limitati ai rapporti negoziali e destinati a regolare la corretta collocazione del consumatore sul mercato a prescindere da essi[84], finendo l'educazione al consumo, altrimenti, per dissolversi nel diritto all'informazione. Il diritto all'educazione mira a garantire che al consumatore sia fornito quel patrimonio di conoscenze minimo descritto, a prescindere dai rapporti intrattenuti, come formazione preliminare dell'agire nel mercato, anche secondo i suoi attuali canoni sostenibili e digitali.

E se i diritti riconosciuti al consumatore dall'art. 2 cod. cons. devono essere garantiti al consumatore in quanto tale[85], tra i consumatori dev'essere necessariamente incluso anche il minore[86], non solo in forza dei numerosi indici presenti nel codice di settore[87], ma anche alla luce dell'importanza dell'atto di consumo nella formazione della sua personalità[88]. Il consumo, infatti, è ritenuto "un fattore di socialità *in quanto* consente all'individuo di farsi persona"[89]. Il sistema in

83 Camilletti, F.; "L'art. 2 del Codice del consumo e i diritti fondamentali del consumatore nei rapporti contrattuali", *Contratti*, 2007, 10, p. 907.

84 Vettori, G.: "art. 2", in AA.VV.: *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, II ed., (a cura di Capobianco E., Mezzasoma L., Perlingieri G.), ESI, Napoli, 2018, p. 12.

85 Alpa, G., *Codice del consumo e del risparmio*, Giuffré, 1999, p. 31.

86 Garaci, I., "Il "superiore interesse del minore"", cit., p. 800; Gabellone, G.: "art. 4", in AA.VV.: *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, II ed., (a cura di Capobianco E., Mezzasoma L., Perlingieri G.), ESI, Napoli, 2018, p. 36 ss.

87 Basti ricordare, in tal senso, l'art. 31 cod. cons. in tema di tutela dei minori e televendita, o la rilevanza data ai minori di età in tema di pratiche commerciali scorrette all'art. 20, co. 3, cod. cons.; o, ancora, l'art. 25 cod. cons.

88 Sul punto, v. Ahava, A.-Palojoki, P.: "Adolescent consumers: reaching them, border crossings and pedagogical challenges", *International Journal of Consumer Studies*, 2004, 28, pp. 371–378; Ironico, S.: *Come i bambini diventano consumatori*, Laterza, Bari-Roma, 2010.

89 Barba, A.: *Consumo e sviluppo*, cit., p. 66.

cui l'educazione al consumo si inserisce consente, dunque, di delinearne i principali contenuti in relazione al contesto socioeconomico, nonché di individuare i suoi destinatari in tutti i consumatori, in particolar modo quelli vulnerabili, compresi i minori[90].

È importante, però, non farsi ingannare dalla lettera della disposizione: i diritti del consumatore, pur denominati "fondamentali", non possono assurgere *ex se* al rango di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti[91], quantomeno laddove non trovino speculare "copertura costituzionale"[92]. Così, se del diritto all'educazione del consumatore adulto, pur fondante il suo *status*, non può predicarsi un rango fondamentale se non sulla base degli artt. 2 e 3 Cost.[93], a diverso esito potrebbe giungersi speculando sul diritto all'educazione del minore-consumatore ricondotto all'art. 30 della Costituzione. Il diritto del minore all'educazione al consumo è da ritenere, comunque, quantomeno un diritto soggettivo individuale[94].

Tuttavia, la dottrina sottolinea in modo sostanzialmente unanime l'assenza di qualsivoglia portata precettiva del diritto all'educazione consumeristico[95] e, di conseguenza, il suo valore sostanzialmente programmatico o di principio[96] pur se di "importanza strategica"[97]. È stato infatti notato che il diritto all'educazione

90 In generale, la Carta europea dei consumatori del 1973, così come la Risoluzione del 1975, si rivolge agli Stati, tenuti a riconoscere e garantire i diritti dei consumatori, a fornirgli "*comprehensive legal protection*" e "*active assistance*". Nella risoluzione del 1975 già si riconosceva una particolare attenzione al minore consumatore, cui devono essere messi a disposizione gli "opportuni mezzi educativi" tali da "permettere loro di comportarsi come consumatori informati, in grado di effettuare una scelta oculata fra i beni e i servizi e consapevoli dei loro diritti e delle loro responsabilità". A tale scopo "il consumatore dovrebbe in particolare disporre delle conoscenze basilari dei principi dell'economia contemporanea". Tali essendo i principi chiamati a regolare l'educazione del minore-consumatore, l'allegato alla Risoluzione, contenente il Programma preliminare della Comunità Economica Europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore, in G.U.C.E. n. C 92/2 del 25 aprile 1975 (spec. p. 9) prefissava tre categorie di azioni ritenute al tempo prioritarie per garantire il diritto all'educazione al consumo. In particolare, risultava necessario "elaborare i metodi e di fornire materiale adatto per incoraggiare, attraverso i programmi d›insegnamento, una maggiore educazione del consumatore nelle scuole, nelle università e in altri istituti scolastici"; formare gli insegnanti a impartire un'adeguata educazione al consumo e scambiare esperienze e informazioni tra Stati membri e organizzazioni di consumatori.

91 Cfr. Alpa, G.: "La legge sui diritti dei consumatori", *Corriere Giuridico*., 1998, p. 999.

92 Per tale opinione e per la ricostruzione del dibattito, v. Rossi Carleo, L.: "I diritti fondamentali" cit. p., 183 ss.

93 Cfr. Gabellone, G.: "art. 4", cit., p. 38 ss.

94 De Cristofaro, G.: "Il "Codice del consumo" (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, n. 235, del 8 ottobre 2005, s.o. n. 162)", *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2006, n. 4-5, p. 747 ss.

95 V. tra i numerosi, De Cristofaro, G.: "Il "Codice del consumo", cit.; Patti, F.P.: "L'educazione finanziaria", cit., p. 1428: "Nonostante l'appiglio formale che l'educazione del consumatore trova nell'ambito della legislazione primaria dell'Unione europea, in assenza di normative specifiche che prevedano sanzioni per gli Stati membri e in virtù della sostanziale incertezza in ordine ai mezzi più efficaci per conseguire l'adeguata preparazione dei consumatori, allo stato nel panorama europeo non sembrano sussistere adeguati meccanismi attuativi"; Calzecchi Onesti, C.: "L'Arbitro Bancario Finanziario ed il tema dell'educazione finanziaria", *I Contratti*, 2017, 4, pp. 409-416. Per una ricostruzione della posizione della dottrina, Attademo, L.: "art. 4", cit., p. 42.

96 Mariconda, V.: "Il codice del consumo", *Corriere del merito*, 2006, 1, p. 15 ss., attribuisce all'art 4 cod. cons "grande rilievo sul piano delle enunciazioni di principio".

97 Conti, R.: "Codice del consumo. Una pagina nuova nella tutela consumeristica. Prime riflessioni sulla tutela in materia di clausole abusive", *Corriere giuridico*, 2005, 12, pp. 1749-1759.

del consumatore verte "in condizioni di ampia indeterminatezza, minando la sua diretta applicabilità"[98].

Un primo fattore di incertezza è quell'individuazione dei soggetti tenuti a educare il minore al consumo. Infatti, il diritto soggettivo del minore all'educazione al consumo assume valenza generale e ha destinatari determinati. Tuttavia, i soggetti tenuti a fornire tale educazione sono dai contorni incerti, sicché è opportuno indicare chi siano i depositari del dovere di educare il minore al consumo[99].

Emerge dall'art. 4 cod. cons. che l'educazione al consumo si inserisce nel rapporto tra Stato, impresa e persona. I soggetti obbligati a provvedere a tale educazione sono individuati dall'art. 4 cod. cons. sia in istituzioni pubbliche, sia in enti privati, non lucrativi o lucrativi; quando realizzate da questi ultimi, le iniziative educative non possono colorarsi di finalità promozionali, bensì devono mettere in luce gli elementi dell'atto di consumo con l'obiettivo di renderne "chiaramente percepibili benefici e costi". L'educazione al consumo deve esulare da logiche pubblicitarie, oggettivizzandosi affinché sia garantita la consapevolezza del consumatore. Sul punto, l'art. 4 cod. cons. è chiaro: è ammessa un'educazione al consumo da parte di soggetti privati, anche da parte di enti con fine di lucro, ma ciò non può minarne le finalità a favore di una "educazione" commercialmente opportunistica[100]. L'educazione del consumatore prevede un intervento pubblico e legittima lo Stato a predisporre e svolgere politiche educative attive nei confronti dei minori in età scolare, specialmente nei confronti di coloro che provengono da sacche disagiate della popolazione. Prevede altresì un ruolo per i privati. Attività di educazione consumeristica dei minori sono infatti promosse e organizzate dalla Commissione europea, dalla Rete dei centri europei dei consumatori (ECC-Net), dal Ministero dello Sviluppo Economico, dal Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, dalle Regioni, dalle Province e dai Comuni, dalle più diverse associazioni di consumatori, dalle Camere di commercio[101].

98 Pedrini, F.: *Profili giuspubblicistici del consumo. Un'analisi costituzionale*, Università di Bologna, 2008, in amsdottorato.unibo.it, p. 191. Parla di "norma priva di sanzioni" Valle, L.: "art. 4", in AA.VV.: *Commentario breve al diritto dei consumatori: Codice del consumo e legislazione complementare* (a cura di De Cristofaro, G.-Zaccaria, A:), II ed., Padova, 2013, p 92.

99 Pedrini F., op. cit., p. 192.

100 *Contra* Sirsi, E.: "L'educazione del consumatore di alimenti", *Rivista di diritto agrario,* 2011, 4, p. 496 ss., spec. p. 505 s., secondo cui "se poi si giungesse alla conclusione secondo la quale il riferimento ai soggetti privati non si esaurisce nel richiamo alle associazioni dei consumatori ma consente ad altri di agire per miglioramento delle capacità di discernimento e di scelta del consumatore, il rischio di una tutela inadeguata farebbe spazio ad un vero e proprio svuotamento di senso se non ad una utilizzazione strumentale della norma dell'educazione del consumatore, del tutto contrastante con le dichiarate esigenze di tutela".

101 Valle L., "art. 4", cit.; Rossi Carleo, L., "Art. 4", in AA.VV.: *Codice del Consumo. Commentario* (a cura di Rossi Carleo, L. e Alpa, G.), ESI, Napoli, 2005, p. 116 s.: "un primo nodo appare risolto: quello relativo alla individuazione tenuti alla attività di educazione. Appare evidente che, così come in ambito europeo, anche in ambito nazionale si tende ad assegnare essenzialmente alle associazioni dei consumatori l'attività formativa e divulgativa finalizzata all'educazione. Sviluppare il livello di conoscenza del mercato e degli strumenti di tutela a disposizione del consumatore costituisce, senza dubbio, uno dei compiti essenziali delle "formazioni sociali che abbiano per scopo statutario esclusivo la tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori", diritti e interessi che vanno, ovviamente, tutelati anche, o meglio principalmente attraverso

L'art. 4 cod. cons. si rivolge a enti locali ed enti associativi in ottica di sussidiarietà, predicando che l'educazione al consumo venga svolta dai soggetti più vicini ai destinatari[102]. Essa, infatti, trova la sua dimensione attuativa a livello regionale[103].

Se, parlando del consumatore adulto, la sussidiarietà non può che arrestarsi nella dimensione della vita pubblica locale, discorrendo di minore-consumatore, una corretta lettura del suo diritto all'educazione sotto la lente della sussidiarietà impone di rivolgere prima di tutto alla famiglia il perseguimento degli obiettivi ordinamentali e di assegnare agli organismi più grandi un intervento eventuale e compensativo[104]. È peraltro dato assodato che il dovere di educare richiede, in generale, una sinergica e proficua collaborazione tra famiglia, scuola e istituzioni[105].

L'educazione del minore-consumatore si salda al dovere educativo dei genitori, che si arricchisce del dovere di fornire al minore, nei limiti delle proprie capacità[106], gli strumenti per affrontare il mondo esterno e le sfide che esso pone, anche in quanto attore consapevole del mercato, nelle vesti di consumatore-cittadino. Il principio di sussidiarietà applicato al rapporto educativo del minore-consumatore consente di gravare l'istituzione familiare dei compiti che il dato positivo attribuisce prevalentemente a soggetti pubblici e ad enti privati, competendo in forza del principio di privatezza il diritto-dovere di educare il minore anzitutto, e potrebbe dirsi naturalmente, al genitore[107], e di riferire tali doveri alle istituzioni private e pubbliche in senso concorrente[108].

Dell'educazione al consumo si accentua, così, il carattere eminentemente formativo[109] anche nei confronti dei minori, la cui personalità va formandosi, essendo il consumo uno dei modi di "esternalizzazione del sé in funzione di

attività di promozione". Per una ricognizione delle iniziative di educazione al consumo in Europa, v. Goldsmith, E.-Piscopo, S.: "Advances in consumer education: European initiatives", *International Journal of Consumer studies*, 2014, 38, p. 52 ss.

102 Gabellone, G.: "art. 4", cit., p. 38 ss.

103 Cfr. ad es. la Legge Regionale dell'Emilia-Romagna 27 marzo 2017, n. 4, dedicata alla tutela dei consumatori e degli utenti.

104 Frosini, T.E.: "Sussidiarietà (principio di)", in *Enciclopedia del diritto. Annali*, II-2, Giuffré, Milano, 2008: "In tal senso, il principio di sussidiarietà "fotografa" una certa idea dello Stato: nell'ottica di un'organizzazione sociale ispirata al principio di sussidiarietà, lo Stato emerge quale garante finale dell'interesse generale, dal momento che il suo compito consiste nell'intervenire direttamente per soddisfare un bisogno reale della società, solo quando le collettività e i gruppi sociali, ai quali per primi spetta il compito di intervenire, non sono in grado di farlo".

105 Toscano, G.-Foti, G.: "Commento all'art. 315 bis. c.c.", in AA.VV.: *Della famiglia, artt. 231-455*, II ed., *Commentario del Codice civile* (diretto da Gabrielli, E.), II, UTET, Torino, 2018, p. 560.

106 Ciò discende anche dal carattere "relativo" del diritto all'educazione del minore, per cui v. Senigaglia, R.: *Status filiationis*, cit., p. 87 ss.

107 Senigaglia, R.: "Il dovere di educare", cit., p. 511 ss.

108 Peraltro, è opinione comune che lo Stato concorre all'attuazione del diritto-dovere all'educazione lasciando "immutata la titolarità dell'obbligo educativo in capo ai genitori": Scaglione, F.: "Situazioni giuridiche soggettive", cit., p. 558.

109 Rossi Carleo, L.: "Art. 4", cit., p. 118.

affermazione ed identificazione esistenziale"[110]. "Se non esiste una educazione imposta, può dirsi allora che esiste un'educazione attesa"[111]; e nella dialettica tra libertà educativa e "minimo condiviso", i contenuti educativi propri del minore-consumatore sostenibile, digitale e consapevole rientrano nella seconda.

Ciò è dovuto non solo alla sensibilità comune, ma anche al dato normativo. Il "minimo etico" che il minore dovrebbe interiorizzare si nutre, infatti, anche del diritto minorile internazionale, che positivizza un nucleo di valori cui dovrebbe tendere l'opera educativa[112]. Mentre il legislatore nazionale, "timoroso di addentrarsi nella misteriosa e imprevedibile scienza qual è l'arte di educare, che inevitabilmente si mescola con il groviglio dei rapporti umani e familiari", ha "volutamente omesso di affrontare la questione definitoria" del rapporto educativo[113], l'art. 29 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 prevede precisi referenti cui l'educazione del minore deve orientarsi, tra i quali è annoverato "il rispetto dell'ambiente naturale"[114], nonché la preparazione del fanciullo ad assumere le responsabilità della vita in una società libera; referenti che possono colorarsi, oggi, anche dei principi di sostenibilità e dell'educazione digitale[115]. Ai riferimenti educativi enunciati dalla Convenzione può ritenersi riconducibile tutto ciò che è necessario, nella formazione del minore, per rapportarsi con il mercato e nel mercato secondo i suoi indirizzi attuali di capitalismo in mutamento.

Se "educare significa, oggi, che i genitori hanno il compito di guidare sotto ogni aspetto (fisico, psicologico, culturale, spirituale) il percorso di formazione complessiva" del figlio, che dev'essere accompagnato "verso l'autonomia", fornito delle armi per comprendere "ciò che è giusto" e "ciò che è ingiusto", affinché egli diventi un "adulto libero, cosciente e responsabile"[116]; allora l'educazione impartita dai genitori dovrebbe rendere cosciente il minore, in modo adeguato alla sua maturazione e alle sue inclinazioni, dell'insieme di regole di comportamento necessarie al vivere nella società a lui contemporanea, sia nelle relazioni interpersonali, sia nei suoi rapporti con il mercato – che "rappresenta un luogo di socialità nei limiti in cui le acquisizioni di consumo non si realizzano nell'ambito

110 Barba, A.: *Consumo e sviluppo*, cit., p. 67.

111 Agostinelli, B.: "L'educazione della prole", cit., p. 171.

112 Akhtar, C.-Nyamutata, C.: *International Child Law*, Routledge, New York, 2020, p. 205: "article 29(1) provides a framework of substantive values in which the content of education can be firmly rooted. […] this provision serves to highlight, in the context of the Convention […] The need for education to be designed to reflect a range of specific ethical values enshrined in the Convention; and The vital role of appropriate educational opportunities in promoting all other human rights and the understanding of their indivisibility".

113 Così Thiene A., "Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali", *Famiglia e diritto*, 2017, p. 172 ss. in merito alla nozione di responsabilità genitoriale, irrimediabilmente legata a quella di educazione.

114 V., sul punto, Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 1: Article 29(1) – The Aims of Education, 26th session, CRC/GC/2001/1, 17 Aprile 2001; sul significato dell'art. 29, v. ancora Agostinelli, B.: "L'educazione della prole", cit., p. 178.

115 Garaci, I., "Il "superiore interesse del minore"", cit.

116 Lenti, L., *Diritto della famiglia*, cit., p. 289.

economico dominato dalla solidarietà"[117] – e con l'ambiente che lo circonda. Ciò sempre secondo i valori affermati dall'ordinamento, comprese la solidarietà intergenerazionale intesa quale estrinsecazione della sostenibilità[118] e la tutela della persona nella tecnologia.

Una particolare attenzione dovrebbe essere riposta, nell'educare il minore al rapporto con il mercato, ad introdurlo non solo alla dimensione strettamente "contrattuale" (comprensiva dell'infarinatura diritti minimi che competono alla persona in quanto contraente-consumatore), ma anche a quelle finanziaria e della *data protection*. Si riscontra, infatti, non solo un ampio ricorso dei minori alle piattaforme digitali e, tramite esse, della condivisione di dati personali[119] e dello spesso inconsapevole "pagamento" tramite essi[120], ma anche un crescente utilizzo di servizi di pagamento, credito e investimento digitale da parte dei giovanissimi[121] che, se non adeguatamente ponderati, potrebbero dar luogo a problemi di eccessiva "esposizione finanziaria".

In definitiva, se "l'"aspettativa" del diritto è il raggiungimento nel soggetto di quel livello di maturità e consapevolezza/coscienza necessario per avere il *pieno* (libero) potere di compiere qualsiasi atto di esercizio dei propri diritti"[122], l'attività educativa deve essere condotta nel rispetto dei valori costituzionali della solidarietà, dell'uguaglianza, della libertà di pensiero; ma anche nel rispetto dell'ambiente, delle persone appartenenti alle generazioni precedenti[123] e di quelle future, e deve consentire al minore di agire nella società nel rispetto di tali valori come adulto pienamente responsabile, sviluppando a pieno la sua personalità anche come consumatore. Ciò impone una formazione sul funzionamento del mercato, sulle sue insidie e sulle sue opportunità, pure nella loro accezione digitale: ciò che è racchiuso, oggi, nella locuzione "educazione al consumo".

L'educazione del minore e quella del consumatore finiscono, così, per sovrapporsi. Entrambe, peraltro, mirano a creare e proteggere ciò che è "essenziale

117 Barba, A.: *Consumo e sviluppo*, cit., p. 66.

118 Cfr. Bifulco, R.: "La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive", *Analisi giuridica dell'economia*, 2022, 1, p.8 ss., spec. 20 ss., secondo cui il novellato art. 9 Cost. è in grado di interiorizzare, senza farvi esplicito riferimento, i valori dello sviluppo sostenibile.

119 Perlingieri, C.: "La tutela dei minori di età nei social networks", *Rassegna di diritto civile*, 2016, 4, p. 1327; Camardi, C.: "Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore", *Jus civile*, 2018, 6, p. 831 ss.; Battelli, E.: "Il trattamento dei dati nel prisma della tutela della persona minore d'età", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2022, 2, p. 267 ss.; Agostinelli, B.: "Informazione e minori: una lettura integrata per una tutela uniforme", Jus Civile, 2022, 2, p. 334 ss.

120 Su cui v. Irti, C.: *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2021.

121 Sul punto v. Stanzione, P.: "I contratti del minore", *Europa e diritto privato*, 2014, 4, p. 1237 ss., spec. 1249 ss.; Cossu, M.: "Delle scelte di investimento dei "Post-Millennials", e del difficile rapporto tra analfabetismo finanziario e finanza sostenibile", *Rivista delle società*, 2021, 5/6, p. 1253 ss.;

122 Senigaglia, R., "Il dovere di educare", cit., p. 511 ss.

123 Palazzo, A.: *La filiazione*, cit., p. 636.

per il libero sviluppo della persona: la *capacità di autodeterminarsi*"[124]. Sicché è compito dei genitori in prima persona, e dell'ordinamento secondo le direttrici delineate, far sì che il minore sia dotato dei necessari elementi cognitivi e valoriali. L'educazione al consumo appartiene a una "*dimensione personale* che trascende, in quanto pre-esistente, la singola relazione di consumo"[125] e diviene patrimonio culturale necessario per la formazione del minore-persona.

V. PROSPETTIVE CONCLUSIVE PLURIDIMENSIONALI

Il consumo nella sua dimensione giuridico-economica, l'utilizzo consapevole delle risorse, il paradigma della sostenibilità e l'utilizzo responsabile del digitale influenzano così l'odierno dovere educativo genitoriale e quello consumeristico, concorrendo in linea tendenziale a determinarne i contenuti.

Se rivolta verso i poteri pubblici, tuttavia, la pretesa all'educazione al consumo del minore si scontra con la tendenziale programmaticità delle disposizioni che la regolano, le quali lasciano alle istituzioni, pubbliche e private, tali compiti e non consentono ai privati di pretenderne un'adeguata attuazione. Anche coloro che ritengono in via di principio azionabile, quantomeno verticalmente, il diritto all'educazione al consumo finiscono ad affermare l'assenza di un "obbligo specifico" che sia veramente precettivo[126].

Inserita nella dialettica genitore-figlio, invece, l'educazione al mercato, alla sostenibilità, al consumo consapevole e al digitale, che secondo la ricostruzione proposta può essere chiamata a far parte del patrimonio culturale che il genitore dovrebbe trasmettere al minore, rischia di rimanere inattuata a ragione della mancanza di consapevolezza, nel genitore stesso, dei valori e delle competenze da trasmettere per affrontare queste sfide, nonché per via della incoercibilità diretta del diritto all'educazione[127]. La risposta alla mancata attuazione del programma educativo consumeristico del minore nel rapporto con il genitore riposa, infatti, nell'utilizzo dei tradizionali strumenti coercitivi indiretti del dovere educativo. Salvo i casi patologici, in cui peraltro l'ordinamento risponde in ottica parzialmente sanzionatoria, è difficile concepire un utilizzo degli strumenti ablativi della responsabilità genitoriale o della responsabilità civile in chiave attuativa del diritto

124 Barba, A.: *Consumo e sviluppo*, cit., p. 66

125 Barba, A.: *Consumo e sviluppo*, cit., p. 66.

126 Gabellone, G.: "art. 4", cit., p. 43 s.; appare più corretta l'opinione di v. Rossi Carleo, L., "I diritti fondamentali", cit., p. 184, secondo cui alcuni dei "diritti sociali" riconosciuti ai consumatori non sono direttamente azionabili, poiché l'erogazione delle prestazioni garantite presuppone l'esistenza di strutture organizzative adeguate.

127 Per la prospettiva della responsabilità civile del minore e del genitore *online*, v. Andreola, E.: *Minori e incapaci in internet*, ESI, Napoli, 2019, p. 241 ss.

del minore a essere educato al consumo[128]. Se l'ordinamento non è sempre in grado di pretendere in modo effettivo dal genitore la trasmissione di determinati "valori" alla prole, quella che dovrebbe essere una necessità rimane, in buona parte dei casi, nella dimensione dell'auspicio.

La parziale effettività del diritto all'educazione del minore-consumatore, sia nei confronti dei genitori, sia verso le istituzioni, spinge a ricordare che l'educazione dei minori quali cittadini del domani, pur fondamentale, è soltanto *una* tra le numerosi componenti che consentiranno di completare il percorso di radicale mutamento cui la società mira e che oggi si trova cristallizzato anche nell'art. 9 della Costituzione. Con la consapevolezza della necessità di un intervento "a tutto tondo" l'ordinamento, per mezzo dell'opera del legislatore e degli interpreti, si orienta infatti verso una società digitale e sostenibile facendo leva su strumenti numerosi e diversi. Alla prospettiva preventiva assunta discorrendo dei doveri educativi si affiancano, infatti, strumenti conformativi della tecnologia e del mercato. Quanto al digitale, l'ordinamento si muove chiaramente verso una prospettiva regolatoria[129] in cui è coinvolta anche la dimensione del minore *online* e che estende i doveri educativi anche a soggetti diversi dai genitori, in un orizzonte di "alleanza educativa" tra strumenti eterogenei[130]. Alla sostenibilità si orientano, invece, le discipline di gestione dell'impresa[131] e di tutela del consumatore, che nell'ottica del legislatore europeo mirano a colorarsi di finalità di tutela di interessi collettivi non esclusivamente patrimoniali[132], con l'obiettivo di conformare, per mezzo del contratto, il mercato alle esigenze di sostenibilità. Verso mutamenti radicali non può procedersi che per mezzo di strategie pluridimensionali[133].

128 Per esempi di casi patologici v., ad es., Thiene, A.: "Ragazzi perduti "online": illeciti dei minori e responsabilità dei genitori", *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, 11/1, pp. 1618-1625; Cassano, G.-Maravasi, C.: "La responsabilità educativa dei genitori per minori cyberbulli", *Danno e Responsabilità*, 2018, 6, p. 763; Cassano, G.: "Ragazzini cyberbulli? Condannati i genitori ad un cospicuo risarcimento (a proposito di Tribunale di Sulmona 9 aprile 2018 n. 103)", *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2019, 1/2, pp. 325-340.

129 Ne è emblema la cd. Legge sull'Intelligenza Artificiale (Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 21 aprile 2021, COM (2021) 206 final), su cui v. Finocchiaro, G.: "La proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2022, 2, p. 303 ss.

130 Cfr. Senigaglia, R.: "Il dovere di educare", cit., p. 517: "Il riferimento è al *dovere educativo* che incombe in capo ai soggetti privati che presidiano le piattaforme frequentate dal minorenne e che intrattengono, per lo più in via esclusiva, il *rapporto* (tecnologico) con lui. Anch'essi, al pari degli altri attori dell'educazione, devono senz'altro ritenersi titolari di un ufficio volto a promuovere la persona".

131 Bruno, S.: "Il ruolo della s.p.a. per un'economia giusta e sostenibile: la Proposta di Direttiva UE su "Corporate Sustainability Due Diligence". Nasce la "stakeholder company"?", *Rivista di Diritti Comparati*, 2022, 2, pp. 303-338;

132 Masini, F: "L'Unione Europea e le sfide della sostenibilità, 1993-2022", *Rivista di Diritti Comparati*, 2022, 2 pp. 365-394; Imbruglia, D.: "Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori", *Persona e Mercato*, 2021, 2, p. 495; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 13 novembre 2020 su "Nuova agenda dei consumatori. Rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile", COM (2020) 696 final.; Risoluzione del Parlamento europeo del 25 novembre 2020 sul tema "Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori" (2020/2021(INI)).

133 L'espressione è di Perlingieri, C.: "La tutela dei minori", cit., p. 1327.

BIBLIOGRAFIA.

"Rapporto Brundtland", UN Report of the World Commission on Environment and Development *Our Common Future*, 1987.

AA. VV. *Il bambino e le cose. Diritti e doveri dei minori nella società dei consumi*, (a cura di Cendon, P.), Franco Angeli, Milano, 1993.

Agostinelli, B.: "Informazione e minori: una lettura integrata per una tutela uniforme", Jus Civile, 2022, 2, p. 334.

Agostinelli, B.: "L'educazione della prole tra antiche prerogative genitoriali e nuovo interesse del minore", *Rivista di diritto civile*, 2021, 1, p. 155.

Ahava, A.-Palojoki, P.: "Adolescent consumers: reaching them, border crossings and pedagogical challenges", *International Journal of Consumer Studies*, 2004, 28, p. 371.

Akhtar, C.-Nyamutata, C.: *International Child Law*, Routledge, New York, 2020.

Alpa, G.- Bessone, M.: "La "carta europea dei consumatori"", *Rivista delle società*, 1974, p. 827.

Alpa, G., *Codice del consumo e del risparmio*, Giuffré, 1999.

Alpa, G.: "Introduzione", in AA.VV.: *I contratti del consumatore* (a cura di Alpa, G.), Giuffré, Milano, 2014

Alpa, G.: "La legge sui diritti dei consumatori", *Corriere Giuridico*., 1998, p. 999.

Alpa, G.: "Note sulla riforma della costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali", *Contratto e Impresa*, 2022, 2, p. 361.

Alpa, G.: *I principi generali*, II ed., in *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, Giuffré, Milano, 2006

Attademo, L.: "art. 4", in AA.VV.: *Codice del consumo* (a cura di Cuffaro, V.), V ed., Giuffré, Milano, 2019

Barba, A.: *Consumo e sviluppo della persona*, Giappichelli, Torino, 2017

Battelli, E.: "Il trattamento dei dati nel prisma della tutela della persona minore d'età", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2022, 2, p. 267.

Bessone, M.: "Rapporti etico-sociali", *Commentario della Costituzione* (a cura di Branca G.), Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1976, p. 105.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 2.1. *La famiglia*, VI ed., Giuffré, Milano, 2017

Bianca, M.: "Il minore e i nuovi media", in AA.VV.: *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile* (a cura di Senigaglia, R.), Pacini Giuridica, Pisa, 2019

Bifulco, R.: "La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive", *Analisi giuridica dell'economia*, 2022, 1, p. 8.

Brizzolari, V.: "L'educazione religiosa del figlio tra libertà personale del genitore e interesse del minore", *Familia*, 2020, 2, p. 235.

Bruno, S.: "Il ruolo della s.p.a. per un'economia giusta e sostenibile: la Proposta di Direttiva UE su "Corporate Sustainability Due Diligence". Nasce la "stakeholder company"?", *Rivista di Diritti Comparati*, 2022, 2, p. 303.

Busnelli, F.D.: "Due diverse concezioni del rapporto educativo", *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1982, p. 71.

Calzecchi Onesti, C.: "L'Arbitro Bancario Finanziario ed il tema dell'educazione finanziaria", *I Contratti*, 2017, 4, p. 409.

Camardi, C.: "Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore", *Jus civile*, 2018, 6, p. 831.

Camilletti, F.; "L'art. 2 del Codice del consumo e i diritti fondamentali del consumatore nei rapporti contrattuali", *Contratti*, 2007, 10, p. 907.

Campione, R.: "Il fatto illecito del minore capace", in AA.VV.: *La responsabilità nelle relazioni familiari* (a cura di Sesta, M.), UTET, Torino, 2008.

Capo, G.: voce "Codice del consumo", in *Enciclopedia del diritto. Annali*, VII, Giuffré, Milano, 2014-

Casabona S., "Decadenza dalla responsabilità genitoriale nei confronti del latitante di mafia", *Questione Giustizia*, 11 ottobre 2016.

Cassano, G.-Maravasi, C.: "La responsabilità educativa dei genitori per minori cyberbulli", *Danno e Responsabilità*, 2018, 6, p. 763.

Cassano, G.: "Ragazzini cyberbulli? Condannati i genitori ad un cospicuo risarcimento (a proposito di Tribunale di Sulmona 9 aprile 2018 n. 103)", *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2019, 1/2, p. 325.

Castronovo, C.-Mazzamuto, S.: *Manuale di diritto privato europeo*, I, Giuffré, Milano, 2007.

Caterina, R.- Lenti, L.: *La famiglia*, in *Trattato del Diritto Privato Mazzamuto*, Vol. II, Tomo I, Giappichelli, Torino, 2022.

Comunicazione "Piano d'azione per l'istruzione digitale 2021-2027 - Ripensare l'istruzione e la formazione per l'era digitale", COM (2020) 624.

Comunicazione "Nuova agenda dei consumatori - rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile", Bruxelles, 13.11.2020, COM(2020) 696 final.

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 13 novembre 2020 su "Nuova agenda dei consumatori. Rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile", COM (2020) 696 final.

Conti, R.: "Codice del consumo. Una pagina nuova nella tutela consumeristica. Prime riflessioni sulla tutela in materia di clausole abusive", *Corriere giuridico*, 2005, 12, p. 1749.

Cossu, M.: "Delle scelte di investimento dei "Post-Millennials", e del difficile rapporto tra analfabetismo finanziario e finanza sostenibile", *Rivista delle società*, 2021, 5/6, p. 1253.

Costanza, M.: "I diritti dei figli: mantenimento, educazione, istruzione ed assistenza morale", *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2013, 3, p. 528.

Cucinelli, B., *Il sogno di Solomeo. La mia vita e la sfida del capitalismo umanistico*, Feltrinelli, 2018.

De Cristofaro, G.: "Il "Codice del consumo" (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, n. 235, del 8 ottobre 2005, s.o. n. 162)", *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2006, n. 4-5, p. 747.

De Cristofaro, G.: "La responsabilità dei genitori per il danno cagionato a terzi dal minore", in *Trattato di diritto di famiglia, diretto da Paolo Zatti*, II, Giuffré, Milano, 2002.

De Cristofaro, G.: "Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto 'pubblico' dei (contratti dei) consumatori?", *Nuove Leggi Civili Commentate,* 2022, I, p. 4.

Durisotto, D.: *Educazione e libertà religiosa del minore*, Jovene, Napoli, 2011.

Finocchiaro, G.: "La proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2022, 2, p. 303.

Fiorentino, L.: "Le pratiche commerciali scorrette", *Obbligazioni e Contratti*, 2011, 3, p. 165.

Floridi, L.: *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Cortina Raffaello, Milano, 2017.

Franzoni, M.: *Fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano,* II ed., Zanichelli, Bologna, 2020.

Frosini, T.E.: "Sussidiarietà (principio di)", in *Enciclopedia del diritto. Annali*, II-2, Giuffré, Milano, 2008.

Gambaro, A.: "Il bambino consumatore: il suo diritto ad una appropriata informazione", *Studi Sulla Formazione/Open Journal of Education*, 2010, 12, 1/2, p. 221.

Garaci, I.: "Il «superiore interesse del minore» nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell'ambiente digitale", *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2021, n. 4, I, p. 800.

Goldsmith, E.-Piscopo, S.: "Advances in consumer education: European initiatives", *International Journal of Consumer studies*, 2014, 38, p. 52.

Imbruglia, D.: "Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori", *Persona e Mercato*, 2021, 2, p. 495.

Ironico, S.: *Come i bambini diventano consumatori*, Laterza, Bari-Roma, 2010.

Irti, C.: *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2021.

Jemolo, A.C.: "La famiglia e il diritto", in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, vol. III, 1948, Jovene, Napoli, 1949.

Lenti, L., *Diritto della famiglia*, in *Trattato ludica-Zatti*, Giuffré, Milano, 2021.

Lilio, P.: "Libertà del minore nella sfera educativa e religiosa", *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2009, 4, p. 1921.

Lucchini Guastalla, E.: "art. 147 c.c.", in AA.VV.: *Commentario breve al diritto della famiglia* (a cura di Zaccaria A.), Cedam, Padova, III ed.

Mariconda, V.: "Il codice del consumo", *Corriere del merito*, 2006, 1, p. 15.

Masini, F: "L'Unione Europea e le sfide della sostenibilità, 1993-2022", *Rivista di Diritti Comparati*, 2022, 2 p. 365.

Pagnotta, F. (a cura di): *Ecologia della Rete. Per una sostenibilità delle relazioni online*, Erickson, Trento, 2018.

Palazzo, A., *La filiazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, II ed., Giuffré, Milano, 2013.

Paradiso, M.: *I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148*, in *Commentario Schlesinger*, II ed., Giuffré, Milano, 2012.

Patti, F.P.: "L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)", *Contratto. e impresa*, 2015, p. 1423.

Pedrazzi, G.: "Minori e social media: tutela dei dati personali, autoregolamentazione e privacy", *Informatica e diritto*, 2017, n. 1-2, p. 437.

Pedrini, F.: *Profili giuspubblicistici del consumo. Un'analisi costituzionale*, Università di Bologna, 2008.

Perlingieri, C.: "La tutela dei minori di età nei social networks", *Rassegna di diritto civile*, 2016, 4, p. 1327

Porena, D.: "«Anche nell›interesse delle generazioni future». Il problema dei rapporti intergenerazionali all›indomani della revisione dell›art. 9 della Costituzione", *Federalismi*, 2022, 15, p. 121.

Prensky, M.: "Digital Natives, Digital Immigrants", *On the Horizon*, MCB University Press, Vol. 9 No. 5, ottobre 2001.

Promoting Consumer Education. Trends, Policies and Good Practices, OECD, 2009.

Risoluzione del Parlamento europeo del 25 novembre 2020 sul tema "Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori" (2020/2021(INI)).

Rossi Carleo, L., "Art. 4", in AA.VV.: *Codice del Consumo. Commentario* (a cura di Rossi Carleo, L. e Alpa, G.), ESI, Napoli, 2005.

Rossi Carleo, L.: "I diritti fondamentali dei consumatori", *Concorrenza e mercato*, 2015, 1, p. 189.

Ruscello, F.: *La potestà dei genitori. Rapporti personali. Artt. 315-319* in *Commentario Schlesinger,* Giuffré, Milano, II ed., 2006.

Salvi, C.: "Responsabilità extracontrattuale" (voce), Enciclopedia del diritto, Giuffré, Milano, 1988.

Scaglione, F.: "Situazioni giuridiche soggettive e capacità", in *Le persone e la famiglia*, IV, *La filiazione e i minori*, *Trattato Sacco*, UTET, Torino, 2018.

Senigaglia, R.: "Il dovere di educare i figli nell'era digitale", *Persona e Mercato*, 2021, 3, p. 511.

Senigaglia, R.: *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Giappichelli, Torino, 2020.

Senigaglia, R.: *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene, Napoli, 2013.

Sesta, M.: "Genitori e figli, tra potestà e responsabilità", *Rivista di diritto privato*, 2000, 2, p. 237.

Sesta, M.: "La potestà dei genitori", AA.VV.: *Filiazione, adozione, alimenti*, *Trattato Bessone*, vol .4, (a cura di Auletta, T.), Giappichelli, Torino, 2011.

Sirsi, E.: "L'educazione del consumatore di alimenti", *Rivista di diritto agrario,* 2011, 4, p. 496.

Stanzione, P., "Il diritto all'educazione del minore", *comparazionedirittocivile.it*, 2011, p. 4.

Stanzione, P.: "I contratti del minore", *Europa e diritto privato*, 2014, 4, p. 1237.

Thiene A., "Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali", *Famiglia e diritto*, 2017, p. 172.

Thiene, A.: "L'inconsistente tutela dei minori nel mondo digitale", *Studium Iuris*, 2012, 5, p. 528.

Thiene, A.: "Ragazzi perduti "online": illeciti dei minori e responsabilità dei genitori", *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, 11/1, p. 1618.

Toscano, G.-Foti, G.: "Commento all'art. 315 bis. c.c.", in AA.VV.: *Della famiglia, artt. 231-455*, II ed., *Commentario del Codice civile* (diretto da Gabrielli, E.), II, UTET, Torino, 2018.

United Nations General Assembly, 25 settembre 2015, *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development* (A/RES/70/1).

Valle, L.: "art. 4", in AA.VV.: *Commentario breve al diritto dei consumatori: Codice del consumo e legislazione complementare* (a cura di De Cristofaro, G.-Zaccaria, A:), II ed., Padova, 2013, p 92.

Vannoni, G.: "L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione", *Consulta Online*, 2017, 2, pp. 298.

Vercellone, P.: "Libertà dei minorenni e potestà dei genitori", *Rivista di diritto civile*, 1982, I, p. 530.

Vettori G.: "Verso una società sostenibile", *Persona e Mercato*, 2021, 3, p. 463 .

Vettori, G.: "art. 2", in AA.VV.: *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, II ed., (a cura di Capobianco E., Mezzasoma L., Perlingieri G.), ESI, Napoli, 2018.

Zatti, P.: "Familia, familiae. Declinazioni di un'idea. I) La privatizzazione del diritto di famiglia", *Familia*, 2002, p. 39.

Zuddas, P.: "Covid-19 e "digital divide": tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria", *Osservatorio costituzionale*, 2020, 3, p. 285.

IL BEST INTEREST DEL MINORE TRA SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE E REPSONSABILITÀ GENITORIALE NELLA DISCIPLINA ITALIANA. INTERVENTI NORMATIVI E NOVITÀ RIMEDIALI

THE BEST INTEREST OF CHILD BETWEEN THE INFORMATION COMPANY AND PARENTAL RESPONSIBILITY IN THE ITALIAN REGULATION. REGULATORY INTERVENTION AND REMEDIAL NEWS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1426-1447

Eleonora
STELLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il contributo analizza gli interventi normativi in tema di protezione dei dati personali in rete nella disciplina sostanziale delle relazioni familiari. L'impianto paternalistico, ha ceduto il posto ad un concetto di nucleo familiare "costituzionalmente orientato" e riletto nella miglior ottica di responsabilità genitoriale, ancorato alla garanzia del best interest del minore anche rispetto agli sconfinati rischi che cela la società dell'informazione. L'assenza del consenso di entrambi in relazione ad attività in rete come la diffusione dell'immagine del soggetto minore di età configura, un illecito civile suscettibile di risarcimento. In tema di rimedi, la recente legge 26 novembre 2021, n. 206, offre un approccio totalmente rinnovato.

PALABRAS CLAVE: Diritto all'immagine; responsabilità genitoriale; consenso; dati personali.

ABSTRACT: *The contribution analyzes the regulatory interventions on the protection of personal data online in the substantive discipline of family relationships. The paternalistic system has given way to a concept of a "constitutionally oriented" family unit and reinterpreted in the best perspective of parental responsibility, anchored to the guarantee of the best interest of the minor by virtue of his vulnerability also and above all with respect to the boundless risks that it conceals the information society. The absence of the consent of both in relation to online activities such as the dissemination of the image of the minor subject constitutes a civil offense subject to compensation. On the subject of remedies, the recent law of 26 November 2021, n. 206, offers a totally renewed approach.*

KEY WORDS: *Image right; parental responsibility; consent; personal data.*

SUMARIO.- I. IL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI NEL REGOLAMENTO 679/2016.- II. CONSENSO, PROFILI DI RESPONSABILITÀ E CANCELLAZIONE.- III. LA TUTELA DEL MINORE IN RETE TRA CONSENSO, DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE ED ESERCIZIO DELLA POTESTÀ GENITORIALE.- IV. IL RIMEDIO DELL'ART. 614 BIS C.P.C. E LA LIQUIDAZIONE DEL DANNO NON PATRIMONIALE: CRITICHE.

I. IL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI NEL REGOLAMENTO 679/2016.

In un momento storico in cui la socialità della vita sembra aver sopraffatto l'individualità della persona, è necessario garantire ad ogni individuo il proprio spazio privato e di intimità, che ne configurano il lato più interiore[1]: la propagazione e la diffusione dei propri dati in rete, espone costantemente l'utente ad un pubblico numericamente indefinito e potenzialmente pericoloso, creando un grave pregiudizio per la sua persona, ragion per cui gli strumenti giuridici hanno trovato spazio ed applicazione anche per i rapporti di natura virtuale che lo vedono coinvolto.

L'esigenza di tutela della persona affonda le sue radici nel più profondo concetto di personalità[2], quale supremo principio costituzionale su cui si fonda il nostro ordinamento e che caratterizza lo Stato sociale di diritto: "l'uomo è al centro dell'ordinamento giuridico e l'ordinamento giuridico è in funzione dell'uomo"[3].

In tal senso, l'immagine è l'elemento che più di tutti contraddistingue e descrive ogni persona attraverso una sua proiezione esteriore e concreta nella realtà che lo circonda[4], risultando, anche a differenza del nome, dato inconfondibile di identificazione.

Ne consegue che "la circolazione dell'immagine, data la sua natura non può essere senza limiti"[5].

1 Testualmente, Mezzasoma, L.: "Il diritto all'immagine tra codice civile e Costituzione", *Revista Internacional de Docrtina y Jurisprudencia*, II, 2013, p. 3. Si veda, altresì, Ferrara, L.: *Il diritto sulla propria immagine nel nuovo codice civile e nella nuova legge sul diritto d'autore*, Roma, 1942, *passim*; Zeno-Zencovich, V.: *Identità personale*, *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 1993; Id, *Personalità (diritti della), Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, 1995; Urciuoli, M. A.: *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, Napoli, 2000, *passim*.

2 Perlingieri, P.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 25. Secondo l'illuminante argomentazione dell'autore, la centralità della persona umana "non si risolve nell'ampliamento del catalogo dei relativi diritti ad essa ascrivibili, ma impone altresì la ricostruzione del diverso significato e del mutato ruolo dell'autonomia negoziale nell'ordinamento giuridico con la conseguente affermazione dell'insufficienza della liceità degli interessi perseguiti, in favore della verifica della meritevolezza del concreto profilo funzionale di tutte le manifestazioni dell'autonomia negoziale".

3 *Ibidem*

4 Testualmente, Urciuoli, M. A.: *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, cit., p. 98.

5 Testualmente, Viterbo, F.G.: *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008, p. 48.

• Eleonora Stella
Dottoranda di ricerca presso l'università degli studi di Salerno. E-mail: estella@unisa.it

Le discipline contenute nel codice civile e nella legge sul diritto d'autore[6], non esauriscono infatti le ipotesi di tutela del diritto all'immagine ed alla protezione dei dati personali.

Se, da un lato, il Codice privacy, vanta il privilegio di aver ridisegnato cosa si debba intendere per diritto alla protezione dei dati personali e di aver fugato ogni dubbio circa la sua autonomia concettuale[7] attraverso "il passaggio dalla difesa statica delle prerogative dell'interessato(…)alla protezione in action dei dati personali"[8], il Regolamento UE 679/2016 rappresenta l'ultima sfida del legislatore europeo che completa il quadro normativo della disciplina di settore ed interviene con concretezza sul piano positivo delle situazioni giuridiche coinvolte.

La nozione di dato personale assume una nuova veste, collocandosi in una dimensione relazionale[9] ed informatica in cui alla tutela degli interessi di chi gestisce le informazioni o ne è destinatario si affiancano "i diritti delle persone identificate o identificabili mediante riferimento diretto o indiretto alle informazioni gestite"[10]. Infatti, se si assume l'identità digitale quale sintesi della personalità, il dato personale è parte integrante di essa ed il consenso l'autorizzazione dell'avente diritto[11].

Il Regolamento, in punto, realizza un apprezzabile progresso poiché prevede una strategia di regolazione e di tutela in cui il piano privatistico si integra con quello pubblicistico, "non limitandosi alla previsione delle Autorità garanti e del loro coordinamento – (artt. 51 ss. e in part. artt. 60 ss. reg. 2016/679) – né alla predisposizione di un sistema sanzionatorio a presidio del rispetto delle regole

6 A supporto del dettato costituzionale, il codice civile del 1942: l'art. 10 c.c., infatti, vieta la pubblicazione o l'esposizione dell'immagine di una persona, dei genitori, del coniuge o dei figli fuori dai casi espressamente previsti dalla legge ovvero quando ciò arrechi pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti ed offre, a tutela di questi ultimi, il diritto ad adire l'autorità giudiziaria per chiedere la cessazione della condotta abusiva, salvo il risarcimento del danno. L'esercizio, quindi, spetta in primis all'interessato, persona fisica o giuridica, in tutti i casi in cui vi sia una diffusione abusiva e lesiva ed ammette l'estensione ad agire anche ai familiari più stretti, come i genitori nel caso in cui la lesione riguardi i figli, a garanzia di una effettiva e rafforzata tutela verso i minori e, più in generale, in un'ottica costituzionalmente orientata di solidarietà familiare. L'articolo 10 c.c. va letto anche alla luce degli artt. 96 e 97 l. n. 633/1941, meglio noti come legge sul diritto d'autore, i quali disciplinano rispettivamente i diritti relativi al ritratto (incluse le riproduzioni che, anche se indirette, riconducono al soggetto) ed i casi in cui la circolazione di immagini non necessita di espresso consenso del soggetto coinvolto come nella diffusione di immagini ritraenti soggetti noti o personaggi dello spettacolo. Ai sensi dell'articolo 97 infatti, "non occorre il consenso della persona ritratta quando la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o polizia, da scopi scientifici didattici o culturali, o quando la riproduzione è collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico. Il ritratto non può tuttavia essere esposto o messo in commercio, quando l'esposizione rechi pregiudizio all'onore, alla reputazione od anche al decoro della persona ritratta".

7 Sul punto, Naddeo, F.: "Il consenso al trattamento dei dati personali del minore", *Dir. inf.*, 2018, p. 27.

8 Testualmente Sica, S.: "*Sub artt. 1-6. Principi generali"*, in AA.VV.: *La nuova disciplina della privacy. Commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, (diretto da S. Sica e P. Stanzione), Bologna, 2004, p. 4 ss.

9 Viterbo, F. G.: *Protezione dei dati personali*, cit., p. 85

10 Testualmente, Perlingieri, P.: "La pubblica amministrazione e la tutela della privacy. Gestione e riservatezza dell'informazione nell'attività amministrativa," in *Ann. fac. econ. Benevento*, 8, Napoli, 2003, p. 260.

11 Così, Zorzi Galgano, N.: "*Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla* privacy", in AA. VV.: *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR"*, (a cura di N. Zorzi Galgano), Milano, 2019, *passim*.

di liceità e di correttezza del trattamento (art. 83 reg. 2016/679), ma facendo segnare un salto di qualità nella dimensione pubblicistica della protezione dei dati personali"[12].

Cambia quindi la prospettiva: sul piano oggettivo, la privacy diventa la raccolta dei dati personali che consentono di identificare la persona e ricostruirne i tratti essenziali della sua sfera privata; sul piano soggettivo il consolidato binomio tutela della vita privata/diritto al riserbo, cede il posto al binomio utilizzo dei dati personali/interesse a conoscere di tale uso da parte del soggetto coinvolto, per poi concludere, sul piano strutturale, nel rapporto tra chi fornisce e chi utilizza i dati e quindi nei rispettivi interessi delle parti, con un focus particolare sul trattamento e l'elaborazione degli stessi nella rete[13].

Pertanto, la protezione dei dati personali deve costituire "il fondamento della libertà positiva di esercitare il controllo sul flusso delle proprie informazioni" [14] di matrice squisitamente dinamica poiché consente a ciascun individuo di "stringere e sviluppare rapporti con i propri simili, di autodeterminarsi in relazione a tutti gli ambiti nei quali si esprime la propria personalità (…)ed esercitare controllo sulle modalità e le condizioni in base alle quali le informazioni che lo riguardano sono conservate ed archiviate"[15] ponendosi quale prerogativa di volta in volta contemperata ad altri diritti fondamentali in virtù della sua funzione tipicamente sociale[16].

II. CONSENSO, PROFILI DI RESPONSABILITÀ E CANCELLAZIONE.

In questa cornice, centrale è il ruolo del consenso quale "manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato"[17], il quale non

12 Cosi, Piraino, F.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali", *Nuove leggi civ. comm*., 2017, p. 378.

13 *Ibidem*.

14 Cfr. Finocchiaro, G.: "La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems", *Dir. inf.*, , 2015, pp. 779-799; Vivarelli, A.: *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale. Sfide tecnologiche e soluzioni giuridiche*, Napoli, 2019 p. 30;

15 Così, Carta, M.: "Diritto alla vita privata ed internet nell'esperienza giuridica europea ed internazionale", *Dir. inf.*, 2014, p. 8.

16 Ricci, A.: "Sulla «funzione sociale» del diritto alla protezione dei dati personali", *Contr. impr.*, 2017, p. 586 ss.

17 Art. 4 del Regolamento. L'impostazione tradizionale attribuisce al consenso natura di atto unilaterale con un effetto a carattere autorizzativo circa le relazioni conoscitive coinvolte. Come sostiene Messinetti, D.: "Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali", *Riv. crit. dir. priv*., 1998, p. 350 ss., "la connotazione autorizzativo-procedimentale ha la funzione di conformare la sfera personale di identità individuale"; in particolare, Riccio, G. M.: "*Commento artt. 23-27"*, in AA. VV.: *La nuova disciplina della privacy*, (a cura di S. Sica e P. Stanzione), Bologna 2003, cit., p. 95 ss, definisce il consenso quale "mezzo attraverso il quale il soggetto, i cui dati si riferiscono, autorizza l'altrui ingerenza nella propria sfera giuridica, innescando un meccanismo di circolazione "conformata" delle informazioni, sempre soggetto al controllo ed al sindacato dell'autorità amministrativa indipendente». Un secondo filone dottrinale ritiene che il consenso prestato dall'interessato ha la funzione di eliminare l'antigiuridicità dell'attività di trattamento rendendola lecita. Tra i tanti, Patti, S.: *Sub Art. 11,* cit., p. 365, che, rifacendosi all'art. 23

è più chiamato ad "accettare", ma a "manifestare il proprio assenso mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento"(art. 4 lett. 11). Assume quindi una duplice finalità, nella misura in cui è contestualmente garanzia di libertà delle scelte dell'individuo[18] e garanzia di tutela della persona stessa, della quale ne rappresenta la proiezione nella società dell'informazione e nella rete, attraverso la protezione dei dati personali e la relativa diffusione[19]; essi, infatti, "non possono in alcun modo essere compromessi se non alla luce di una continua persistenza ed attualità del consenso e salvi i casi in cui la pubblicazione è regolarmente consentita dalla legge"[20].

È quindi imprescindibile porre l'accento in ordine a tutte quelle situazioni in cui esso non possa considerarsi valido perché oggetto di forzatura, ovvero quando non sia mai stato prestato, ipotesi che consentono di promuovere un'azione volta

del Codice *privacy*, attribuisce al consenso "l'effetto di far venir meno il carattere dell'antigiuridicità che altrimenti presenterebbe l'attività relativa ai dati personali". Tra questi due confini netti, si pone poi la voce di chi ritiene che il consenso abbia tanto una funzione autorizzativa, quanto dispositiva in relazione al bene giuridico su cui cade la dichiarazione di volontà. In tal senso, Manes, P.: *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001, p. 58 ss, secondo la quale non è possibile attribuire una qualificazione giuridica al consenso, essendo ravvisabili in esso una "pluralità di funzioni in concreto".

18 Zeno- Zencovich, V.: "Il "consenso informato" e la "autodeterminazione informativa" nella prima decisione del Garante", *Corr. giur.*, 1997, p. 915 ss.

19 La protezione dei dati personali disciplinata dal Regolamento, è frutto di un lavoro di "costituzionalizzazione" operata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nell'ultimo ventennio, che segna il passaggio da un approccio improntato sul *market driven* ad un *fundamental rights oriented*. Per un'analisi di tale giurisprudenza in dottrina, cfr. Finocchiaro, G.: "La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems", *Dir. inf.*, 2015, cit., p. 779 ss. La visione mercantilistica del dato personale quale *asset* economico viene rivalutata in relazione alla tutela della persona, con l'intento di realizzare un corretto bilanciamento dei due aspetti e colmando così, le lacune della precedente normativa. In tal senso, Zorzi Galgano, N.: "Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy", cit., p. 35 ss; illuminante è altresì l'analisi affrontata da Perlingieri, C.: *Profili civilistici dei* social networks, Napoli, 2014, p. 84 ss, con riguardo alla "protezione offerta dall'ordinamento agli attributi essenziali della persona come immagine e riservatezza" e la relativa negoziabilità degli stessi tale per cui "l'adesione dell'utente presenta una funzione ben più ampia". I rapporti che ne derivano, infatti, meritano particolare attenzione da parte del giurista il quale è chiamato ad inquadrare la natura della cessione gratuita di un dato personale in cambio dell'utilizzo di una piattaforma perfettamente aderente ad un una "società mercantilistica e globalizzata".

20 Con particolare riguardo al mondo online, non poco frequenti sono quelle soluzioni di default che prevedono un assenso da parte: circostanze, in cui è discutibile di parlare di consenso informato, libero e inequivocabile. Lo conferma la recente pronuncia della corte di Giustizia dell'Unione europea, 1 ottobre 2019, C 673/17, con riguardo ad una domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dalla Corte federale di Giustizia tedesca avente ad oggetto un contenzioso per un gioco a premi presente su un sito *internet*, in cui gli utenti prima di partecipare, venivano indirizzati ad una pagina collegata contenente già il *flag* per l'installazione di cookies sul proprio computer. La casella di spunta preselezionata, per la Corte, non significa prestare il proprio consenso così come concepito nel GDPR, mancando appunto il requisito dell'inequivocabilità. Il procedimento di opt- in, per giunta, non può assurgere a formazione di una libertà pura e semplice e non riassume in se l'informativa precontrattuale dovuta all'interessato. Nel procedere al gioco, infatti, è probabile che il giocatore, non abbia letto il contenuto all'interno la casella, o, ancor peggio, non abbia proprio visto la casella. Ai sensi del considerando 32 del Regolamento, infatti, non configura "consenso il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle", essendo necessario un comportamento attivo o che comunque non lasci spazio ad alcun dubbio sulla reale volontà dell'interessato. Ciò rischia di svilire l'autodeterminazione informativa: mentre cresce sempre di più la necessità del consenso a tutela dell'interessato, questi viene indotto a fornire sempre più distrattamente un mero assenso al trattamento dei propri dati personali senza alcuna possibilità di incidenza sulle modalità e sulla scelta dei mezzi del trattamento, se non con riferimento all'esercizio dei suoi diritti di revoca, limitazione e cancellazione, che, tuttavia, sono atti a risolvere la fase patologica. Per tutto, cfr., Tosi, E.: "*Privacy digitale, persona e mercato: tutela della riservatezza e protezione dei dati personali alla luce del GDPR e del nuovo Codice Privacy*", in AA. VV.: *Privacy digitale*, (a cura di E. Tosi), Milano, 2019, p. 49; Poletti, D.: "Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali", *Giur. It.*, 2019, p. 2785.

ad ottenere il risarcimento per trattamento illecito dei dati personali e il diritto alla cancellazione delle immagini utilizzate.

In tal senso, il Regolamento offre una rinnovata rilettura sotto il profilo della responsabilità, allontanandosi sensibilmente dalla tradizionale e generica formula del "colui " propria dell'art. 2043 c.c.. L'art. 82 del GDPR stabilisce infatti che laddove vi sia stata una violazione, il titolare o responsabile può esonerarsi da responsabilità dimostrando il verificarsi di un caso fortuito o di forza maggiore oppure di aver adottato tutte le misure tecniche disponibili atte a ridurre il rischio (sempre che il rischio di verificazione dei danni e l'entità degli stessi fossero sufficientemente bassi, dovendosi altrimenti astenere dal trattamento), o che i costi delle misure di prevenzione erano eccessivi rispetto a una bassa probabilità e/o gravità del rischio stesso. Tale principio è previsto dal Regolamento in termini generali, ammettendo diversi regimi di responsabilità (civile, penale o amministrativa) e deve dunque ritenersi operante anche in sede risarcitoria[21].

Di là dalle problematiche applicative che si aprono con riguardo alla liquidazione da parte del giudice e che si analizzeranno più avanti, il regolamento sancisce la risarcibilità del danno non patrimoniale, da rintracciarsi attraverso la lettura congiunta con l'art. 6, al fine di garantire un effettivo e giusto ristoro al soggetto danneggiato, una effettiva e giusta tutela tramite regole di liceità, correttezza e trasparenza nel trattamento dei dati personali immediatamente protettive dell'interessato, rectius della persona umana e regole di liceità, correttezza e trasparenza indirettamente protettive del mercato e dell'ordinamento giuridico in generale.

Per i fini che qui interessano, sarà sufficiente capire in che termini rileva quindi il diritto alla cancellazione dei dati personali. Occorre partire dalla considerazione che il Regolamento, sul punto, conserva i tratti essenziali della precedente Direttiva e mira, attraverso un'armonizzazione massima, a plasmarsi con le esigenze dettate dalla evoluzione tecnologica.

Il diritto alla cancellazione[22], assume un aspetto di autonoma rilevanza, qualificandosi quale rimedio e tratto ancillare rispetto al diritto di protezione dei propri dati personali nella misura in cui consente all'interessato di agire a tutela degli stessi.

21 *Ibidem*

22 Cfr. Di Ciommo, F.: "*Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all'oblio",* in AA. VV.: *I dati personali nel diritto europeo*, (a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto), Torino, 2019, *passim*; Cuffaro, V.: "*Cancellare i dati personali. Dalla damnatio memoriae al diritto all'oblio*", in *Persona e mercato dei dati*, cit., p. 226; Nervi, A.: "*I diritti dell'interessato"*, in AA. VV.: *Il codice del trattamento dei dati personali*, (a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto), Torino, 2007, p. 61. Inoltre, Finocchiaro, G.: "Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità", *Dir. inf.*, 2014, p. 591, definisce la cancellazione "un'operazione sui dati che esclude ogni ulteriore conservazione degli stessi".

La cancellazione è altresì prevista allorquando l'impiego e la circolazione di tali informazioni non siano più reputati opportuni o comunque non risultano più graditi o ancora confliggono con gli obiettivi e le priorità dell'interessato in ordine alla sua sfera personale[23]. Ai sensi del considerando 65, inoltre, "tale diritto è particolarmente rilevante se l'interessato ha prestato il proprio consenso quando era minore e quindi non pienamente consapevole dei rischi derivanti dal trattamento e vuole successivamente eliminare tale tipo di dati personali dalla rete".

Ciò spiega perché i giudici ritengano poco opportuno soffermarsi sulla distinzione tra cancellazione e negazione - da cui ne deriva pur sempre un abuso dell'altrui immagine - essendo la richiesta in ogni caso meritevole di accoglimento poiché fondata "nelle ragioni e nelle regioni della riservatezza"[24].

III. LA TUTELA DEL MINORE IN RETE TRA CONSENSO, DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE ED ESERCIZIO DELLA POTESTÀ GENITORIALE.

Riportando il contenuto delle norme all'interno dei contesti familiari, un tema che ha visto molto impegnata la giurisprudenza riguarda la tutela del minore in rete, complici le accattivanti piattaforme ed i social network, attuali forme di socializzazione e sviluppo di relazioni ed interazioni.

La casistica si distingue maggiormente tra ipotesi in cui il genitore accede ai contenuti pubblicati liberamente dal figlio, ed ipotesi in cui diffonde egli stesso immagini o informazioni riguardanti i figli minori sui social network, senza il loro consenso ovvero all'insaputa o contro la volontà dell'altro genitore.

La tematica del diritto alla tutela del minore non rappresenta di per sé una novità. Già sul finire degli anni '80, la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata in Italia con la L. n. 27 maggio 1991, n. 175, mostra consapevolezza e sensibilizzazione verso il potenziale lesivo dei media nella crescita e nella formazione dei minori[25], ponendosi in "un'ottica apprensiva e guidata" al fine di veicolare i suoi movimenti virtuali nei processi educativi e formativi[26]. Nella stessa direzione, la Convenzione europea di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti del minore, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, meglio conosciuta in Italia come Carta di Nizza del 7

23 Così, Piraino, F.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali", cit., p. 39.

24 Così, Ferri, G. B.: "Diritto all'informazione e diritto all'oblio", *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 808.

25 Per una più completa disamina, Spangaro, A.: "*Tutela dei minori e delle fasce deboli*", in AA. VV.: *Diritto dell'Informatica* (a cura di G. Finocchiaro e F. Delfini), Milano, 2014, p. 221.

26 Spangaro, A.:, *Minori e mass media: vecchi e nuovi strumenti di tutela*, Milano, 2011, p. 257 ss.

dicembre 1990, fino a giungere al Codice Privacy relativo alla protezione dei dati personali del minore (anche in campo giornalistico), alla L. 29 maggio 2017, n. 71 contro il cyberbullismo fino al più recente Regolamento UE 679/2016.

Il citato quadro normativo, tuttavia, portava con sé il fardello del limite di età, assunto come unico parametro per distinguere i vari livelli di evoluzione e maturità psico-fisica del soggetto, dal quale faceva tendenzialmente discendere la progressiva capacità dello stesso di poter compiere atti e di sapersi "destreggiare" nelle sue vicende di vita[27].

Una visione, questa, che sebbene fedele all'impianto dell'art. 2 del codice civile, risultava inevitabilmente in contrasto con un sistema ordinamentale fondato sulla libertà e sul pieno sviluppo della persona.

Sul punto, il recente Regolamento UE 679/2016, offre un osservatorio privilegiato, che, in linea con i precedenti tentativi internazionali, pone un tassello definitivo a quel "mosaico di previsioni costruito nel tempo"[28] e riconosce appunto al minore uno spazio di autonomia decisionale, una consapevole capacità di discernimento ed un suo diritto di autodeterminazione[29] nelle proprie azioni nonché nelle relative conseguenze[30].

In altre parole, si tratta di una capacità da "rapportare alla gradualità dello sviluppo della persona con conseguente idoneità del soggetto a subire gli effetti positivi e negativi delle scelte compiute, evitando così il passaggio repentino e sconsiderato da una incapacità assoluta ad una capacità totale e, al contrario,

27 Così, Tafaro, L.: *L'età per l'attività*, Napoli, 2003 secondo cui "è necessario che ad ogni punto di vista corrispondano, anche giuridicamente, capacità ed idoneità diversificate, graduate, determinate dalle concrete condizioni dell'individuo, tra le quali particolare importanza riveste l'età, con l'avvertenza che non è in questione la suddivisione, esclusivamente in base all'età, dell'esistenza umana in stadi e fasi separati e collegati a distinti livelli di evoluzione e maturità psico-fisica"; Cfr., Stanzione, P.: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, p. 247, il quale sottolinea la necessità di "prediligere l'uso di uno strumento flessibile, che pone in ombra ora la capacità giuridica ora la capacità d'agire seguendo le particolarità degli atti o rapporti considerati e specialmente degl'interessi sottostanti".

28 Cfr. Camardi, C.: "Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore", *Juscivile*, 2018, *passim.*

29 In argomento, Thiene, A.: "Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali", *Fam. dir.*, 2017, p. 172; Bianca, C. M.: *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, *passim*; Id, *Diritto civile*, *Famiglia*, Milano, 2017, p. 377.

30 Per una più acuta disamina, Perlingieri, C.: "La tutela dei minori di età nei social netwoks", *Rass. dir. civ.*, 2016, Napoli, p. 1325 ss, in cui l'autrice analizza la delicata questione alla luce di una prospettiva "c.d. fisiologica", propria della persona del minore e del suo diritto ad autoaffermarsi ed una prospettiva "c.d. patologica, diretta all'individuazione di adeguati strumenti di tutela dei minori dai pericoli disseminati nei *social* e alla prevenzione dei pregiudizi di carattere personale e patrimoniale", ed offre una soluzione c.d. "pluridimensionale" in cui la figura genitoriale gioca certamente un ruolo indispensabile e differente dal passato; Cfr., Vivarelli, A.: "Diritto di autodeterminazione del minore di età e principio di responsabilità nel diritto contemporaneo", *Dir. succ. fam*., 2019, *passim*; Ruscello, F.: *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Cod. civ. Comm*. Schlesinger, Milano, 2006, p. 39 ss, il quale sostiene che "esiste non una assoluta capacità di discernimento, ma una capacità di discernimento relativa a una specifica attività"; Cfr. Id.: "Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a "supernorme", *Fam. dir.*, 2011, p. 406.

favorendo il passaggio dalla minore alla maggiore età in maniera graduale ed articolata"[31].

L'art. 8, denominato appunto "Condizioni applicabili al consenso dei minori in relazione ai servizi della società dell'informazione" stabilisce che il consenso al trattamento dei dati personali del minore è lecito a partire dal compimento del sedicesimo anno d'età, prima del quale, sarà valido solo se prestato o autorizzato dai genitori o da chi ne esercita la potestà genitoriale, facendo salva la possibilità agli Stati membri di derogarvi con apposita disposizione di legge[32].

La scelta del legislatore europeo di individuare una sorta di "maggiore età digitale", distinguendo tra petit enfants e grand enfants[33], ha quindi chiarito in modo definitivo e puntuale il divario tra autodeterminazione e tutela dei dati personali.

A ciò, si aggiunga poi il dettato dell'art. 315 bis c.c.[34], che, realizzando compiutamente l'indirizzo costituzionale in tema di diritti fondamentali, pone in luce anche il diritto del minore ad essere ascoltato in tutti i procedimenti e le questioni che lo riguardano purché dimostri capacità di discernimento; pertanto indipendentemente dal compimento di un predeterminato anno d'età[35].

Tale importante risultato ha aperto le porte ad un ulteriore profilo: la necessità di riequilibrare il rapporto tra il minore ed il genitore nell'esercizio dei suoi doveri ed in particolare il massimo limite entro cui può spingersi il controllo genitoriale, ancorato alla garanzia del best interest[36] del minore in virtù della sua vulnerabilità rispetto agli sconfinati rischi che celano queste attività.

31 Testualmente, Vivarelli, A.: "Diritto di autodeterminazione del minore", cit., p. 879.

32 L'Italia ha infatti optato per l'abbassamento di detto limite all'età di 14 anni: a tal proposito, l'art. 2 *quinquies* del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, stabilisce che "*in attuazione dell'articolo 8, paragrafo 1, del Regolamento,* il minore che ha compiuto i quattordici anni può esprimere il consenso *al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione. Con riguardo a tali servizi, il trattamento dei dati personali del minore di età inferiore a quattordici anni, fondato sull'articolo 6, paragrafo 1, lettera a) del Regolamento, è lecito a condizione che sia prestato da chi esercita la responsabilità genitoriale"; Cfr., Perlingieri, C.: La tutela dei minori di età nei social networks, cit., p. 1332 ss.*

33 In argomento, Nitti, M.: "La pubblicazione di foto di minori sui social network tra tutela della riservatezza ed individuazione dei confini della responsabilità genitoriale", *Fam. dir.*, 2018, p. 390; Castellaneta, V.: "L'incidenza del regolamento GDPR sul quadro normativo esistente", *Notariato*, 2018, p. 251 ss; Bonavita S. e Pardolesi R.: "GDPR e diritto alla cancellazione (oblio)", *Danno e resp.*, 2018, p. 269 ss.

34 Cfr., Giardina, F.: "Morte della potestà e capacità del figlio", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1618. L'autore afferma che "con le innovazione degli artt. 315 *bis* e 316, l'identità del figlio entra a pieno titolo nella disciplina della responsabilità genitoriale, affranca la relazione tra genitori e figli dalla minore età e riconduce l'incapacità legale, ormai non più dogma di generale portata, alla sua dimensione originaria di strumento idoneo a consentire la miglio cura del patrimonio dell'incapace".

35 Per una più ampia disamina, Gorgoni, A.: *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2017, *passim*; Cass., 7 Marzo 2017, n. 5676; Cass., 24 maggio 2018, n.12957; Cass., 15 Maggio 2013, n. 11687, tutte in *Dejure online*.

36 Lamarque, V. E.: *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, p. 13 ss.; Matucci, G.: *Lo statuto costituzionale del minore di età*, Padova 2015, p. 3 ss; Quadri, E.: "L'interesse del minore nel sistema della legge civile", *Fam. dir.*, 1999, p. 88 ss. Una valutazione nettamente più drastica, ma ugualmente degna di nota, sul punto, è offerta da Scalisi, V.: "Il superiore interesse del minore ovvero il fato come diritto", *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 430 ss. Naddeo, F.: "Il consenso al trattamento dei dati personali", cit., p. 39 ss; Rodotà, S.: *Diritto d'amore*, Bari, 2017, *passim*; Alpa, G.: *Famiglia. Il ruolo*

L'impianto paternalistico, che da sempre vedeva i minori sottoposti al genitore, ha ceduto il posto ad un concetto di nucleo familiare "costituzionalmente orientato"[37] e riletto nella miglior ottica di responsabilità genitoriale[38]. Un passaggio propositivo dalla condizione di soggezione alla condizione di protezione del minore, verso cui il genitore deve garantire educazione, cura e controllo in ogni sua fase ed attività e nel rispetto delle sue inclinazioni, capacità ed aspirazioni.

Ne deriva un duplice obbligo in capo ai genitori.

La prima ipotesi concerne l'an del potere/dovere del genitore, che deve collocarsi a mezza via tra il rispetto del diritto alla riservatezza e alla capacità di discernimento riconosciuta al minore e l'esercizio della responsabilità genitoriale.

In fase di iscrizione su un social network, vengono raccolti i dati personali, quali nome, data di nascita e foto identificativa, che, come ormai noto, non sono solo informazioni ma veri e propri frammenti di identità la cui cessione non si ferma alle ragioni dell'iscrizione stessa, ma permette le più delicate e complesse operazioni di profilazione a fini commerciali[39]. In questa prospettiva se la modalità di prestazione del consenso che ci viene presentata può definirsi discutibile con riferimento ad un adulto, la situazione si complica se si pensa ad un minore, anche ultra quattordicenne. La criticità è da ravvisarsi infatti nel lecito e fondato dubbio circa la reale conoscenza e consapevolezza dello stesso sugli esiti che derivano da quell'attività che viene presentata come un semplice point and click, oltre che degli innumerevoli pericoli che possono derivare da una fitta condivisione di proprie informazioni personali o della propria immagine.

Pertanto, fermo restando il divieto in ordine a qualunque invasione immotivata e improvvisa di aspetti che attengono la vita personale del proprio figlio, così come l'utilizzo di autorità e violenza per estorcere informazioni, in tutti gli altri casi l'ordinamento prevede la responsabilità diretta per fatto colposo degli esercenti la potestà genitoriale[40]per non aver impedito il fatto dannoso a discapito del figlio

del diritto nella società postmoderna, Genova, 2017, p. 169 ss; Palmieri, G.: "*Diritti fondamentali, famiglia e multiculturalismo"*, in AA. VV.: *Persona e diritto* (a cura di R. Alessi, S. Mazzarese e s. Mazzamuto), Milano, 2013, p. 133 ss.

37 Per una più ampia disamina, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 947 ss.; Stanzione, P.: *Capacità e minore di età*, cit., p. 346 ss; Autorino Stanzione, G.: *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, *passim*; Longobucco, F.: "Interesse del minore e rapporti giuridici a contenuto no patrimoniale: profili evolutivi?", *Dir. fam. pers*., 2014, p. 1462 ss.

38 Tra i tanti, Cassano, G.: "La responsabilità genitoriale nell'uso dell'odierna tecnologia telematica", *Fam. dir.*, 2020, 1, passim; Ruscello, F.: "Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a "supernome", *Dir. fam*., 2011, passim; Naddeo, F.: "Il consenso al trattamento dei dati personali del minore", cit., *passim*.

39 Tra i tanti, D'Antonio, V.: "*Il consenso al trattamento dei dati personali*," in AA.VV.:*I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, (a cura di P. Stanzione), Torino, 2022, p. 157 ss.

40 Cfr., Cass., 19 febbraio 2014, n. 3964, *Guida dir*., 2014, 15, p. 77. In senso conforme, Cass., 6 dicembre 2011, n. 26200, *Fam. dir*., 2012, p. 722 ss.; Cass., 22 aprile 2009 n. 9556, *Nuova giur. civ. comm*., 2009, p. 772; Cass.,

o cagionato dal figlio a danno di terzi, ovvero per non aver ottemperato agli obblighi di vigilanza ed educazione sanciti dall'art. 147 c.c.[41]. Unica eccezione è fatta allorquando il minore mostri segnali esemplificativi di grandi disagi o squilibri, o atteggiamenti che possano essere indice di un'alterazione in pejus del suo stile di vita, per cui l'effettiva garanzia del suo best interest ammetterebbe forme anche nette di ingerenza.

Cosí «la responsabilità dei genitori per i fatti illeciti commessi dal minore con loro convivente, prevista dall'art. 2048 c.c. è correlata ai doveri inderogabili posti a loro carico dall'art. 147 c.c. e alla conseguente necessità di una costante opera educativa, finalizzata a correggere comportamenti non corretti e a realizzare una personalità equilibrata, consapevole della relazionalità della propria esistenza e della protezione della propria e altrui persona da ogni accadimento consapevolmente illecito'"[42].

A seconda degli illeciti, saranno pertanto chiamati a rispondere in solido il minore, per violazione del principio generale del neminem laedere ed i genitori per aver violato i propri obblighi di educazione e vigilanza imposti dall'art. 147 c.c. e dall'art. 30 Cost.

La seconda ipotesi, concerne la reciproca responsabilizzazione dei genitori - caposaldo della riforma del 2012 - che li vede congiuntamente responsabili nei confronti del figlio e che si basa esclusivamente sul suo interesse superiore, a prescinde totalmente dalla tipologia di unione che li lega, dalla sua stabilità e dalla creazione di unioni nuove.

Così, il Tribunale di Bari, stabilisce che "la raccolta attraverso il suo profilo Facebook di trentasei album fotografici ritraenti il ricorrente ed i suoi figli e la diffida presentata da quest'ultimo con cui dichiara di non aver mai prestato il suo consenso rispetto a tale attività con la contestuale richiesta di cancellazione delle foto medesime[43]", rappresenta un chiaro abuso dell'immagine altrui con conseguente insorgere di responsabilità civile. Nella stessa direzione il Tribunale di Mantova[44], secondo cui "l'inserimento di foto di minori sui social network costituisce comportamento potenzialmente pregiudizievole per essi in quanto ciò determina la diffusione delle immagini fra un numero indeterminato di persone, conosciute e

20 aprile 2007, n. 9509, *Guida dir.*, 2007, 15, p. 13; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20322, *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 990.

41 Cass., 9 ottobre 1997, n. 9815, *Studium iuris*, 1998, p. 426.

42 Testualmente, Cass., 19 febbraio 2014, n. 3964, cit., p. 77, che, con riguardo alla prova liberatoria afferma che "per sottrarsi a tale responsabilità, essi devono pertanto dimostrare di aver impartito al figlio un'educazione normalmente sufficiente ad impostare una corretta vita di relazione in rapporto al suo ambiente, alle sue abitudini ed alla sua personalità, non assumendo alcun rilievo, a tal fine, la prova di circostanze".

43 Trib. Bari, 7 novembre 2019, n. 6359/2017.

44 Trib. Mantova, 19 settembre 2019, *Dejure online*.

non, le quali possono essere malintenzionate e avvicinarsi ai bambini non potendo, inoltre, trascurare il pericolo che qualcuno con procedimenti di fotomontaggio, ne tragga "materiale pedopornografico da far circolare tra gli interessati".

Anche il Tribunale di Rieti[45], è concorde nel ritenere che l'inserimento delle foto dei figli minori sui social network, in mancanza di consenso di entrambi i genitori, integra violazione dell'art. 10 c.c. nonché della normativa in tema di protezione dei dati personali e, volgendo lo sguardo alle fonti sovranazionali, degli artt. 1 e 16 della già citata Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata in Italia nel 1991.

Sulla scorta delle doverose premesse in ordine alla disciplina in tema di protezione dei dati personali in rete, giova rilevare che l'autorizzazione al trattamento dei dati personali e la diffusione dell'immagine del soggetto minore di età non rientrano nelle decisioni di ordinaria amministrazione per cui è sufficiente il consenso di un solo genitore, ma in quelle maggiormente rilevanti per cui è invece necessario il consenso di entrambi, sia in caso di affidamento condiviso sia in caso di affidamento esclusivo ordinario.

Risultati, questi, che "impongono il delicato compito di effettuare un corretto bilanciamento tra il diritto all'informazione nelle sue diverse declinazioni del diritto a informare e ad essere informati ed il diritto alla riservatezza, alla privacy, all'identità della persona"[46].

IV. IL RIMEDIO DELL'ART. 614-BIS C.P.C. E LA LIQUIDAZIONE DEL DANNO NON PATRIMONIALE: CRITICHE.

Resta ora da interrogarsi sull'applicazione nelle suddette fattispecie della norma ex art. 614 *bis* c.p.c. e le recenti previsioni previste dalla L. 26 novembre 2021, n. 206.

L'art. 614 *bis* c. p.c. si configura quale misura coercitiva indiretta accessoria ad un provvedimento di condanna, con cui l'organo giudicante stabilisce il pagamento di una somma di denaro per violazione, inosservanza o ritardo nell'esecuzione di un obbligo di fare infungibile o di non fare[47]; sarà quindi collegata ad ogni frazione di tempo in cui si verifica il ritardo nell'inadempimento, piuttosto che ad ogni

45 Trib., Rieti, 7 marzo 2019, *Dejure online.*

46 Testualmente, un passaggio della interessantissima disamina che affronta in materia D'Ambrosio, M.: "Diritto all'oblio e principio dell'openness nelle procedure giudiziarie: il caso delle pronunce delle Corte di Cassazione", *Diritto Mercato Tecnologia*, II, 2016, p. 325 ss; cfr., Giacobbe, G.: *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1245 ss.; Scalisi, A.: *Il valore della persona nel sistema e nei nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990, p. 185 ss.; Cataudella, A.: *Riservatezza (diritto alla)*, I), *Diritto civile*, in *Enc. giur.* Treccani, XXVII, Roma, 1991, p. 1 ss.

47 Cfr. Tribunale di Mantova, 19 settembre 2017, ord.; Trib. Rieti, 7 marzo 2019, ord., *Dejure online.*

episodio di violazione dell'obbligo di astensione: un rimedio generale, adattabile, anche ai contesti endofamiliari che riguarda l'effettività della tutela che si chiede nel giudizio di merito[48].

Si tratta, dunque, di un "congegno tecnico preordinato al rafforzamento dell'attitudine del provvedimento di condanna ad imporsi al suo destinatario», di uno strumento a servizio del processo volto ad assegnare il massimo di effettività ai provvedimenti di condanna e a evitare che la loro attuazione risulti rimessa alla mera conformazione spontanea da parte del debitore.

L'utilizzo di tale misura nelle ipotesi di violazione di un obbligo di non fare, dispiega un duplice vantaggio: condanna per il passato e vieta per il futuro[49]. Una via preventiva, secondo il modello della condanna condizionata, che consente al creditore di precostituirsi un titolo esecutivo per l'eventualità dell'inadempimento della parte obbligata attraverso una sorta di penale già quantificata dal giudice[50] e che mira al bilanciamento tra la tutela dei valori in gioco ed obblighi già violati.

I giudici, quindi, ordinano la cessazione della condotta illecita e l'immediata cancellazione delle foto con l'ulteriore obbligo di corrispondere una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione dell'ordine di cancellazione, a far data dalla notifica del provvedimento.

Tuttavia, sorgono spontanee alcune osservazioni: se da un lato, il disposto dell'art. 614 *bis* c.p.c sembra perfettamente aderente a alle fattispecie de quo, dall'altro, pare discutibile l'effettività della tutela che viene garantita.

Accertato il danno, nel quantificarne la liquidazione i giudici adottano tendenzialmente quella linea giurisprudenziale dominante[51] improntata sul danno conseguenza, che fa dipendere la fissazione del quantum del risarcimento dalla fatidica soglia minima, intesa quale parametro che "misura" il diritto o l'interesse meritevole di tutela.

48 La misura coercitiva indiretta *de qua* può accedere a tutti i provvedimenti di condanna qualunque sia il loro contenuto (sentenze di condanna a un fare fungibile o infungibile, sentenze di condanna a un non fare/obblighi di astensione, sentenze di condanna alla consegna di una cosa mobile o al rilascio di un bene immobile), con l'unica esclusione di quelli che hanno per oggetto l'adempimento dell'obbligo del pagamento di una somma di denaro e con il limite ulteriore dell'inapplicabilità del nuovo istituto alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c., restrizione che non è invece prevista nel sistema francese, in cui l'*astreinte* trova spazio per ogni tipo di obbligazione.

49 Nitti, M.: "La pubblicazione di foto di minori sui social network", cit., p. 393.

50 Muscio, R.: "Esecuzione dei provvedimenti sulla responsabilità genitoriale: l'art. 709-ter e la nuova formulazione dell'art. 614-bis c.p.c.", *Il Familiarista*, 2015, *passim*.

51 In tal senso, Cass. civ., 5 marzo 2015, n. 4443 *giustiziacivile.com*; Cass. Civ., 4 agosto 2011, n. 17014 in *Dejureonline*; Cass. civ., 15 luglio 2014, n. 16133 in *Foro it*., 2015, I, p. 162 ss; Cass. civ., 8 febbraio 2017, n. 3311 *Giur. it*., 2017, p. 1537 ss; Cass. civ., 25 gennaio 2017, n. 1931 *Dejure online*. Di contro, tra le tante, Cass. civ., 30 luglio 2014, n. 17288, *Dejureonline*; Cass. civ., 24 maggio 2010, n. 12626, *Guida dir*., 2010, p. 6055; Cass. Civ., 18 aprile 2007, n. 9233, *Banca borsa tit. cred*., 2009, II, p. 551.

Di conseguenza, la possibilità per la vittima, o - per utilizzare la terminologia del GDPR – per l'interessato, di ottenere il risarcimento del danno, spesso non si concretizza nel ristoro equivalente al pregiudizio complessivamente subito, tanto sotto l'aspetto della sofferenza interiore, quanto sotto l'alterazione peggiorativa della sua vita relazionale in ogni sua forma ed in ogni suo aspetto[52], pur riconoscendosi l'oggettiva difficoltà della quantificazione in prestazione pecuniaria dei valori offesi. Pertanto, l'ammontare delle somme spesso stabilite è così irrisorio da cadere in estrema contraddizione con il fine che si vuole raggiungere e che viene più volte rimarcato nei testi delle sentenze, sbiadendo sensibilmente, sul piano normativo, l'imprescindibile portata dei diritti lesi ed il loro bilanciamento in termini di equità, nonché, sul piano attuativo, tutti gli sforzi sovranazionali che si sono raggiunti per realizzare un degno connubio tra efficienza dell'innovazione tecnologica e garanzia di liceità, correttezza e trasparenza per la tutela della persona umana.

L'attuazione della recente misura prevista dalla citata L. 26 novembre 2021, n. 206, offre una soluzione che sembra sopire tali esiti a vantaggio di nuove e più efficaci risposte.

La riforma prevede, in primis, il riconoscimento del potere giudiziale di pronunciare d'ufficio l'astreinte, che sostituisce la necessaria domanda di parte.

Il rinnovato approccio previsto dal legislatore, consente quindi di adottare "anche d'ufficio e previa instaurazione del contraddittorio tra le parti, provvedimenti ai sensi dell'art. 614 *bis* c.p.c. in caso di inadempimento agli obblighi di fare e di non fare anche quando relativi ai minori"[53], risolvendo la "perdurante incertezza legislativa legata alla pretesa specialità dell'art. 709 *ter* c.p.c"[54].

In secondo luogo, la misura sancita dall'art. 614 *bis* è ritenuta cumulativamente applicabile all'art. 709 *ter* c.p.c., nel rispetto del canone di proporzionalità del trattamento complessivamente considerato[55].

Il limite di equità "impone di calibrare l'ammontare della somma dovuta alla finalità di coercizione indiretta perseguibile nel singolo caso concreto[56]". Pertanto, laddove l'astreinte riesca ad assicurarpiù equo grado di ristoro dei diritti lesi, nulla

52 Si riporta un passaggio della nota disamina proposta da Scognamiglio, C. "La giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di risarcimento del danno non patrimoniale tra continuità ed innovazione", *Resp. civ. prev.*, 2019, II, in cui affronta il delicato tema dell' integralità del risarcimento, confrontando i recenti orientamenti della Suprema Corte rispetto alle discusse decisioni del 2008.

53 Art.1, c. 23, lett. mm, L. 26 novembre 2021, n. 206.

54 Carapezza Figlia, G.: "Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli artt. 614-bis e 709-ter c.p.c nella riforma del processo della famiglia", *Dir. fam. pers.*, 2022, p. 640;

55 *Ibidem*; Sulla proporzionalità, cfr., Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 335 ss; Carapezza Figlia, G.: "Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta", cit.

56 *Ibidem*

questio. Al contrario, l'adozione cumulativa delle misure previste dall'art. 703 c.p.c. sarà deputata a garantire effettività della tutela e a calibrare l'entità della sanzione in una logica rimediale che realizza in concreto gli interessi delle parti.

BIBLIOGRAFIA.

ALPA, G.: *Famiglia. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, 2017, p. 169 ss.

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

BIANCA, C. M.: *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, *passim.*

BONAVITA S. e PARDOLESI R.: "GDPR e diritto alla cancellazione (oblio)", *Danno e resp.*, 2018, p. 269.

CAMARDI, C.: "Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore", *Juscivile*, 2018, *passim.*

CARAPEZZA FIGLIA G.:, *Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli artt. 614-bis e 709-ter c.p.c nella riforma del processo della famiglia*, *Dir. fam. pers.*, 2022, p. 640.

CARTA, M.: "Diritto alla vita privata ed internet nell'esperienza giuridica europea ed internazionale", *Dir. inf.*, 2014, p. 8.

CASSANO, G.: "La responsabilità genitoriale nell'uso dell'odierna tecnologia telematica", *Fam. dir.*, 2020, I, *passim*.

CASTELLANETA, V.: "L'incidenza del regolamento GDPR sul quadro normativo esistente", *Notariato*, 2018, p. 269 ss.

CATAUDELLA A.:, *Riservatezza (diritto alla)*, I), *Diritto civile*, in *Enc. giur.* Treccani, XXVII, Roma, 1991, p. 1 ss.

D'AMBROSIO M.:, *Diritto all'oblio e principio dell'*openness *nelle procedure giudiziarie: il caso delle pronunce delle Corte di Cassazione*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, II, 2016, p. 325 ss.

D'ANTONIO, V.: "*Il consenso al trattamento dei dati personali"*, in AA. VV.: *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, (a cura di P. STANZIONE), Torino, 2022, p. 157 ss.

DI CIOMMO, F.: "*Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all'oblio",* in AA. VV.: *I dati personali nel diritto europeo*, (a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, e V. RICCIUTO), Torino, 2019, *passim*.

Ferrara, L.: *Il diritto sulla propria immagine nel nuovo codice civile e nella nuova legge sul diritto d'autore*, Roma, 1942, *passim*.

Ferri, G. B.: "Diritto all'informazione e diritto all'oblio", *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 808.

Finocchiaro, G.: "Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità", *Dir. inf.*, 2014, p. 591.

Finocchiaro, G.: "La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems", *Dir. inf.*, , 2015, p. 779-799.

Giacobbe G.: *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1245.

Giardina, F.: "Morte della potestà e capacità del figlio", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1618.

Gorgoni, A.: *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2017, *passim*.

Lamarque, V. E.: *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale,* Milano, 2016, p. 13 ss..

Longobucco, F.: "Interesse del minore e rapporti giuridici a contenuto no patrimoniale: profili evolutivi?", *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1462 ss.

Manes, P.: *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001, p. 58 ss.

Matucci, G.: *Lo statuto costituzionale del minore di età*, Padova 2015, p. 3 ss.

Messinetti, D.: "Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali", *Riv. crit, dir. priv.*, 1998, p. 350.

Mezzasoma, L.: "Il diritto all'immagine tra codice civile e Costituzione", *Revista Internacional de Docrtina y Jurisprudencia*, II, 2013, p. 3.

Muscio R.:, *Esecuzione dei provvedimenti sulla responsabilità genitoriale: l'art. 709-ter e la nuova formulazione dell'art. 614-bis c.p.c.*, in *Il Familiarista*, 2015.

Naddeo, F.: "Il consenso al trattamento dei dati personali del minore", *Dir. inf.*, 2018, p. 27.

Nervi, A.: "*I diritti dell'interessato"*, in AA. VV.: *Il codice del trattamento dei dati personali*, (a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto), Torino, 2007.

Nitti, M.: "La pubblicazione di foto di minori sui social network tra tutela della riservatezza ed individuazione dei confini della responsabilità genitoriale", *Fam. dir.*, 2018, p. 390 ss.

Palmieri, G.: "*Diritti fondamentali, famiglia* e *multiculturalismo*", in AA. VV.: *Persona* e *diritto* (a cura di R. Alessi, S. Mazzarese e S. Mazzamuto), Milano, 2013, p. 133 ss.

Perlingieri, C.: "La tutela dei minori di età nei social netwoks", *Rass. dir. civ.*, 2016,

Perlingieri, C.: *Profili civilistici dei* social networks, Napoli, 2014.

Perlingieri P.:, *Equilibrio normativo* e *principio di proporzionalità nei contratti*, *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 335.

Perlingieri, P.: *La persona* e *i suoi diritti. Problemi del diritto civil*e, Napoli, 2005.

Perlingieri, P.: "La pubblica amministrazione e la tutela della privacy. Gestione e riservatezza dell'informazione nell'attività amministrativa," *Ann. fac. econ. Benevento*, 8, Napoli, 2003.

Piraino, F.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017.

Poletti, D.: "Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali", *Giur. It.*, 2019.

Quadri, E.: "L'interesse del minore nel sistema della legge civile", *Fam. dir.*, 1999, p. 88 ss.

Ricci, A.: "Sulla «funzione sociale» del diritto alla protezione dei dati personali", *Contr. impr.*, 2017.

Riccio, G. M.: "*Commento artt. 23-27*", in AA. VV.: *La nuova disciplina della privacy*, (a cura di S. Sica e P. Stanzione), Bologna 2003

Rodotà, S.: *Diritto d'amor*e, Bari, 2017, passim;

Ruscello, F.: "Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a "supernorme", *Fam. dir.*, 2011.

Ruscello, F.: *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2006, p. 3955.

Scalisi A.:, *Il valore della persona nel sistema* e *nei nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990.

Scalisi, V.: "Il superiore interesse del minore ovvero il fato come diritto", *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 430 ss.

Scognamiglio C., *La giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di risarcimento del danno non patrimoniale tra continuità ed innovazione*, *Resp. civ. prev.*, 2019, passim.

Sica, S.: "*Sub artt. 1-6. Principi generali"*, in AA. VV.: *La nuova disciplina della privacy. Commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196* (diretto da S. Sica e P. Stanzione), Bologna, 2004.

Spangaro, A.:, *Minori e mass media: vecchi e nuovi strumenti di tutela*, Milano, 2011, p. 257 ss.

Spangaro, A.: *"Tutela dei minori e delle fasce deboli"*, in AA.VV.: *Diritto dell'Informatica* (a cura di G. Finocchiaro e F. Delfini), Milano, 2014.

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

Tafaro, L.: *L'età per l'attività*, Napoli, 2003, passim

Thiene, A.: "Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali", *Fam. dir.*, 2017, p. 172 ss.

Tosi, E.: "*Privacy digitale, persona e mercato: tutela della riservatezza e protezione dei dati personali alla luce del GDPR e del nuovo Codice Privacy"*, in AA. VV.: *Privacy digitale*, (a cura di E. Tosi), Milano, 2019.

Urciuoli, M. A.: *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, Napoli, 2000.

Viterbo, F.G.: *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008.

Vivarelli, A.: "Diritto di autodeterminazione del minore di età e principio di responsabilità nel diritto contemporaneo", *Dir. succ. fam.*, 2019, passim.

Vivarelli, A.: *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale. Sfide tecnologiche e soluzioni giuridiche,* Napoli, 2019.

Zeno-Zencovich, V.: *Identità personale*, *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 1993.

Zeno- Zencovich, V.: "Il "consenso informato" e la "autodeterminazione informativa" nella prima decisione del Garante", *Corr. giur.*, 1997.

ZENO-ZENCOVICH, V.: *Personalità (diritti della), Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, 1995.

ZORZI GALGANO, N.: *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Milano, 2019.



DENIAL OF PATERNITY AND JUDICIAL DECISION-MAKING IN THE SLOVAK REPUBLIC

LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD Y LA PRÁCTICA DE ADJUDICACIÓN JUDICIAL EN LA REPÚBLICA ESLOVACA

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1448-1477

Tamara
ČIPKOVÁ e Igor
TRÁVNIČEK

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: "A mother always loves a child more than a father. She knows it's hers. Father is only assuming". The quote of the ancient Greek dramatist Menandros must be viewed with an open mind, without negative gender correlations. However, it still aptly reflects on the current legal status of paternity determination in the Slovak Republic based on three rebuttable presumptions. It is the possibility of refuting them that creates space for various life situations that may arise outside the framework of the current, relatively brief legal regulation of the denial of paternity in the Slovak Republic. Is Slovak legislation sufficient for the needs of the third millennium? The dynamics of the present time, the instability of partner relationships, the possibilities of artificial insemination and related issues of denial of paternity are the basis of the conducted research.

PALABRAS CLAVE: Determination of paternity; denial of paternity; the law of the Slovak Republic; limits of legislation; judicial decision-making; human rights; the best interest of the child.

ABSTRACT: *"Una madre siempre quiere más a un hijo que un padre. Ella sabe que es suyo. El padre sólo lo asume". La cita del antiguo dramaturgo griego Menandros debe considerarse con una mente abierta, sin correlaciones negativas de género. Sin embargo, sigue reflejando acertadamente la situación legal actual de la determinación de la paternidad en la República Eslovaca, basada en tres presunciones refutables. La posibilidad de refutarlas es lo que crea un espacio para diversas situaciones vitales que pueden surgir fuera del marco de la actual y relativamente breve regulación legal de la negación de la paternidad en la República Eslovaca. ¿Es la legislación eslovaca suficiente para las necesidades del tercer milenio? La dinámica de la época actual, la inestabilidad de las relaciones de pareja, las posibilidades de la inseminación artificial y las cuestiones relacionadas con la negación de la paternidad son la base de la investigación realizada.*

KEY WORDS: *Determinación de paternidad; impugnación de paternidad; derecho eslovaco; límites de la legislación; la práctica de adjudicación judicial; derechos fundamentales; interés superior del niño.*

SUMARIO.- I. INTRODUCTION.- II. DETERMINATION AND DENIAL OF PATERNITY IN THE SLOVAK REPUBLIC.- 1. Determination of paternity.- 2. Denial of paternity.- A) Denial of paternity by the mother's husband.- B) Denial of paternity established by a declaration of consent of the parents.- C) Denial of paternity at the request of the child.- III. DENIAL OF PATERNITY – ISSUES AND JUDICIAL DECISION-MAKING.- 1. Denial of Paternity Established on the Basis of the First Presumption of Paternity, Issues and Judicial Decision-Making.- A) The statutory period for the denial of paternity.- B) Denial of paternity of a man who has given his consent to assisted reproduction.- 2. Denial of Paternity Established on the Basis of the Second Presumption of Paternity, Issues and Judicial Decision-Making.- 3. Denial of Paternity Established on the Basis of the Third Presumption of Paternity, Issues and Judicial Decision-Making.- IV. CONCLUSION.

I. INTRODUCTION.

Relations between parents and children represent the basic pillar of family law regulation. For this reason, they should represent a high degree of certainty and stability. Family-law relations should also ensure the protection of basic human rights for all concerned persons, especially the right to respect for private and family life and the right of a child to know his or her origin. In family law relations, it is also necessary to take into account the interest of society as a whole in protecting the best interests of the child. The current Slovak legislation on the determination and denial of paternity is organized hierarchically in a way that favours the family founded by marriage. From a historical, but also a social point of view, the mentioned approach is not incorrect. However, it is necessary for the legislation to be sufficiently prepared for various life situations that may arise between persons. In the absence of explicit legal regulation, it is necessary for national courts to be able to approach such an interpretation that will correspond to the legitimate expectations of individuals and society. The article aims to identify those areas of the legal regulation of determining and denying paternity, the legal regulation of which is not clear or is completely absent and to analyse possible solutions to the deficiencies found.

II. DETERMINATION AND DENIAL OF PATERNITY IN THE SLOVAK REPUBLIC.

In the Slovak Republic, both the establishment and the denial of paternity are regulated in the second section of the first title, fourth part of Act 36/2005 Coll.

• Tamara Čipková
Assistant professor at the Faculty of Law, Comenius University Bratislava, The Slovak Republic. E-mail: tamara.cipkova@flaw.uniba.sk

• Igor Trávniček
PhD. Master's degree student at the Faculty of Law, Comenius University Bratislava, The Slovak Republic. E-mail travnicek5@uniba.sk

on the Family (hereinafter referred to as the Family Act), entitled "Determination of Parentage and Adoption". This Act is the basic legal regulation governing the personal status of natural persons in the context of family law relations in the Slovak Republic. The Family Act regulates marriage, relations between parents and their children and other relatives, maintenance, adoption and contains legal rules on the determination of paternity. In relation to Act 40/1964 Coll., i.e. the Civil Code (hereinafter referred to as the Civil Code), it acts as lex specialis. The Family Act has been amended ten times since its adoption in 2005[1] , three of which in a more substantial manner[2] .

1. Determination of paternity.

In accordance with historical tradition, the concept of paternity establishment remained unchanged with the advent of the new Family Act in 2005. In the conditions of the Slovak Republic, it is a concept of three legal, rebuttable presumptions of paternity.[3] From the point of view of the systematisation of the legal regulation, it can be stated that the new regulation of each of the legal presumptions is particularly complex, which means that the act first contains a given presumption of paternity and then the conditions for its denial. The previous legislation[4] first provided the presumptions of establishment of paternity and only subsequently regulated their denial. These presumptions are rebuttable, admit proof to the contrary, and are constructed so that the legally determined paternity corresponds to the biological one and to typical life situations. The order of the conditions is strictly stated, and each successive presumption in the order can only be invoked if the previous presumption has not been invoked or rebutted. It means that in the conditions of the Slovak Republic, paternity can be established by only one of the three possible legal presumptions and there cannot be a situation where paternity is established by several presumptions at the same time. "This system was created in an era that was differently value-oriented. The highest priority was to legitimize the child and to try to secure for the child the status of a 'marital' child. Hence the extreme favouring of the mother's husband in the whole system of applying presumptions to establish paternity. The second problem is that since the three presumptions of paternity have been established, there have been medical advances that allow biological paternity to be established or ruled

1 Amendments: 297/2005 Coll. , 615/2006 Coll. , 201/2008 Coll. , 217/2010 Coll. , 290/2011 Coll. , 125/2013 Coll., 124/2015 Coll. , 175/2015 Coll. , 125/2016 Coll. , 2/2017 Coll.

2 The first time the Family Act was substantially amended in connection with the introduction of alternate personal care (Act No. 217/2010 Coll.), the second time by introducing the possibility to claim interest on the unpaid amount under the civil law (Act No. 125/2013 Coll.) and thirdly by enshrining the principle of the best interests of the child - a legislative and social elevation to a cardinal place in the systematics of the Family Act and the alignment of the condition of denial of paternity determined according to the first presumption of paternity with the ruling of the Constitutional Court of the Slovak Republic (ruling PL. ÚS 1/2010-57 of 20 April 2011, published under No. 290/2011 Coll.) (Act No. 175/2015 Coll.).

3 § 84 of the Family Act.

4 Act 94/1963 Coll.

out with almost 100% certainty for a child conceived naturally. In this state of the law, presumptions of paternity are hardly sustainable."[5] While it is undeniable that the Family Act has brought about some positive changes, it can be stated with certainty that it does not sufficiently reflect the current trends, needs and possibilities of contemporary European society.

The first presumption of paternity is the paternity of the mother's husband[6] and states that the mother's husband, even the former husband until the expiration of the three hundredth day after the dissolution of the marriage or its annulment, shall be presumed to be the father of the child. This presumption reflects the principle of protection of the family and marriage, one of the fundamental principles of the Family Act, on which the current Slovak family law is built.[7] It is an implementation of the Roman law principle "pater is est quem nuptiae demonstrant", for the application of this legal presumption the relevant and decisive fact is the birth of the child at the time determined by law, which implies that even if the child is born the day after the marriage, the husband of the mother is considered to be the father.[8] Other factors which would exclude the possibility of the husband being the father of the child have no bearing on the application of the presumption, but may be used as grounds for denying paternity. Provision of § 85 Section 2 of the Family Law adds that if a child is born to a remarried mother, the later husband shall be presumed to be the father, even if the child was born before the expiry of the 300th day after her earlier marriage was dissolved or declared void. This statutory provision thus clearly establishes the father of the child in order to avoid possible uncertainty in the determination of paternity. However, should paternity be denied by the mother's current husband, the child's father automatically becomes the child's mother's former husband, provided that the child was born within three hundred days of the dissolution of the marriage.

The second presumption is paternity determined by the parents affidavit.[9] This means that if paternity is not established by the presumption of paternity of the mother's husband, it may be established by a consensual declaration of both parents and the man whose paternity has been established by such a consensual declaration of the parents is deemed to be the father and thus also expresses the succession of the first and second presumptions. The second presumption is constructed in such a way that its application is not limited in time, so that it may be invoked at any time, unless the paternity is established by another man on the basis of the first or third presumption. The Family Act also allows paternity to be

5 Pavelková, B.: *Zákon o rodine, Komentár*, C.H.BECK, Bratislava, 2019, p. 526.

6 § 85-89 of the Family Act.

7 Bános, R., Košútová, M.: *Zákon o rodine – Veľký komentár*, Eurocodex, 2020, p. 320.

8 Burdová, K.: *Krívajúce rodičovstvo v slovenskom medzinárodnom práve súkromnom,* Univerzita Komenského v Bratislave, 2022, pp. 16-17.

9 § 90-93 of the Family Act.

recognised in respect of a child who has not yet been born but has already been conceived. Since there is no time limit as to when a declaration of consent may be made, it is not excluded that paternity may also be recognised in respect of a child of full age. The law sets time limits only for the denial of paternity, in this case three years from the date of recognition. In practice, the second presumption is used most often in the case of a child born to an unmarried mother, subsequently in the case where paternity has been successfully denied under the first presumption, but also in the case where the child is born after three hundred days have elapsed following the dissolution of the marriage or its annulment.

The third statutory presumption is paternity determined by court order[10], a concept based on a substantial period of time, where, if paternity has not been established by affirmative declaration of the parents, the child, the mother or the man claiming to be the father may petition the court to establish paternity, whereby a man who has had intercourse with the child's mother at a time not less than one hundred and eighty days nor more than three hundred days from the time of the child's birth shall be presumed to be the father, provided that his paternity is not excluded by compelling circumstances. This presumption shall apply where the first and, consequently, the second presumption have not been invoked or have been rebutted. This statutory presumption may be invoked only if an application is made to the court. The child, the child's mother and the man who claims to be the child's father have active legal standing to bring the action.

The application of this presumption is now more and more losing its original meaning, as the fact of "coitus" as a decisive event gives way to the biological certainty provided by DNA[11] analysis. All the tests used in the past, such as those in haematology, gynaecology (comparing the timing of coitus and childbirth) and sexology (ascertaining a man's ability to procreate), are now being replaced in practice by DNA analysis, which can confirm or exclude the paternity of a particular man with a very high degree of certainty. The court may impose participation in genetic tests as an obligation under the provisions of § 210 of the Code of Civil Procedure.[12] According to § 210, the potential father, as a party to the proceedings, may be ordered to appear before an expert, to produce the necessary things, to undergo a medical examination or a blood test, or to do or bear something if this is necessary for the purposes of the expert evidence. The court may enforce the obligation to cooperate by means of orderly fines or by bringing the person before it. What if the prospective father refuses to submit to DNA sampling on the grounds that such an act is an unjustified interference with his bodily integrity, right to life and health? In order to answer the fundamental question of whether

10 § 94-95 of the Family Act.

11 Deoxyribonucleic acid.

12 Pavelková, B.: *Zákon o rodine, Komentár*, cit., s. 559.

the restriction of one subject's fundamental right is a reasonable and necessary means of achieving the objective of protecting the fundamental rights of another (the child's right to private and family life under Article 8 ECHR[13], the right to know one's origins under Article 7 Section 1 CRC[14]), it is necessary to attempt, at a theoretical level, to carry out the basic steps of a constitutional enquiry. In the case of competing multiple fundamental rights, we apply the proportionality test, which consists of three basic steps. First, the objective of the interference with the fundamental right must be identified, which must be legitimate and lawful. The second step of the proportionality test is to carry out the necessity of the interference test, where it is necessary to assess whether it would not have been possible to use a means that would have been more benign in relation to the fundamental right in question to achieve the objective pursued. The third step is the so-called proportionality test in the narrower sense of the word. It is essentially a balancing of two competing rights or values and then giving preference to one of them, based on an assessment of the aspects of the particular case.

On the basis of the above, it is clear that the legal system of the Slovak Republic regulates the power of the court to enforce the provision of assistance to an expert for the purpose of a fair decision in the case. In the proceedings for the establishment of paternity, there is in principle no more lenient way of establishing paternity with a probability bordering on certainty. Other means of proof from which evidence for establishing paternity can be abstracted (questioning of the parties, witnesses, records of communications between the mother and the man, etc.) do not provide such a degree of certainty and stability in the final decision of the court. DNA analysis can be carried out with minimal interference with the physical integrity of the person, for example by swabbing the buccal mucosa of the oral cavity, which poses no health risk and is painless. For this reason and taking into account the protection of the fundamental rights of the child, this examination can be considered proportionate. The Constitutional Court of the Czech Republic also approached the issue of competing fundamental rights of the subjects in the same way at a time when the legal regulation of paternity establishment was similar to that in Slovakia.[15]

The filing of a petition by the child raises a bar of lis pendens for the mother or for the man who claims to be the father - which means that she cannot file her own petition against the same man. The reverse is also true - if the mother brings the action, the child cannot bring proceedings in the same case against the same man. If the third presumption of paternity were testified to by several men

13 European Convention on Human Rights.

14 Convention on the Rights of the Child.

15 See also: Judgment of the Constitutional Court of the Czech Republic of 28 February 2008, Case No. I. ÚS 987/07.

at the same time, it would be possible for the child to initiate proceedings for the establishment of paternity against one man and the mother against the other.[16]

2. Denial of paternity.

The Slovak Family Act defines legal presumptions for the determination of paternity as rebuttable, which means that under the conditions provided for by law, evidence to the contrary is admissible. The main purpose of this regulation is to reconcile legal and biological paternity. Only certain entities have standing and time limits are laid down for filing a petition for the denial of paternity. The nature of these time-limits is prescriptive, i.e. on their expiry the right is extinguished, and they cannot be waived or extended by the courts. The reason for these relatively strict conditions is the need for stability in family law relations. The proceedings for the denial of paternity are procedurally regulated in Act No 161/2015 Coll. (Civil Procedure Code). The proceedings are petition proceedings, i.e. they are always initiated only on the petition of actively legitimated persons, according to the Family Act. To clarify, it should be added that "a petition for the denial of paternity may only be filed against paternity established according to the first and second legal presumptions of paternity; a petition for the denial of paternity against paternity established by the third presumption, and thus by a court decision, is absolutely excluded.[17] Which also reinforces our conclusion as to the reasonableness of being able to compel the cooperation of the prospective father in providing assistance to an expert to conduct a DNA analysis.

A) Denial of paternity by the mother's husband.

According to the Family Law, only the husband and the mother of the child have the right to deny the paternity of the mother's husband. Both can do so within the three-year period, which, however, has a differently regulated start date. According to § 86 of the Family Act, the husband may, within three years from the date on which he becomes aware of facts which reasonably call into question the fact that he is the father of the child born to his wife, deny in court that he is the child's father. This is a subjective period, the beginning of which is linked to the husband's knowledge of the facts which reasonably call his paternity into question. The term "facts giving rise to a reasonable doubt that he is the father" may be understood to mean the degree of doubt at which the person entitled acquires the conviction that he is not the father of the child to such an extent that he is able to present that opinion publicly before third parties and to assert it directly in the court proceedings.[18] Such a fact is not necessarily a DNA

16 Pavelková, B.: *Zákon o rodine, Komentár*, cit., p. 558.

17 Bános, R., Košútová, M.: *Zákon o rodine – Veľký komentár*, cit., p. 337.

18 Judgment of the Regional Court in Trenčín, 4CoP/10/2020 of 29 April 2020.

test, which is in principle a certainty that he is or is not the father. For example, testimony from several people in the family, a renunciation by the mother or the biological father, etc., may be considered as such.

According to § 88 Section 2, the mother may also deny that her husband is the father of the child within three years of the child's birth, in which case the time limit is an objective one, determined by the birth of the child. Depending on whether the child was born before the one hundred and eightieth day after the marriage or between the one hundred and eightieth day after the marriage and the three hundredth days after the marriage has been dissolved or declared void. Under § 87 Section 3, if a child is born before the one hundred and eightieth day after the marriage, it shall be sufficient for the husband of the mother not to be deemed to be the father if he denies his paternity in court. This does not apply if the husband had intercourse with the mother of the child at a time from which less than one hundred and eighty days had elapsed before the birth of the child and more than three hundred days had elapsed, or if he knew at the time of the marriage that she was pregnant.[19] The second possibility is reflected in § 87 Section 1 of the Family Act, which states that if a child is born between the one hundred and eightieth day after the marriage was celebrated and the three hundredth day after the marriage has been dissolved or declared void, paternity may be denied only if it is excluded that the mother's husband could have been the father of the child. For this, it is necessary to prove in the proceedings that there was no coitus between the spouses at a material time or, if there was, that the child cannot be descended from the husband. At present, the quickest solution is to submit a private expert report to the court.

The possibility of artificial insemination - assisted reproduction is explicitly taken into account in only one provision of the Family Act and there is no law in Slovakia that would comprehensively address the issue of assisted reproduction. Within the Family Act, it is the provision of § 87 Section 2, which states that paternity of a child born between the one hundred and eighty-third day of the assisted reproduction procedure with the consent of the mother's husband may not be denied. It also adds, in the second sentence, that this is possible if it is proved that the mother of the child became pregnant otherwise.

The spouse's consent is a necessary attachment to the request for a medical procedure, which applies to all interventions of the procedure (if it consists of several interventions). The consent of the spouse is revocable or may be terminated by the dissolution of the marriage. If a woman has been artificially inseminated without her husband's consent, the presumption of paternity of the mother's husband

19 The burden of proof in this case is on the mother, who, in order to reverse the denial of paternity by her husband, must prove either that the father of the child had sex with her at the time decisive for the birth of the child, or that he knew she was pregnant when the marriage was contracted.

may be rebutted on the ground that the substantive conditions have not been fulfilled. Conversely, if the consent of the husband to the assisted reproduction procedure has been validly given and the woman has become pregnant, it is not possible for the husband to deny his paternity. It is legally irrelevant whether the woman was inseminated with her husband's sperm or with another man's sperm (i.e. whether the insemination was homologous or heterologous). A woman is presumed to have become pregnant by assisted reproduction if the child is born between the 100th and 300th day after the assisted reproduction procedure. Under the provisions of § 87 Section 2, in fine, the husband of the mother may deny his paternity of the child if it is proved that the mother became pregnant otherwise than through the assisted reproduction procedure. In such a case, the three-year subjective time limit set out in § 86 Section 1 of the Family Act applies to the denial of paternity. However, it is not sufficient to prove that the woman had intercourse with another man or men at the time decisive for the birth of the child, but it must also be proved that the impregnation was not carried out by means of an insemination procedure to which the husband gave his consent. The establishment of paternity against the sperm donor himself is excluded in order to protect his anonymity. The man had no wish to procreate a particular child. If, after the assisted reproduction procedure had been carried out, the marriage had been dissolved by divorce, the husband who had consented to the procedure would still have been considered the father of the child, since the child would have been born within three hundred days of the assisted reproduction procedure and also within three hundred days of the dissolution of the marriage. The only exception would be if the woman remarried before the birth of the child. In that case, the later husband would be considered the father of the child, despite the fact that he himself did not consent to the assisted reproduction procedure (§ 85 Section 2 of the Family Act).[20]

B) Denial of paternity established by a declaration of consent of the parents.

Even if paternity has been established by a declaration of consent of the parents, a situation may arise where one of the parties decides to deny paternity. Since presumptions of paternity are constructed as rebuttable, it is possible to deny paternity established by the parents' affirmative declaration. To do so, it is necessary to prove circumstances which exclude the paternity of the man who made the declaration of paternity. Both the man whose paternity has been established by a declaration of consent and the mother of the child have active legal standing. The time limit shall be three years and shall run from the date on which paternity is thus established. Where the establishment of paternity is in respect of a child who has not been born but has been conceived, the period shall

20 Pavelková, B.: *Zákon o rodine, Komentár*, cit. , p. 540.

not expire before the expiry of three years from the birth of the child.[21] It should be noted that, while the application of the second presumption of paternity is not limited by time limits, the denial of paternity established on the basis of the second presumption is limited by a period of three years running from the date of the establishment of paternity, that is to say, the affirmative declaration by both parents of the acknowledgement of paternity. It follows from the above that, according to the currently applicable regulation in the Slovak Republic, the time limit for the denial of paternity under the first and second presumption of paternity to the established father runs differently and is not logically consistent as a whole. Denial under the first statutory presumption allows a father to deny paternity within three years from the date on which he became aware of facts reasonably doubting that he is the father of a child born to his wife, to deny it in court, whereas, in the case of the second presumption, he may deny paternity before a court within three years of the date of its establishment only if it is excluded that he could be the father of the child, that is to say, if he later becomes aware of facts justifying the presumption that he is not the father of the child, he does not have an explicit legal remedy available to him to defend himself. It is necessary to distinguish from the denial of paternity itself the situation where the declaration by one of the parents did not satisfy the legal requirements of a valid legal act.

C) Denial of paternity at the request of the child.

The institute of denial of paternity at the request of the child[22] was introduced into the Slovak legal system by the Family Act in 2005, replacing the previous legislation which authorized the Attorney General to file a petition.[23] By granting active legitimacy to file a petition for the denial of paternity, Slovak family law has strengthened its private law character.

The process of denying paternity at the request of the child is the same for the first and the second presumption. First of all, the child must file a petition for the initiation of proceedings for the admissibility of the petition for the denial of paternity. If the child is a minor, he or she is represented in the proceedings by a conflict guardian. The court shall, in principle, grant the application for the admissibility of the denial of paternity if this is necessary in the interests of the child. Once the court has made a final decision on the admissibility of the application for the denial of paternity, the second stage of the paternity proceedings is the application for the denial of paternity itself, in which evidence is taken as to the existence of a biological relationship between the child and the designated father. The application for the denial of paternity lodged by the child is not limited by

21 § 93 of the Family Act.

22 § 96 of the Family Act.

23 Act 94/1963 Coll. § 62.

the time-limit for the denial of paternity. For that reason, the proceedings may take place even after the child has reached the age of majority. However, it is a prerequisite that at least one of the parents is living.

One of the essential legal requirements for the denial of paternity at the request of the child is the best interests of the child. In this case, as in any other proceeding involving a minor, there is no legal definition or other specificity as to when it is in the best interests of the child to allow a petition to disestablish paternity to be filed. We can help ourselves by a demonstrative, non-hierarchical enumeration of the criteria for assessing the best interests contained in Article 5 of the Family Law. In the context of the denial of paternity, it is important to take into account, in particular, the protection of the child's dignity as well as the child's mental, physical and emotional development, the threat to the child's development by interfering with the child's dignity and the threat to the child's development by interfering with the mental, physical and emotional integrity of a person close to the child, the conditions for preserving the child's identity and for the development of the child's abilities and aptitudes, and the conditions for the formation and development of relational ties with both parents, siblings and other close persons.[24] The individual circumstances of a particular minor in relation to legal and biological paternity must be taken into account in order to ensure the abovementioned criteria. In principle, denial of paternity is necessary in the interests of the child, particularly in those cases where a biological father has appeared in the child's life who is interested in exercising his right to parental education and care. The court must then address the issue of the conflict between biological and social, legal paternity. If the court concludes that the potential denial of paternity will have a positive impact on the child's development and thus ensure the protection of the child's best interests, it will then decide whether the application for the denial of paternity itself is admissible. A situation may arise where the application for the admissibility of the denial of paternity is brought by a child of full age. In principle, this does not fundamentally change the view of the statutory presumption of an assessment of the best interests of the child. Of course, in such a case, it will be assessed in particular from the point of view of the interrelationship of the subjects involved and the protection of their fundamental rights (in particular the right to protection of private and family life, the right of the child to know his or her origins, etc.). The criterion of the child's proper development will take a back seat to the fact that, in the case of a child of full age, the essential stages of his or her development are presumed to have been completed to the extent that the child is perceived as a weaker subject of legal relations.

24 Luprichová, P.: Najlepší záujem dieťaťa – efektívny nástroj ochrany maloletého dieťaťa?", *Bratislavské právnické fórum 2015*. Univerzita Komenského v Bratislave, Bratislava, 2015. p. 164.

A child may not bring an action to deny paternity if it has been established on the basis of a third presumption. In such a case, the final decision of the court cannot be challenged by an application for the denial of paternity.

III. DENIAL OF PATERNITY – ISSUES AND JUDICIAL DECISION-MAKING.

A number of different life situations require legislation which, unless it provides a specific regulation, allows a logical interpretation by the courts. In the Slovak law, court precedents are not a formal source of law. However, the decision-making practice of the courts is relevant source of the interpretation of legal norms. It represents a basis for decision-making in similar cases, and even decisions are not legally binding, the relevant legal professions refer to them. The constitutional court has a special place in the Slovak judicial system The constitutional court is authorized to decide on the conformity of laws with the constitution, constitutional laws and international treaties to which the National Council of the Slovak Republic has expressed its assent and which were ratified and promulgated in the manner laid down by a law. If the Constitutional Court declares in its decision that there is an inconformity between the mentioned legal regulations, the respective regulations, their parts, or some of their provisions shall lose effectiveness and the relevant authorities shall be obliged to harmonize them. If they do not do so within six months from the promulgation of the decision of the Constitutional Court, these legal regulations or their parts shall lose validity. In this way, the Constitutional Court participates in such legislation that respects the human rights and basic legal principles. The general courts have the task of providing such an interpretation of legal regulations that is not only legal, but also ensures a righteous arrangement of relations between the participants. This part of the article analyses the mentioned judicial decision-making practice of determining and denying paternity.

1. Denial of Paternity Established on the Basis of the First Presumption of Paternity, Issues and Judicial Decision-Making.

In this section, we will present the most famous case where the unsatisfactory legislation in the context of denial under the first presumption of paternity ended up in the Constitutional Court of the Slovak Republic and how the case law of the Constitutional Court played a key role in the amendment of the Family Act. We will also consider the implications of the new first presumption regulation and some of its current shortcomings. Secondly, we will look at the courts' decision-making in the field of assisted reproduction, which in the conditions of the Slovak legislation, in the context of the first presumption of paternity, is based on the analogy of the law.

A) The statutory period for the denial of paternity.

In the first case, it is an amendment of the original provisions of § 86 of the Family Act on the basis of the case law of the Constitutional Court. The essential point is Section 1 of § 86, which originally stated that a husband may, within three years of the date on which he learns that his wife has given birth to a child, deny in court that he is the child's father. This provision appears problematic even at first sight, since it could easily have happened that the father may or may not have felt any reason to doubt and subsequently investigate whether he is indeed the biological father of the child during the subjective period laid down by law for the denial of paternity. We would describe the starting point of this case as follows. A man was determined paternity on the basis of a first presumption of paternity attesting to the mother's husband[25] to a child born in 1992. In 2006, he learned from expert testimony using DNA testing that he was not the child's father. At that time, he no longer had any legal means at his disposal to deny his paternity. Despite this initial state of affairs, he decided to bring an action to deny paternity. The first instance court dismissed the action on the ground of the extinction of his right to bring the action. On appeal, the proceedings were stayed by the Court of Appeal, which brought an application to the Constitutional Court for proceedings to determine the compatibility of the relevant provisions[26] , deriving the period of denial from the husband's knowledge of the child's birth, with Articles 6 Section 1 and 8 Section 1 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (further as "Convention").

On 20 April 2011, the Constitutional Court of the Slovak Republic ruled that the provision of § 86 Section 1 of the Family Act, which states that a husband may, within three years from the date on which he learns that his wife has given birth to a child, deny in court that he is the child's father, is incompatible with Article 6 Section 1 and Article 8 Section 1 of the Convention.

In its reasoning, the Constitutional Court states that the European Court of Human Rights applies Article 8 of the Convention differently to cases of the father knowingly establishing the relationship between the father and the child, or the legal father's failure to deny paternity within the statutory period of denial, despite the legal father's knowledge that he is not the biological father of the child, or if he has doubts about this fact, on the one hand. On the other hand, cases where the legal father was not aware that he was not the biological father during the period for denying paternity and therefore denies paternity only after that period has expired. The relevant fact for the application of the Convention is

25 § 51 Section 1 of the Family Act No. 94/1963 Coll.

26 § 57 Section 1 of the Family Act No. 94/1963 Coll. in force until 31 March 2005 and § 86 Section 1 in conjunction with § 96 of Act No. 36/2005 Coll. on the Family in force since 1 April 2005.

the moment when the legal father becomes aware of the inconsistency between biological and legal paternity or of the facts disputing his paternity. It is only then that the legal father, whose paternity has been established by a legal presumption of paternity, can make a conscious decision whether he wishes to continue the legal relationship already established with the child and to bear the resulting responsibilities associated with his parental rights and obligations, or to resort to legal means to eliminate the inconsistency between the legal and biological paternity.[27]

The Constitutional Court of the Slovak Republic further stated that the time limit for filing a contestation action established by the legislation is not contrary to the above-mentioned articles of the Convention, however, the definition of this time limit and the conditions for its running must adequately respect the rights of all persons involved in these legal relations. In order to balance all the interests involved in the settlement of the legal relations relating to legal paternity, account must be taken, in particular, of the time when the period of estoppel begins to run, which must take account of the time at which the legal father became aware of the facts disputing his paternity. The fact that the legislation provides for the period of disownment to begin to run from the moment when the mother's husband became aware of the birth of the child disproportionately weakens his interests.

In the event of a declaration of non-compliance, the Slovak Parliament was obliged, in accordance with Article 125 Section 3 of the Constitution of the Slovak Republic, to bring the above provisions into conformity with Article 6 Section 1 and Article 8 Section 1 of the Convention within six months of the promulgation of this judgment in the Collection of Laws of the Slovak Republic. As this was not done, the contested provision lost its validity and a legislative vacuum was created in the case of paternity denial, which lasted until 2016, when Amendment 175/2015 Coll. became effective. It follows from the above that the case law of the Constitutional Court played a significant role in the adoption of this amendment, which is also stated in the explanatory memorandum to the amendment. During the period of this legislative vacuum, further problems arose as a consequence of the unspecified time limit for the denial of paternity under the first statutory presumption. As an example, the child's inability to claim by petition the denial of paternity under § 96 of the Family Law Act, since the father, as the mother's husband, could not let the unstated time limit expire.[28]

As we shall see below, even the current amended version is not without problems and brings with it similar challenges. The logical inconsistency between the provisions of § 86 Section 1 of the Family Act, where the three-year period

27 Decision of the Constitutional Court of the Slovak Republic, PL. ÚS 1/2010-57 of 20 April 2011.

28 Due to the repeal of § 86 Section 1 of the Family Act by the Constitutional Court.

for denying paternity begins for the man - the husband from the day he became aware of the facts reasonably questioning that he is the father of the child and the provisions of § 93 Section 1 of the Family Act, where a man whose paternity was determined by the consent of the parents, can deny paternity before the court within three years from the date of its determination, only if it is excluded that he could be the father of the child. Thus, the first of the time limits is dependent on the husband's knowledge of the facts which reasonably call his paternity into question, while the second is firmly dependent on the man's having made a consensual declaration, without admitting that he might in the future acquire a doubt as to his paternity.

Another possible problem can be seen in the provisions of § 86 Section 1 in conjunction with § 96 of the Family Act (denial of paternity at the child's request), where the latter provision states that if it is necessary in the child's interest, the court may, at the child's request, decide on the admissibility of the denial of paternity if the time limit set for the child's parents to deny paternity has expired. However, it is under § 86 Section 1 that the time limit is subjective, i.e. when the parent has become aware of facts which cast reasonable doubt on his being the father of the child. The very fact that the father has a subjective period brings with it the possibility that it may never expire (for example, he dies and it can no longer be proved that he acquired reasonable doubt about his paternity at some time during his lifetime) and, at the same time, when the mother's objective period expires (she will not be entitled to bring an action for denial), the child will not be entitled to bring an action for denial because the father, as the other parent, has not been subject to the subjective period (because it has not even begun to run).

B) Denial of paternity of a man who has given his consent to assisted reproduction.

The issue of assisted reproduction is not explicitly regulated in the Slovak Family Act and the only direct reference is found in § 87 Section 2, i.e. in the framework of the presumption belonging to mother's husband. However, assisted reproduction is a very specific method of procreation and it requires a deviation from the standard general conditions for denial of paternity. As there is no legal regulation of assisted reproduction by unmarried parents, the courts must look for the closest possible legal standard in terms of the content of the regulation. At present, even unmarried parties to assisted reproduction are in the same position in terms of the Family Law as if they were married. This is possible despite the fact that Slovak law does not recognize the institution of cohabitation.[29]

29 Dufalová, L., Čipková, T., Burdová, K.: „Legal consequences of marriage and cohabitation under the Slovak Law", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, no. 11, p. 150.

Certain basic legal issues in the field of assisted reproduction are regulated by the binding measure of the Ministry of Health of the Slovak Socialist Republic No 24/1983 of 10 October 1983 on the regulation of conditions for artificial insemination, published in the Bulletin of the Ministry of Health of the Slovak Socialist Republic, which is a subordinate norm to Act No 20/1966 Coll. on the care of the health of the people, which has been repealed, and thus, from the point of view of legal theory, the measure itself has also lost its force. That measure allows artificial insemination only for married couples, but in Slovakia assisted reproduction clinics also provide services to unmarried couples, probably on the basis of the ineffectiveness of that measure and also in the light of the Transplantation Act No 317/2016 Coll., which states in § 2 Section 12 that partner donation for the purposes of that Act is the donation of reproductive human cells between a man and a woman who declare that they are in an intimate physical relationship. Assisted reproduction is currently considered to be the provision of health care and therefore Act No 576/2004 Coll. on health care and other related regulations also apply to these procedures.[30] The legal regulation of assisted reproduction in the Slovak Republic is scattered in more recent legislation with the force of law, but the regulation is neither comprehensive nor clear.

It can be said that the rapidly developing fields of biomedicine and genetics are constantly bringing new elements into the field of family law, raising new questions and demanding new solutions. It is customary to say that "the law generally lags behind technical progress"[31] and in principle can only follow it, but the speed at which it does and can do so depends on a variety of factors, most noteworthy of all is the willingness and political will to address such electorally sensitive issues. So far, however, that political will has not happened in Slovakia. Therefore, in problematic factual situations, the court must deal with the interpretation of the lack of legislation by analogy and by reference to fundamental legal principles.

This lack of more detailed legal regulation of assisted reproduction has been addressed by the Slovak courts in the recent period.[32] Since 2013, the partner and the spouse were living in a civil partnership, so they were not married. The woman became pregnant after an assisted reproduction procedure performed in the Czech Republic, with sperm provided by an anonymous donor. The legal father was not the biological father of the minor and that fact was neither disputed nor contested in the proceedings. It was also established that both parents had given their consent to the artificial insemination, and that the consent included an instruction on the legal consequences of the artificial insemination. The consent of the partner was not withdrawn and had the necessary formalities, therefore it was

30 Dufalová, L.: *Surogačné materstvo,* Wolters Kluwer, 2020, p. 62.

31 Cirák, J. et al.: *Rodinné právo*, Heuréka, Šamorín, 2008, p. 94.

32 Judgment of the Supreme Court of the Slovak Republic of 27 January 2022 Case No. 5Cdo 121/2021.

valid. As part of the informed consent, the parties submitted to the legal regime in the Czech Republic. It was understood that they would become the parents of the child after the birth of the child. In the Czech Republic, the man who consented to assisted reproduction would ultimately be presumed to be the father of the child in accordance with § 778 of Act No. 89/2012 Coll. of the Czech Civil Code. However, the child was born in the territory of the Slovak Republic, where the legal system does not contemplate such a situation and the first presumption of paternity in the case of assisted reproduction is testified to only by the husband of the mother, not by the second husband. Since the parties were not married, for administrative reasons, paternity was established by the second presumption of paternity, a declaration of consent. After disagreements in their partnership, the mother decided to file a petition to deny paternity. She derived the possibility of denying paternity from the provisions applicable to the denial of paternity under the second presumption of paternity.

The court of first instance rejected the claimant's application, since in the court's opinion, when assessing the denial of paternity, it was necessary to apply by analogy the provision of § 87 Section 2 of the Family Act, i.e. the denial of paternity according to the first presumption, which is the only one that speaks of the possibility of denying paternity after the assisted reproduction procedure has been carried out on the woman, namely the wife. In this respect, the Family Law excludes the right to deny paternity if the husband has given his consent to the artificial insemination of his wife, the consent being stored in the medical records. The evidence showed that both parents had given such consent and that they had been advised of the legal consequences of artificial insemination. The court further stated that if all the conditions are met, based on the presumed will of the spouses or partners who have taken such a step, as well as the need to stabilize the legal status of such a child, the law does not allow to deny the paternity of the spouse or partner to such a child as an exception to the general right of denial. In the case of heterologous insemination[33] it is irrelevant that the husband/partner of the mother did not conceive the child, it can only be proved that she became pregnant otherwise than after the assisted reproduction procedure. The Court of First Instance also emphasised the need to protect the interests of the child.[34]

The Court of Appeal upheld the judgment of the Court of First Instance against the applicant's appeal.[35] The Court of Appeal agreed with the first instance decision and held that assisted reproduction is a highly specific case of procreation which naturally requires a departure from the general conditions for the denial of paternity under § 93 of the Family Act. In the present case, it is not possible for

33 Sperm from an unknown donor.

34 Judgment of the Prešov District Court of 13 July 2020, No. 29Pc/11/2020-48.

35 Judgment of the Regional Court of Prešov of 30 March 2021, Case No. 24CoP/151/2020.

the child to have a biological father entered on the birth certificate, as the very nature of assisted reproduction, based on the use of the biological material of a third party - an anonymous man - precludes it. At the same time, the Court of Appeal stated that due to the absence of legal regulation of assisted reproduction of unmarried parents, the Court of First Instance correctly looked for the closest legal norm in terms of the content of the regulation, i.e. in § 87 Section 2 of the Family Act.

Against the judgment of the Court of Appeal, the petitioner appealed to the Supreme Court, where she also defined the legal issue which, in her opinion, should be addressed in the present case, namely "whether the analogy legis can be applied to cases of denial of paternity in assisted reproduction IVF[36] from an anonymous donor of germ cells and the statutory provision regulating the denial of paternity in the case of the mother's husband (§ 87 Section 2 of the Family Act), when they are not spouses, can be followed".

This legal issue, defined on the basis of the Court of Appeal's reasoning, has not been resolved in the Supreme Court's decision-making practice until then. Given that the Supreme Court's reasoning has a direct impact on judicial lawmaking in the Slovak Republic, we present some of the most important arguments of the Supreme Court. At the outset, the question arises whether a simple grammatical interpretation in the application of the law does not cause an unjustified differentiation, which would be contrary to the principle of the uncontroversial nature of the legal order and the principle of equality, while these principles are precisely the legitimate reason for the creation of law by analogy legis, whereby the judge still remains on the ground of the applicable law and only proceeds from the presumption of a rational legislator.[37] It is clear that if the protection afforded to the paternity of a man who has consented to an assisted reproduction procedure is dependent on the circumstance of whether that man is the husband of the mother or not, this is a violation of the principles of equality and the non-arbitrariness of the legal order. In the opinion of the Supreme Court, the Family Act, in the provisions of § 87 Section 2, in essence provides for another presumption of paternity "sui generis", whereby the husband of the woman who has undergone the assisted reproduction procedure is deemed to be the father of the child born within a specified period of time of the assisted reproduction procedure, and it does not matter whether he is also the biological father, what matters is that he consented to the procedure, and the only way of denying the

36 In vitro fertilization.

37 For example, according to the resolution of the Supreme Court of the Slovak Republic, Case No. 6Cdo/137/2010, the court's obligation to find the law does not only mean to search for direct and explicit instructions in the statutory text, but also the obligation to ascertain and formulate what is the specific right, even where the interpretation of abstract norms or norms that are unclear or legislatively imprecise is involved.

paternity thus established lies in the possibility of proving that the conception took place in a different way. Thus, this is a case where the law purposely creates legal paternity on the basis that a certain man formed a couple with a woman and consented to her artificial insemination with the sperm of an anonymous donor.

Since the subject of the proceedings was the denial of paternity to a minor child, it was equally important to take into account the interests of the child and to analyse whether, if the application were granted, his fundamental rights and freedoms protected by the Constitution of the Slovak Republic (Article 41 Section 3), the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Convention on the Rights of the Child would not be violated. It was also necessary to consider whether, if the application were granted, the minor might also be subject to unequal treatment, since, because of the possibility of denying paternity after an assisted reproduction procedure, the Family Act does not provide for equal conditions for children whose parents are married and whose parents are not married. Thus, an unmarried father and his child could be discriminated against in cases of assisted reproduction, since it would be incomparably easier to deprive an unmarried father of his paternity and thus deprive the child of its father. Here, we note once again that in this case the mother sought to deny paternity to a man who, as her partner, had consented to the assisted reproductive procedure.

The Supreme Court also upheld the reasoning of the trial and appellate courts, which found a gap in the law that they chose to close through the application of analogy legis. In so doing, it stated that if it were established that there was a conscious gap in the law, the limit of the lex lata would be clearly established and the analogy legis would not be applicable to the present case. He also pointed out that this was not the case in the present case, since it was clear that the legislator had not taken into account the future possibilities of assisted reproduction for unmarried couples when drafting the law.

The father's consent to assisted reproduction shall supersede the biological link between father and child, and all biological family contexts shall apply to such a link. The anonymity and rights of the donor of the biological material must also be respected.

The Supreme Court found possible discrimination on the basis of birth (child of unmarried parents) or on the basis of other status (spouse/partner), and thus the possibility of considering the unconstitutionality of the Family Law. In the present case, however, the Supreme Court could not use its jurisdiction to initiate proceedings on the constitutionality of the Family Act, since the Constitutional Court could not find the Family Act unconstitutional in the proceedings in question, since in this case it is the absence of the legislation itself that is unconstitutional. It

also stated that such a fact could not go unnoticed by the general court under the Constitution and that it was therefore obliged to resolve it by analogy legis. On the basis of the above, the Supreme Court held as follows: "A man's consent to an assisted reproduction procedure is a legal fact which establishes his paternity of the child born after a successful procedure, instead of the biological relationship between the father and the child. An analogous application of the provisions of § 87 Section 2 of the Family Act to cases of denial of paternity established by a declaration of consent pursuant to § 90 and § 91 of the Family Act following an assisted reproduction procedure with the consent of a man who is not the husband of the mother is permissible." [38]

We fully agree with the Supreme Court's decision and its reasoning, as we also stated in the previous section that the Family Act should not contain provisions that treat similar factual situations differently. For example, merely on the basis of whether or not the persons are married. This is particularly so in the context of preserving all the related rights and obligations of those persons and their equitable position in a particular family law relationship. In the same way, this should not be the case with children, depending on whether or not they come from a marital or extra-marital union or whether or not their conception was carried out through assisted reproduction. Of course, equally important is the protection of family relations, security, stability and the proper development of the child and its material needs. The parties to family law relationships must be held responsible for their actions, regardless of any change in circumstances over time. At the same time, the interest of the minor child as the weaker subject of these relationships must always be taken into account.

2. Denial of Paternity Established on the Basis of the Second Presumption of Paternity, Issues and Judicial Decision-Making.

According to the above mentioned, only three particular persons have active legitimacy to bring an action to deny paternity determined by a consent declaration. Designated father, mother and, after the expiration of the parents' denial period, the child. A man who claims to be the biological father of a child does have legitimacy to bring an action to determine paternity. However, if paternity is determined in relation to another man, paternity of this man must first be denied. Only after the court's decision on denial of paternity is valid, the court can act on paternity determination. For this reason, the possibilities of the biological father in terms of claiming his parental status and related rights are limited.

38 Judgment of the Supreme Court of the Slovak Republic of 27 January 2022, Case No. 5Cdo 121/2021, which was also published in the Collection of Opinions of the Supreme Court and Decisions of the Courts of the Slovak Republic under No. 8/2022.

There is a case study in which the mother knows that the man with whom she declares to be the father of the child is not, in fact, the biological father. Theoretically, even this man has this knowledge. The mother and the registered father are partners and have decided to raise the child together despite the absence of a biological relation between the registered father and the child.

The theory of family law contains the thesis that the parents' consensual declaration is made up of two unilateral legal acts of mother and man, which result in the determination of paternity and in the creation of a family law relationship between the father and the child. Undoubtedly, these declarations meet the characteristics of § 34 of the Civil Code, according to which a legal act is "an expression of the will leading, in particular, to the creation, alteration or extinction of those rights or obligations associated with such expression under the law". If the consent declaration consists of two unilateral legal acts, then it is appropriate to consider whether the defects of these legal acts can be sanctioned by invalidity according to the general provisions of the Civil Code. According to § 110 of the Family Act: "If this Act does not provide otherwise, the provisions of the Civil Code shall apply". The law allows the subsidiary application of the provisions of the Civil Code to those aspects of family law relations that are not specifically regulated by the Family Law. In the case of the paternity determination, which is based on the theory of three rebuttable presumptions, the Family Act also directly regulates the possibility of disproving the status of determined paternity, namely through a special institution of denial of paternity. For this reason, it could appear that it is not permissible to intervene in designated paternity in any other way than by denying paternity, as a special legal institute regulated by the Family Act. However, it is necessary to look again at the individual protected interests and their proportional protection. In the case when the mother makes a consensual declaration with a man whom she knows is not the father of the child, this is undoubtedly an action that should not be protected by law, especially if it violates the biological father's rights, especially his right to respect for a private and family life.[39] Likewise, a child, in most cases a minor, is thus deprived of the opportunity to know his origin[40], his biological father, and to create an emotional relationship with him. In this way, the right to parental care[41] is also denied to both mentioned persons. The absent family law regulation of the possibility of the biological father to bring an action to deny the designated paternity can thus be supplemented by a general regulation of the Civil Code.

According to § 39 of the Civil Code: "A legal act is invalid if the content or the purpose thereof violates or evades the law or is inconsistent with good morals." In

39 Article 8 of the European Convention on Human Rights.

40 Article 7 Section 1 of the Convention on the Rights of the Child.

41 Article 41 Section 4 of the Constitution of the Slovak Republic.

these cases, it is an absolute invalidity, which means that anyone could initiate court proceedings. The biological father is therefore entitled to bring the action for the invalidity of the consensual declaration made by the mother and a man different from the biological father. If it is proven in the proceedings that the mother and not biological father made a consensual declaration even though they knew that the biological father is another man, this action can be described as inconsistent with good morals. At the same time, it is also possible to consider evades the law, when because of the consensual declaration it is impossible for the biological father to bring the action to determine his paternity. The possibility of judging the validity of the consensual declaration is not a question which could be solve as a preliminary in the proceedings of the paternity determination. The paternity can be determining by the court only when there is no father designated by one of the presumption or if previous paternity was denied.[42] Nevertheless, if there is a conflict between the legal and biological fatherhood, the possibility of correcting such status should not be absent in the legislation.

On the basis of the above mentioned, the decision-making practice of the Slovak Republic concluded that the Slovak law does not exclude the possibility for the person who claims to be the biological father of a minor child to bring the action for invalidity of the parents' consensual declaration. In the proceedings, the best interest of the minor child shall be a primary consideration and as a general interest shall be protected.[43]

Of course, there may be situations where both individual and general interests are on the side of maintaining designated paternity, even if it does not correspond to biological reality. For example, if positive strong relationship bonds have been formed between the designated father and the child. In this case, denying of paternity would be contrary to the best interests of the child and would be a disproportionate interference with the established social parenting.[44] It means, that the remaining individual interest of the biological father will not obtain legal protection consisting in the determination of his paternity.

Despite the possibility of biological father to bring an action for the invalidity of consensual declaration, he should also be able to bring an action to deny paternity in order to ensure the proper protection of the rights of the biological father. The right of denial of the putative biological father is not an exception in the conditions of the member states of the Council of Europe. Most states allow the putative

42 Judgment of the Supreme Court of the Slovak Republic of 22 June 2016, Case No. 5Cdo 492/2015.

43 Judgment of the Supreme Court of the Slovak Republic of 31 October 2022, Case No. 6 Cdo 224/2016, which was also published in the Collection of Opinions of the Supreme Court and Decisions of the Courts of the Slovak Republic under No. 68/2018.

44 Judgement of the European Court of Human Rights Ahrens v. Germany of 24 September 2012, Application No. 45071/09.

biological father to deny paternity determined by a consensual declaration, even if the legal father lived with the child in a social family relationship. The ECtHR[45] gives member states a wider degree of discretion in this matter, with regard to questions related to legal status of persons. The possibility of presumed biological father to bring an action to deny paternity is at the discretion of the member state.[46] Besides that, the Slovak law should be amended. In order to avoid the possible abuse of denying of paternity by presumed biological father, we would suggest two separate proceedings, just as it is when the action is brought by the child. However, the difference would be that a man who claims to be the child's biological father would not have to wait for the parents' denial periods to expire. This will ensure that he can start raising his child as soon as possible. In the first proceedings it would be examined whether the denial is necessary in the interests of the child. If the court were to come to the opinion that it was, a procedure to deny paternity would follow, in which DNA analysis would already have a fundamental role. Under the current legislation, in which possibility to bring an action to deny paternity by presumed biological father is not regulated, we agree with the above-mentioned interpretation allowing the defence of the biological father, consisting in bringing an action for the invalidity of the consensual declaration.

3. Denial of Paternity Established on the Basis of the Third Presumption of Paternity, Issues and Judicial Decision-Making.

As follows from the theoretical introduction, the Slovak law does not allow the denial of paternity determined by the third presumption. It is based on the nature of proceedings to determine paternity. In this procedure, the court determines, but at the same time denies, whether the man who is a party to the procedure is the father of the child or not. In the proceedings, the court applies the investigative principle and conducts all the evidence from which the question of paternity of the child can be concluded with certainty. If paternity is determined on the basis of a valid court decision, it creates a res judicata, so the established family law relationship is considered stable and legally certain.

The rigid legislation has already caused a problem. A woman after the sexual relationship with Mr. Paulík brought the action to determine his paternity. In the paternity proceedings, which took place in 1970, Mr. Paulík denied throughout that he could be the father.[47] During the proceedings, the court heard several witnesses, studied extensive documentary evidence, took into account the results of the blood test, known as the so-called a biological-hereditary examination and a

45 European Court of Human Rights.

46 Králičková, Z.: "§ 779 Druhá domněnka založená souhlasným prohlášením", in AA.VV.: *Občanský zákoník II. Rodinné právo* (§ 655–975), C. H. Beck, Praha, 2020, pp. 512 - 520.

47 Judgement of the European Court of Human Rights Paulík v. Slovakia of 10 January 2007, Application No. 10699/05.

report prepared by an expert in the field of sexology. On the basis of the obtained evidence, the court considered that the legal prerequisites for determining paternity had been proven. The court evaluated that Mr. Paulík had intercourse with the mother at the relevant time and there were no important grounds to rebut the presumption. Based on the legally binding decision of the court, the intended father paid maintenance, but he never had contact with the child, the daughter, because the mother was opposed to such contact. The daughter only found out about her father's existence when she got her first identity card. They met for the first time shortly before she graduated from high school. Subsequently, they began to build their family relationship, the father supported his daughter financially even after she got married and started a family. At the same time, they created an emotional bond. In 2004, Mr. Paulík had an argument with the daughter because of financial support and as the result of this argument she proposed that the issue of the applicant's paternity be retested. Based on this, the father, mother and daughter voluntarily submitted to a DNA blood test, which revealed that he is not the daughter's biological father.

Mr. Paulík subsequently tried to deny his paternity. He requested the Attorney General's Office, which stated that the court's decision determining his paternity is res judicata and that the prosecutor's office had no jurisdiction to bring an action for judicial review. Mr. Paulík wrote also to the Chairman of the National Council of the Slovak Republic and the Chairman of the Constitutional Law Committee to adopt the necessary legislative measures in order to reconcile the legal status with the biological reality and thus ensure the effective protection of his rights. He was not successful here either.

Although there had been advances in the methods of establishing paternity and the new evidence that Mr. Paulík is not the father, he had no remedy, ordinary or extraordinary, which would have enabled him under the Family Act or the Civil Procedure Code to reconcile the legal situation with biological reality. For this reason, he lodged a complaint with the Constitutional Court of the Slovak Republic against the prosecutor's office and the National Council. Mr. Paulík stated that the state authorities did not take adequate positive measures to protect his rights. The state authorities leave in force a condition that does not correspond to biological reality and creates a family-law bond between persons with legal consequences, even if the participants in this relationship know that they are not blood relatives and do not want to continue in this relationship. The Constitutional Court rejected the complaint, on the grounds that the prosecutor's office did not make a mistake and the complainant should have turned himself to the general courts, which could provide him protection. By not doing so, he did not exhaust the available remedies and his complaint is therefore inadmissible. It is important to add that the Slovak law did not regulate any substantive or procedural possibility

to change the status of determined paternity by the third presumption. Mr. Paulík therefore lodged an application with the European Court of Human Rights, mainly because of the non-fulfillment of the positive obligation of the Slovak Republic to respect his private and family life according to Art. 8 of the Convention by the fact that the national law does not grant him the legal measures of protection by which he could deny his paternity in accordance with new scientific methods and especially established biological reality.

The ECtHR found a violation of Art. 8 of the Convention by the fact "that a fair balance has not been struck between the interests of the applicant and those of society and that there has, in consequence, been a failure in the domestic legal system to secure to the applicant respect for his private life." Nevertheless, in this case, due to the impossibility of denying paternity, the complainant faces inconveniences in his personal and professional life (data on his paternity are contained in various public documents, his medical records and employment files, there is a potential possibility of adjustment of maintenance obligations towards relatives by the daughter, inheritance claims, etc.). His individual interest is thus disturbed and it also had implications for his social identity in a broader sense. In relation to the general interest of society, it should be noted that the complainant's alleged daughter was almost 40 years old, has her own family and is not dependent on the complainant for maintenance. The general interest in protecting her rights has lost much of its importance at this stage compared to when she was a minor child. Moreover, she was the one who initiated the DNA test and stated that she had no objection to the complainant denying paternity. Therefore, the absence of a procedure to reconcile the legal status with the biological reality seems to go against the wishes of the persons concerned and does not really benefit anyone.

At the same time, the ECtHR stated that in connection with Art. 8 of the Convention there was also a violation of the prohibition of discrimination according to Art. 14 of the Convention. The discrimination lies in the fact that paternity according to the first and second presumption could be challenged in a court through the institution of denial of paternity. The Court admits that the "legitimate interest" in maintaining legal certainty in family relationships and in protecting the interests of the child can justify a difference in treatment of persons interested in denying paternity, based on whether paternity was presumed, or was determined by a decision that became final and legally binding. "However, the pursuit of this interest in the present case produced the result that, while the applicant did not have any procedure by which he could challenge the declaration of his paternity, other parties in an analogous situation did." In the light of the above mentioned, the Court came to the conclusion that there was no reasonable relationship of

proportionality between the aim sought to be realised and the absolute means employed in the pursuit of it.[48]

Subsequently, after the ECtHR's decision, Mr. Paulík could file an extraordinary remedy, an action for reopen of the civil proceedings for determining paternity. Just in reflection on the proceedings in the case of Paulík v. Slovakia, the procedural regulation, Civil Procedure Code, was amended. In § 228 sec. 1 letter d) stated: "A final judgment may be contested by the participant by a reopening of proceedings petition if the European Court of Human Rights has decided or come to the conclusion in its judgment that the basic human rights or freedoms of the participant in the proceedings had been breached by the decision of the court, or proceedings that had preceded that decision and serious consequences of such breaching had not been removed by the subsequently awarded reasonable financial compensation."

Although the above mentioned legislation addressed the situation of persons who were successful with their complaint at the ECtHR, it was not preventive and required a time- and financially demanding process of exhausting national measures of protection and subsequent successful proceedings before the ECtHR. The current procedural regulation eliminated this deficiency, when in the amended procedural regulation, the Civil Procedure Code, in § 397 letter a); § 404 letter b) states: "An action for retrial is admissible against a final judgment, if there are facts, decisions or evidence relating to the parties and the subject of the original proceedings, which the person who filed the action for retrial could not have used in the original proceedings through no fault of his own, if they can lead to a more favourable decision for him or her in the matter, while the new evidence is related to new scientific methods that could not be used in the original proceedings"[49].

The Slovak republic did reflect on situations where it is necessary to deal with outdated scientific methods that could have caused incorrect decisions regarding the determination of parentage. However, the question of the discriminatory nature of such legislation, within which it is not possible to bring an action to deny paternity determined on the basis of the third presumption, still remains unresolved. It is possible to assume that even in the context of the case of Paulík v. Slovakia, a potential plaintiff who bring an action to deny paternity determined by a third presumption and final court decision could be successful in proceedings before national courts if he proves that there are legitimate individual and general interests in denying his paternity in the context of the protection of the fundamental rights of interested parties.

48 Judgement of the European Court of Human Rights Paulík v. Slovakia of 10 January 2007, Application No. 10699/05.

49 Števček, Marek. § 404 Prípustnosť žaloby na obnovu konania po uplynutí troch rokov od právoplatnosti rozhodnutia. In: AA.VV. *Civilný sporový poriadok*. C. H. Beck, Praha, 2016, pp. 1334 - 1335.

IV. CONCLUSION.

The article analyses the current legal regulation of determining and denying paternity in the Slovak Republic, synthesizes its deficiency and presents potential solutions of its negative aspects. Slovak legislation does not always reflect the needs of the present time, especially in the scope of assisted reproduction, or the possibility of reconciling the legal and biological father. The absent legal norms are complemented by the decision-making practice of the courts and the application of a teleological interpretation aimed at protecting the basic rights of interested parties. Especially in recent years, it can be seen that the dynamics of social relations require more and more flexibility in the interpretation of legal regulations, which corresponds to the legitimate expectations of individuals, but also of society as a whole. In the Slovak Republic there is a lack of a legislative initiative for amending such a legislation in which every party of the family law relationships will have the same opportunity to protect their rights, regardless of the assumption based on which paternity was determined, whether it is a married or unmarried couple, a legal or biological father. However, positive efforts and results in this direction can be seen in the decision-making practise of the Slovak courts, which correctly fills the gaps in the laws.

BIBLIOGRAFÍA

Bános, R., Košútová, M.: *Zákon o rodine – Veľký komentár*, Eurocodex, 2020.

Burdová, K.: *Krívajúce rodičovstvo v slovenskom medzinárodnom práve súkromnom,* Univerzita Komenského v Bratislave, 2022.

Cirák, J. et al.: *Rodinné právo*, Heuréka, Šamorín, 2008.

Dufalová, L.: *Surogačné materstvo,* Wolters Kluwer, 2020.

Dufalová, L., Čipková, T., Burdová, K.: „Legal consequences of marriage and cohabitation under the Slovak Law", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, no. 11, pp. 148 - 167.

Králičková, Z.: "§ 779 Druhá domněnka založená souhlasným prohlášením", in AA.VV.: *Občanský zákoník II. Rodinné právo (§ 655−975)*, C. H. Beck, Praha, 2020, pp. 512 - 520.

Luprichová, P.: „Najlepší záujem dieťaťa – efektívny nástroj ochrany maloletého dieťaťa?", *Bratislavské právnické fórum 2015.* Univerzita Komenského v Bratislave, Bratislava, 2015. pp. 163-168.

Pavelková, B.: *Zákon o rodine, Komentár*, C.H.BECK, Bratislava, 2019.

Števček, M.: § 404 Prípustnosť žaloby na obnovu konania po uplynutí troch rokov od právoplatnosti rozhodnutia. In: AA.VV. *Civilný sporový poriadok*. C. H. Beck, Praha, 2016.



DISTRIBUZIONE PATRIMONIALE NEL REGIME DELLA COMUNIONE LEGALE: UNA DIVERSA PROSPETTIVA D'INDAGINE

ASSET DISTRIBUTION UNDER THE LEGAL COMMUNITY REGIME: A DIFFERENT INVESTIGATION PERSPECTIVE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1478-1523

Dario SCARPA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La naturale tendenza evolutiva degli interessi patrimoniali dei coniugi - come progrediti nell'evoluzione storica e sociale e assiologicamente tutelati - costituisce la chiave di lettura del sistema codicistico nel senso della massima estensibilità e flessibilità del corpus normativo per permettere lo sviluppo della patrimonialità del singolo coniuge. Lo studio a livello ordinamentale del regime della comunione legale tra i coniugi ha portato alla rilevazione per cui il sistema di regole della comunione non può prescindere da un corretto inquadramento all'interno del prisma dei princìpi costituzionali che, tuttavia, devono essere riletti alla luce dell'evoluzione dei rapporti patrimoniali all'interno della famiglia.

PALABRAS CLAVE: Comunione legale; princìpi costituzionali; interessi patrimoniali; flessibilità del regime; tutela dei coniugi.

ABSTRACT: *The natural evolutionary tendency of the spouses' patrimonial interests - as they have progressed in historical and social evolution and axiologically protected - constitutes the key to interpreting the code system in the sense of maximum extensibility and flexibility of the regulatory body to allow the development of the property of the single spouse. The study at the legal level of the regime of legal communion between spouses has led to the finding that the system of rules of communion cannot be separated from a correct framing within the prism of constitutional principles which, however, must be reread in the light of evolution of patrimonial relationships within the family.*

KEY WORDS: *Legal community; constitutional principles; property interests; flexibility of the regime; protection of spouses.*

SUMARIO.- I. TRASFORMAZIONE DEL PATRIMONIO E SURROGAZIONE DEI BENI PERSONALI. MODIFICAZIONE DELLA SFERA PATRIMONIALE DEL CONIUGE NON ACQUIRENTE E POTERE DI RINUNCIA.- II. COMUNIONE LEGALE TRA I CONIUGI E DESTINAZIONE PATRIMONIALE: UNA LETTURA ASSIOLOGICAMENTE ORIENTATA DELLA DISCIPLINA POSITIVA PER RINTRACCIARE UN SISTEMA DI TUTELE PATRIMONIALI AI BISOGNI DELLA FAMIGLIA.- III. COMUNIONE LEGALE DIFFERITA: CRISTALLIZZAZIONE IRREVERSIBILE DELL'ATTIVITÀ DEL CONIUGE, FATTISPECIE A FORMAZIONE PROGRESSIVA E CONDIZIONATA A CONDOTTE DEL CONIUGE.

I. TRASFORMAZIONE DEL PATRIMONIO E SURROGAZIONE DEI BENI PERSONALI. MODIFICAZIONE DELLA SFERA PATRIMONIALE DEL CONIUGE NON ACQUIRENTE E POTERE DI RINUNCIA.

Lo studio a livello ordinamentale del regime della comunione legale tra i coniugi ha portato alla rilevazione per cui il sistema di regole della comunione non può prescindere da un corretto inquadramento all'interno del prisma dei princìpi costituzionali che, tuttavia, devono essere riletti alla luce dell'evoluzione dei rapporti patrimoniali all'interno della famiglia; la struttura regolatoria del regime si evolve nel tempo e, attraverso un rinnovato canone interpretativo, traccia un sistema di tutele di entrambi i coniugi nella regolamentazione delle situazioni giuridiche soggettive di cui gli stessi sono portatori[1].

Proprio la naturale tendenza evolutiva degli interessi patrimoniali dei coniugi - come progrediti nell'evoluzione storica e sociale e assiologicamente tutelati - costituisce la chiave di lettura del sistema codicistico nel senso della massima estensibilità e flessibilità del *corpus* normativo per permettere lo sviluppo della patrimonialità del singolo coniuge[2].

1 Si legga Santoro Passarelli, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Dir. e giur.*, 1945, p. 3 ss.; in tema di interpretazione, nel ragionare di diritto di famiglia al di fuori dagli schemi dell'autonomia negoziale, Rescigno, P.: "Appunti sull'autonomia negoziale", in Id.: *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, vol. II, Padova, 1988, p. 462 e Zoppini, A.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo", *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 213 ss.

2 La funzione equilibratrice del reddito degli *ex* coniugi, anch'essa assegnata dal legislatore all'assegno divorzile, non è finalizzata alla ricostituzione del tenore di vita endoconiugale, ma al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'ex coniuge economicamente più debole alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli ex coniugi. Pertanto, qualora vi sia uno squilibrio effettivo, e di non modesta entità, tra le condizioni economico-patrimoniali degli ex coniugi, occorre accertare se tale squilibrio sia riconducibile alle scelte comuni di conduzione della vita familiare, alla definizione dei ruoli all'interno della coppia e al sacrificio delle aspettative di lavoro di uno dei due. Laddove, però, risulti che l'intero patrimonio dell'ex coniuge richiedente sia stato formato, durante il matrimonio, con il solo apporto dei beni dell'altro, si deve ritenere che sia stato già riconosciuto il ruolo endofamiliare dallo stesso svolto e - tenuto conto della composizione, dell'entità e dell'attitudine all'accrescimento di tale patrimonio sia stato già compensato il sacrificio delle aspettative professionali oltre che realizzata con tali attribuzioni l'esigenza perequativa, per cui non è dovuto, in tali peculiari condizioni, l'assegno di divorzio.

• Dario Scarpa
Professore associato di diritto privato, Università degli Studi di Milano-Bicocca. E-mail: dario.scarpa@unimib.it

Tuttavia, vale precisare, sin d'ora, che la tutela evolutiva della patrimonialità del coniuge non significa enunciare una asserita regola della preminenza del sistema normativo verso il bene personale piuttosto che verso la comunione dei beni; il bilanciamento degli interessi tra i coniugi, in tal caso, è dato dalla prescrizione di regole esclusive per determinati beni a fronte della volontaristica regolamentazione dei propri rapporti patrimoniali da parte dei coniugi nel senso della comunione giuridica[3].

La contestualità valoriale della natura dispositiva della comunione legale e degli effetti in automatismo dell'ingresso in comunione degli acquisti enfatizza, non cela, la flessibilità del regime comunitario; a ben riflettere sulle categorie di fatti ed acquisti che formano la comunione tra i coniugi (sia immediata che differita), l'accento sulla trasformabilità dei beni personali, *recte* del patrimonio del coniuge consente di affermare il pieno potere di disposizione del coniuge all'interno del sistema (flessibile) della comunione legale[4].

Una lettura rigida del dato normativo condurrebbe, in modo incoerente, alla inclusione in comunione di qualsiasi bene personale del coniuge che abbia subìto una trasformazione in senso oggettivo o soggettivo. Solo una rilettura costituzionalmente orientata del regime legale, unita alla riflessione in merito alla individuazione del grado di flessibilità legale e convenzionale della comunione tra coniugi, porta alla corretta formulazione delle tutele degli interessi dei coniugi e della famiglia[5].

L'analisi del disposto di legge individua, in modo flessibile, il perimetro della trasformabilità del patrimonio del singolo coniuge e del correlato mantenimento della titolarità personale dei beni di cui, prima del matrimonio, il coniuge era proprietario o rispetto ai quali era titolare di un diritto reale di godimento, dei beni

3 Si consiglia lo studio di Perlingieri, P.: "La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima", in AA.VV.: *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, p. 136 ss.; Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2001, p. 474; Id.: "Sui rapporti personali della famiglia", in AA.VV.: *Rapporti personali nella famiglia* (a cura di P. Perlingieri), Napoli, 1982, p. 18.

4 L'assegno di mantenimento versato al figlio deve garantire il tenore di vita da questi goduto prima della separazione dei propri genitori, mentre quello divorzile all'ex coniuge economicamente più debole deve assicurare un contributo compensativo-perequativo per il dimostrato sacrificio rispetto alle proprie aspirazioni e prospettive economiche fatto in ragione della conduzione della vita familiare e della costituzione del patrimonio della famiglia. A fornire questa precisazione è la Cassazione per la quale, dunque, per i figli resiste il principio del tenore di vita goduto nel corso del matrimonio dei genitori. Nel caso di specie, è stata ritenuta giustificata la richiesta di tremila euro al mese per il figlio sedicenne abituato ad una vita agiata. (così, Cass. civ., sez. I, 23 luglio 2020, n. 15774).

5 In tema di separazione dei coniugi, il dovere di solidarietà, che si esplica nell'assegno di mantenimento tra coniugi separati, presuppone la permanenza del vincolo coniugale, e conseguentemente la correlazione dell'adeguatezza dei redditi con il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio; al contrario tale parametro non rileva in sede di fissazione dell'assegno divorzile, che deve invece essere quantificato in considerazione della sua natura assistenziale, compensativa e perequativa, secondo i criteri indicati all'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, essendo volto non alla ricostituzione del tenore di vita endoconiugale, ma al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'ex coniuge beneficiario alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli *ex* coniugi. (così, Corte app., sez. I, Perugia, 15 maggio 2020, n. 2019).

acquisiti successivamente al matrimonio per effetto di donazione o successione (quando nell'atto di liberalità o nel testamento non è specificato che essi sono attribuiti alla comunione)[6], dei beni di uso strettamente personale di ciascun coniuge ed i loro accessori, dei beni che servono all'esercizio della professione del coniuge (tranne quelli destinati alla conduzione di una azienda facente parte della comunione), dei beni ottenuti a titolo di risarcimento del danno, nonché della pensione attinente alla perdita parziale o totale della capacità lavorativa e dei beni acquisiti con il prezzo del trasferimento dei beni personali indicati *supra* o col loro scambio, purché ciò sia espressamente dichiarato all'atto dell'acquisto[7].

Libertà ed autonomia della persona del coniuge e tutela della sfera personale e patrimoniale dello stesso sono i crismi della regolamentazione in oggetto[8]; al netto dell'evidenza valoriale del mantenimento della titolarità sui beni in data antecedente al matrimonio, la titolarità personale in virtù di acquisti *mortis causa*e o per effetto di liberalità - con il mancato ingresso in comunione - persegue la volontà del disponente (donante o testatore) il quale può, altresì, seguire la scelta in comunione dei coniugi, così determinandosi l'evidenziazione dell'elemento volontaristico del soggetto a fronte dell'unico limite individuabile nella tutela del coniuge quale legittimario titolare di una situazione soggettiva ereditaria priva di pesi ed oneri[9].

6 Cfr., in materia, Amadio, G.: "Liberalità non donativa e collazione", *Contratti*, 2000, p. 523; Azzariti, F.: "Somma erogata per l'acquisto di un immobile intestato a soggetto diverso dall'acquirente e collazione", *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2994; Balbi, G.: "Liberalità e donazione", *Riv. dir. comm.*, 1948, p. 177; Basini, G.F.: "L'oggetto della liberalità ai fini della collazione, dell'imputazione ex se e della riunione fittizia, in ipotesi di "intestazione di beni a nome altrui", *Resp. civ.* e *prev.*, 1993, p. 292; Belleli, S.: "Acquisto di bene immobile con denaro altrui e donazione", *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 1881; Cesàro, E.: "Acquisto di immobile con denaro fornito dal genitore e donazione indiretta", *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 613; Emiliozzi E.A.: "La donazione indiretta", *Giust. civ.*, 1994, II, p. 423.

7 Tra coniugi in regime di comunione legale può essere costituita una società di persone, con un patrimonio costituito dai beni conferiti dagli stessi, essendo anche le società personali dotate di soggettività giuridica, sicché, in caso di recesso di un socio, sorgendo a carico della società l'obbligo della liquidazione della sua quota, la domanda del coniuge receduto di accertamento della comproprietà dei beni sociali può essere interpretata dal giudice come tesa alla liquidazione della sua quota sociale. (Nella specie, la Suprema Corte ha ritenuto che potesse riqualificarsi come istanza di liquidazione della quota sociale, la domanda della moglie nei confronti del marito tesa all'accertamento della comproprietà dei beni appartenenti ad una società in nome collettivo, di cui i coniugi in regime di comunione dei beni erano unici soci). (così, Cass. civ., sez. I, 27 aprile 2020, n. 8222).

8 È interessante valutare la situazione patrimoniale a seguito della verificazione del divorzio tra coniugi. La valutazione della adeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente l'assegno divorzile ha natura necessariamente comparativa e concreta; ove all'esito della disamina della condizione patrimoniale dei coniugi, il giudice del merito dovesse verificare che sussiste una disparità evidente tra di loro, dovrà indagare se tale condizione sia conseguenza di una scelta di vita comune e, quindi, in chiave prognostica, dovrà valutare se vi sia la concreta possibilità di recuperare il pregiudizio professionale ed economico eventualmente dipeso dalla scelta condivisa di fare assumere a un coniuge un ruolo prevalentemente consumato all'interno della famiglia e volto alla formazione del patrimonio comune. L'assegno divorzile pertanto, rivestendo una funzione equilibratrice e perequativa piuttosto che assistenziale in senso stretto, dovrebbe ridurre i rischi di locupletazioni ingiustificate, senza sacrificare il principio di pari dignità tra i coniugi codificato all'interno dell'art. 5, VII protocollo addizionale alla Convenzione Europea dei Diritti Umani, dell'art. 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani proclamata il 10 dicembre 1948 e degli artt. 2, 3 e 29 Cost. (vedi Tribunale Monza, 6 febbraio 2020, n. 277).

9 Vedi Romagno, G.: "Volontà testamentaria e tutela del credito: le ragioni di una preferenza", *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 335 e ss. e Damiani, E.: "La tutela del legittimario e il presunto principio di tutela dei suoi creditori", *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 848 e ss. In tema, inoltre, Cicu, A.: *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1947,

La migliore evidenza della piena disponibilità, in regime di comunione, del patrimonio da parte del coniuge si rintraccia nell'acquisto di beni destinati all'esercizio della propria professione e negli acquisti di beni con il prezzo del trasferimento dei beni personali o col loro scambio, purché ciò sia espressamente dichiarato all'atto dell'acquisto.

L'indagine verifica, quindi, come siamo chiaramente in presenza di una duplice tutela: una prima tutela avente ad oggetto la disponibilità, da parte del singolo coniuge, di proprie risorse economiche in quanto dedicate all'esercizio della professione e dell'attività lavorativa e una ulteriore tutela data dalla modificabilità (*id est* trasformazione in senso naturalistico, oltre che giuridico) del proprio patrimonio personale, con il solo limite (evidentemente meramente formale) della dichiarazione, ad opera del coniuge interessato, della provenienza personale del bene oggetto di surrogazione o di trasformazione[10].

Vale precisare che la sfera patrimoniale del coniuge, come tutelata nella sua evoluzione giuridica, comprende diritti (reali e obbligatori), situazioni soggettive strumentali e fattispecie a formazione progressiva, con ciò dando conferma alla tendenza giurisprudenziale, oltre che dottrinaria, per la quale la tutela del coniuge impone una precipua individuazione della singola fattispecie con la costante ricerca della genesi del diritto patrimoniale e degli effetti prodotti nel corso del tempo (*ante* e *post* introduzione del regime legale).

Nella chiave prospettica dei valori ordinamentali la tutela della patrimonialità del coniuge è un naturale derivato del principio di eguaglianza declinato, in specie, nella libera capacità di ogni soggetto di diritto di disporre pienamente del proprio patrimonio, in assenza di alcun vincolo (legale) ulteriore a quelli imposti dalle regole della proprietà. Il fenomeno della trasformazione del patrimonio personale del coniuge può essere, innanzitutto, letto in senso endogeno, in modo distinto dalle forme di surrogazione dei beni facenti parte del patrimonio del singolo coniuge[11].

p. 273; Pino, A.: *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, p. 68-69; Realmonte, F.: "La tutela dei creditori personali del legittimario", in AA.VV.: *Scritti in onore di L. Mengoni*, t. I, Milano, 1995, p. 629 ss.; Azzariti, G., *Diritti dei legittimari e loro tutela*, Padova, 1975, p. 152-153; Ferri, L., *Dei legittimari*, 2ª ed., Bologna-Roma, 1981, p. 200 e s.; Bianca, C.M.: *Diritto civile*, vol. 2.2, *Le successioni*, Milano, 2015, p. 209.

10 Cfr., Bargelli, V.: "Divorzio "privato" e prospettive dell'autonomia contrattuale", *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?* (a cura di U. Salanitro), Pisa, 2020, p. 363; Martino, M.: "Funzione assistenziale e compensativa dell'assegno di divorzio: la possibilità di una rinnovata valorizzazione delle scelte di autonomia in vista dello scioglimento del matrimonio", *Familia*, 2019, p. 85 ss.; Benanti, C.: "La funzione dell'assegno di divorzio nel sistema dei rapporti patrimoniali tra coniugi", in AA.VV.: *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme* (a cura di U. Salanitro), Pisa, 2019, p. 579 ss.; Rimini C.: "Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio", *Fam. e dir.*, 2018, p. 1041 ss.

11 Il fondo patrimoniale ed il vincolo di destinazione, pur presentando delle affinità (costituzione con atto pubblico, vincolo di destinazione, sottrazione del bene alla generale garanzia dei creditori) si differenziano sostanzialmente perché il patrimonio separato di cui alla norma del 2005 non è un istituto familiare, quindi non è necessariamente destinato a realizzare l'interesse esclusivo della famiglia, non prevede come soggetti conferenti necessariamente i coniugi, non necessita per la sua costituzione di una preventiva autorizzazione dell'autorità giudiziaria, non è previsto un controllo della autorità giudiziaria durante il periodo di vita

La caratterizzazione della trasformazione endogena del patrimonio del coniuge si rintraccia nella capacità di espansione, di evoluzione e di maturazione dei singoli beni che lo compongono nel rispetto, si badi, della particolare natura giuridica del bene stesso; se si riflette in senso ordinamentale sul principio della libera circolazione dei beni, come connotato della piena disponibilità del coniuge (in quanto titolare del diritto), si giunge all'acquisizione interpretativa per cui la ricercata flessibilità del regime della comunione legale è individuabile nella condotta del singolo coniuge il quale, all'esito delle proprie libere scelte patrimoniali ed economiche, può delimitare il campo d'azione della comunione ovvero procedere ad una espansione della contitolarità a fronte di condotte che vadano nel senso dell'inclusione dei beni (come trasformati, *recte* sfruttati) in regime comunitario[12].

Tuttavia, la flessibilità della comunione legale, quale tratto caratterizzante il regime legale (e convenzionale), si apprezza in modo ancor più convincente nella disamina del fenomeno della surrogazione dei beni del patrimonio del singolo coniuge; nella fattispecie di studio si è chiaramente fuori da qualsiasi ipotesi di evoluzione endogena del bene, trovandosi, *a contrario*, di fronte alla volontarietà dell'atto dispositivo da parte del coniuge nella scelta di surrogare un bene personale con un altro del tutto diverso[13].

È fondamentale, in senso interpretativo, verificare l'esistenza della diversità del bene surrogato rispetto al precedente; tale momento deriva dalla individuazione della distinta funzionalità del bene rispetto alla situazione soggettiva personale del coniuge disponente e dalla inesistenza di alcuna linea di continuità nelle caratteristiche del bene in rapporto agli elementi che fanno emergere la personalità del bene rispetto alle esigenze contingenti del disponente, quali la stretta personalità connessa alla vita, la correlazione all'esercizio della professione del coniuge e qualsiasi forma di risarcimento del danno (nonché, come espressamente indicato dalla norma di legge, la pensione attinente alla perdita parziale o totale della capacità lavorativa)[14].

ed operatività dello stesso e neppure al momento del suo scioglimento, ha durata tendenzialmente più limitata. Inoltre, mentre i beni costituti in fondo patrimoniale possano essere interessati da vicende negoziali (ipotecati, dati in pegno) fino al punto da poter essere alienati e quindi possono uscire dal fondo, pur perdurando lo stesso, in tutti i casi di necessità o utilità evidente, -valutata dalla autorità giudiziaria in presenza di figli minori – ma solo con il consenso dei coniugi in assenza di figli, i beni di cui al patrimonio separato possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione. Conclusivamente si ritiene inammissibile che uno stesso bene immobile possa essere oggetto di due vincoli di destinazione: il fondo patrimoniale destinato agli interessi della famiglia e disciplinato dagli artt. 167 e seg. C.c. ed il vincolo di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c.

12 Vedi Russo, T.: "Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia", *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 459 ss.; Amagliani R.: "Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità", *Contratti*, 2014, p. 588 s.

13 Conf., Perego, E.: "Se in regime di separazione dei beni un coniuge risponda delle obbligazioni contratte dall'altro nell'interesse della famiglia", *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 351; Stanzione, P.: "Comunione legale tra coniugi e responsabilità per le obbligazioni assunte", *Dir. fam.*, 1984, p. 110.

14 Si legga Palermo, G.F.: "Obbligazioni solidali nell'interesse della famiglia?", *Riv. not.*, 1979, p. 488.

Se si ragiona in senso sistematico sul meccanismo di mantenimento del carattere personale del bene [(*ex* art. 179 c.c., in particolare, la lett. f)], la capacità di flessibilità del regime della comunione viene esaltata dalla funzione e dalla natura che assume la dichiarazione del coniuge disponente nel caso di beni acquisiti con il prezzo del trasferimento dei beni personali o col loro scambio.

La partecipazione alla ricchezza dell'altro coniuge, come meccanismo di automatismo della comunione legale, la libertà e l'autonomia patrimoniale, come princìpi costituzionali concessi ai soggetti privati nella determinazione delle proprie situazioni giuridiche soggettive, costituiscono, di certo, le risposte normative ad opposte esigenze entrambe tutelabili e tutelate dall'ordinamento ma che, ad una più penetrante analisi assiologica, rappresentano una naturale endiadi fondata sull'elemento volontaristico del coniuge nella concreta determinazione del raggio d'azione della comunione[15].

Difatti, l'interpretazione che si vuole fornire al dato normativo è quella per cui se, da un lato, la dichiarazione prevista dall'art. 179, comma 1, lett. f), c.c., al fine di conseguire l'esclusione dalla comunione legale dei beni acquistati da un coniuge con il trasferimento di beni strettamente personali o con il loro scambio - pur non essendo facoltativa -, ha natura non dispositiva, ma ricognitiva della sussistenza dei presupposti per l'acquisto a titolo personale, dall'altro, la stessa dichiarazione, *a contrario*, assume valenza dispositiva nel momento in cui risulti necessaria in virtù della circostanza che la natura dell'acquisto sia obbiettivamente incerta, per non essere accertato che la provvista necessaria costituisca reinvestimento del prezzo di beni personali[16].

L'acquisizione interpretativa appena raggiunta prova ancora una volta della assoluta necessità dell'adozione del criterio della ragionevolezza nella valutazione della concreta fattispecie sottoposta all'esame dell'interprete; pertanto, la norma di legge, se letta in modo acritico, lascia supporre una univocità ricognitiva della

15 La valutazione della sussistenza delle condizioni per il riconoscimento del diritto dell'altro coniuge va compiuta attraverso il seguente percorso logico-giuridico, caratterizzato da quattro passaggi essenziali: a) il primo, finalizzato ad accertare l'eventualità dell'esistenza di un rilevante squilibrio nelle posizioni economiche delle parti (condizione che deve riguardare non solo i redditi ma anche il patrimonio e qualunque altra utilità suscettibile di valutazione economica); b) il secondo, teso ad accertare se questo squilibrio sia causalmente ricollegato alle scelte di conduzione della vita familiare adottate e condivise tra i coniugi, implicanti il sacrificio della professione e dei redditi di uno dei due in favore dell'assunzione di un ruolo centrale e trainante nella famiglia, da soppesarsi anche in relazione alla durata del matrimonio (quindi il primo passaggio – disparità economica – deve essere conseguenza del secondo passaggio – sacrifici del coniuge); c) il terzo, valutativo della possibilità che il divario economico tra i coniugi possa essere superato da quello svantaggiato con il recupero della propria vita professionale, strettamente collegato all'età del richiedente e alla concreta possibilità di un dignitoso ricollocamento nel mercato del lavoro; d) il quarto, concernente la quantificazione dell'assegno, il quale sarà appunto reintegratorio (attesa la sua composita natura assistenziale, risarcitoria e compensativa), da computarsi e adeguarsi al contributo personale fornito alla vita familiare, tenendo naturalmente conto dei sacrifici e delle aspettative professionali ed economiche operate dal coniuge svantaggiato per la realizzazione del superiore comune interesse familiare.

16 Vedi, in tema, Cipriani, N.: "I proventi dell'attività separata dei coniugi tra comunione immediata e comunione de residuo", *Giur. it.*, 1998, p. 876.

dichiarazione senza dar conto delle concrete e varie discrasie che una tale applicazione determinerebbe. Difatti, pur essendo in presenza del medesimo documento dichiarativo da parte del coniuge, l'analisi del testo individua la duplicità valoriale e d'efficacia della dichiarazione in presenza della diversità di presupposti contingenti ed empirici nella data situazione subiettiva del coniuge[17].

Ancora, si rifletta sul fenomeno connesso della volontaria assenza di dichiarazione del coniuge, pur in presenza degli elementi sufficienti alla determinazione personale dell'acquisto del bene in surrogazione; in tal caso, saremmo in presenza di una volontà rinunciativa (ma pur sempre dispositiva) da parte del coniuge il quale, *de facto*, determina l'effetto giuridico dell'ingresso del bene (personale) in comunione con l'altro coniuge[18].

Ora, al netto delle considerazioni in merito alla natura di liberalità o meno dell'azione del coniuge (*inter alia* non assolutamente certa, in funzione della possibile esistenza della c.d. causa familiare) e delle connesse riflessioni sulla capacità di rinuncia dell'altro coniuge ai sensi del principio della intangibilità della propria sfera patrimoniale, il pensiero giuridico che emerge dalla riflessione dimostra la assoluta capacità dei coniugi di poter flettere il sistema della comunione (legale) alle proprie esigenze di vita e alle proprie volontà.

La illimitata surrogabilità dei beni personali da parte del coniuge vive nel principio della evoluzione dei complessi (masse) patrimoniali, presente non solo in ambito familiare ma, altresì, negli altri modelli previsti dall'ordinamento italiano (si pensi ai vari sistemi associativi e societari ed alla relativa esigenza di dinamicità dei patrimoni)[19].

Ci si deve, in materia, far carico del pensiero di coloro i quali individuano nella cessazione della funzione dei beni, di cui alle lett. c) e d), una causa di caduta in comunione dei relativi beni; ora, a prescindere dalla corretta considerazione per cui si arriverebbe ad una *interpretatio abrogans* del disposto di legge, una simile ricostruzione interpretativa andrebbe contro la lettura sistematica delle categorie della comunione legale che rappresenta, come dimostrato, un modello determinato dalle volontà dei soggetti interessati tramite atti di disposizione certi nei loro effetti giuridici e non suscettivi di ingenerare lacune e criticità applicative

17 Permane l'obbligo di mantenere la prole nei confronti del genitore che, pur gravato da forte disabilità, disponga di un patrimonio che consenta di far fronte all'obbligo medesimo. Nella determinazione dell'assegno è, peraltro, necessario considerare la compromissione, grave ed irreversibile, delle capacità lavorative del genitore stesso, che induca a ritenere una parte delle sue risorse come destinate a far fronte alle spese occorrenti alla cura della propria persona per l'intero arco della sua esistenza. (così, Tribunale Roma, 21 aprile 2017).

18 Cfr., Perchinunno, R.: *Le obbligazioni nell'interesse familiare*, Napoli, 1982, p. 94; Falzea, A.: "Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia", *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 623.

19 Vedi Angeloni, M.: "La patrimonialità della prestazione", *Contr. impr.*, 2001, p. 894.

(come sarebbe nel caso in cui si accedesse all'idea di considerare l'ingresso del bene in comunione unicamente legato alla perdita di funzionalità del bene stesso)[20].

L'efficienza della patrimonialità del coniuge, con la relativa tutela in senso evolutivo, necessita della risoluzione della discrasia data dalla ricomprensione del denaro nella categoria dei beni suscettivi di surrogazione *ex* art. 179, lett. c), c.c.; fuori dalla sterile osservazione del dato meramente letterale della norma, l'associazione giuridica tra il denaro e la categoria in esame deriva, *in primis*, dalla mancata previsione di alcuna necessitata contemporaneità tra l'alienazione dietro corrispettivo del bene e il successivo impiego e, in seconda istanza, dalla costatazione per cui il denaro non è suscettivo di cadere in comunione[21].

La tutela della patrimonialità del singolo coniuge trova un rafforzamento applicativo nella fattispecie della surrogazione del bene con un altro destinato all'attività personale (*recte* professionale) del coniuge; tuttavia, in tal caso vale precisare che il mantenimento del carattere personale del bene deriva, in larga parte, dall'espressione del principio dell'autonomia e libertà d'azione economica e professionale della persona fisica.

In tale contesto, il *discrimen* tra l'accertamento della contitolarità del bene e il mantenimento del carattere personale traccia la gradazione di tutele tra i terzi titolari di posizioni creditorie verso il coniuge (v. art 192 c.c.) e i terzi creditori della comunione[22].

20 Premesso che ai sensi dell'art. 192, primo comma, c.c., l'obbligo di rimborso grava sul coniuge che abbia prelevato dal patrimonio comune somme per fini diversi dall'adempimento delle obbligazioni previste dall'art. 186 c.c., deve ritenersi che nel caso di specie, appare provato, ancorché presuntivamente, che i "proventi" acquisiti dal coniuge mediante le numerose operazioni finanziarie compiute in costanza di matrimonio, siano stati da questi, per un verso, reimpiegati nella comunione, per consentirne l'accrescimento mediante ulteriori e diverse forme di investimento (sempre in titoli ovvero in beni immobili) e, per altro verso, siano state destinate al soddisfacimento dei bisogni della famiglia, assicurando ai figli e alla moglie un elevato tenore di vita.

21 Si legga Paladini, M.: "Il "contratto" di esclusione dei beni personali dalla comunione legale", *Familia*, 2006, p. 449 ss. e Id.: "Comunione legale, dichiarazione ricognitiva del coniuge non acquirente e contenuto della confessione", *Fam. dir.*, 2017, p. 244. Inoltre, Caccavale, C.: "Trasferimenti tra coniugi, privi di corrispettivo, e obbligazioni naturali", Studio CNN n. 273-2017/C; Id.: "Trasferimenti tra coniugi, privi di corrispettivo, e giustificazione causale", *Rass. dir. civ.*, 2020, 425 e ss.

22 Fermo restando il principio – *ex* art. 155, comma 4, c.c. nella sua formulazione previgente – per cui il giudice, nell'ipotesi di separazione personale dei coniugi, può assegnare la casa familiare al coniuge affidatario (della prole) che sull'immobile non vanti alcun diritto personale o reale, ai sensi di una norma avente carattere eccezionale e dettata nell'esclusivo interesse della prole, norma non applicabile, neppure in via di interpretazione estensiva, con riferimento al coniuge non affidatario ancorché avente diritto al mantenimento *ex* art. 156 c.c., qualora un coniuge (nella specie, il marito) goda di un patrimonio immobiliare ben maggiore del patrimonio immobiliare dell'altro coniuge, a quest'ultimo (nella specie, la moglie) non affidatario può essere riconosciuto il diritto ad un contributo (di natura immobiliare) consistente nella sistemazione abitativa nell'immobile già adibito a casa familiare, attribuzione non caratterizzata da indeterminatezza se il valore economico dell'attribuzione *de qua* è comunque determinabile, e non sussistendo, al tempo stesso, alcuna contraddizione tra la mancata assegnazione della casa e l'attribuzione di un contributo patrimoniale avente natura analoga, pur se diversa, nella sua atipicità, rispetto all'assegnazione della casa. (così, Cass. civ., sez. I, 23 novembre 2007, n. 24407).

Sin dall'introduzione della riforma del diritto di famiglia, la concentrazione della riflessione sulla dichiarazione *ex* art. 179, lett. f) c.c., si è adagiata sulla natura della stessa (soffermandosi sul carattere ricognitivo), sulla forma che deve rivestire (soprattutto in caso di disposizioni di beni immobili) e sull'efficacia della stessa nei rapporti tra i coniugi (per spiegare gli eventuali abusi di un coniuge nei confronti dell'altro)[23].

Tuttavia, l'angolo prospettico che si vuole, ora, privilegiare è quello della caratterizzazione disposivita del coniuge acquirente che, a fronte della presenza delle condizioni di mantenimento della piena ed esclusiva titolarità del bene, decide di modificarne la destinazione verso l'ingresso in comunione, con la determinazione di un piano di effetti in senso liberale a favore sia dell'altro coniuge che della comunione intesa come complesso patrimoniale dedicato alla cura e al perseguimento degli interessi familiari[24].

La indicata prospettiva consente di incastrare, altresì, la condotta del coniuge nella visione della comunione legale come sistema flessibile di regole che tendono alla cura e agli interessi della vita in comune; il dato è, inoltre, pienamente coerente con la disciplina contrattuale e con i princìpi che governano la modificazione della sfera giuridica altrui, attese la determinazione di un effetto patrimoniale favorevole (con il limite della verifica che non si ingenerino situazione soggettive di debito e posizioni obbligatorie) nei confronti del coniuge beneficiario e la, sempre concessa, possibilità del coniuge di rifiutare gli effetti secondo lo schema della contrattazione a favore del terzo (*ex* art. 1411 c.c.)[25].

Valga chiarire sul punto appena enunciato che, se il coniuge ha il diritto di rifiutare la determinazione a proprio favore dell'estensione della contitolarità in quanto destinatario diretto della modificazione patrimoniale, la scelta operata dal coniuge disponente può essere diretta a beneficio della comunione intesa come patrimonio dedicato agli interessi della famiglia; ciò determinerebbe la nascita, in

23 Si veda Emiliozzi, E.A.: *Autonomia contrattuale e invalidità del matrimonio*, Milano, 2001, p. 51; Pollice, P.: "Autonomia dei coniugi e controllo giudiziale nella separazione consensuale: il problema degli accordi di contenuto patrimoniale non omologati", *Dir. e giur.*, 1988, p. 115.

24 In materia di assegno di mantenimento, per verificare i presupposti dell'attribuzione dello stesso (a seguito di separazione personale), si deve prioritariamente valutare il tenore di vita della famiglia, per poi valutare se i mezzi economici del coniuge richiedente siano tali da consentire il mantenimento di tale tenore di vita, indipendentemente dall'erogazione di un contributo di mantenimento, e se sussista una disparità economica tra i due coniugi; nell'ambito di tale verifica, si deve, poi, avere riguardo alle potenzialità economiche complessive dei coniugi (come emerse durante il matrimonio), tenendo conto della durata del matrimonio e dell'apporto dato da un coniuge alla formazione del patrimonio dell'altro. Nella valutazione delle potenzialità economiche complessive, infine, deve anche considerarsi l'attitudine al lavoro proficuo quale potenziale capacità di guadagno e quale attitudine concreta allo svolgimento di un lavoro retribuito, tenuto conto dei fattori individuali ed ambientali. (così, Tribunale Milano, 2 dicembre 2014, n. 14269).

25 Si veda Camilleri, E.: *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, Torino, 2004, p. 28, il quale osserva che il principio di intangibilità delle sfere giuridiche individuali sia "argomento squisitamente dogmatico frutto del pensiero giusnaturalistico e della pandettistica". *Contra*, Giampiccolo G.: *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 58 ss.; Cicala, R.: *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, p. 183 ss.; Moscarini, L.V.: *I negozi a favore del terzo*, Milano, 1970, pp. 32, 54, 150 ss.

capo ad altri soggetti (*id est* i figli), di situazioni giuridiche soggettive (sotto forma di aspettativa, anch'essa giuridicamente determinata) meritevoli di tutela che contrasterebbero il potere di rifiuto del coniuge destinatario dell'attribuzione[26].

L'operazione surrogatoria di beni personali del coniuge non costituisce formula di mero stile ma, all'opposto, necessita della sussistenza dei presupposti sostanziali che permettano il mantenimento della piena titolarità in capo al coniuge che agisce.

A ben leggere il dato normativo, la *ratio* della previsione è quella di permettere al soggetto la dimostrazione della sussistenza degli elementi caratterizzanti la titolarità esclusiva del bene, senza distinguere tra beni mobili e beni immobili; ora, se l'ampiezza della formulazione letterale è voluta, *recte* dovuta alla sussunzione di qualsiasi forma d'acquisto, vale considerare come il fenomeno surrogatorio nell'acquisto di beni immobili vuole che la dichiarazione del coniuge sia contestuale all'atto di acquisto (ed al suo interno) del bene medesimo; in tal modo è possibile attuare la tutela non solo dei rapporti patrimoniali tra i coniugi ma, altresì, la tutela dei terzi che, intessendo rapporti con uno o entrambi i coniugi, hanno contezza (in senso pubblicitario, atteso il rispetto delle formalità trascrittive) della titolarità del bene[27].

Valga considerare, in tema del c.d. rifiuto del coacquisto, che l'intervento adesivo del coniuge non acquirente – secondo il recente insegnamento della giurisprudenza di legittimità -non è di per sé sufficiente a escludere dalla comunione il bene che non sia effettivamente personale; nella visione giurisprudenziale, in buona sostanza, l'art. 179, comma 2, c.c., prevede infatti che i beni acquistati risultano

26 Con riferimento ad una domanda *ex* art. 1150 c.c. volta al riconoscimento delle spese sostenute per miglioramenti ed addizioni relativi alla casa di residenza familiare, dalla configurabilità di un rapporto di natura obbligatoria, in capo al coniuge non proprietario, discende l'esclusione della tutela tipica del possessore, in quanto la natura relativa del diritto è compatibile solo con il riconoscimento di una situazione di mera detenzione, e non anche di possesso. Il possesso è, invero, configurabile solo quando siano esercitati i poteri tipici del proprietario o del titolare di un diritto reale, e non anche nella diversa ipotesi in cui la condotta posta in essere da un soggetto in relazione ad una determinata res presupponga il riconoscimento del diritto altrui. L'incremento di valore dell'immobile (casa familiare), e, in genere, l'*utilitas* economica di cui beneficiano il coniuge (od il convivente proprietario) non è, di per sé, giustificato dall'adempimento degli obblighi morali (per la convivenza) o giuridici di assistenza morale e materiale e di collaborazione (per le famiglie fondate sul matrimonio), specie quando si tratti di spese che esulano dagli esborsi abitualmente sopportati da una famiglia del medesimo tenore economico e sociale. Ai fini della valutazione dell'eventuale ingiustificato arricchimento, susseguente ad una spontanea elargizione compiuta dal partner, occorre verificare se, al di là delle condizioni economiche complessive del nucleo familiare, la prestazione risulti adeguata alle circostanze e proporzionata alla entità del patrimonio ed alle condizioni sociali del *solvens*. In linea di principio, pertanto, il cessare della convivenza, per effetto di un provvedimento giudiziale o per una scelta concorde, rende ripetibile od indennizzabile una *utilitas* che - di per sé priva di valenza solutoria, vale a dire non giustificata dall'adempimento di un vincolo morale o giuridico - ha cessato di assolvere alla funzione che i coniugi od i conviventi le hanno assegnato. Conf. Ferri, G.: *"Convivente more uxorio e impresa familiare", Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1989, p. 435 s.

27 La dichiarazione resa nell'atto dal coniuge non acquirente, ai sensi dell'art. 179, comma 2, c.c., in ordine alla natura personale del bene, si pone, peraltro, come condizione necessaria ma non sufficiente per l'esclusione del bene dalla comunione, occorrendo a tal fine non solo il concorde riconoscimento da parte dei coniugi della natura personale del bene, richiesto esclusivamente in funzione della necessaria documentazione di tale natura, ma anche l'effettiva sussistenza di una delle cause di esclusione dalla comunione tassativamente indicate dall'art. 179, comma 1, lett. c), d) ed f), c.c. (così, Cass. civ., sez. II, 14 novembre 2018, n. 29342).

esclusi dalla comunione ai sensi delle lett. e), d) ed f) del precedente comma, quando tale esclusione risulti dall'atto di acquisto se di esso sia stato parte anche l'altro coniuge[28].

La riflessione di sistema porta, tuttavia, lo scrivente ad una opposta tendenza interpretativa in quanto la ricostruzione appena indicata muove dalla assoluta necessità della sussistenza di almeno uno dei requisiti voluti nella norma di legge per poter giungere a ritenere valido il rifiuto all'acquisto (in contitolarità) da parte del coniuge non acquirente[29], *de facto* svilendo di valore la contraria volontà espressa dallo stesso coniuge al quale – secondo la ricostruzione degli ermellini – sarebbe inibito il potere dispositivo (ed espressione volitiva) e, nella specie, rinunziativo all'acquisizione di un'entità patrimoniale per quanto di positivo accertamento[30].

28 La comunione legale fra i coniugi, come regolata dagli art. 177 ss. c.c., costituisce un istituto che prevede uno schema normativo non finalizzato, come quello della comunione ordinaria regolata dagli art. 1100 ss. c.c., alla tutela della proprietà individuale, ma alla tutela della famiglia attraverso particolari forme di protezione della posizione dei coniugi nel suo ambito, con speciale riferimento al regime degli acquisti, in relazione al quale la *ratio* della disciplina, che è quella di attribuirli in comunione ad entrambi i coniugi, trascende il carattere del bene della vita che venga acquisito e la natura reale o personale del diritto che ne forma oggetto; ne consegue che anche i crediti - così come i diritti a struttura complessa, come i diritti azionari - in quanto *beni* ai sensi degli art. 810, 812 e 813 c.c., sono suscettibili di entrare nella comunione, ove non ricorra una delle eccezioni alla regola generale dell'art. 177 c.c. poste dall'art. 179 c.c. (Nella specie la Suprema Corte ha confermato la decisione della Corte di merito che ha ritenuto costituenti oggetto della comunione i titoli obbligazionari acquistati da un coniuge con i proventi della propria attività personale). (così, Cass. civ., sez. I, 9 ottobre 2007, n. 21098).

29 Si legga, ancora, Tagliaferri, V.: "Le attuali criticità della comunione legale e la convenzione matrimoniale impeditiva dell'acquisto in comunione", cit., secondo cui: "[…] la dichiarazione che il coniuge o l'unito può effettuare, intervenendo all'atto di acquisto, può avere in sé una triplice tutela: in primo luogo quella della famiglia, che ha uno strumento di programmazione della distribuzione della ricchezza famigliare; in secondo luogo, quella del coniuge acquirente, che rimane a tutti gli effetti capace di essere titolare esclusivo di un bene, in concreto, e titolare di posizioni autonome di diritto, in linea di principio; infine, quella del coniuge non acquirente, che mantiene una capacità di scelta in negativo, ovvero rifiutare un acquisto, ogni qual volta non ritenga ciò conforme ai propri interessi". Inoltre, si afferma: "[…] è necessario ricordare che, di recente, la Cassazione ha riconosciuto implicitamente un rifiuto del coacquisto negoziale, affermando come la convenzione matrimoniale possa avere ad oggetto anche un solo bene. In effetti il nostro ordinamento non ha espresso il principio di necessaria programmaticità della comunione legale, e conosce quale convenzione matrimoniale tipica il fondo patrimoniale che ha quale possibile oggetto un singolo bene; inoltre, il secondo comma dell'art. 191 c.c. prevede espressamente che i coniugi possano sciogliere la comunione limitatamente al bene azienda, osservate le forme di cui all'art. 162 c.c. Infine, la Cassazione riprende la lettera dell'art. 2647 c.c. sull'esclusione degli acquisti dalla comunione: la pubblicità richiesta da tale articolo ha ragione d'essere solo in riferimento a quei beni il cui regime di titolarità muti nel momento in cui la convenzione è stipulata. Nel caso, infatti, in cui il bene non sia ancora acquisito, a nulla servirebbe la pubblicità di cui all'art. 2647 c.c., poiché il regime patrimoniale del bene oggetto di futuro acquisto consterebbe dalla trascrizione appunto dell'acquisto stesso, ancora da avvenire. Tale osservazione lascia spazio non solo al rifiuto del coacquisto negoziale ma anche alla estromissione di un singolo bene dalla comunione legale".

30 L'atto di costituzione di un fondo patrimoniale è una convenzione istitutiva di un nuovo regime giuridico, diverso da quello precedente, costitutivo di beni in un patrimonio avente un vincolo di destinazione a carattere reale, in quanto vincola l'utilizzazione dei beni e dei frutti solo per assicurare il soddisfacimento dei bisogni della famiglia. Tuttavia, la costituzione del fondo patrimoniale determina necessariamente la separazione dei beni dal patrimonio generale dell'autore dell'atto, imprimendo un vincolo di destinazione per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, con la conseguenza che, a norma dell'art. 170 c.c., l'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia. Tuttavia, proprio questo limite all'espropriabilità provoca l'effetto pregiudizievole per i creditori in ogni ipotesi di costituzione di fondo patrimoniale, comportando la sottrazione di beni alla funzione di garanzia patrimoniale, in deroga al principio generale posto dall'art. 2740 comma 1 c.c. facendo così sorgere l'interesse alla proposizione dell'azione revocatoria. (vedi Tribunale Bari, 29 febbraio 2012, n. 716).

Le ragioni che conducono alla rivisitazione della fattispecie in esame sono varie; in senso ordinamentale, la piena capacità dispositiva della persona fisica non può trovare limitazione in una asserita inderogabilità normativa tale da arrivare, *in limine*, ad imporre la contitolarità dell'acquisto[31].

Se solo si riflette su altre discipline positive contenute all'interno della codificazione si desume facilmente come in materia di legato e di contrattazione a favore del terzo sia presente il principio della assoluta intangibilità della propria sfera patrimoniale da parte del terzo, con la correlata concessione della possibilità da parte del beneficiario di rinunziare all'effetto traslativo ed acquisitivo[32].

È pertanto naturale dedurre, nella fattispecie in materia di comunione legale, la piena capacità rinunziativa del coniuge non acquirente all'esito del rispetto del principio della libertà di autodeterminazione della persona; non può, in tema, addursi il *favor personae coniugis* per giustificare una tale limitazione in compressione dell'elemento volontaristico nell'acquisizione in comunione, in quanto proprio la tensione assiologica verso la migliore tutela patrimoniale del coniuge pretende l'estensione applicativa dell'espressione volitiva a favore dello stesso coniuge che, difatti, deve poter valutare la propria patrimonialità anche attraverso scelte rinunziative[33].

L'ulteriore spunto argomentativo, proseguendo sulla traccia indicata, verso l'affermazione della assoluta sufficienza della volontà del coniuge non acquirente - nel senso della libera rinunzia all'effetto acquisitivo -, muove dalla assoluta contraddittorietà del sistema ordinamentale che consentirebbe, in alcune ipotesi, al soggetto di rinunziare a sicuri effetti patrimoniali favorevoli e, in altri casi, vieterebbe alla persona di esprimere la propria volontà di rinunzia.

In tema, appare opportuno evidenziare che la stessa ricostruzione della giurisprudenza non esclude la rinunzia del coniuge, quale espressione della volontà

31 Ancora, di Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss., ora in Id.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 441 ss.

32 Verificatasi una causa di scioglimento della comunione legale, vengono meno le responsabilità sancite dall'art. 186 c.c., la distinzione fra patrimonio comune e patrimonio personale, la responsabilità sussidiaria *ex* art. 190 c.c., ritornando pienamente in vigore il regime ordinario di responsabilità patrimoniale e le regole della solidarietà. Ne consegue che, qualora in regime di comunione i coniugi avessero contratto congiuntamente un'obbligazione ai sensi dell'art. 186 lett. d) c.c., entrambi continueranno a risponderne sulla base degli art. 1294 e 1298 comma 2 c.c., mentre qualora l'obbligazione fosse stata contratta da uno dei coniugi separatamente nell'interesse della famiglia ai sensi dell'art. 186 lett. c), solo quest'ultimo in base all'art. 2740 c.c. continuerà a risponderne di fronte ai creditori: nei rapporti interni egli non sarà tuttavia privo di tutela, potendo domandare all'altro il rimborso della metà della somma pagata ai sensi dell'art. 194 comma 1 c.c., che prescrive la ripartizione in parti uguali del passivo gravante sulla comunione. Vedi, in materia di destinazione patrimoniale, Quadri, R.: *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004, p. 43 ss.

33 Vedi Schwartz, A.: "Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti", in AA.VV.: *L'analisi economica del diritto* (a cura di D. Fabbri, G. Fiorentini e L.A. Franzoni), Roma, 1997, p. 37 e ss. e, nella dottrina italiana, Pardolesi, R.: "Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti", *Riv. crit. dir. priv*, 1996, p. 451 ss.

di rifiutare l'effetto acquisitivo al patrimonio, per poi, tuttavia, illogicamente prevedere tale capacità di rinunzia a favore del coniuge non acquirente nelle sole ipotesi che la norma di legge dispone come fattispecie in cui il bene acquistato resta, comunque, nella piena titolarità esclusiva del coniuge acquirente. Sotto tale ultimo profilo si coglie la forte contraddittorietà del pensiero ricostruttivo che, difatti, da un lato esprime la possibilità dell'espressione volitiva del coniuge non acquirente (nel senso del rifiuto del coacquisto) e, dall'altro, svuota tale capacità espressiva di significato giuridico ed applicativo[34].

La, dichiarata e dimostrata, flessibilità del regime della comunione legale tra i coniugi porta, invece, l'interprete a valutare diversamente la fattispecie e dedurre i) in senso assiologico, la piena libertà dispositiva del coniuge non acquirente, ii) in senso sistematico, l'organicità dell'ordinamento nell'affermazione del principio dell'intangibilità del patrimonio del soggetto in assenza della capacità di rifiuto e, iii) in senso applicativo, la capacità del coniuge (spesso in accordo con l'altro) di flettere il modo di acquisizione del regime della comunione legale alle concrete esigenze dei singoli coniugi e della famiglia[35].

34 In tema di comunione legale fra coniugi, i rimborsi e le restituzioni delle somme spettanti in dipendenza dell'amministrazione dei beni comuni, nei limiti delle somme prelevate da ciascuno dei coniugi dal patrimonio comune per fini diversi dall'adempimento delle obbligazioni cui sono destinati per legge i beni in regime di comunione legale, si effettuano solo al momento della divisione dei beni comuni che, in caso di separazione tra i coniugi, coincide con il passaggio in giudicato della relativa pronuncia. Sino a tale momento il coniuge amministratore dei beni comuni amministra i beni destinati al mantenimento della famiglia, la quale permane come vincolo anche tra i coniugi separati, senza che alcuno di questi possa rivendicare la disponibilità personale delle loro rendite, nei limiti della propria quota di comproprietà, prima del definitivo scioglimento del rapporto di convivenza. Ciò che trova conferma nell'art. 192, comma 4, c.c., il quale prevede che i rimborsi e le restituzioni, possano avvenire, dietro autorizzazione del giudice, anche in un momento anteriore a quello suindicato, ma solo a favore della comunione e, quindi, con il vincolo di destinazione delle somme relative al mantenimento della famiglia e all'istruzione e all'educazione dei figli.

35 La diversità dei presupposti che fanno sorgere il diritto al mantenimento in sede di separazione ed in sede di divorzio emerge chiaramente già dal tenore letterale delle norme di rispettivo riferimento: mentre nella prima è sufficiente che il coniuge richiedente non abbia adeguati redditi propri, in caso di divorzio è necessario che il coniuge richiedente non abbia mezzi adeguati, o, comunque, non possa procurarseli per ragioni obbiettive; la differenza di disciplina si spiega alla luce del fatto che entrambi i coniugi dovrebbero aspirare, dopo la cessazione del vincolo, ad una maggiore indipendenza reciproca. In sede di divorzio, l'impossibilità di procurarsi mezzi adeguati non si pone in alternativa alla carenza di risorse, ma si pone accanto ad essa, quale dato che la qualifica in senso oggettivo ed incolpevole: la disgiuntiva *o* è da leggersi come copulativa, vale a dire e, costituendo l'impossibilità di procurarsi mezzi adeguati di mantenimento per ragioni obbiettive una ipotesi non già alternativa ma meramente esplicativa rispetto all'ipotesi della mancanza assoluta di tali mezzi, dovendosi, comunque, trattare di impossibilità di ottenere mezzi tali da consentire un tenore di vita libero e dignitoso; altrimenti si determinerebbe una ultrattività artificiale, seppure ridotta al piano economico-patrimoniale, di un vincolo coniugale e di un rapporto familiare che, di contro, non esistono più nel mondo dei fatti e nella sfera del diritto. Al parametro della durata del matrimonio *ex* art. 5 legge n. 898 del 1970 ed ex art. 10 l. n. 74 del 1987 va attribuita una incidenza maggiore degli altri parametri quantitativi: un rapporto di coniugio effimero o di assai scarsa durata non può fare sorgere rendita parassitaria, poiché nei casi di breve o brevissima durata del matrimonio non maturano, non possono maturare aspettative sulla proiezione nel tempo di un particolare tenore di vita, né può stabilirsi un rapporto di causa ed effetto tra l'estinzione del vincolo e l'opportunità, per il coniuge richiedente l'assegno, di rendersi economicamente autonomo. Ai fini della rilevanza dell'arco temporale significativo ai fini della valutazione del parametro durata del matrimonio, va tenuto conto dell'effettiva convivenza tra i coniugi e non della sussistenza del vincolo giuridico coniugale: la separazione è ormai da tempo uno stadio preliminare al divorzio, non potendosi ritenere, al tempo stesso, come un coniuge separato possa contribuire alla formazione o all'incremento del patrimonio del partner, avendo entrambi preso a vivere ciascuno per proprio conto, realtà, quest'ultima, che presenta una accentuata, decisiva caratura sostanziale. Ritenuto che la legge riconosce il diritto di conseguire la separazione, diritto inquadrabile tra

II. COMUNIONE LEGALE TRA I CONIUGI E DESTINAZIONE PATRIMONIALE: UNA LETTURA ASSIOLOGICAMENTE ORIENTATA DELLA DISCIPLINA POSITIVA PER RINTRACCIARE UN SISTEMA DI TUTELE PATRIMONIALI AI BISOGNI DELLA FAMIGLIA.

L'associazione giuridica tra il regime della comunione legale e la destinazione patrimoniale, strettamente intesa, è, di certo, un tentativo sistematicamente ardito; tuttavia, la ricerca vuole analizzare una più lata definizione, *recte* descrizione delle finalità della dedica patrimoniale, quale modello di regole che tendono a proteggere un determinato insieme di interessi riferibili a persone fisiche all'interno del nucleo familiare e, certamente, meritevoli di ampia tutela dall'ordinamento[36].

Se, *in limine*, la comunione legale non è qualificabile come autonomo soggetto di diritto e, per l'effetto, centro di imputazione di rapporti giuridici con un proprio patrimonio, vale, tuttavia, evidenziare che il sistema ordinamentale mostra una chiara tensione verso la destinazione di risorse economiche (*id est* patrimoniali) a favore degli interessi della famiglia nelle varie dinamiche della regolamentazione dei rapporti endogeni ed esogeni alla comunione[37].

L'eventuale replica dell'esistenza di una espressa previsione di destinazione all'interno della disciplina patrimoniale nei rapporti tra coniugi (il fondo patrimoniale

i diritti indeclinabili di libertà, il coniuge contrario alla separazione non può chiedere, per ciò solo, alcun risarcimento allegando d'essere stata colpita da una grave patologia ansioso-depressiva determinata, a suo dire, dalla rottura del vincolo coniugale provocata dal partner, che la separazione ha richiesto ed ottenuto.

36 Conf., Brienza, A.: "Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale", *Riv. not.*, 1990, p. 1409; Angeloni, M.: "Separazione fra coniugi e divisione dei beni", *Contr. impr.*, 1991, p. 953; Gazzoni, M.: *La trascrizione immobiliare*, Milano, 1998, p. 686.

37 Lo studio della destinazione patrimoniale in ambito familiare necessita, altresì, dell'analisi della destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. L'art. 2645-*ter* c.c., introdotto dall'art. 39-novies del decreto legge 30 dicembre 2005, convertito nella legge 23 febbraio 2006 n. 51, così dispone: "gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni, o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche Amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo. L'atto costitutivo del vincolo di destinazione *ex* art. 2645 *ter* c.c. stipulato in pregiudizio degli interessi dei creditori del disponente è revocabile, ove ne sussistano i presupposti, essendo soggetti all'azione revocatoria anche gli atti aventi un profondo valore etico e morale". In particolare, va riconosciuta la assoggettabilità alla tutela *ex* art. 2901 c.c. dell'atto di costituzione del vincolo di destinazione ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c., trattandosi di atto che, anche se non determina la fuoriuscita dei beni dal patrimonio del disponente, comporta tuttavia un effetto di segregazione patrimoniale così da imprimere ai beni una destinazione idonea a sottrarli alla generica garanzia dei creditori. I beni segregati, infatti, per effetto della costituzione del vincolo, possono costituire oggetto di esecuzione esclusivamente per i debiti contratti per la realizzazione del fine di destinazione. L'atto di costituzione del vincolo sui propri beni ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c., benché non determini il trasferimento della loro proprietà né la costituzione su di essi di diritti reali in senso proprio, è comunque idoneo a sottrarre i beni vincolati all'azione esecutiva dei creditori, ha effetti connotati dal carattere della realità in senso ampio, essendo oggetto di trascrizione, ed è di conseguenza idoneo a pregiudicare le ragioni creditorie, come nelle analoghe - seppur non identiche - situazioni della costituzione del fondo patrimoniale e della costituzione e dotazione di beni in *trust*.

ex art. 167 c.c.[38]) non può, tuttavia, costituire motivo di interruzione della ricerca esegetica; di primo acchito, l'istituto del fondo patrimoniale non rappresenta un regime patrimoniale di carattere programmatico tra i coniugi ma, invece, un modo d'azione dei coniugi, o di terzi, per perseguire esclusivamente l'interesse della famiglia con la disposizione di beni determinati a favore dei bisogni familiari[39].

Se si accede all'ipotesi ricostruttiva della destinazione per il tramite del fondo patrimoniale quale scelta dei coniugi, o di terzi, in funzione di rafforzare la tutela della famiglia e dei suoi membri, appare, di risulta, possibile considerare la destinazione patrimoniale, insita nel regime legale della comunione, il portato della ulteriore volontà legislativa di individuare nel regime comunitario un sistema di regole in cui la dedica patrimoniale ai bisogni della famiglia rappresenta l'elemento fondante e caratterizzante[40].

La destinazione economica dei beni della comunione tra coniugi a favore dell'interesse familiare e dei soggetti che la compongono deriva dalla legge, attraverso la lettura delle singole prescrizioni indicanti gli obblighi a carico della comunione e a favore dei bisogni e delle necessità del nucleo familiare[41].

38 La costituzione del fondo patrimoniale, anche se per bisogni della vita familiare, non è obbligatoria per legge ma configura un atto a titolo gratuito, non trovando contropartita in un'attribuzione in favore dei disponenti. Per questi motivi è suscettibile di revocatoria, salvo che si dimostri l'esistenza in concreto di una situazione tale da integrare nella sua oggettività gli estremi del dovere morale ed il proposito del *solvens* di adempiere unicamente a quel dovere mediante l'atto in questione. (così, Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 2019, n. 25423).

39 Ancora, seguendo lo studio della destinazione negoziale, l'atto di semplice destinazione di un bene (senza il trasferimento della proprietà dello stesso) alla soddisfazione di determinate esigenze, ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c., costituisce, di regola, un negozio unilaterale - non perfezionandosi con l'incontro delle volontà di due o più soggetti, ma essendo sufficiente la sola dichiarazione di volontà del disponente - e a titolo gratuito, in quanto di per sé determina un sacrificio patrimoniale da parte del disponente, che non trova contropartita in una attribuzione in suo favore; esso resta tale anche se, nel contesto di un atto pubblico dal contenuto più ampio, ciascuno dei beneficiari del vincolo abbia a sua volta destinato propri beni in favore delle esigenze di tutti gli altri - risultando in tal caso i diversi negozi di destinazione solo occasionalmente contenuti nel medesimo atto pubblico notarile -, salvo che risulti diversamente, sulla base di una puntuale ricostruzione del contenuto effettivo della volontà delle parti e della causa concreta del complessivo negozio dalle stesse posto in essere. (cfr., Cass. civ., sez. III, 13 febbraio 2020, n. 3697). L'art. 2645 *ter* c.c. è norma *sugli effetti* e non *sugli atti*; in particolare, la citata disposizione riguarda esclusivamente gli effetti, complementari rispetto a quelli traslativi ed obbligatori, delle singole figure negoziali a cui accede il vincolo di destinazione e non consente la configurazione di un negozio *destinatorio puro*, cioè di una nuova figura negoziale atipica imperniata sulla causa destinatoria. Ne consegue l'inammissibilità del cosiddetto vincolo di destinazione autoimposto in cui l'effetto destinatorio sia collegato ad un atto privo di effetti.

40 In caso di azione revocatoria avente a oggetto atti costitutivi di vincoli di destinazione su beni che restano nella esclusiva proprietà del disponente, di regola, i meri beneficiari degli effetti del vincolo, che non acquistano diritti in relazione ai beni vincolati, non assumono la posizione di litisconsorti necessari. Laddove dalla eventuale dichiarazione di inefficacia *ex* art. 2901 c.c. dell'atto costitutivo di un vincolo di destinazione che restano nella disponibilità del disponente, peraltro, possano derivare in concreto effetti pregiudizievoli per i beneficiari del vincolo, questi hanno certamente un interesse che giustifica la loro eventuale partecipazione al giudizio, quantomeno ai sensi dell'art. 105 c.p.c. e, correlativamente, l'attore in revocatoria ha interesse a convenirli eventualmente in giudizio, unitamente al disponente, onde rendere agli stessi direttamente opponibili gli effetti della sentenza.

41 Un bene immobile, già conferito in fondo patrimoniale, non può essere anche gravato da vincolo di destinazione *ex* art. 2645- *ter* c.c.; in presenza di figli minori, il giudice non può autorizzare l'imposizione del vincolo *ex* art. 169 c.c., specie quando non si esplicitata con rigore quale interesse meritevole di tutela che si vorrebbe perseguire. Come già indicato, il fondo patrimoniale ed il vincolo di destinazione, pur presentando delle affinità (costituzione con atto pubblico, vincolo di destinazione, sottrazione del bene alla generale garanzia dei creditori) si differenziano sostanzialmente perché il patrimonio separato non è un

In tema, è opportuna la precisa disamina dei singoli punti che il legislatore ha indicato nello svolgimento della gestione della comunione e, per l'effetto, del relativo patrimonio comune, come naturalmente destinato all'interesse familiare[42]. La rubrica dell'art. 186 c.c. ("*obblighi gravanti sui beni della comunione*") già chiarisce l'oggetto del gravame delle obbligazioni, contratte *manente* comunione legale, sui beni che compongono la comunione stessa; la lettura della locuzione della rubrica trascende il momento dell'interpretazione letterale per sfociare in una impostazione assiologicamente orientata verso il miglior soddisfacimento della cura della famiglia[43].

Difatti, l'associazione giuridica tra le obbligazioni contratte dai coniugi, in corso di regime legale, e la composizione materiale (e giuridica) della comunione è, *de plano*, testimonianza della presenza di una destinazione (a voler usare termini economici, una targa) del patrimonio della comunione al soddisfacimento della tutela degli interessi del nucleo familiare[44].

Una volta determinatosi l'effetto acquisitivo a favore del regime legale, i beni sono dedicati allo sviluppo ed al mantenimento della gestione della comunione, giacché gli stessi beni e i rapporti rispondono di tutti i pesi ed oneri gravanti su di essi al momento dell'acquisto, di tutti i carichi dell'amministrazione, delle spese per il mantenimento della famiglia e per l'istruzione e l'educazione dei figli, di ogni obbligazione contratta dai coniugi, anche separatamente, nell'interesse della famiglia e di ogni obbligazione contratta congiuntamente dai coniugi[45].

---

istituto familiare, quindi non è necessariamente destinato a realizzare l'interesse esclusivo della famiglia, non prevede come soggetti conferenti necessariamente i coniugi e non necessita per la sua costituzione di una preventiva autorizzazione.

42 Conf., Falzea, A.: *La separazione personale*, Milano, 1943, p. 96 ss.; Azzolina, U.: *La separazione personale dei coniugi*, Torino, 1966, p. 21; Zatti, P.: *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, Torino, 1996, p. 135 ss.; Doria, G.: *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, p. 70.

43 Il vincolo di cui all'art. 2645 *ter* c.c., norma da interpretare restrittivamente per non svuotare di significato il principio della responsabilità patrimoniale del debitore *ex* art. 2740 c.c., non può essere unilateralmente autodestinato su di un bene già in proprietà con un negozio destinatorio puro, ma può unicamente collegarsi ad altre fattispecie negoziale tipica od atipica dotata di autonoma causa. Gli interessi meritevoli di tutela che legittimano il vincolo di destinazione *ex* art. 2645 *ter* c.c., devono essere esplicitati nell'atto di costituzione, devono essere valutati in modo stringente e devono essere prevalenti rispetto agli interessi sacrificati dei creditori del disponente estranei al vincolo. Così come per l'omogenea materia del fondo patrimoniale *ex* art. 170 c.c., anche nel caso di vincolo di destinazione *ex* art. 2645 *ter* c.c., spetta al debitore provare che il creditore conosceva l'estraneità del credito ai bisogni della famiglia, e tale categoria di bisogni deve essere interpretata in senso ampio. (v. Tribunale Reggio Emilia, 10 marzo 2015, n. 399).

44 Risponde ad una ottimale, anche perché incondizionata ed integrale, tutela della prole, e va perciò consentito il trasferimento, con atto formale, da un coniuge all'altro, a modifica del regime di separazione personale (o di divorzio) precedentemente instaurato, di taluni beni immobili con il vincolo *erga omnes* di cui all'art. 2645 ter c.c., allo scopo di garantire ai figli minori un adeguato e sicuro mantenimento. (v. Tribunale Reggio Emilia, 26 marzo 2007).

45 Vedi Cass. civ., 4 settembre 2004 n. 17902, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 9. Sul punto, vedi, altresì, Basini, G.F.: "L'annullabilità della separazione consensuale omologata per vizi del consenso", *Familia*, 2003, p. 382; ancora, in giurisprudenza, si legga Cass. civ., 15 maggio 1997 n. 4306; Cass. civ., 11 novembre 1992 n. 12110, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, fasc. 11, con particolare attenzione da prestare ai riflessi fiscali; Cass. civ., 20 maggio 2005 n. 11458, in *Dir. giust.*, 2005, p. 37; Cass. civ., 22 maggio 2002 n. 7493, in *Giust. civ. mass.*, 2002, p. 900.

Se, pertanto, i beni della comunione legale servono al soddisfacimento degli obblighi derivanti dall'amministrazione del regime tra i coniugi, ne discende la naturale tensione degli stessi beni ad essere dedicati al prioritario soddisfacimento delle esigenze del regime e, per l'effetto, dei componenti il nucleo familiare; la indicata priorità non si traduce, in termini normativi, nella sussistenza di un privilegio specifico o nella segmentazione patrimoniale a favore dei soggetti interessati e dei creditori particolari per rapporti attinenti alle esigenze della comunione legale[46].

La locuzione normativa dei "*carichi dell'amministrazione*" proietta, in una visione assiologica del sistema delle regole comunitarie, la patrimonialità della comunione verso la tutela della famiglia; in buona sostanza, leggendo il dato normativo attraverso un canone interpretativo di ragionevolezza, i beni che vanno a comporre la comunione legale tra i coniugi (nel rispetto dei criteri di inclusione e/o di esclusione) sono normativamente dedicati alla gestione del regime ma, sostanzialmente, destinati agli interessi della famiglia, *recte* dei singoli componenti del nucleo familiare.

La conferma del passaggio interpretativo proposto deriva, altresì, dalla ulteriore precisazione della dedica dei beni della comunione a favore delle spese per il mantenimento della famiglia e per l'istruzione e l'educazione dei figli e di ogni obbligazione contratta dai coniugi (anche separatamente) nell'interesse della famiglia.

Pertanto, la parte finale della disposizione di legge chiarisce, in modo inequivoco, il senso della norma e la caratterizza con tensione assiologica a favore delle persone (fisiche) che vedono la propria situazione soggettiva avvantaggiata dall'esistenza della comunione legale dei beni.

In termini positivi, la determinazione normativa consente di affermare la sussistenza di rapporti obbligatori a carico del patrimonio in regime di comunione legale, con la derivazione del dovere, in capo ai coniugi, di tacitare – in modo progressivo e continuativo nel corso della vita matrimoniale – le esigenze (quali rapporti obbligatori nascenti) dei componenti il nucleo familiare[47].

46 Gli interessi idonei a sorreggere una vicenda destinatoria *ex* art. 2645-ter c.c. ed il conseguente effetto di separazione patrimoniale sono solo quelli godono di una particolare protezione legislativa (se non costituzionale), gli unici che possono giustificare la compressione dell'interesse del ceto creditorio. Altri interessi possono essere enucleati purché non meramente egoistici e dotati di una adeguata copertura normativa. Alla luce di tanto, è radicalmente nullo il trust il cui unico scopo è il fine di assicurare il mantenimento del personale tenore di vita, finalità che dunque non può essere opposta ai creditori non avendo essa dignità superiore rispetto a quella di questi ultimi di vedere soddisfatto il proprio diritto di credito (e di conservare anch'essi il proprio personale tenore di vita).

47 Afferma Marra, A.: "Il vincolo di destinazione a norma dell'art. 2645 ter c.c. nell'accordo di separazione fra coniugi", *Dir. Famiglia*, 2009, p. 1203: "[…] la Novella normativa consente la creazione di un vincolo di destinazione su determinati beni per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, pubbliche amministrazioni, altri enti o persone fisiche, con durata circoscritta alla vita del beneficiario e, comunque, non superiore ad anni novanta; prescrive, inoltre, l'impiego dei beni conferiti e dei loro frutti esclusivamente per il fine di destinazione, e la possibilità per qualsiasi interessato di agire per

Il mantenimento della famiglia è locuzione di ampio respiro nei relativi riflessi empirici e, *de relato*, con una, potenzialmente, vasta applicazione giuridica attesa la possibilità di ricomprendere nel concetto di mantenimento il rispetto e il soddisfacimento di ogni rapporto obbligatorio che nasca a favore dei componenti della famiglia; pertanto, come indicato, la tutela giuridica vede il perseguimento di un interesse non astratto e riferibile alla famiglia come entità *a latere* (*inter alia*, non suscettiva di essere ricompresa tra i soggetti di diritto portatori di specifici interessi contrattuali o creditori), ma, *a contrario*, concreto ed associato agli interessi delle persone che vanno a comporre la famiglia[48].

la realizzazione degli interessi in discorso. La norma, infine, prevede la trascrivibilità nei pubblici registri degli atti di destinazione redatti per atto pubblico al fine di renderli opponibili ai terzi. Il criterio della meritevolezza degli interessi, cui è preordinata la costituzione del vincolo di destinazione, costituisce il presupposto della validità del negozio di destinazione e della trascrivibilità. Quanto al tipo di meritevolezza richiesto, si è affermata la necessità che lo scopo dell'atto di destinazione realizzi un fine di utilità sociale, o di pubblica utilità, e che meritevoli di tutela, *ex* art. 2645-*ter* c.c, possano essere, tra gli scopi di utilità sociale, quelli improntati al canone della solidarietà. Ne deriva che potranno ritenersi sicuramente meritevoli di tutela gli interessi sottesi alla tutela dei valori familiari, legati al dovere di contribuzione nella famiglia tanto legittima (artt. 143, 167 c.c.), che di fatto, all'obbligo di mantenimento della prole, sia nella fase "fisiologica" (artt. 147, 148 c.c.), che in quella patologica (artt. 155 ss. c.c., art. 6 legge div.) del rapporto coniugale, allo stesso mantenimento del coniuge separato (art. 156 c.c.) e all'assegno in favore del divorziato (art. 5, commi quinto ss., l. div.), per i quali, del resto, non si esita a parlare di "solidarietà postconiugale". La famiglia costituisce, dunque, il terreno d'elezione per lo sviluppo di tali manifestazioni di solidarietà, che, ancorché dirette a soggetti determinati, finiscono con l'assumere una funzione sicuramente sociale. Secondo il Collegio, l'opponibilità *erga omnes* del vincolo di destinazione, dettata dall'art. 2645-*ter* c.c, offre ai minori una significativa tutela sia con riguardo ai frutti dei beni (da destinare al mantenimento), sia con riguardo all'inalienabilità, in quanto l'intestatario dei beni non sarà libero di disporre e di godere dei beni, avendo, quale fine prioritario, il mantenimento dei figli, e con l'ulteriore precisazione che l'atto di destinazione conferisce un vincolo di impignorabilità assoluta ai beni e ai frutti conferiti".

48 Si deve valutare con attenzione la destinazione in ambito familiare in senso negoziale; in tema, si legga, Di Profio, M.C.: "Vincoli di destinazione e crisi coniugale: la nuova disciplina dell'art. 2645-ter c.c.", *Giur merito*, 2007, p. 3191, per il quale: "[…] è chiaro come il successivo tramonto del modello corporativo, che aveva fatto propria quella lettura della meritevolezza degli interessi, abbia segnato un deciso rovesciamento di tendenza: l'art. 1322 comma 2 c.c., è svuotato di ogni significato che lo distingua dal giudizio di illiceità del contratto ex art. 1343 c.c., e cioè dalla contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume. Ne è conseguita una lettura sostanzialmente abrogativa della regola di cui all'art. 1322 comma 2 c.c., ed anche il successivo ritorno di interesse, intorno alla fine degli anni '60, per le clausole generali e per le teorie bettiane non è valso a dare nuova autonomia a quel principio. Peraltro, pure in giurisprudenza le rare pronunce che hanno invocato la teoria dell'utilità sociale, hanno, in verità, richiamato la clausola di meritevolezza al solo fine di motivare la dichiarazione di nullità di contratti già pacificamente ascrivibili alla categoria dei contratti illeciti. Per i contratti atipici, come già per i contratti nominati, ad operare è solo la valutazione di liceità. Non si riesce, in altri termini, a rintracciare una casistica giurisprudenziale in cui il giudizio di non meritevolezza dell'interesse operi come causa di nullità del contratto, autonoma e distinta dal giudizio di illiceità. E in questi stessi termini si muove anche la pronuncia in commento: «il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti col negozio atipico si riduce, in realtà, ad una valutazione di non illiceità, in cui l'interprete deve limitarsi all'esame della non contrarietà del negozio alle norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume». Tanto che «l'immeritevolezza» degli interessi perseguiti, osserva ancora il tribunale, «è quasi divenuta un'ipotesi di scuola» e al contrario la «meritevolezza» è stata ampiamente riconosciuta quale «fondamentale principio dell'autonomia contrattuale». La lettura proposta è, quindi, nel senso di riconoscere nel giudizio di meritevolezza solo una valutazione in termini di non illiceità del negozio, in cui l'interprete deve limitarsi all'esame della non contrarietà del medesimo alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume. Si tratta di una posizione che sovrappone il profilo causale di liceità e quello, sostanziale, di meritevolezza degli interessi, con il rischio, pure evidenziato da autorevole dottrina, di rendere irragionevolmente ampia la portata dell'art. 2645-*ter* c.c. e di svilire il significato dell'art. 2740 c.c. Il requisito di meritevolezza dovrebbe piuttosto porsi come sapiente via di bilanciamento dei diversi interessi in gioco: di quelli familiari - ai quali si riconosce un valore anche latamente costituzionale e, quindi, una posizione per certi versi «privilegiata» - ma anche degli altri interessi che si muovono intorno al vincolo di destinazione, in particolare l'interesse dei creditori del disponente, e, in termini più ampi, la tutela del credito, attraverso il principio di responsabilità patrimoniale; nel realizzare quella comparazione di interessi e valori, il giudizio di meritevolezza dovrà essere inteso come controllo di congruenza del contenuto del vincolo di destinazione rispetto allo scopo perseguito, controllo che dovrà di

Medesimo ragionamento deduttivo vale con riferimento agli interessi per l'istruzione e l'educazione dei figli; in tal caso, la norma si apprezza per il diretto riferimento ad uno specifico interesse (*id est* istruzione ed educazione) di soggetti determinati (*id est* i figli).

Se, ora, si riflette sulla prescrizione normativa di chiusura degli obblighi cui i beni della comunione sono soggetti (*recte*, dedicati), si può rintracciare, ancor di più, la volontà del legislatore di creare un sistema di destinazione (atecnicamente intesa, in senso giuridico) di beni e di rapporti compresi nella comunione a favore dei singoli componenti il nucleo familiare; difatti, si indica - come detto - che i beni della comunione rispondono di ogni obbligazione contratta dai coniugi, anche separatamente, nell'interesse della famiglia e di ogni obbligazione contratta congiuntamente dai coniugi[49].

Ebbene, la riflessione porta a rilevare, in prima istanza, una stretta correlazione tra il rapporto obbligatorio venutosi a creare (in virtù dell'attività del singolo coniuge o di entrambi in via congiunta) e il perseguimento dell'interesse familiare per il tramite del rapporto determinatosi; tale correlazione individua una naturale destinazione patrimoniale della comunione a favore del rispetto di quel determinato rapporto giuridico (in forma obbligatoria) a fronte, come prescritto, dell'interesse familiare[50].

L'acquisizione della correlazione tra obbligazione e interesse familiare è seguita dalla constatazione per cui la destinazione dei beni della comunione avviene

volta in volta riproporsi nella ricostruzione della validità ed efficacia del vincolo destinatorio. Ed è proprio negli atti di destinazione a tutela degli interessi familiari che la dottrina prevalente, nel valorizzare il rilievo anche costituzionale che gli stessi assumono, riconosce, almeno in linea astratta, e salvo una verifica caso per caso con riferimento alle diverse ipotesi realizzate, un positivo giudizio di valore. Come già proposto da alcuni autori, il riferimento contenuto nel testo dell'art. 2645-*ter* c.c. a persone disabili, poi a pubbliche amministrazioni, ed infine ad altri enti o persone fisiche, sembra infatti suggerire l'idea che proprio il perseguimento di valori ultraindividuali (che troverebbero appunto espressione nella protezione dei soggetti deboli e nel richiamo alle pubbliche amministrazioni, attraverso la tutela degli interessi collettivi) debba porsi quale chiave di lettura nella ricostruzione del giudizio di meritevolezza: in tutte quelle ipotesi nelle quali la destinazione è lo strumento per tutelare interessi «superindividuali e socialmente utili», come, appunto, nel caso della tutela dei valori della famiglia e dell'interesse dei minori, il fine perseguito dall'atto di destinazione non può che essere espressione di un interesse socialmente rilevante e, pertanto, meritevole di tutela. E ciò non solo nelle ipotesi di crisi del rapporto coniugale - come nel caso allo studio della pronuncia in commento - ma anche nello svolgersi quotidiano delle relazioni familiari, nella famiglia legittima come nelle unioni di fatto, nelle quali, fino a questo momento, non era in alcun modo regolamentata la possibilità di costruire negozi atipici di destinazione. Ed in questo senso, è utile richiamare anche la posizione di quanti riconoscono proprio nelle ipotesi tipiche di destinazione patrimoniale, e in primo luogo di quelle poste a tutela della famiglia, significativi strumenti per la elaborazione di forme di destinazione ex art. 2645-ter c.c. che sottendano le medesime finalità di tutela e gli stessi valori."

49 Il giudizio di meritevolezza degli interessi sottesi alla divisazione del negozio giuridico atipico si riduce, invero, ad una valutazione di non illiceità, in cui l'opera ermeneutica dell'interprete deve limitarsi all'esame della non contrarietà del negozio alle norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume; indi, all'esito di quanto esposto non può, quindi, dubitarsi della liceità della causa (come, ad esempio, il mantenimento della prole) che sorregge il trasferimento immobiliare attuato fra i coniugi.

50 Sul ruolo del notaio, pubblico ufficiale, nella ricezione delle volontà delle parti (nella specie, i coniugi), si legga Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 4 e ss.; Id.: "Sulla modificabilità dell'ordine legale di riduzione delle donazioni lesive della quota di legittima", Studio CNN 52-2020/C, 1.

sia nell'ipotesi di attività del singolo coniuge sia nel caso in cui i coniugi agiscano congiuntamente; la precisazione non è di poco momento in quanto lascia scorgere la volontà legislativa di comprendere nella dedica all'interesse familiare le due possibili modalità di attivazione di rapporti contrattuali e obbligatori[51].

A ben riflettere sul dato della norma, si tende alla migliore copertura e al perseguimento dell'interesse familiare non solo nell'ipotesi (maggiormente protettiva del nucleo familiare) di azione congiunta ma, altresì, nell'eventualità che ad agire sia il singolo coniuge pur sempre, si badi, nell'interesse della famiglia[52].

Ne deriva, come corollario giuridico ed applicativo, che il limite della dedica patrimoniale – come enunciata – si rintraccia, nel caso di specie, nell'eventualità in cui si dimostri che il singolo coniuge non abbia contrattato nell'interesse della famiglia ma nell'interesse proprio o di altri, così annullandosi l'effetto normativo e, di risulta, la dedica dei beni della comunione[53]. La dimostrazione della sussistenza dell'interesse familiare, sotteso al rapporto obbligatorio, sarà onere del terzo creditore nella rappresentazione di un ulteriore interesse, personale del singolo coniuge; deve, pertanto, ritenersi sussistente una presunzione *iuris et de iur*e di esistenza dell'interesse comune e familiare, a fronte della funzione che il regime comunitario persegue nella tutela della famiglia e dei suoi componenti.

51 Si noti come Emilio Betti teorizzava la nuova clausola generale di utilità sociale, intesa come limite positivo all'autonomia privata, cfr., per l'appunto, Betti E.: "Sui principi generali del nuovo ordine giuridico", *Riv. dir. comm*., 1940, I, p. 217 ss.; Id.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, p. 247.

52 Si legga Quadri, R.: "L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione", *Contr.* e *impr*., 2006, p. 6 ss.

53 In materia di applicazione del principio di ragionevolezza (nella specie, in tema di rappresentanza, come istituto vicino, in termini applicativi, alla gestione del patrimonio familiare), ed in modo estremamente convincente, Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 83. L'Autore, in modo efficace, sostiene la logica del bilanciamento ragionevole degli interessi del rappresentato, del rappresentante, del terzo contraente nonché del principio di conservazione del negozio. Inoltre, viene correttamente affermato che la natura interpretativa di una norma non comporta necessariamente la nullità del contratto qualora tale sanzione risulti sproporzionata e irragionevole rispetto alla ratio del divieto. Si riporta Nuccio, M.R.: *Conflitto di interessi* e *autonomia negoziale*, Napoli, 2016, p. 140 e ss. testualmente "… doverosa è parsa la puntualizzazione della relazione semantica che lega nozioni afferenti a distinti piani di qualificazione. L'accertamento del conflitto di interessi, si è osservato, viaggia su binari paralleli a quelli dell'abuso di rappresentanza; quale rilevante condizione di incompatibilità tra interessi, il conflitto preesiste all'esercizio del potere rappresentativo e, pertanto, va considerato concettualmente autonomo da ciò che costituisce abuso. Del resto, la prova della lesione inferta al *dominus* può derivare da elementi fattuali che non per forza mostrano l'emersione di un conflitto. Diversamente da questo, l'abuso non gode di autonoma rilevanza giuridica, giacché "postula necessariamente l'atto negoziale", segno visibile dello sviamento del potere esercitato. È nel contratto che impegna il *dominus* che si risolve l'azione orientata, nelle sue manifestazioni patologiche, al perseguimento di un interesse diverso da quello protetto dalla disciplina della rappresentanza. A queste conclusioni si perviene presupponendo una relazione causa-effetto tra conflitto di interessi e abuso, sì da rinvenire nel primo il motivo delle disfunzioni che colpiscono le dinamiche del potere rappresentativo. In questa prospettiva, l'art. 1394 c.c. è inteso quale disciplina dell'esercizio abusivo della rappresentanza. Si è sostenuto che, pur facendo menzione del conflitto, la disposizione in esame accorda rilevanza preminente all'abuso, allorché dispone la sanzione applicabile all'atto negoziale espressione di uno sviamento della funzione rappresentativa, impugnabile in ragione della "deviazione del potere dallo scopo [e] non [della] mera situazione di dissidio fra gli interessi del rappresentante e quelli del rappresentato".

Ora, la indicata lettura assiologicamente orientata della disciplina positiva, tesa a rintracciare un sistema di tutele patrimoniali ai bisogni della famiglia, vuole la ricerca della reale portata applicativa dell'art. 179, co. 2, c.c. in stretto rapporto con la dichiarazione di cui all'art. 179, lett. f), c.c.

Valga sottolineare la evidente eterogeneità dei meccanismi dispositivi di cui alla indicata normativa; mentre, in senso fisiologico, la dichiarazione di cui alla lett. f) tende a permettere la naturale trasformazione del patrimonio personale del coniuge e la conseguente surrogabilità dei singoli beni che lo compongono, la dichiarazione di cui al secondo comma attiene alla illimitata facoltà dei coniugi nel regime della comunione legale, attesa la natura certamente dispositiva della dichiarazione.

Tuttavia, pur potendo accedere all'idea della sussistenza dell'elemento distintivo tra le fattispecie nella individuazione, nel primo caso, di una piena operatività del regime legale a vantaggio della patrimonialità dei coniugi e, nel secondo, di una potenzialità derogativa concessa alla volontà (negoziale) dei coniugi, si deve rimarcare che anche la dichiarazione *ex* lett. f) può costituire un metodo dispositivo, concesso al singolo coniuge titolare del bene, di procedere ad un effetto modificativo, *recte* derogatorio della regola della comunione legale.

In buona sostanza, si contesta l'assoluta assenza di dispositività del meccanismo appena indicato in virtù della dimostrata esistenza di fattispecie comportamentali del singolo coniuge che assumono carattere negoziale e, pertanto, dispositivo.

È, ora, opportuna una più penetrante lettura del disposto di legge che indica come l'acquisto di beni immobili, o di beni mobili elencati nell'art. 2683 c.c., effettuato dopo il matrimonio, è escluso dalla comunione, ai sensi delle lettere c), d) ed f), quando tale esclusione risulti dall'atto di acquisto se di esso sia stato parte anche l'altro coniuge.

Nelle specie negoziali in esame, l'effetto acquisitivo alla comunione legale risulta scollegato dalla sussistenza del presupposto sostanziale della trasformazione e/o surrogabilità del singolo bene, divenendo, *a contrario*, conseguenza giuridica dell'elemento volitivo dei coniugi. L'effetto pubblicitario, tipico del trasferimento dei beni enunciati nella norma, individua e, al contempo, delimita il raggio d'azione applicativo della disposizione, consentendo l'esclusione dalla comunione legale a fronte della presenza della dichiarazione negoziale nell'atto di trasferimento e della partecipazione dell'altro coniuge.

I due citati elementi sono coniugati *uno actu* all'interno della cessione traslativa, con ciò erroneamente intendendo che possano fondersi in un unico dato; invero, l'interpretazione del dato della norma deve essere rigorosa nell'esame delle

conseguenze dei singoli comportamenti dei coniugi nell'atto di cessione di un bene immobile o mobile registrato, in funzione di verificare gli effetti di eventuali condotte omissive; ebbene, in materia di acquisti effettuati da uno dei coniugi in costanza di matrimonio, al fine di escludere l'applicazione del regime della comunione legale dei beni è necessario, oltre ai requisiti indicati nelle lettere c), d) ed f) del comma 1 dell'art. 179 c.c., che l'altro coniuge partecipi all'atto di acquisto e che risulti espressamente la suindicata esclusione[54].

La mancata contestazione o l'esplicita conferma da parte del coniuge non acquirente, a prescindere dalla natura ricognitiva o negoziale, costituiscono tuttavia un atto giuridico volontario e consapevole, cui il legislatore attribuisce l'efficacia di una dichiarazione a contenuto sostanzialmente confessorio, idonea a determinare l'effetto di presunzione *juris et de jure* di non contitolarità dell'acquisto, di natura non assoluta ma superabile mediante la prova che la dichiarazione sia derivata da errore di fatto o da dolo e violenza nei limiti consentiti dalla legge[55].

Dal punto di vista esegetico, la distinzione e l'alterità degli elementi, *recte* condotte dei coniugi, vengono confermate dalla circostanza per cui la dichiarazione resa nell'atto dal coniuge non acquirente, ai sensi dell'art. 179, co. 2, c.c., in ordine alla natura personale del bene, si pone come condizione necessaria ma non sufficiente per l'esclusione del bene dalla comunione, occorrendo a tal fine non solo il concorde riconoscimento da parte dei coniugi della natura personale del bene, richiesto esclusivamente in funzione della necessaria documentazione (come normata), ma anche l'effettiva sussistenza di una delle cause di esclusione dalla comunione tassativamente indicate dall'art. 179, co. 1, lett. c), d) ed f), c.c.

Dichiarazione di esclusione come preliminare elemento fondante il meccanismo della titolarità personale del bene immobile e/o mobile registrato e partecipazione all'atto del coniuge quale dato formativo della fattispecie negoziale sono, pertanto, momenti suscettivi di essere considerati in via separata attraverso l'analisi degli effetti giuridici conseguenti alla mancanza e ai vizi di entrambi gli elementi[56].

54 Cfr. Nuzzo, M.: *L'oggetto della comunione legale tra coniugi*, Milano, 1984, p. 331. In particolare, Schlesinger, P.: *Della comunione legale*, Padova, 1992, p. 150.

55 Cfr. Palazzo, A.: "Profili di invalidità del contratto unilaterale", *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 591, e *ivi* nota 15, p. 594 e ss. e p. 598 e s., che nell'ampliare con riguardo ai contratti unilaterali l'ambito di riferimento della causa negoziale, menziona gli interessi sottostanti all'operazione economica, nonché, sempre per l'appunto con riguardo alle istanze del promittente o del promissario desumibili dalla considerazione della complessiva operazione economica, Id.: *Atti gratuiti e donazioni*, Torino, 2000, p. 75 e ss. Significativa in proposito, sebbene inerente ad una vicenda di collegamento negoziale, Cass. civ., 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.* 1991, I, p. 2895 e ss.

56 In caso di acquisto di bene immobile o mobile registrato effettuato da uno dei coniugi dopo il matrimonio, l'art. 179 comma 2 c.c., al fine di escludere la comunione legale richiede, oltre alla sussistenza di uno dei requisiti oggettivi previsti dalle lettere c), d) e f) del comma 1 dello stesso articolo, anche se detta esclusione risulti espressamente dall'atto di acquisto purché a detto atto partecipi l'altro coniuge; orbene la mancata contestazione, da parte di quest'ultimo, in detta sede, ovvero l'esplicita conferma, attraverso una propria dichiarazione, di quella dell'acquirente in ordine alla natura personale del bene di cui si tratta ha carattere ricognitivo e non negoziale, e tuttavia costituisce pur sempre un atto giuridico volontario e

D'altronde, che l'esegesi della disposizione di legge necessiti di un'indagine empirica, quindi basata sull'applicazione del canone interpretativo della ragionevolezza, è palese, attesa la necessità di verificare la concreta volontà dei coniugi nell'atto d'acquisto del bene[57]; difatti, la dichiarazione resa nell'atto dal coniuge non acquirente, ai sensi dell'art. 179, co. 2, c.c., in ordine alla natura personale del bene, si piega diversamente a seconda che tale natura dipenda dall'acquisto dello stesso con il prezzo del trasferimento di beni personali del coniuge acquirente o dalla destinazione del bene all'uso personale o all'esercizio della professione del medesimo coniuge, assumendo nel primo caso natura ricognitiva e portata confessoria dei presupposti di fatto già esistenti, ed esprimendo nel secondo la mera condivisione dell'intento del coniuge acquirente.

Ebbene, ne consegue che l'azione di accertamento negativo della natura personale del bene acquistato postula nel primo caso la revoca della confessione stragiudiziale, nei limiti in cui la stessa è ammessa dall'art. 2732 c.c., e nel secondo la verifica dell'effettiva destinazione del bene, indipendentemente da ogni indagine sulla sincerità dell'intento manifestato.

Seguendo la dibattuta *querelle* riguardo al c.d. rifiuto del coacquisto del coniuge, si desume che l'intervento adesivo del coniuge non acquirente non è, pertanto, di per sé sufficiente a escludere dalla comunione il bene che non sia effettivamente personale. La disposizione prevede, infatti, che i beni acquistati vengano esclusi dalla comunione ai sensi delle lett. c), d) ed f) quando tale esclusione risulti dall'atto di acquisto, se di esso sia stato parte anche l'altro coniuge.

Occorre, ora, farsi carico del recente orientamento della giurisprudenza di legittimità che, pronunciandosi su di un tema privo di precedenti (di legittimità) e molto rilevante poiché riguardante l'ipotesi dell'utilizzo del denaro appartenente a uno solo dei coniugi al fine di pagare il prezzo di un suo acquisto, ha sostenuto che se un coniuge in regime di comunione legale dei beni utilizza denaro di provenienza non tracciabile per il pagamento del prezzo di un suo acquisto, il bene oggetto di tale acquisto è assoggettato al regime di comunione legale dei beni, anche se all'atto di acquisto intervenga l'altro coniuge, il quale dichiari di consentire l'esclusione di tale acquisto dal regime di comunione legale[58].

Correlativamente, per i giudici di legittimità, l'interpretazione funzionale delle norme della comunione legale consente di ritenere che in tale ipotesi, l'acquisto

consapevole, cui il legislatore attribuisce la valenza di testimonianza privilegiata, ricollegandovi l'effetto di una presunzione *iuris et de iure* di esclusione della contitolarità dell'acquisto; il vincolo derivante da tale presunzione, peraltro, non è assoluto, potendo essere rimosso per errore di fatto o per violenza nei limiti a cui ciò è consentito per la confessione. (così, Cass. civ., sez. II, 6 marzo 2008, n. 6120).

57 Per la migliore visione organica e metodologica si consiglia la lettura di Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rass. dir. civ.,* 2001, p. 334.

58 Sul punto, cfr. Alagna, S.: *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1979, p. 339 ss.

effettuato da un solo coniuge è irrimediabilmente assoggettato al regime di comunione legale, e ciò anche se all'atto intervenga l'altro coniuge e questi dichiari l'appartenenza personale al coniuge acquirente del denaro utilizzato[59].

Sulla base di quanto in precedenza sostenuto, il rilievo muove - si ritiene - da una eccessiva tensione ad ammettere la c.d. *vis* attrattiva della comunione legale quale regime di protezione del coniuge ritenuto debole sotto il profilo economico e patrimoniale ma, tuttavia, partecipante all'evoluzione sociale del nucleo familiare per mezzo di azioni e comportamenti non riconducibili prettamente ad attività lavorativa e direttamente produttive di reddito. Ebbene, la forza espansiva ed attrattiva della comunione legale non risulta confermata né dalla lettura del dato normativo, complessivamente inteso, né dalla esegesi che si sta conducendo nella presente ricerca[60].

Si rifletta: la comunione tra coniugi si è visto essere uno strumento di adattamento delle regole legali e convenzionali alle mutevoli esigenze della famiglia, con una costante attenzione da parte dei coniugi alla gestione ordinaria e straordinaria del patrimonio familiare, quale (con argomentazione giuridica ed assiologica) patrimonio dedicato al soddisfacimento degli interessi dei componenti il nucleo familiare o, per essere più precisi, del rispetto dei rapporti contrattuali ed obbligatori che, durante la comunione, possono nascere nel costante interesse familiare[61].

Pertanto, accedere ad una incondizionata forza di attrazione della comunione legale sugli acquisti effettuati da un coniuge (nella specie, partecipante all'atto ed esprimente l'assenso) va, *de facto*, contro l'interesse familiare tutte le volte in cui i rapporti derivanti dall'atto di acquisto possano ingenerare situazioni giuridiche obbligatorie (*id est* passività) che si ripercuotono sull'altro coniuge o su altri membri della famiglia (si pensi, come si dirà più avanti, agli acquisti di partecipazioni in società ed enti che possono determinare un aggravamento del rischio a carico del patrimonio del soggetto).

Risulta utile, in senso sistemico, considerare come la patrimonialità – in ordine di destinazione familiare – del regime della comunione legale derivi dalla corretta ricostruzione dell'affare che l'operazione posta in essere dal coniuge (o dai coniugi) persegue; il termine "affare" è scelto per designare l'iniziativa economica intrapresa dalla persona, utilizzando un linguaggio economico, lontano dalla stretta terminologia giuridica.

59 Si veda Perlingieri, P.: "Sui rapporti personali nella famiglia", *Il diritto di famiglia*, 1979, p. 1262.

60 In dottrina, vedi Vincenzi Amato, D.:"I rapporti patrimoniali", in AA.VV.: *Commentario sul divorzio* (a cura di P. Rescigno), Milano, 1980, p. 326 ss.

61 Cfr., Perlingieri, P.: "Sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi", *Dir. giur.*, 1974, p. 537; Trabucchi, A.: "Il ritorno all'anno zero: il matrimonio come fonte di disparità", *Riv. dir. civ.*, 1975, II, p. 488.

Si tende a prediligere le scelte meno impegnative e mutuate dal linguaggio pratico economico o commerciale; il patrimonio, anche in ambito familiare, viene proiettato verso un'effettiva funzione di tipo produttivo e gestionale e l'introduzione del concetto di dedica (in ambito familiare) è modulato sulla destinazione ad un affare, laddove il termine "affare", ampiamente conosciuto nella pratica e talora utilizzato nel codice civile relativamente al contratto di mandato ed al contratto di mediazione, assurge ad elemento esemplare dell'intera attività e disciplina.

Rintracciare una nozione di affare in grado di unificare le varie accezioni in cui il termine è usato nel codice - affare come sinonimo di atto giuridico o di contratto, affare come espressione del contenuto di un'operazione economica più o meno complessa - è operazione sistematicamente inutile, giacché si determinerebbe un ampliamento dei contenuti tale da rendere la nozione assolutamente generica e, di guisa, di nessuna utilità interpretativa.

Atteso tale obiettivo perseguito dal legislatore, risulta evidente che il termine "affare" in questo caso non può che assumere il più ampio significato di operazione economica, se non di vera e propria attività. *Inter alia*, in ambito societario e, in particolare, nella disciplina dei patrimoni dedicati di natura finanziaria il termine "operazione" viene spesso utilizzato in alternativa al termine "affare"[62].

Si evince che l'affare, nel settore familiare, va adeguatamente precisato nell'obiettivo, nei contenuti, nelle risorse che richiede, con un esame prospettico

62 È utile declinare la nozione di affare, anche, sotto il profilo imprenditoriale e societario. I requisiti che tale affare deve possedere sono il carattere *specifico* e la *realizzabilità* (art. 2447-*novies*: *quando si realizza ovvero è divenuto impossibile l'affare*). L'affare, dunque, da un lato, deve rientrare nell'oggetto sociale della società, dall'altro, atteso che il legislatore non ha introdotto un istituto genericamente destinato al perseguimento dell'oggetto sociale ma ne ha riservato l'utilizzo ad un affare specifico, dovrà differenziarsi dagli altri progetti per contenuti, obiettivi, prevedibile evoluzione o ogni altro idoneo elemento, oltre a dover essere, come detto, suscettibile di realizzazione. Per specifico deve sicuramente intendersi una specificazione, un *di cui* dell'attività principalmente svolta, un qualcosa che abbia una estensione inferiore, limitata ad un ramo dell'attività complessiva. Si deduce che non si potrà parlare di specifico affare nell'ipotesi in cui una società decida, da un determinato momento in poi, di svolgere la medesima attività che ha sempre svolto nella sua totalità (prevista dall'oggetto sociale) sottoponendola però alla disciplina applicabile alla fattispecie patrimonio destinato perché in questo caso verrebbe a mancare quel *quid pluris* che dovrebbe far diventare un affare specifico affare. Non sembra inoltre potersi ammettere che lo specifico affare sia l'unica attività svolta dalla società, né che esso possa esaurirsi nell'attività di mera emissione di strumenti finanziari. È dubbio se, e in che termini, l'affare debba essere necessariamente *nuovo*. La risposta cambia a seconda del significato che si attribuisce al termine nuovo: si ritiene infatti che l'affare non debba essere nuovo nel senso di tipo di attività mai affrontato in precedenza dalla società. La valutazione della sussistenza dei requisiti avviene caso per caso potendosi ammettere che lo stesso affare possa essere specifico e realizzabile per talune imprese, in determinate circostanze, non anche per altre imprese, in diverse circostanze. Attraverso una normazione per implicito viene introdotto un limite allo stesso utilizzo dei beni compresi nel patrimonio separato: il patrimonio non può essere utilizzato per attività non inerenti al compimento dello specifico affare. Dato il concetto di affare come limite di impiego del patrimonio destinato, la società risponde con l'intero suo patrimonio delle obbligazioni contratte con i terzi per atti non pertinenti allo specifico affare come risultante dalla delibera di costituzione. Si può in effetti osservare che la specificità dell'affare rileva anche ai fini della determinazione dei poteri di rappresentanza degli amministratori della società *ex* art. 2384 comma uno, c.c. L'uso dei beni destinati in operazioni non pertinenti l'affare non può ritenersi opponibile ai terzi, se non nei limiti della disciplina generale di cui all'art. 2384 comma due c.c.; è onere della società, in tale prospettiva, fornire la prova dell'intenzionale agire dei terzi a danno della società.

attento ai relativi profili economici e patrimoniali[63], i quali devono trovare adeguata rappresentazione condivisa tra i coniugi a dispetto della univocità dell'azione gestioria e rappresentativa del singolo, con l'evidenziazione della congruità del patrimonio alle indicate finalità a tutela della famiglia.

Una puntuale programmazione - che ne risulta conseguentemente implicata - delle risorse patrimoniali da separare assume rilievo anche sul piano giuridico, ai fini della esatta individuazione di quanto dedicare a livello patrimoniale (seppur in assenza di una normazione di segregazione formale che, invero, potrà essere rilevata in sede di contestazione).

Non si può dedurre, logicamente, dalla lettura del dato normativo, una natura a tempo determinato dell'iniziativa economica intrapresa dai coniugi. La disciplina positiva, sia in generale sia espressamente in talune disposizioni, non presuppone la conclusione e non ne regola l'esito finale; da ciò si potrebbe trarre il convincimento che il legislatore ha pensato alla dedica patrimoniale a favore della famiglia come una conseguenza delle scelte dei coniugi per il compimento di una serie indefinita di operazioni[64].

Atteso che la costituzione di un patrimonio destinato nasce dall'esigenza di isolare il rischio connesso ad un determinato soggetto, la realizzabilità dell'affare non può subire limitazioni temporali contro un assodato postulato di continuità della gestione familiare. D'altronde, rifacendoci al mero dato letterale della norma, non si prevedono, come detto, limiti temporali per la gestione dell'affare, a differenza di quanto è disciplinato per altri fenomeni in ambito d'impresa[65].

La continuità temporale della gestione del patrimonio familiare e degli affari connessi, senza limitazioni convenzionali, rappresenta un carattere scriminante l'espansione applicativa del patrimonio in ambito familiare, quale schema flessibile per i coniugi che compiono attività patrimoniali nell'interesse del nucleo familiare[66].

63 Cfr., ancora, Quadri, R.: *La destinazione patrimoniale*, cit., p. 43 ss.; Gemma A.: *Destinazione e finanziamento*, Torino, 2005, p. 20 ss.; Lupoi M., "I patrimoni destinati ad uno specifico affare", in AA.VV.: *Per una lettura europea della riforma del diritto societario italiano* (a cura di A. Palazzo), Milano, 2005, p. 10.

64 In relazione alla durata dell'affare appare importante distinguere tra attività per le quali, concludendosi con la produzione di un bene o presentando natura occasionale, la durata dell'affare è *a priori* determinabile e attività in cui, a causa di oggettiva indeterminabilità finalistica della gestione, risulta impossibile stabilire un termine di realizzo dell'affare.

65 Si veda Rabitti Bedogni, P.: "Patrimoni dedicati", *Riv. not.*, 2002, p. 1121 ss.; Zoppini, A.: "Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni", *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 545 ss.; Schlesinger, P.: "Patrimoni destinati ad uno specifico affare e profili di distinta soggettività", *Dir. e prat. Soc.*, 2003, p. 6 ss.

66 In ambito societario, è utile ricordare che, fermo restando che l'affare deve avere contenuto tale da non fuoriuscire dall'oggetto sociale, l'istituto de quo è utilizzabile non solo in riferimento a singoli contratti, ma anche ad operazioni economiche più ampie ed articolate quali la joint venture o la separazione di rami d'azienda. A nostro avviso è possibile ritenere che la nozione di affare possa spingersi fino a ricomprendere un intero ramo di attività della società. Al riguardo si evidenzia che l'art. 2447 *quinquies* ultimo comma parla di atti compiuti in relazione allo specifico affare, mostrando di riferirsi ad una attività complessa ed articolata. L'affare potrebbe essere sia un singolo atto, sia un'operazione complessa assimilabile all'attività d'impresa.

Criterio fondamentale risulta quello della funzionalizzazione dei beni, vale a dire l'accertamento della relativa capacità di produrre un rapporto di redditività in funzione della tutela patrimoniale degli interessi dei coniugi e della famiglia, non già nella prospettiva meramente statica dell'appartenenza, ma dell'utilità, in senso dinamico, per lo svolgimento dell'attività economica; si registra quindi un'inversione di ruoli tra il binomio soggetto-beni e quello soggetto-attività.

Tale marcata preferenza per l'aspetto dinamico-funzionale dei beni evidenzia una vicinanza tra l'istituto della comunione legale e dell'azienda; ciò impone una riflessione sul rapporto che tra essi intercorre. Effettivamente, in entrambi i casi si tratta di beni e rapporti strumentali allo svolgimento dell'attività economico-patrimoniale e, volendo definire l'iniziativa economica, si può affermare che quando si pongono insieme, in modo organizzato, risorse e competenze, al fine di ottenere un predeterminato prodotto finale, in un periodo di tempo altrettanto definito e programmato, in realtà si dà luogo ad un progetto.

Quando si parla di progetti, nei quali identificare gli affari familiari, si fa riferimento a progetti che abbiano un intento patrimoniale vantaggioso da perseguire a favore del nucleo familiare nel rispetto delle linee prioritarie fornite dal legislatore (*id est* le obbligazioni del mantenimento, dell'educazione e dell'istruzione dei figli e, in generale, le obbligazioni per i bisogni della famiglia)[67].

Intesa in questa seconda accezione, la nozione di cui si parla resterebbe distinta comunque dall'impresa, in quanto la prima non presenterebbe il requisito della professionalità, che invece contraddistingue la seconda. Si ribadisce che è insufficiente una descrizione tipologica dell'affare per genere come avviene nella formulazione dell'oggetto sociale: è necessaria un'indicazione più possibile specifica dell'iniziativa mediante la quale si realizza l'attività stessa. Va precisato che non deve trattarsi dell'unica attività oggetto della società, ma al limite di un suo distinto ramo, né comunque di un'attività riservata in base a leggi speciali. La declinazione dell'affare quale espressione di attività dinamica e la determinazione analitica della dimensione e della natura dell'affare, specie sotto il profilo economico e finanziario, consentono da un lato di evitare incongrue sovrapposizioni con la definizione di oggetti sociali notevolmente estesi e, dall'altro, rappresentano la base per l'espressione, da parte degli amministratori, di un giudizio sulla congruità del patrimonio destinato in rapporto alle esigenze richieste dall'attività.

67 Operando, ancora, un raffronto con il diritto dell'impresa, in queste ultime, accanto ad una struttura di base di carattere permanente organizzata per funzioni, si ritrovano strutture che nel tempo variamente si modellano, si modificano e si ricompongono sulla base appunto di progetti a ciclo limitato nel tempo, in corrispondenza a specifiche e diversificate esigenze della clientela. La presenza di progetti può rinvenirsi anche in altre imprese, la cui organizzazione non è per sua natura strutturata su di essi, ma nelle quali le occasioni di intraprenderne possono essere varie. È l'esigenza di una continua innovazione che spinge a creare progetti: per sviluppare nuovi prodotti, per sperimentare nuovi mercati ed entrare in nuove aree economiche. La finalità di specializzazione dell'attività d'impresa non esclude assolutamente che il modello di destinazione patrimoniale possa essere utilizzato per il perseguimento di obiettivi di sviluppo orientati verso processi di diversificazione. L'istituto del patrimonio destinato potrebbe, dunque, consentire iniziative notevoli sul piano dimensionale, costituendo esso stesso uno strumento per abbandonare la tendenza delle imprese verso forme di aggregazione. Ne discende il superamento dell'assunto secondo il quale il finanziamento andrebbe erogato all'impresa, e non ad un singolo investimento. Si è preferita, quindi, una dizione ampia al fine di dare massimo spazio all'utilizzazione della figura giuridica, evitando di individuarne i presupposti utilizzando categorie e concetti classici. Il termine affare enfatizza la prospettiva dinamica che connota il patrimonio destinato, non essendo ipotizzabile un patrimonio separato finalizzato alla mera gestione o al godimento dei beni che ne fanno parte. La destinazione patrimoniale è funzionale alla soddisfazione delle esigenze di diversificazione finanziaria dell'impresa societaria, con una variabile collocazione del rischio dell'impresa, altro caposaldo della riforma. La flessibilità finanziaria rientra nella prospettiva di competizione tra ordinamenti attraverso un atteggiamento interpretativo non particolarmente restrittivo.

Ebbene, la prospettiva ricostruttiva proposta fornisce ulteriore conferma della caratterizzazione di flessibilità della comunione legale, quale regime in cui i coniugi possono scegliere i progetti e le attività nel perseguimento della cura dell'interesse familiare, attesa, come oramai appare chiaro, l'esistenza di un forte grado di flessibilità, a livello normativo, della disciplina del regime comunitario.

III. COMUNIONE LEGALE DIFFERITA: CRISTALLIZZAZIONE IRREVERSIBILE DELL'ATTIVITÀ DEL CONIUGE, FATTISPECIE A FORMAZIONE PROGRESSIVA E CONDIZIONATA A CONDOTTE DEL CONIUGE.

La metodologia di studio della comunione legale permette di rilevare una distinzione in termini di operatività tra la comunione legale c.d. immediata e la comunione differita; ciò che appare necessario, da subito, rappresentare è che l'esegesi del dato normativo impedisce di ritenere la comunione *de residuo* quale meccanismo estraneo alla comunione legale *tout court*.

La comprensione della operatività della comunione legale c.d. differita parte, pertanto, dalla ricostruzione del meccanismo attributivo della contitolarità dei beni a favore del coniuge, quale fattispecie a formazione progressiva e metodo di esplicitazione del regime legale[68].

La ipotizzata contrapposizione tra la comunione legale immediata e la comunione (legale) differita, pur correttamente indicante modalità temporali di verificazione degli effetti e determinazioni dei beni oggetto di attribuzioni distinte, non può giungere ad escludere la comunione *de residuo* dal sistema di regole fornite per la comunione legale tra coniugi. Da un lato, la continuità temporale del meccanismo di operatività della comunione legale c.d. immediata e, dall'altro, la fissazione del momento temporale dell'azionamento della comunione legale differita rappresentano, in contestualità, il modo più corretto di discernere la distanza operativa tra i due "modi" della comunione legale[69].

68 L'art. 194 c.c., che regola il criterio divisionale della comunione legale, risponde al principio per cui lo stesso concetto di comunione *de residuo* non può avere riguardo ai beni destinati a confluirvi senza avere contemporaneamente riguardo alle passività che gravano su quei beni, anche solo in virtù della garanzia generica ex art. 2740 c.c. (vedi Cass. civ., sez. VI, 21 febbraio 2018, n. 4186).

69 In tema di comunione legale tra coniugi, il denaro ottenuto a titolo di prezzo per l'alienazione di un bene personale rimane nella esclusiva disponibilità del coniuge alienante anche quando esso venga dal medesimo accantonato sotto forma di deposito bancario sul proprio conto corrente, giacché il diritto di credito relativo al capitale non può considerarsi modificazione del capitale stesso, né è d'altro canto configurabile come un acquisto nel senso indicato dall'art. 177, comma 1, lett. a), c.c., cioè come un'operazione finalizzata a determinare un mutamento effettivo nell'assetto patrimoniale del depositante. Pertanto, il coniuge può utilizzare le somme accantonate sul di lui conto corrente, provenienti dall'alienazione di un bene personale, ai fini della surrogazione reale di cui all'art. 179, comma 1, lett. f), c.c. (così, Cass. civ., sez. I, 20 gennaio 2006, n. 1197).

L'acquisizione esegetica porta, successivamente, a rilevare come la disciplina della comunione legale (c.d. immediata) sia fortemente imperniata sulle regole di amministrazione dei beni della comunione, in funzione della tutela degli interessi del coniuge non agente e della famiglia nell'adempimento delle obbligazioni necessarie ai bisogni di vita dei membri del nucleo familiare; se ben si ragiona sul meccanismo determinativo della comunione legale c.d. differita, *a contrario*, è evidente come le regole della gestione siano distinte in quanto proiettate non più all'interno della vigenza del regime legale e della regolamentazione programmatica dello stesso ma, invece, all'interno di un sistema di mera comproprietà (meglio dire, di comunione ordinaria).

La riflessione appena esposta, seppur esegeticamente corretta, non tiene conto della ulteriore funzione cui l'amministrazione dei beni in comunione legale dei beni tende; difatti, se ben si ragiona in senso sistematico, la comunione differita e, quindi, i beni che vanno a comporla - a chiusura dell'efficacia del regime, e*x* art. 191 c.c. - mantengono la destinazione a favore del soddisfacimento dei bisogni e degli interessi della famiglia. La differenza si può rintracciare nella esclusiva destinazione dei beni in comunione *de residuo* alla famiglia latamente intesa, e non più a favore della comunione quale regime oramai inoperante[70].

In buona sostanza, la ricostruzione unitaria del regime della comunione legale, come comprensiva della comunione differita, è il naturale portato del corretto inquadramento dell'istituto giuridico teso, in via prioritaria, ad incontrare gli interessi dei componenti la famiglia; ebbene, la comunione legale, sia nella forma immediata che in quella differita, vuole la destinazione dei beni e dei rapporti che la compongono a favore degli interessi della famiglia[71].

Allora, al netto di qualsiasi disquisizione puramente dommatica, la comunione legale deve essere intesa quale unitario regime di acquisizione della ricchezza a favore dei coniugi nell'interesse della famiglia, attraverso due diverse modalità di inclusione dei beni: o in senso programmatico sin dalla costituzione del regime legale o al momento conclusivo dello stesso, con la formazione di una ordinaria comunione tra i coniugi dedicata, anch'essa, alla preminente finalità del soddisfacimento dell'interesse familiare.

70 In regime di comunione legale tra coniugi, in virtù dell'art. 177, comma 1, lett. b) c.c. deve escludersi che rientrino nella comunione *de residuo* i frutti dei beni personali di uno dei coniugi in corso di maturazione, ma non ancora percepiti, al tempo dello scioglimento della comunione legale. (Nella specie la Suprema Corte ha escluso dalla comunione *de residuo* gli interessi su buoni postali di proprietà esclusiva di uno dei coniugi, in corso di maturazione al tempo della separazione personale). (così, Cass. civ., sez. I, 19 gennaio 2018, n. 1429).

71 La comunione *de residuo* o differita si costituisce su beni (i frutti dei beni propri, i proventi dell'attività separata di ciascun coniuge ed i beni destinati all'esercizio dell'impresa di uno dei coniugi, costituita dopo il matrimonio, e degli incrementi di impresa, pur costituita precedentemente) solo se ancora esistenti al momento dello scioglimento della comunione. Il coniuge vanta nei confronti dell'altro il diritto di ottenere la metà del residuo.

Sembra esegeticamente corretto discorrere di "gruppi di regole" all'interno della comunione legale caratterizzati dall'autonomia applicativa in senso temporale nella contestuale continuità funzionale; le regole dell'amministrazione diversificano il regime comunitario attesa la logica e naturale diversità di acquisizione della ricchezza nella comunione immediata e in quella differita. Tuttavia, l'amministrazione non può costituire la base fondante del regime legale, dovendo essere, invece, considerata un *posterius* rispetto alla *ratio* della comunione legale, quale regolamentazione della distribuzione patrimoniale tra i coniugi nell'esclusivo interesse della famiglia.

La comunione legale differita è suscettiva di essere considerata come il momento conclusivo dell'efficacia del regime legale attraverso il completamento del ciclo perequativo dell'attribuzione patrimoniale verso i coniugi. È opportuno valutare, tra le varie cause di cessazione della comunione legale, il mutamento convenzionale del regime patrimoniale in funzione di ricavare utili spunti nella collocazione esegetica della comunione *de residuo* all'interno dell'unitario sistema della contitolarità patrimoniale tra i coniugi[72].

L'effetto acquisitivo a favore del coniuge al momento della conclusione della vincolatività della comunione legale può essere conseguenza della volontà dispositiva dei medesimi coniugi i quali, attraverso una nuova e diversa convenzione in regolamentazione del regime patrimoniale, determinano la genesi di una comunione ordinaria sui beni, sui frutti e sui proventi (restanti a seguito della cessazione del regime) e la coeva nascita di una diversa regolamentazione, con carattere programmatico, dei rapporti patrimoniali tra i coniugi.

Ne deriva che, senza soluzione di continuità e con finzione giuridica, i coniugi divisano la propria regola dei rapporti patrimoniali in presenza della massa dei beni caduti in comunione legale differita (e, quindi, ordinaria); vale, tuttavia, rimarcare il dato giuridico per cui la massa patrimoniale derivante dallo scioglimento della comunione mantiene quella, già indicata, destinazione a favore dell'interesse della famiglia, mentre le nuove regole convenute dai coniugi avranno effetto sui nuovi acquisti e rapporti instaurati dai coniugi successivamente alla convenzione patrimoniale.

Entrambi i modi di operatività della comunione legale riflettono un meccanismo di condizionalità delle condotte dei coniugi "a formazione progressiva" nell'attribuzione e nella distribuzione dei beni oggetto di negozi dispositivi; il tema

72 In materia di comunione legale tra coniugi, la disposizione transitoria di cui all'art. 3 della l. n. 55 del 2015, con la quale è stato anche modificato il momento in cui cessa la comunione dei beni tra i coniugi, con introduzione del nuovo comma 2 dell'art. 191 c.c., laddove dispone l'applicazione della novella ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, non opera per i giudizi di divisione della comunione *de residuo* già pendenti al momento dell'entrata in vigore della detta riforma, in coerenza con il principio di irretroattività dettato dall'art. 11 preleggi.

è strettamente collegato al principio di autonomia del coniuge, giacché fino al momento dello scioglimento della comunione legale (e, per l'effetto, l'applicazione della comunione differita) il coniuge titolare dei beni, ricadenti *indi* nella comunione *de residuo*, ha la piena ed esclusiva disponibilità sugli stessi e può, quindi, anche consumarli, impedendone l'inclusione in comunione[73].

Proseguendo nell'esegesi, la comunione legale appare caratterizzata dalla costante progressività nella spiegazione degli effetti patrimoniali del regime; i coniugi, nell'espressione della propria autonomia privata e di concerto nello sviluppo e nella gestione della comunione, alimentano in senso dinamico la patrimonialità della comunione stessa e, al momento dello scioglimento del regime legale, divengono contitolari, in senso statico, dei beni che residuano.

Il dettaglio della normativa di riferimento evidenzia che la comunione legale differita comprende (i) i frutti dei beni propri di ciascuno dei coniugi, percepiti e non consumati allo scioglimento della comunione e (ii) i proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi se, allo scioglimento della comunione, anch'essi non siano stati consumati[74]. Inoltre, si dispone che i beni destinati all'esercizio dell'impresa di uno dei coniugi, costituita dopo il matrimonio, e gli incrementi dell'impresa, costituita anche precedentemente, vengano considerati oggetto della comunione, solo se sussistono al momento dello scioglimento di questa[75].

73 Le somme di danaro di conto corrente, sia esso cointestato o meno, non rientrano in alcuna delle tassative ipotesi di cui all'art. 177 c.c., dovendosi peraltro ritenere i trattamenti pensionistici proventi di attività separata di ciascuno dei coniugi. Riguardo le somme di denaro, i frutti dei beni personali e i proventi dell'attività separata di ciascun coniuge appartengono alla comunione *de residuo*. Al contrario, le provviste di denaro nella disponibilità del coniuge di qualsiasi altra provenienza non ricadono mai, nemmeno al momento dello scioglimento, nella comunione dei beni. Ciò comporta che tutte le somme depositate in un conto corrente, qualunque sia la loro provenienza, sono estranee alla comunione dei beni fino al momento della sua cessazione. (vedi Corte app. Palermo, 20 aprile 2018, n. 822).

74 In tema di comunione legale, l'art. 168 c.c. disciplina la particolare condizione dei beni acquistati dal coniuge per essere destinati all'impresa da lui gestita e costituita dopo il matrimonio, i quali sono soggetti al regime della comunione legale *de residuo*, ossia ristretta ai soli beni sussistenti al momento dello scioglimento della comunione, sicché non opera per tali acquisti il meccanismo previsto dall'art. 179, comma 2, c.c., rimanendo essi esclusi automaticamente, seppur temporaneamente, dal patrimonio coniugale, senza necessità di specifica indicazione o di partecipazione di entrambi i coniugi all'atto di acquisto, atteso che, mentre la prima norma prende in considerazione beni qualificati da un'oggettiva destinazione all'attività imprenditoriale del singolo coniuge, la seconda si occupa di beni soggettivamente qualificati dall'essere strumento di formazione ed espressione della personalità dell'individuo.

75 I buoni postali non sono frutti o proventi percepiti e non consumati, differentemente dal saldo attivo di un conto corrente che rientra *ex* art. 177 c.c. nella comunione de residuo, ma beni mobili, sussumibili nella categoria dei prodotti finanziari. Attraverso l'acquisto del buono, infatti, i coniugi effettuano un investimento del denaro nella loro disponibilità, trasformandolo in un bene durevole che incrementa il loro patrimonio familiare. Alla fattispecie deve quindi applicarsi l'art. 177, comma 1, c.c., il quale stabilisce che costituiscono oggetto di comunione «gli acquisti compiuti dai coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, ad esclusione di quelli relativi a beni personali». In virtù di questa disposizione confluisce immediatamente nel patrimonio comune non solo l'acquisto che i coniugi effettuano congiuntamente, ma anche gli acquisti fatti da un solo coniuge, che entrano a far parte del patrimonio comune: l'altro coniuge diventa *ex lege* contitolare. Non impedisce, peraltro, la sussumibilità nella comunione il fatto che il denaro impiegato nell'acquisto, anziché comune, abbia natura personale. In questa seconda ipotesi, il bene acquistato avrà a sua volta natura personale a patto che siano rispettati gli obblighi di cui all'art. 179, comma 1, lett. f), c.c., e cioè qualora venga resa la prevista dichiarazione, che è sempre necessaria quando possano sorgere dubbi sulla effettiva natura personale del bene impiegato per l'acquisto, ivi compreso il denaro. (così, Corte app. Catania, 13 novembre 2014).

Con riguardo alle prime due categorie di beni incluse nella comunione legale *de residuo*, è chiara la volontà legislativa di operare un bilanciamento d'interessi tra il principio della libera iniziativa economica e la tutela proprietaria, da un lato, e la capacità attrattiva del regime patrimoniale, dall'altro, con la correlata applicazione del canone della ragionevolezza nella individuazione del diritto potestativo del coniuge titolare dei beni *ante* scioglimento della comunione; la illimitata capacità dispositiva a favore del coniuge è difatti, ponderata dalla improvvisa applicazione del meccanismo inclusivo della comunione differita allo scioglimento della stessa comunione legale.

Se, in termini di efficacia giuridica, quanto esposto sembra trovare una apparente linearità esegetica, è opportuna una ricerca che provi ad investigare la possibile capacità ermeneutica di rintracciare una diversa efficacia delle norme.

Ebbene, si rifletta ancora con spirito di assiologia nell'esegesi del complesso normativo del regime della comunione legale; gli elementi da valutare sono quello relativo alla capacità espansiva della destinazione patrimoniale dei beni inclusi in comunione (anche differita) a favore degli interessi della famiglia e quello della correlata possibilità di limitare il potere dispositivo del coniuge titolare dei frutti e dei proventi durante il regime legale.

Laddove si ritenga che il regime patrimoniale tra i coniugi abbia la *ratio* fondante non tanto nella tutela del coniuge debole o in una asserita *vis* attrattiva della comunione legale ma, principalmente, nella tutela patrimoniale degli interessi della famiglia, *recte* delle esigenze e dei bisogni di vita dei soggetti che la compongono, non è allora peregrino tentare di rintracciare un limite all'azione del coniuge proprietario di beni (quasi sempre da individuare in forma monetaria) a favore del mantenimento della destinazione degli stessi ai sensi dell'art. 186 c.c.[76].

L'art. 178 c.c., prima enunciato, prescrive che i beni destinati all'esercizio dell'impresa di uno dei coniugi, costituita dopo il matrimonio, e gli incrementi dell'impresa costituita anche precedentemente si considerano oggetto della comunione solo se sussistono al momento dello scioglimento di questa.

76 I frutti di un bene che si sottragga al regime di comunione legale tra coniugi, come quello che sia pervenuto ad uno dei coniugi per effetto di successione (art. 179, comma 1, lett. b) c.c.) costituiscono oggetto di comunione, e possono di conseguenza essere aggrediti dal creditore dell'altro coniuge ai sensi e nei limiti fissati dall'art. 189, comma 2, c.c., alla duplice condizione che si verifichi lo scioglimento della comunione stessa, a seguito del dissolversi della convivenza coniugale, e che tali frutti, percepiti dal titolare durante la convivenza, non siano stati consumati al momento del detto scioglimento (cosiddetta comunione *de residuo*, a norma dell'art. 117 lett. b) c.c.). I frutti, un bene che si sottragga al regime di comunione legale tra coniugi, come quello che sia pervenuto ad uno dei coniugi per effetto di successione (art. 179, comma 1, lett. b) c.c.), costituiscono oggetto di comunione, e possono di conseguenza essere aggrediti dal creditore dell'altro coniuge ai sensi e nei limiti fissati dall'art. 189, comma 2, c.c., alla duplice condizione che si verifichi lo scioglimento della comunione stessa, a seguito del dissolversi della convivenza coniugale, e che tali frutti, percepiti dal titolare durante la convivenza, non siano stati consumati al momento di detto scioglimento (cosiddetta comunione de residuo, a norma dell'art. 177, lett. b) c.c.).

La norma, in prima istanza, deve essere letta scindendo l'ipotesi dei beni destinati all'esercizio dell'impresa del singolo coniuge, costituita dopo il matrimonio, dall'ipotesi degli incrementi dell'impresa costituita *ante* matrimonio; mentre i beni di cui alla prima ipotesi applicativa cadono in comunione legale *de residuo* sulla base della temporalità della costituzione dell'impresa, successiva alla genesi del regime legale, per permettere la partecipazione dell'altro coniuge alla distribuzione della ricchezza alla quale lo stesso coniuge, si presume, abbia contribuito, nel caso degli incrementi di cui alla seconda circostanza la composizione della comunione legale differita trova ragione nell'espressione dell'iniziativa economica ed imprenditoriale del coniuge con, tuttavia, la persistenza del vincolo della destinazione patrimoniale a tutela degli interessi della famiglia[77].

Il canone interpretativo della ragionevolezza conduce a ponderare gli interessi tutelati dalle norme del sistema ordinamentale nel rispetto dell'evoluzione della realtà sociale ed economica[78]; atteso che la comunione legale *de residuo* rientra (*recte*, deve rientrare) a pieno titolo nel sistema del regime patrimoniale, consegue che ne condivide i princìpi, i vincoli e gli scopi così da attuarsi appieno la volontà legislativa della tutela della famiglia.

Pertanto, pur nelle distinzioni operative ed applicative tra comunione immediata e comunione differita - come enunciate -, la stabilità della tutela degli interessi e dei bisogni della famiglia deve tendere all'interpretazione ragionevole dei combinati disposti di cui agli artt. 177, 178 e 186 c.c.[79].

La disamina dei beni entranti in comunione differita, segnatamente i concetti di incrementi e di proventi, si intreccia non solo con la libertà dispositiva del coniuge titolare dell'impresa ma, altresì, con la dibattuta ricomprensione in comunione legale dei crediti, *recte* delle situazioni giuridiche obbligatorie, oltre quelle reali.

Anche se nel corso della trattazione sarà dedicato ampio spazio alla tematica, tuttavia, vale ora precisare che proprio l'operatività del funzionamento della comunione legale *de residuo* consente di verificare come gli incrementi e i proventi, suscettivi di ingresso in comunione, sono qualificabili come situazioni obbligatorie,

77 È caratteristica tipica della comunione de residuo che l'attivo della massa comune si arricchisca proprio nel momento in cui il vincolo di solidarietà tra i coniugi si allenta con la separazione personale dei coniugi che è causa dello scioglimento della comunione legale (art. 191 c.c.), momento quest'ultimo cui necessariamente va ancorata la stima del valore di quella massa. La compartecipazione al valore degli incrementi patrimoniali conseguiti *post nuptias* dall'altro coniuge è differita al momento della separazione, non ad epoca successiva.

78 Si legga, per tutti, Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 16 e ss.

79 L'art. 177 lett. b) e c) c.c., nella parte in cui prevede che divengano oggetto di comunione, al momento dello scioglimento di questa i frutti dei beni propri di ciascuno dei coniugi, percepiti e non consumati nonché i proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi, se allo scioglimento della comunione, non siano stati consumati, deve essere interpretato nel senso che costituiscono oggetto della cd. comunione *de residuo*, tutti i redditi percetti e percipiendi rispetto ai quali il titolare dei redditi stessi non riesca a dare la prova che o sono stati consumati per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia o per investimenti già caduti in comunione. Falzea A., "Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia", cit., p. 623.

in quanto derivate da mere operazioni contabili di accertamento di un residuo attivo (*id est* credito) a favore dell'impresa del coniuge titolare; tale rapporto creditorio, per l'efficacia dell'automatismo e*x lege*, ricade in contitolarità ordinaria tra i coniugi[80].

Pertanto, la comunione legale differita ha, in sé, la certezza giuridica della possibilità di includere nel regime patrimoniale della comunione legale tra coniugi le situazioni giuridiche obbligatorie, vale a dire non solo le situazioni reali (come gli acquisti di beni immobili o mobili), ma anche i crediti quali rapporti che necessitano di una ulteriore attività per la materiale apprensione in comunione[81].

È, infine, interessante inquadrare il meccanismo acquisitivo della comunione legale differita secondo i criteri della contrattualistica e, quindi, rintracciare nella comunione *de residuo* una fattispecie a formazione progressiva ed un sistema di condizioni consistenti nelle condotte del coniuge titolare.

Con riguardo alla visione della fenomenologia della comunione differita quale fattispecie a formazione progressiva, si ritiene tale modello incongruo o, comunque, non pienamente aderente al sistema regolatorio del regime; se si riflette con attenzione sui modelli di fattispecie a formazione progressiva si individua la costante della conseguenzialità (a catena) di atti, fatti e negozi dispositivi compiuti da uno o più soggetti in funzione della definitiva formazione della situazione giuridica soggetta alla piena tutela dall'ordinamento[82].

80 Costituiscono oggetto della comunione cosiddetta *de residuo*, ai sensi dell'articolo 177 lett. c) c.c., non solo quei redditi per i quali si riesca a dimostrare che sussistano ancora al momento dello scioglimento della comunione ma anche quelli, percetti e percipiendi, rispetto ai quali il coniuge titolare non riesca a dimostrare che siano stati consumati o per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia o per investimenti già caduti in comunione. (Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la decisione di merito secondo cui ricadevano in comunione de residuo le somme depositate su un conto corrente cointestato, ritirate prima della separazione e asseritamente utilizzate per l'attività d'impresa del coniuge prelevante). (testualmente, Cass. civ., sez. I, 17 novembre 2000, n. 14897).

81 La natura giuridica e i limiti di efficacia della dichiarazione del coniuge non acquirente, partecipe all'atto di compravendita, si atteggia diversamente a seconda che la personalità del bene dipenda dal pagamento del prezzo con i proventi del trasferimento di beni personali, o alternativamente dalla destinazione del bene all'esercizio della professione dell'acquirente. Nel primo caso, la dichiarazione del coniuge non acquirente assume natura ricognitiva della natura personale e portata confessoria dei presupposti di fatto già esistenti. Nel secondo, esprime la mera condivisione dell'intento altrui. Ne consegue che la successiva azione di accertamento della comunione legale sul bene acquistato, mentre è condizionata, nella prima ipotesi, dal regime di prova legale della confessione stragiudiziale, superabile nei limiti di cui all'art. 2732 c.c., per errore di fatto o violenza, nella seconda implica solo la prova dell'effettiva destinazione del bene, indipendentemente da ogni indagine sulla sincerità dell'intento manifestato. Si tratta quindi di un accertamento, in punto di fatto, dell'effettiva strumentante dell'immobile alla professione o all'esercizio dell'impresa costituita dopo il matrimonio da uno dei coniugi. Con l'ulteriore corollario che in quest'ultimo caso i beni, inclusi quelli immobili, fanno parte della comunione legale se e nei limiti in cui sussistano alla data del suo scioglimento. (così, Cass. civ., sez. I, 2 febbraio 2012, n. 1523).

82 Ai sensi dell'art. 178 c.c., in regime di comunione legale, tutti i beni che vengano acquistati da uno dei coniugi e siano destinati all'esercizio di un'impresa costituita dopo il matrimonio fanno parte della comunione medesima solo de residuo, cioè se e nei limiti in cui sussistano al momento del suo scioglimento. Da ciò consegue che i beni acquistati e destinati all'esercizio dell'impresa sono, prima dello scioglimento della comunione, aggredibili per intero dai creditori del coniuge acquirente; sarebbe, pertanto, del tutto irragionevole pensare che con la dichiarazione di fallimento la garanzia dei creditori possa dimezzarsi. In secondo luogo, se è vero che la dichiarazione di fallimento determina lo scioglimento della comunione,

Tuttavia, non parimenti appare rintracciabile tale concatenazione di eventi nel modello della comunione differita. Difatti, la formazione della definitiva situazione acquisitiva in comunione (ordinaria) a favore dei coniugi è il portato di un mero dato fattuale, vale a dire lo scioglimento del regime patrimoniale (che dipende dalle tassative ipotesi normative); nella specie, in via empirica, manca qualsiasi carattere dispositivo di un atto proiettato nel senso dell'ottenimento della formazione della comunione *de residuo* e, di certo, non si può individuare tale dato nella volontà negativa del coniuge (titolare) di disporre dei beni nella fase anteriore allo scioglimento della comunione legale.

Non può, certo, negarsi che esista – come, altresì, dedotto precedentemente – una progressività nella formazione "sostanziale" della comunione legale differita ma, si badi, tale elemento è la conseguenza di un normato meccanismo di vincolo destinativo in cui manca la possibilità di rintracciare singoli e progressivi atti, condotte e negozi dei soggetti interessati per la definitiva formazione della situazione subiettiva tutelata dalla legge[83].

Con riguardo, invece, all'inquadramento della comunione legale *de residuo* come istituto sottoposto alla verificazione di una condizione di efficacia, si può considerare il meccanismo condizionale presente ed operante nel sistema previsto dalla legge in quanto, *de iure*, la concreta formazione della massa patrimoniale in comunione differita è sottoposta alla mancata disposizione del coniuge titolare nel corso di svolgimento del regime patrimoniale (condizione negativa) e alla presenza di beni (frutti e incrementi) suscettivi di essere inclusi nella formazione della comunione legale differita[84].

non vi è dubbio che il fallimento determina anche lo spossessamento del debitore ed il vincolo di tutti i suoi beni, in virtù di una sorta di pignoramento generale, al soddisfacimento dei creditori. Tale vincolo, seppure contestuale da un punto di vista cronologico all'effetto dello scioglimento della comunione, è, tuttavia, da un punto di vista logico, antecedente poiché concorre a costituire la *ratio legis* dello scioglimento della comunione. Inoltre, anche prescindendo dall'ipotesi del fallimento, è chiaro che lo stesso concetto di comunione de residuo non può avere riguardo ai beni destinati a confluirvi senza avere contemporaneamente riguardo alle passività che gravano su quei beni, anche solo in virtù della garanzia generica *ex* art. 2740 c.c. In conclusione, quando i coniugi sono in regime di comunione legale dei beni, il fallimento di uno di essi determina la comunione de residuo, sui beni destinati *post nuptias* all'esercizio dell'impresa, soltanto rispetto ai beni che dovessero residuare dopo la chiusura della procedura.

83 Disatteso ormai il principio per cui costituivano oggetto della comunione *de residuo* non solo i proventi esistenti al momento dello scioglimento della comunione, ma anche quelli per i quali l'utilizzatore non riusciva a provare che fossero stati consumati per il soddisfacimento delle esigenze familiari, va affermato il principio per cui sono esclusi dalla comunione legale tra coniugi i proventi delle attività separate svolte da ciascuno dei coniugi e consumati in epoca precedente allo scioglimento della comunione. (così. Cass. civ., sez. I, 21 ottobre 2010, n. 21648).

84 In tema di scioglimento della comunione legale tra coniugi, la norma dell'art. 192, comma 3, c.c. attribuisce a ciascuno di essi il diritto alla restituzione delle somme prelevate dal patrimonio personale ed impiegate in spese ed investimenti del patrimonio comune (ad es., quelle impiegate per la ristrutturazione di bene immobile appartenente alla comunione), e non già alla ripetizione - totale o parziale - del denaro personale e dei proventi dell'attività separata (che cadono nella comunione de residuo solamente per la parte non consumata al momento dello scioglimento) impiegati per l'acquisto di beni costituenti oggetto della comunione legale ex art. 177, comma 1, lett. a), c.c., rispetto ai quali trova applicazione il principio inderogabile, posto dall'art. 194, comma 1, c.c., secondo cui, in sede di divisione, l'attivo e il passivo sono ripartiti in parti eguali indipendentemente dalla misura della partecipazione di ciascuno dei coniugi agli

In buona sostanza, il procedimento di formazione della comunione legale *de residuo*, come indicato nelle norme di legge, ha insito il funzionamento della clausola condizionale in funzione di rendere efficace l'inclusione dei beni in comunione e di determinarne la vincolatività a favore dei bisogni e degli interessi dei componenti il nucleo familiare.

La dissociazione temporale tra comunione legale immediata e comunione legale differita individua, tuttavia, elementi peculiari per la convergenza delle destinazioni plurime e concorrenti in quanto rivolte, tutte, all'attuazione del medesimo programma: la tutela degli interessi della famiglia[85].

Difatti, volendo tornare, in questa sede, sulla individuazione del momento della dedica patrimoniale in tema di comunione legale, la confluenza patrimoniale da parte dei coniugi verso la realizzazione del programma familiare consente di ritenere esistente l'autonomia funzionale del patrimonio dedicato sotto il profilo della gestione e della responsabilità patrimoniale.

Si rifletta: la compiuta gestione del patrimonio familiare da parte dei coniugi necessita della massima estensibilità e flessibilità nella organizzazione e nella pianificazione dei risultati della amministrazione, in funzione dell'integrazione familiare; di conseguenza, risulta che nel momento della determinazione della massa patrimoniale, derivante dalla comunione legale *de residuo*, la gestione mantiene il criterio della funzionalità dell'attività a favore dell'interesse familiare, con la solo distinzione per cui i coniugi non opereranno più secondo il sistema della indivisibilità delle quote (come in comunione immediata), bensì secondo l'ordinarietà del meccanismo della comunione.

In entrambi i sistemi di formazione della comunione legale è presente la configurazione di un vero e proprio collegamento genetico e funzionale tra le singole attività compiute dai coniugi e la dedica della patrimonialità[86].

Volendo specificare il nostro argomentare, occorre affermare che, nonostante la richiamata unicità finalistica e il collegamento teleologico, il creditore del coniuge - vale a dire il terzo che intesse un rapporto giuridico - può aggredire il patrimonio dedicato all'interesse familiare nel caso in cui il rapporto riguardi il soddisfacimento della tutela di un qualsiasi interesse riferibile al nucleo familiare[87].

esborsi necessari per l'acquisto dei beni caduti in comunione. (vedi Cass. civ., sez. I, 24 maggio 2005, n. 10896).

85 In tema si veda Di Majo A.: "Contratto e reti: le tutele", in AA.VV.: *Le reti di imprese e i contratti di rete* (a cura di P. Iamiceli), Torino, 2009, p. 199.

86 Si veda ancora Crea, C.: *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività di impresa*, Napoli, 2008, p. 23 e ss.

87 Il principio del *veil perceing* non trova sicura applicazione nel fenomeno familiare, attendendo alle esigenze di correzione delle conseguenze dell'abuso della limitazione della responsabilità. Cfr., Cass. civ., 24 dicembre 1975, n. 681: «È ammissibile la conclusione di un contratto associativo atipico, distinto dal contratto di società, con il quale le parti pongano in essere un vincolo soltanto interno, non esteriorizzato e senza

La dedica patrimoniale si ritiene possa derivare dalla specificità dell'affare compiuto dai coniugi e dalla tutela connessa. Diversamente opinando, la riqualificazione della fattispecie contrattuale in termini di creazione di un soggetto con autonomo patrimonio sembra rappresentare un'attività ermeneutica che va oltre il dato della norma, senza l'ausilio di precedenti giuridici per tracciarne il percorso interpretativo[88].

Il patrimonio familiare svolge una chiara funzione protettiva, come strumento per isolare alcuni cespiti patrimoniali e per destinarli ad un certo utilizzo; mentre, altre funzioni dello stesso sono quelle di smobilizzo, rendendo liquide le risorse impiegate in altre attività e reperendo risorse finanziarie aggiuntive da destinare allo sviluppo di una specifica operazione familiare[89].

Nella particolare situazione determinatasi a seguito della verificazione della comunione legale differita, vale porre in risalto che il sistema di dedica patrimoniale a favore della famiglia vuole una attenta analisi del metodo d'uso dei beni che, potrà (*recte*, dovrà) essere in senso dinamico; col termine "destinazione

patrimonio né impresa, avente ad oggetto la gestione in comune di un appalto di cui una delle parti risulti aggiudicataria. Tale contratto appare diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, rientrando in quelle forme contrattuali diverse ed, anzi, frequenti nell'attività economica delle imprese come combinazioni di affari, talvolta temporanee e limitate ad uno o ad alcuni specifici rapporti, per lo più inerenti l'esercizio di opere pubbliche».

88 Le attività comuni nell'integrazione familiare devono risultare capaci di dimostrare il miglioramento della capacità di tutela della famiglia e del mantenimento della prole, introducendo un elemento di utilità e redditività dell'attività. Ciò rimanda all'attuabilità dell'accordo contrattuale stesso, con particolare riferimento, come specificato in precedenza, alla idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori per obbligazioni derivanti dalla realizzazione del programma familiare. La segmentazione settoriale dell'organizzazione dell'attività familiare, tesa ad uno sviluppo del nucleo e ad una segmentazione delle aree di rischio necessita degli strumenti giuridici funzionali all'obiettivo della migliore allocazione delle risorse e delle garanzie patrimoniali. In senso generale, la diversificazione patrimoniale costituisce un modo per assicurare una riduzione dei costi, sfruttando le risorse di cui si dispone e tale efficienza allocativa interessa le varie interrelazioni con il mercato e con i terzi.

89 Valga indicare, sotto forma di comparazione tra istituti giuridici in tema di patrimonialità dedicata, che esistono imprese che, per loro natura, sono organizzate per progetti in cui, accanto ad una struttura di base di carattere permanente organizzata per funzioni, si ritrovano strutture che, nel corso della vita aziendale, cambiano e si modificano sulla base di progetti in sintonia con le specifiche esigenze del mercato. Attesa una funzionalizzazione dei beni, concepiti nella loro capacità reddituale e non nell'ottica statica dell'appartenenza, la dinamicità diventa modo di essere degli elementi patrimoniali separati che si distinguono in base alle diverse destinazioni ad essi impresse. Si deve sottolineare che la formula espressiva utilizzata dalla norma per qualificare il nuovo istituto sembra, in apparenza, insistere maggiormente sull'aspetto funzionale, ossia su quello della destinazione finalizzata all'esecuzione di una data attività. Non può non rilevarsi il passaggio all'aspetto più prettamente operativo e strumentale dell'istituto, vale a dire, il distacco e l'isolamento di una porzione del patrimonio aziendale da impiegare per la realizzazione di quella attività. Attraverso il ricorso al nuovo strumento può verificarsi un miglioramento dell'esposizione ai rischi aziendali; è altresì vero che i patrimoni destinati, a loro volta, porterebbero ad affrontare con maggiore consapevolezza nuovi percorsi di crescita realizzabili attraverso singole quote patrimoniali: dovrebbe essere allora indagato l'istituto in esame per coglierne appieno le potenzialità, reali o apparenti, per le aziende che intendano avvalersene. È ben chiaro, peraltro come già specificato, che le due diverse ottiche della destinazione orientata al raggiungimento di precipue finalità di ordine economico, e della separazione orientata alla riduzione del rischio, altro non sono che un'endiadi. Sotto il profilo prettamente destinativo, la dottrina giuridica suole distinguere la destinazione conservativa dalla destinazione dinamica: indicando, col primo termine, in genere, tutte quelle forme destinative nelle quali il patrimonio sottostante viene gestito prevalentemente con finalità di garanzia presentando, dunque, caratteri di staticità che rendono talvolta lo stesso inamovibile dallo scopo per il quale è destinato, a meno di non dover soddisfare superiori esigenze sempre utili e coerenti con la destinazione.

dinamica" si fa riferimento a gestioni in cui l'amministrazione dei beni è prevalentemente finalizzata alla realizzazione di uno scopo, che è generalmente quello dell'investimento[90]. Tali forme di destinazione sono definite "dinamiche" in specie perché non è riscontrabile la presenza di vincoli di inalienabilità come nelle destinazioni "conservative", ma soltanto regole di amministrazione e di comportamento poste in capo ai soggetti gestori, generalmente selezionati sulla base di requisiti di professionalità e competenza[91].

90 Vedi, in senso comparatistico, Buxbaum, R.M.: "Is «Network» a Legal Concept?", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 698 (1994).

91 Sempre in prospettiva comparatistica con i modelli finanziari, lo strumento economico unicamente destinato allo svolgimento della gestione, per mezzo della quale conseguire la produzione del reddito e, in ultima analisi, il raggiungimento dei fini istituzionali e il soddisfacimento delle attese di tutti i partecipanti al concreto divenire della coordinazione economica. L'utilità detraibile da ciascun elemento del patrimonio aziendale non può che essere correlata a quella di ogni altro elemento, in quanto solo in una complessa e articolata organizzazione d'insieme, può realizzarsi l'obiettivo del reddito. La stessa generale espressione di patrimonio di funzionamento o di gestione suggerisce il carattere funzionale del patrimonio rispetto al fine economico della gestione. Gli elementi, di guisa, che compongono un dato patrimonio sono avvinti da nessi che appaiono evidenti quando si consideri il carattere strumentale del patrimonio d'azienda rispetto all'azione amministrativa. Se si riflette sistematicamente sul dato economico, si addiviene alla costatazione che ci si trova davanti ad una costituzione di complessi formati da beni suscettibili di adattarsi alla varietà e variabilità delle esigenze aziendali, prime fra tutte quelle produttive, in una prospettiva dinamica della destinazione patrimoniale. Il ragionamento verte non tanto sul concetto di capitale netto d'impresa, nozione di natura prettamente contabile, ma su quello di capitale lordo, vale a dire, capitale investito nell'impresa, in quanto tale ultima nozione, per sua natura, riveste maggiore carattere di variabilità e, al contempo, minore carattere di astrattezza, consentendo di risolvere il problema della indeterminatezza del patrimonio separato. Essendo l'istituto in esame un modello finanziario di destinazione patrimoniale, rileva la nozione di capitale di finanziamento, nelle sue diverse espressioni (capitale proprio e capitale di terzi), e ciò ad evidenziare il carattere meramente finanziario di tale fattispecie. Il crescente ricorso a forme aziendali di tipo aggregativo è da ricondursi alla necessità di reperire ulteriori fonti di finanziamento ed avere continua disponibilità dei beni necessari allo svolgimento delle varie attività che la società per azioni svolge. Ai benefici in termini di diversificazione del rischio d'impresa, che la società consegue dalla costituzione di uno o più patrimoni separati, si unisce il corrispondente vantaggio per i terzi derivante dalla *parcellizzazione* delle categorie di creditori sociali, ciascuna delle quali sopporta unicamente i rischi connessi all'operazione economica direttamente finanziata; ad esso si contrappone, peraltro, l'effetto potenzialmente negativo derivante dalla riduzione delle garanzie patrimoniali offerte ai creditori generici.

BIBLIOGRAFÍA

ALAGNA, S.: *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1979, p. 339.

AMADIO, G.: "Liberalità non donativa e collazione", *Contratti*, 2000, p. 523.

AMAGLIANI, R.: "Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità", *Contratti*, 2014, p. 588.

ANGELONI, M.: "La patrimonialità della prestazione", *Contr. impr.*, 2001, p. 894.

ANGELONI, M.: "Separazione fra coniugi e divisione dei beni", *Contr. impr.*, 1991, p. 953.

AZZOLINA, U.: *La separazione personale dei coniugi*, Torino, 1966.

BALBI, G.: "Liberalità e donazione", *Riv. dir. comm.*, 1948, p. 177.

BARGELLI, V.: "Divorzio "privato" e prospettive dell'autonomia contrattuale", *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?* (a cura di U. SALANITRO), Pisa, 2020, p. 363.

BASINI, G.F.: "L'annullabilità della separazione consensuale omologata per vizi del consenso", *Familia*, 2003, p. 382.

BENANTI, C.: "La funzione dell'assegno di divorzio nel sistema dei rapporti patrimoniali tra coniugi", in AA.VV.: *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme* (a cura di U. SALANITRO), Pisa, 2019

BETTI, E.: "Sui principi generali del nuovo ordine giuridico", *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 217.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, vol. 2.2, *Le successioni*, Milano, 2015.

BRIENZA, A.: "Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale", *Riv. not.*, 1990, p. 1409.

BUXBAUM, R.M.: "Is «Network» a Legal Concept?", *Journal of Institutional and Theoretical Economics,* (1994), p. 698.

CACCAVALE, C.: "Trasferimenti tra coniugi, privi di corrispettivo, e giustificazione causale", *Rass. dir. civ.*, 2020, 425.

CAMILLERI, E.: *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, Torino, 2004.

Cesàro, E.: "Acquisto di immobile con denaro fornito dal genitore e donazione indiretta", *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 613.

Cicala, R.: *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968.

Cicu, A.: *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1947.

Cipriani, N.: "I proventi dell'attività separata dei coniugi tra comunione immediata e comunione de residuo", *Giur. it.*, 1998, p. 876.

Crea, C.: *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività di impresa*, Napoli, 2008, p. 23 e ss.

Damiani, E.: "La tutela del legittimario e il presunto principio di tutela dei suoi creditori", *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 848.

Di Majo, A.: "Contratto e reti: le tutele", in AA.VV.: *Le reti di imprese e i contratti di rete* (a cura di P. Iamiceli), Torino, 2009, p. 199.

Di Profio, M.C.: "Vincoli di destinazione e crisi coniugale: la nuova disciplina dell'art. 2645-ter c.c.", *Giur merito*, 2007, p. 3191.

Doria, G.: *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996.

Emiliozzi, E.A.: *Autonomia contrattuale e invalidità del matrimonio*, Milano, 2001.

Falzea, A.: "Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia", *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 623.

Falzea, A.: *La separazione personale*, Milano, 1943.

Gazzoni, M.: *La trascrizione immobiliare*, Milano, 1998, p. 686.

Gemma, A.: *Destinazione e finanziamento*, Torino, 2005, p. 20.

Giampiccolo, G.: *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959.

Lupoi, M., "I patrimoni destinati ad uno specifico affare", in AA.VV.: *Per una lettura europea della riforma del diritto societario italiano* (a cura di A. Palazzo), Milano, 2005, p. 10.

Marra, A.: "Il vincolo di destinazione a norma dell'art. 2645 ter c.c. nell'accordo di separazione fra coniugi", *Dir. Famiglia*, 2009, p. 1203.

Martino, M.: "Funzione assistenziale e compensativa dell'assegno di divorzio: la possibilità di una rinnovata valorizzazione delle scelte di autonomia in vista dello scioglimento del matrimonio", *Familia*, 2019, p. 85.

Moscarini, L.V.: *I negozi a favore del terzo*, Milano, 1970.

Nuccio, M.R.: *Conflitto di interessi* e *autonomia negoziale*, Napoli, 2016.

Nuzzo, M.: *L'oggetto della comunione legale tra coniugi*, Milano, 1984, p. 331.

Paladini, M.: "Il "contratto" di esclusione dei beni personali dalla comunione legale", *Familia*, 2006, p. 449.

Palazzo, A.: "Profili di invalidità del contratto unilaterale", *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 591.

Palermo, G.F.: "Obbligazioni solidali nell'interesse della famiglia?", *Riv. not.*, 1979, p. 488.

Pardolesi, R.: "Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti", *Riv. crit. dir. priv*, 1996, p. 451.

Perchinunno, R.: *Le obbligazioni nell'interesse familiare*, Napoli, 1982, p. 94.

Perego, E.: "Se in regime di separazione dei beni un coniuge risponda delle obbligazioni contratte dall'altro nell'interesse della famiglia", *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 351.

Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rass. dir. civ.,* 2001, p. 334.

Perlingieri, P.: "La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima", in AA.VV.: *Una legislazione per la famiglia di fatto*?, Napoli, 1988.

Perlingieri, P.: "Sui rapporti personali nella famiglia", *Il diritto di famiglia*, 1979, p. 1262.

Perlingieri, P.: "Sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi", *Dir. giur.*, 1974, p. 537.

Pino, A.: *La tutela del legittimario*, Padova, 1954.

Pollice, P.: "Autonomia dei coniugi e controllo giudiziale nella separazione consensuale: il problema degli accordi di contenuto patrimoniale non omologati", *Dir. e giur.*, 1988, p. 115.

Quadri, R.: "L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione", *Contr. e impr.*, 2006, p. 6.

Quadri R.: *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004.

Rabitti Bedogni, P.: "Patrimoni dedicati", *Riv. not.*, 2002, p. 1121.

Realmonte, F.: "La tutela dei creditori personali del legittimario", in AA.VV.: *Scritti in onore di L. Mengoni*, t. I, Milano, 1995.

Rescigno, P.: "Appunti sull'autonomia negoziale", in Id.: *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, vol. II, Padova, 1988.

Rimini, C.: "Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio", *Fam. e dir.*, 2018, p. 1041.

Romagno, G.: "Volontà testamentaria e tutela del credito: le ragioni di una preferenza", *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 335.

Russo, T.: "Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia", *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 459.

Santoro Passarelli, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Dir. e giur.*, 1945, p. 3.

Schlesinger, P.: "Patrimoni destinati ad uno specifico affare e profili di distinta soggettività", *Dir. e prat. soc.*, 2003, p. 6.

Schlesinger, P.: *Della comunione legale*, Padova, 1992, p. 150.

Schwartz, A.: "Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti", in AA.VV.: *L'analisi economica del diritto* (a cura di D. Fabbri, G. Fiorentini e L.A. Franzoni), Roma, 1997 p. 37.

Stanzione, P.: "Comunione legale tra coniugi e responsabilità per le obbligazioni assunte", *Dir. fam.*, 1984, p. 110.

TRABUCCHI, A.: "Il ritorno all'anno zero: il matrimonio come fonte di disparità", *Riv. dir. civ.*, 1975, II, p. 488.

VINCENZI AMATO, D.: "I rapporti patrimoniali", in AA.VV.: *Commentario sul divorzio* (a cura di P. RESCIGNO), Milano, 1980, p. 326.

ZATTI, P.: *I diritti* e *i doveri che nascono dal matrimonio* e *la separazione dei coniugi*, Torino, 1996.

ZOPPINI, A.: "Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni", *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 545.

ZOPPINI, A.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo", *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 213.



LE SORTI DELL'AZIENDA CONIUGALE E DELL'IMPRESA FAMILIARE NEL CASO DI MORTE DI UNO DEI CONUGI

THE FATE OF THE MARITAL BUSINNES AND THE FAMILY BUSINNES IN THE EVENT OF THE DEATH OF ONE OF THE SPOUSES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1524-1545

Francesco
ANGELI

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Negli assetti normativi che governano il diritto di famiglia, non occupano una posizione di giusto rilievo le imprese e le aziende che vengono gestite dai membri della famiglia. L'impresa familiare, sin dalla sua istituzione, ha avuto un utilizzo significativo essendo un modello organizzativo ben delineato per la gestione dell'attività imprenditoriale fondata sul lavoro dei componenti della famiglia. Diverso è il caso dell'azienda coniugale che, alla luce del dettato normativo, potrebbe invece essere meglio gestita dai coniugi anche mediante una struttura societaria. A seguito di quanto rilevato, i problemi di natura successoria che si creano nel caso di morte di uno dei coniugi sono di difficile soluzione stante la peculiarità dei rapporti, anche obbligatori, che si creano tra i partecipanti dell'azienda coniugale e dell'impresa familiare.

PALABRAS CLAVE: Impresa familiare; impresa coniugale; familiare; coniuge; amministrazione congiunta; azienda; successione; diritto di prelazione; eredi; contratto pendente; risoluzione del contratto.

ABSTRACT: *In the regulatory frameworks that govern family law, businnes and companies that are managed by family members, do not occupy a position of due importance. The family business, since its inception, hash ad significant use as it is a well-defined organizational model for the management of entrepreneurial activity based on the work of family members. The case of the marital company is different, wich, in light of the law, could be managed by the spouses also through a corporate structure. In the light of the above, the inheritance problems that arise in the event of the death of one of the spouses are difficult to solve given the peculiarity of the relationships, even mandatory, that are created between the participants in the marital company and the family business.*

KEY WORDS: *Family business; marital enterprise; familiar; spouse; joint administration; agency; succession; right of first refusal; heirs; pending contract; termination of the contract.*

SUMARIO.- I. IMPRESA FAMILIARE E AZIENDA CONIUGALE; DUE ISTITUTI A CONFRONTO. - II. LA GESTIONE DEI BENI DELL'IMPRESA E DELL'AZIENDA ED IL RUOLO DEI CONIUGI.- III. LA MORTE DEL CONIUGE: LE (DIFFERENTI) SORTI DELL'IMPRESA FAMILIARE E DELL'AZIENDA CONIUGALE.- IV. CONCLUSIONI.

I. IMPRESA FAMILIARE E AZIENDA CONIUGALE; DUE ISTITUTI A CONFRONTO.

L'introduzione nella Costituzione italiana di principi che regolano i rapporti civili, ha consentito di inquadrare, e meglio disciplinare, i cambiamenti e l'evoluzione della famiglia secondo le esigenze che sono radicalmente mutate dopo la cessazione del secondo conflitto mondiale.

I principi relativi alla famiglia ed ai rapporti familiari, per quanto riguarda il presente studio, sono contenuti nell'art. 29 della Costituzione che, nel riconoscere la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, le attribuisce un ruolo di primo piano nella società[1]. È lo stesso articolo 29 della Costituzione che stabilisce l'eguaglianza giuridica tra i coniugi a garanzia dell'unità familiare[2].

I principi costituzionali in tema di famiglia, non hanno avuto, in concreto, attuazione per molti anni fino ad arrivare nel periodo compreso tra il 1967 ed il 1975 quando, con l'avvento di alcune grandi riforme, si è attuata la trasformazione del sistema codicistico in materia di famiglia. Nel 1967 venne introdotta la disciplina dell'adozione speciale[3], nel 1970, con la L. n. 898 del 01.12.1970 è stato introdotto

1 Sulle norme Costituzionali in materia di famiglia Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* Tomo 3, ESI, Napoli, 2020, p. 347; Crosa, E.: *Diritto costituzionale*, Editrice torinese, Torino, 1955, pp. 145 ss.: "Così la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Ancora sono richiamati i diritti naturali, contro i quali lo Stato nulla può né deve contrapporre."; si veda anche Russo, E.: *Le convenzioni matrimoniali*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 5 ss.

2 Sui principi costituzionali che regolamentano la famiglia si veda Urcioli, M.A.: *Rapporti familiari tra libertà e strumenti di controllo*, ESI, Napoli, 2010, p. 17: "La consapevolezza dell'unitarietà di ogni sistema giuridico impone una diversa prospettiva metodologica che, senza fermarsi alla sola formula «società naturale», sia in grado di leggere l'art. 29, comma 1, cost. integrandolo con l'insieme delle regole e dei principi costituzionali, in particolare con gli artt. 2 e 3 cost. da un lato, con tutte le disposizioni specificatamente riferite alla comunità familiare, dall'altro"; sul concetto di unità familiare Moscarini, L.V.: *Parità coniugale e governo della famiglia*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 39 ss.: "Esatta è invece l'osservazione che quella di unità è nozione giuridica, che non si limita ai coniugi, ma comprende certamente la prole, ed eventualmente, ma pur sempre in funzione marginale, gli altri congiunti conviventi, laddove trova applicazione nella stessa misura, anche rispetto alla famiglia senza prole e, al limite, anche indipendentemente dalla convivenza materiale dei coniugi".

3 La disciplina dell'adozione speciale è stata introdotta con la Legge n. 431 del 05.06.1967 sostituita dalla Legge n. 184 del 04.05.1983 e poi, da ultimo, dalla Legge n. 149 del 28.03.2001.

• Francesco Angeli
Assegnista di Ricerca di diritto privato UNIPG. E-mail: francescoangeli71@gmail.com

il divorzio[4] e nel 1975 è entrata in vigore la riforma del diritto di famiglia[5]. La legge appena citata, agendo direttamente su alcune delle previsioni contenute nel libro I del Codice civile, ha modificato sostanzialmente anche il regime patrimoniale della famiglia inserendo nell'art. 143 c.c. il regime della contribuzione in luogo del precedente regime che era fondato sul mantenimento, tra i componenti della famiglia ed inserendo nell'art. 167 c.c. l'istituto del fondo patrimoniale[6] che da quale momento è divenuto uno dei regimi che regolano la vita economica della famiglia anche ai nostri giorni.

In questo quadro di riforme vedono la luce due nuovi istituti che, anche se in modo tra di loro molto differente, vanno a regolamentare le attività economiche e imprenditoriali svolte dai componenti della famiglia, in particolare ci si riferisce all'impresa familiare, regolamentata dall'art. 230 *bis* c.c.[7] e all'azienda coniugale regolamentata dall'art. 177 c. 1 lett. d) c.c.

L'esigenza per il legislatore di introdurre l'impresa familiare nell'ordinamento, anche in applicazione del principio di eguaglianza previsto dall'art. 3 della Costituzione, trova le sue fondamenta sul presupposto che il lavoro familiare nell'impresa, anche prima della riforma del diritto di famiglia, era un fenomeno largamente diffuso che poteva generare gravi abusi ed ingiustizie in quanto, molto spesso, accadeva che il lavoro prestato dal familiare si presumeva titolo gratuito senza il riconoscimento, per quest'ultimo, di nessun diritto patrimoniale sull'impresa con l'aggiunta di una disparità di trattamento del lavoro prestato tra marito e moglie a discapito di quest'ultima[8]. Con l'introduzione di questo istituto, è stata offerta una efficace protezione giuridica a quelle situazioni in cui un familiare presta il proprio lavoro in favore di un altro familiare titolare dell'impresa in tutti quei casi in cui l'attività prestata non si fondi su un altro titolo. In questo modo si è superata la presunzione secondo cui la prestazione tra soggetti legati da vincolo di coniugio, parentela o affinità, non avesse una autonoma rilevanza giuridica in quanto resa a titolo gratuito proprio in forza di detto vincolo.

4 Per approfondimenti sulla legge sul divorzio si veda Badiali, G.: *Il riconoscimento di divorzi e di separazioni personali nella convenzione dell'Aja del Igiugno 1970*, ESI, Napoli, 1977, p. 1 ss.

5 Con la Legge n. 898 del 01.12.1970 è stato riformato il libro I del Codice civile.

6 Sul fondo patrimoniale si veda Martone, I.: "Il giudizio di meritevolezza", in *Quaderni della rassegna di diritto civile*, 2017, p. 17: "Esaminare la causa in concreto, difatti, significa condurre un'indagine sugli specifici risvolti dell'operazione economica vista nella sua complessità, ivi compresi gli aspetti soggettivi e oggettivi che sfuggono del tutto ad un'analisi condotta per schemi e per tipi, operando un raffronto dinamico tra interessi perseguiti dai privati e interessi ritenuti meritevoli dall'ordinamento"; sulla causa del fondo patrimoniale si veda anche De Marchi Albengo, P.G.: "Il fondo patrimoniale", in AA.VV.: *Il diritto privato oggi* (a cura di P. Cendon), Giuffrè, Milano, 2011, p. 51: "Per comprendere la causa concreta del negozio, si deve, a nostro parere, tenere distinto l'aspetto attributivo della titolarità del bene da quella di imposizione del vincolo; sebbene si tratti di un negozio unitario complesso, e non di due negozi collegati, i due aspetti, di trasferimento e di destinazione, possono essere concettualmente distinti"; sul punto si veda anche Giannattasio, C.: *Aspetti della riforma del diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 34 ss.

7 Autorino Stanzione, G.: *Diritto di famiglia*, Giappichelli editore, Torino, 2003, p. 499.

8 In merito alla disparità di trattamento tra i coniugi Messineo, F.: *La natura giuridica della comunione legale dei beni, Athenaeum*, Roma, 1920, pp. 39 ss.

La tutela legislativa anzidetta, è stata realizzata con l'intento di riconoscere ai membri della famiglia nucleare, che lavorino in modo continuato nella famiglia o nell'impresa, oltre che la pari dignità anche determinati diritti patrimoniali che, però, devono essere ben inquadrati per non incorrere in errori interpretativi. Dalla lettura del comma 1 dell'art. 230 *bis* c.c. nella parte in cui dispone che "il familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare" sembrerebbe che acquisisca lo *status* di collaboratore dell'impresa anche il familiare che presti il proprio lavoro al di fuori dell'impresa come, ad esempio, il familiare che si occupa del lavoro domestico. A parere di chi scrive, si ritiene che la lettera della norma appena citata vada, invece, letta nel senso che il familiare che non presta l'impresa ma si occupi del lavoro domestico abbia diritto al normale mantenimento mentre solo il familiare che presti la propria opera all'interno dell'impresa abbia diritto agli utili ed agli incrementi patrimoniali dell'azienda. Quanto appena sostenuto si ritiene che si ricavi dal collegamento della previsione dell'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 230 *bis* c.c. alla sola partecipazione degli utili dell'impresa determinando, quindi, la diretta conseguenza che il familiare ha diritto agli utili in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato. D'altronde questa interpretazione appare essere in linea con il principio generale sancito dall'art. 143 c.c. nella parte in cui prevede che il coniuge ha diritto ad essere mantenuto dall'altro coniuge che presta attività lavorativa e dall'art. 147 c.c. che impone ai coniugi il dovere di mantenere i figli.

Seguendo questa via interpretativa, si può dedurre che la collaborazione lavorativa prestata nell'impresa dal familiare, deve essere tale da incidere sull'esercizio dell'impresa stessa incrementandone la produttività difatti la norma sancisce, chiaramente, che il collaboratore partecipa agli utili ed agli incrementi dell'azienda esentandolo, quindi alla partecipazione alle perdite ed alla diminuzione del valore dell'azienda. Tuttavia il lavoro prestato dai familiari può essere sia manuale che intellettuale purché non si concretizzi in un'attività di gestione in quanto questa sarebbe fuori dall'ambito di operatività dell'impresa familiare configurandosi, in questo caso, un rapporto di natura societaria. La mancanza del rapporto di natura societaria nell'impresa familiare fa sì che la responsabilità patrimoniale, nel caso di inadempimento delle obbligazioni, ricada solo sull'imprenditore. In questo modo l'impresa familiare svolge anche una funzione di tutela del patrimonio dei componenti della famiglia che partecipano all'impresa.

Diametralmente opposta a quella dell'impresa familiare è la disciplina codicistica in materia di azienda coniugale regolamentata dall'art. 177 c. 1 l. d) c.c. In virtù di tale disposizione entra a far parte della comunione l'azienda gestita da entrambi i coniugi in regime di comunione legale e costituita dopo il matrimonio. Dalla lettura della norma appena citata, balzano subito all'occhio due condizioni, imposte dalla norma stessa, che devono rispettare i coniugi per la costituzione dell'azienda

coniugale che non sono presenti nella norma che regolamenta l'impresa familiare. Le condizioni, nello specifico, riguardano il regime patrimoniale dei coniugi, infatti i coniugi devono essere in regime di comunione legale dei beni[9] e l'azienda che deve essere costituita dopo il matrimonio. La presenza congiunta di queste condizioni fa sì che l'esercizio congiunto dell'attività di impresa venga attratto nel regime dell'azienda coniugale piuttosto che in quello di natura societaria[10].

L'azienda coniugale è un modello organizzativo residuale atteso che trova spazio soltanto in mancanza di un differente accordo tra i coniugi che, solitamente, invece sussiste stante anche gli assetti organizzativi dell'impresa che le attuali condizioni di mercato impongono. Il modello organizzativo adottato dal legislatore per l'azienda coniugale prevede che i coniugi, rispetto all'azienda, non vantino un diritto di credito ma siano, invece, proprietari dei beni aziendali secondo quote paritetiche, stante il regime di comunione adottato, a prescindere sia dell'entità dell'apporto dato dal singolo coniuge nella gestione dell'impresa che dalla provenienza del denaro impiegato per l'acquisto dei beni aziendali.

Ai coniugi in comunione legale dei beni non è precluso il ricorso allo strumento societario purché ciò avvenga in forza di una esplicita manifestazione di volontà in coerenza con quanto prescritto nell'art. 161 c.c. e nel rispetto dei limiti di cui agli artt. 160 e 210 commi 2 e 3 c.c. In questi casi la volontà dei coniugi prevarrà rispetto a quanto disposto dalla norma determinando l'applicazione della disciplina societaria all'attività comune di impresa.

La scarna normativa che regolamenta l'azienda coniugale, incide anche sulla responsabilità patrimoniale dei coniugi rispetto ai debiti contratti per l'esercizio dell'azienda stessa. Come è stato già rilevato, l'esercizio dell'azienda coniugale fa sì che i coniugi diventino comproprietari dei beni aziendali secondo quote paritetiche. L'art. 190 c.c. dispone che: "I creditori possono agire in via sussidiaria sui beni personali di ciascuno dei coniugi, nella misura della metà del credito, quando i beni della comunione non sono sufficienti a soddisfare i debiti su di essa gravanti". La disposizione normativa appena enunciata esprime un principio di responsabilità limitata dei coniugi rispetto alle obbligazioni assunte nel corso dell'esercizio dell'azienda coniugale, principio che confligge totalmente con le disposizioni in materia di società di persone nelle quali i soci, ad esclusione degli accomandanti, rispondono, in via sussidiaria, con tutto il loro patrimonio per le obbligazioni assunte dalla società.

9 Sul regime patrimoniale della famiglia si veda Giannattasio, C.: *Aspetti della riforma del diritto di famiglia*, cit., pp. 35 ss.: "[…] al fine di assicurare alla moglie che lavora, i frutti della sua collaborazione nella società familiare, si stabilisce convenzionalmente la comunione del godimento dei beni mobili ed immobili, presenti e futuri, dei coniugi e degli acquisti fatti durante la comunione dall'uno o dall'altro coniuge a qualsiasi titolo".

10 Trimarchi, G.A.M.: "Le imprese dei coniugi", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile del CNN* (a cura di P. Perlingieri), ESI, Napoli, 2009, p. 86.

Se da un lato la norma vuole salvaguardare i beni personali dei coniugi che non rientrano nella comunione e, quindi neanche nell'azienda coniugale, questo non appare corretto se tale disposizione viene letta in relazione a quanto disposto dall'art. 2740 c.c.[11] difatti, si ritiene, che non sia giusto che un creditore dell'azienda coniugale non possa rivalersi, seppur in via sussidiaria, sull'intero patrimonio personale del coniuge che vi partecipa e sul quale ha fatto affidamento anche nella fase precontrattuale. Ciò confligge con le disposizioni in materia di società di persone e, si ritiene, che sia anche in contrasto con il principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione infatti il medesimo creditore non può avere un diverso trattamento in relazione al recupero dei crediti vantati nei confronti di una società di persone o di una azienda coniugale quando entrambe i modelli gestori si fondano sul principio della presenza della persona nello svolgimento dell'attività di impresa.

Per attenuare questa disparità di trattamento, sarebbe necessario che la costituzione dell'azienda coniugale sia oggetto di una pubblicità legale idonea a far sì che la stessa venga conosciuta, in quanto tale, dai terzi ed in particolare dai creditori. Si ritiene, quindi, che la costituzione dell'azienda coniugale, al pari delle altre convenzioni matrimoniali, ai sensi dell'art. 162 c.c. debba essere stipulata per atto pubblico da un notaio e, ai sensi dell'ultimo comma del medesimo articolo, annotata a margine dell'atto di matrimonio. Tuttavia il regime di pubblicità legale imposto dal codice civile non può essere sufficiente in quanto in un sistema economico nel quale gli scambi e le contrattazioni avvengono velocemente con l'ausilio di sistemi informatici, per il creditore è necessario conoscere in tempo reale la forma giuridica che ha assunto la controparte contrattuale anche con lo scopo di verificarne la relativa garanzia patrimoniale. Da qui ne discenderebbe anche la necessità dell'iscrizione nel registro delle imprese dell'azienda coniugale anche nel silenzio della norma civilistica.

Al di là degli adempimenti pubblicitari più o meno imposti dalla vigente legge, comunque è necessario che durante le trattative precontrattuali i coniugi, nell'adempiere al dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede, specifichino alla parte con cui stanno trattando che il futuro contratto sarà concluso da una azienda coniugale. Questo farà sì che il creditore, già nella fase precontrattuale, sarà cosciente della responsabilità patrimoniale sussidiaria e limitata dei coniugi nel caso di inadempimento contrattuale.

11 Sul punto si legga Mezzasoma, L.: *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del COVID-19*, ESI, Napoli, 2021, p. 105: "Vero è che le deroghe alla tassatività dell'art. 2740 c.c. risultano, in linea del tutto generale e nell'ottica del legislatore che le ha previste, giustificate dall'esigenza di tutelare una serie di interessi di sicuro rilievo costituzionale ma, allo stesso modo, è stato fin da subito chiara la tendenza dei debitori, snaturando la funzione originaria delle deroghe, e piegare le medesime norme verso la realizzazione di effetti meno virtuosi e, in particolare proprio quello di sottrarre beni alla garanzia del credito".

La mancata attuazione degli adempimenti pubblicitari da parte dei coniugi farà sì che tra gli stessi si costituisca un vincolo societario, individuabile nella società di fatto, che genera una responsabilità patrimoniale dei soci piena i quali rispondono, seppur in via sussidiaria, delle obbligazioni inadempiute della società con l'intero patrimonio personale e non per la metà dello stesso come disposto dall'art. 190 c.c.

In conclusione, dopo questa panoramica sui caratteri distintivi dell'impresa familiare e dell'azienda coniugale, si può concludere che entrambi gli istituti siano stati concepiti per la tutela della famiglia sia da un punto di vista soggettivo – la tutela del lavoro prestato dai componenti della famiglia all'interno dell'impresa e dell'azienda – sia da un punto di vista oggettivo – la tutela del patrimonio della famiglia che viene, seppur parzialmente, segregato dalle azioni dei creditori. Per raggiungere l'obiettivo prefissato dal legislatore è, però, necessario che vengano rispettate delle regole che si fondano non solo nel rispetto delle clausole generali di correttezza e buona ma anche nella meritevolezza. Solo coloro che rispettano tali regole saranno meritevoli di tutela e, quindi, solo l'impresa familiare e l'azienda coniugale che adotteranno una adeguata forma di pubblicità legale potranno godere della riduzione della responsabilità patrimoniale volta a tutelare i beni della famiglia. Diversamente, coloro che partecipano a quelle imprese familiari ed a quelle aziende coniugali che non adotteranno la pubblicità legale prevista, saranno sottoposto al regime della responsabilità patrimoniale proprio dei soci delle società di persone non essendo meritevoli di tutela nei confronti dei creditori con la conseguenza di forti ricadute che si avranno anche nei passaggi generazionali che interesseranno le sorti dell'impresa familiare e dell'azienda coniugale nel caso di decesso di uno dei coniugi.

II. LA GESTIONE DEI BENI DELL'IMPRESA E DELL'AZIENDA ED IL RUOLO DEI CONIUGI.

Come in precedenza è stato già sottolineato, anche l'impresa familiare potrebbe essere qualificata come una società ma, si ritiene, che questo possa avvenire solo nel caso in cui non dovessero essere rispettati gli obblighi pubblicitari ai quali l'impresa deve sottostare. In relazione a quanto appena detto, si ritiene che sia necessario restringere il perimetro dell'indagine sulle modalità di amministrazione dell'impresa familiare essendo, appunto, diverse da quelle tipiche delle società di persone. L'art. 230 *bis* c.c. dispone che: "Le decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi nonché quelle inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa sono adottate, a maggioranza, dai familiari che partecipano all'impresa stessa."[12].

12 Sui diritti dei partecipanti all'impresa familiare Autorino Stanzione, G.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 501.

Dalla lettura del precetto normativo sembrerebbe essere chiaro che nelle decisioni che incidono maggiormente sulla vita dell'impresa familiare debbano essere coinvolti tutti i partecipanti, i quali decideranno con il metodo della maggioranza per teste, mentre la gestione ordinaria non spetta ai familiari ma solo all'imprenditore.

Il problema interpretativo che ci si pone, riguarda la possibilità concessa dalla norma al familiare di ingerirsi nell'amministrazione straordinaria, intesa in senso ampio del termine, dell'impresa senza che questo partecipi alle perdite e senza che risponda con il proprio patrimonio personale nel caso di inadempimento delle obbligazioni contratte dall'impresa familiare[13]. Per cercare di risolvere il problema appena prospettato, è necessario puntualizzare che i familiari che partecipano all'impresa familiare, prestando la loro attività continuativa di lavoro, hanno non solo il diritto al mantenimento nella qualità di familiari che svolgono attività continuativa di lavoro nella famiglia, ma anche altri diritti.

Ai sensi dell'art. 230 *bis* c.c., il familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare ha diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia[14] stessa e partecipa agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato. È importante in questa sede, anche al fine di valutare gli effetti successori che coinvolgono l'impresa familiare, determinare di chi è l'effettiva titolarità dei beni dell'impresa acquistati con gli utili anche alla luce del potere gestorio che spetta all'imprenditore.

Per arrivare a dimostrare che il potere gestorio dell'impresa familiare è solo ed esclusivamente in capo al familiare che assume la qualifica di imprenditore è necessario articolare il ragionamento partendo dal dettato normativo. In primo luogo, come già detto, l'art. 230 *bis* c.c. riconosce il diritto del familiare alla partecipazione agli utili ed ai beni acquistati con essi. Appare quindi chiaro che se l'imprenditore con gli utili derivanti dall'impresa familiare acquisti un bene, questo sarà acquistato in comproprietà con tutti i familiari che partecipano all'impresa. Ragionando al contrario, si ritiene che i beni di proprietà dell'imprenditore, non acquistati con gli utili dell'impresa, siano di sua esclusiva proprietà. In secondo

13 Galgano, F.: *Diritto commerciale, l'imprenditore,* Zanichelli, Bologna, 2007 p. 99: "Solo il titolare dell'impresa risponde con tutto il suo patrimonio nei confronti dei creditori, lui solo fallisce in caso di insolvenza".

14 Autorino Stanzione, G.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 496: "Né diritto né dovere di partecipare all'impresa familiare: in questa, l'innegabile presenza di elementi di solidarietà e di affettività non si possono spingere fino all'identificazione tra famiglia e impresa. Tutt'al più, in questa prospettiva è comprensibile che i coniugi, nell'ambito dell'accordo sull'indirizzo della vita familiare possano decidere che l'uno di essi non imprenditore collabori con il lavoro proprio dell'impresa".

luogo l'art. 230 *bis* c.c. mentre prevede che il familiare ha il diritto agli utili, non prevede che il familiare sia obbligato a contribuire alle perdite[15].

In terzo luogo, l'art. 230 *bis* c.c. riserva ai familiari, che le devono adottare a maggioranza, determinate decisioni che hanno un ruolo rilevante nella gestione dell'impresa, queste decisioni, però, da quanto risulta dal dettato normativo, non devono essere prese insieme all'imprenditore che può compiere, quindi, atti efficaci e validi nei confronti die terzi. Da ciò ne deriva che le decisioni dei familiari partecipanti all'impresa hanno una efficacia interna che rilevano nei soli confronti dell'imprenditore ai fini della sua responsabilità. Di riflesso, le decisioni prese dai familiari non hanno una validità ed efficacia esterna nei confronti dei terzi i quali hanno come riferimento solo il titolare dell'impresa. Questo conferma che ai fini sia della gestione ordinaria, sia ai fini della gestione straordinaria, hanno rilevanza esterna nei confronti dei terzi unicamente le decisioni prese dal familiare che assume la qualità di imprenditore.

Seguendo questo ragionamento, infine, assume rilievo anche la disposizione contenuta nell'art. 230 *bis* c.c. che prevede che i partecipanti hanno diritto di prelazione sull'azienda in caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda medesima con la diretta conseguenza che vi è solo un soggetto, che è l'imprenditore, che può disporre dell'intera azienda.

Dopo questa disamina delle previsioni normative che disciplinano l'impresa familiare, può concludersi che la gestione, sia ordinaria che straordinaria, della stessa spetta solo all'imprenditore che è anche l'unico proprietario dell'azienda e, conseguentemente, di tutti i beni che la compongono. La proprietà dei beni in capo al familiare titolare dell'attività di impresa nonché la sua qualifica di imprenditore, come si vedrà nel successivo paragrafo, sono elementi che condizioneranno le sorti della successione dell'impresa nel caso della sua morte.

Per avere un quadro sufficientemente completo per analizzare le sorti dell'impresa familiare e dell'azienda coniugale nel caso di decesso di uno dei coniugi, non si può prescindere falla verifica di taluni aspetti che coinvolgono l'azienda coniugale; in particolare, in questa sede, si intendono approfondire gli aspetti concernenti sia la modalità di gestione dell'azienda coniugale che gli aspetti concernenti la titolarità dei beni dell'azienda stessa.

15 Costi, E.: *Il nuovo diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 97: "La titolarità dei beni non viene in alcun modo alterata dall'applicabilità della norma di cui all'art. 230 *bis*. I beni immobili in particolare non saranno *ex lege* attribuiti in proprietà ai familiari che collaborano e non saranno a loro intestati nei registri immobiliari".

Il tratto caratterizzante dell'azienda coniugale[16], anche a seguito di quanto già detto in precedenza, è la gestione unitaria dell'azienda da parte dei coniugi in posizione paritetica con la conseguenza che convergeranno nella titolarità dei coniugi sia gli utili che gli incrementi dell'azienda[17].

Per gestione comune dell'azienda si deve intendere l'esercizio congiunto da parte dei coniugi dell'amministrazione dell'azienda stessa, attuato attraverso atti sia di ordinaria che di straordinaria amministrazione, al fine di perseguire gli obiettivi dell'azienda coniugale. In tal modo, i coniugi partecipano in maniera concreta e continuativa alle scelte decisionali dell'azienda con la conseguente assunzione della responsabilità[18].

In merito all'amministrazione dei beni comuni, in assenza di una specifica previsione convenzionale tra i coniugi, si applica il regime della comunione familiare[19] sia con riferimento alla gestione dell'impresa comune sia per quanto riguarda il regime patrimoniale[20]. In particolare, in relazione all'amministrazione ordinaria, essa spetta congiuntamente ad entrambi i coniugi in via disgiuntiva, differentemente, gli atti di straordinaria amministrazione devono essere eseguiti congiuntamente da entrambi i coniugi che nel caso di disaccordo possono rivolgersi al giudice autorizzati ad agire anche con il dissenso dell'atro coniuge a condizione che venga data la prova che la stipula dell'atto sia fondamentale per lo svolgimento dell'attività dell'azienda coniugale.

Dal quadro appena dipinto, emerge che dalla configurazione dell'azienda coniugale in termini di impresa collettiva priva di autonomia patrimoniale, discendono importanti implicazioni nei rapporti con i creditori. In primo luogo i creditori dell'impresa concorrono con i creditori familiari sull'intera massa della comunione familiare perdendo ogni forma di prelazione sui beni aziendali. In secondo luogo i creditori particolari di ciascun coniuge possono soddisfarsi in via sussidiaria sui beni della comunione, compresi quelli destinati all'esercizio dell'attività dell'azienda, ma solo se i beni personali del soggetto obbligato si

16 Russo, T.V.: "L'azienda coniugale", in AA.VV.: *Codice Civile* (diretto da G. Perlingieri), ESI, Napoli, 2010, p. 767.

17 Sull'azienda coniugale si veda Scarpa, D.: *Comunione legale tra coniugi, flessibilità tipologica e tutele ordinamentali*, ESI, Napoli, 2021, p. 169 "La correlazione tra la partecipazione del coniuge alla gestione dell'azienda e l'ingresso in comunione degli utili e degli incrementi è, da un lato, il portato della scelta legislativa di bilanciamento di interessi tra tutela della libertà dell'iniziativa economica del singolo coniuge e riconoscimento dell'attività del coniuge a favore dell'azienda e, dall'altro, il meccanismo di concessione d'esercizio dell'autonomia privata dei coniugi i quali, a ben riflettere, convengono in forma congiunta, un modello organizzativo dell'azienda".

18 Trimarchi, G.A.M.: "Le imprese dei coniugi", cit., p. 78: "La cogestione, invece, diventa assorbente rispetto al titolo se la costituzione avviene dopo il matrimonio. In tal caso non sembra che abbia importanza chi abbia eseguito la costituzione aziendale".

19 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* cit., p. 416 il quale ritiene: "La comunione volontaria si deve conformare al regime patrimoniale della famiglia, nel rispetto dei principi di eguaglianza, di proporzionalità e di solidarietà".

20 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* cit., p. 412.

rivelino insufficienti e fino al valore corrispondente alla quota di sua spettanza del patrimonio comunitario. Infine, i creditori dell'azienda, previa escussione dei beni in comunione, possono, in via sussidiaria, soddisfarsi su quelli personali di ciascun coniuge, ma solo nella misura della metà del credito, come sancito dall'art. 190 c.c.[21].

Il caso per ultimo riportato, ricade nella fattispecie di responsabilità sussidiaria e parziaria dei coniugi che è differente di quanto previsto dalla disciplina societaria per la quale i soci delle società di persone, ad eccezione dei soci accomandanti nella società in accomandita semplice, sono chiamati a rispondere delle obbligazioni contratte dalla società partecipata in via solidale, senza il limite di favore previsto dal regime dell'azienda coniugale.

Con questa breve ricostruzione delle forme di amministrazione e responsabilità di coloro che partecipano all'impresa familiare ed all'azienda coniugale, si può arrivare a capire la motivazione per cui i due istituti, e in particolar modo il secondo, da un punto di vista operativo non hanno un utilizzo incisivo quale forma di gestione dell'impresa alternativa alla forma societaria.

In buona sostanza, l'azienda coniugale non si è rivelato uno strumento idoneo allo svolgimento dell'attività imprenditoriale a causa della mancanza di una normativa che regolamenti in modo chiaro i rapporti tra i coniugi ed i terzi. Specialmente in un momento come quello attuale in cui l'elevata entità del traffico dei rapporti commerciali è caratterizzato da una tempestività di decisioni, anche rilevanti, per lo svolgimento dell'attività che comporta che l'imprenditore non può attendere l'esito di una decisione congiunta, con il coniuge, in relazione alle linee di indirizzo dell'azienda. Forse la concezione dell'azienda coniugale poteva essere calzante negli anni settanta dello scorso secolo quando ancora l'utilizzo dei mezzi informatici per l'attuazione dei traffici commerciali era inesistente, ma tale modello di gestione aziendale, quantomeno già dagli anni novanta dello scorso secolo, si è rivelato completamente inadeguato per lo svolgimento dell'attività di impresa.

Ragionamento diverso può essere fatto, invece, per l'impresa familiare. In questo caso, anche a seguito di una norma regolatrice più completa, vi è stato un maggiore utilizzo dell'impresa familiare dovuto anche al beneficio fiscale del quale può godere l'imprenditore che, in forza del disposto dell'art. 230 *bis* c.c., è legittimato ad attribuire gli utili conseguiti dall'impresa in favore dei famigliari ottenendo, quindi, un vantaggio fiscale dovuto alla progressività dell'aliquota dall'aliquota dell'imposta sul reddito delle persone fisiche. Ma anche il destino di tale istituto è stato infausto dal momento in cui anche gli utili destinati ai familiari

21 In merito alla responsabilità patrimoniale sussidiaria dei coniugi si veda Russo, T.V.: "La responsabilità sussidiaria dei coniugi", in AA.VV.: *Codice Civile* (diretto da G. Perlingieri), ESI, Napoli, 2010, p. 814.

sono stati assoggettati non solo all'imposizione diretta ma anche all'obbligo di contribuzione previdenziale facendo, a questo punto, venire meno la convenienza dell'utilizzo di tale istituto per lo svolgimento dell'attività di impresa rispetto all'utilizzo della forma societaria per lo svolgimento della medesima attività.

In conclusione, le implicazioni che l'impresa familiare e l'azienda coniugale generano in relazione alla proprietà dei beni ed alla responsabilità patrimoniale dei partecipanti, hanno una forte ricaduta in ambito successorio nel caso di morte di uno dei coniugi.

III. LA MORTE DEL CONIUGE: LE (DIFFERENTI) SORTI DELL'IMPRESA FAMILIARE E DELL'AZIENDA CONIUGALE.

Gli istituti dell'impresa familiare e dell'azienda coniugale, a causa della scarna normativa che li regola, generano problemi di natura operativa, con la conseguenza di dover ricorrere all'interpretazione della norma, non solo nel caso di decesso dell'imprenditore, decesso che potrebbe causare la cessazione dell'attività di impresa, ma anche nel caso in cui dovesse verificarsi il decesso di uno dei partecipanti. Le situazioni che si vengono a creare sono molteplici ed ognuna di esse ha dei profili interessanti, e nello stesso tempo peculiari, per i due istituti che ne obbligano la trattazione separata[22].

Tra i diritti patrimoniali riconosciuti ai familiari che partecipano all'impresa familiare, l'art. 230 *bis* comma 5 c.c. annovera anche il diritto di prelazione che spetta al familiare in caso di divisione ereditaria o di trasferimento di azienda[23]. Il disposto normativo dà adito a dubbi interpretativi con riferimento al suo significato, al suo fondamento, ai soggetti legittimati ad esercitare il diritto, all'oggetto della prelazione ed agli atti cui si riferisce.

Prima di esaminare le singole problematiche, in via generale, è bene precisare che per l'esercizio del diritto di prelazione è fondamentale la presenza di una parità di condizioni al fine di contemperare gli interessi contrapposti del titolare del diritto di prelazione e l'interesse del proprietario che tale diritto lo cede. Per il motivo appena addotto, il trasferimento *mortis causa* che si genera all'interno dell'impresa familiare deve essere trattato separatamente in quanto il procedimento successorio comporta evidenti differenze se il decesso coinvolge il titolare dell'impresa o il familiare che alla stessa partecipa in qualità di collaboratore.

22 Marinaro, G.: "La successione necessaria", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile del CNN* (a cura di P. Perlingieri), ESI, Napoli, 2009, p. 43: "L'attuale configurazione codicistica individua così quattro categorie di legittimari: il coniuge, i figli legittimi, i figli naturali e gli ascendenti legittimi".

23 Ciatti, A.: *Diritto delle successioni*, ESI, Napoli, 2008, pp. 1175 ss.

Innanzitutto si ritiene che il diritto di prelazione, nonostante il tenore letterale della norma, sia nel caso di decesso dell'imprenditore che di uno dei familiari, non spetti ai familiari superstiti a causa della gratuità dell'atto successorio. La gratuità dell'atto, dalla quale ne consegue la mancanza di un corrispettivo di vendita, fa sì che manchi la possibilità di garantire la parità delle condizioni tra gli aventi diritto alla prelazione ed i terzi interessati alle quote dell'impresa familiare. Da ciò, inevitabilmente, ne discende che il prezzo di vendita dell'azienda o delle quote di partecipazione sia l'elemento necessario per individuare la preferenza in relazione ad un soggetto piuttosto che ad un altro[24].

Entrando nello specifico, nel caso di morte dell'imprenditore, la situazione diviene ancora più complessa a seguito della cessazione dell'attività di impresa. In questa fattispecie è necessario, quindi, operare una interpretazione delle norme che regolamentano l'impresa familiare collocandole unitariamente nell'ordinamento al fine di risolvere la dicotomia che generano a seguito del loro senso letterale.

Per arrivare alla soluzione del problema interpretativo, preliminarmente si osserva che il decesso dell'imprenditore comporta la cessazione dell'attività di impresa e, quindi, si ritiene che, al di là del tenore letterale della norma, non si ha il trasferimento dell'azienda ma il trasferimento in capo agli eredi di tutto quanto compone l'asse ereditario dell'imprenditore deceduto senza la possibilità per i familiari partecipanti all'attività, che potrebbero non coincidere con gli eredi, di esercitare il diritto di prelazione stante, appunto, la gratuità dell'atto. D'altronde quanto appena detto appare suffragato dall'art. 732 c.c.[25], richiamato a sua volta dall'art. 230 *bis* c.c., che individua nel soggetto che può cedere la quota di eredità il coerede mentre, come è stato detto, il familiare che partecipa all'impresa non è detto che sia un erede dell'imprenditore deceduto[26].

D'altro canto si potrebbe ipotizzare il trasferimento di azienda in capo ai familiari che collaboravano nell'impresa familiare nel caso in cui tutti avessero la qualifica di erede e nel caso in cui decidessero di continuare a svolgere l'attività in forma societaria. Si ritiene, comunque, che in forza dell'impianto normativo che regolamenta la successione ereditaria e tenendo in debito conto che è l'azienda

24 Panza, G. e Panza, F.: "Successioni in generale tra codice civile e costituzione", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile del CNN* (a cura di P. Perlingieri), ESI, Napoli, 2009, pp. 160 ss.; Ciatti A.: op. ult. cit. p. 1174 il quale ritiene: "Nell'ipotesi in cui sia ceduta ad un estraneo la comunione ereditaria la quota o parte di essa, e sempre che l'alienazione avvenga a titolo oneroso, viene riconosciuto agli altri coeredi il diritto di prelazione"; sull'argomento si veda anche Alpini, A.: *La prelazione nelle comunioni*, ESI, Napoli, 2010, p. 15 ss.

25 Alpini, A.: op. ult. cit., p. 15 ss.: "Evitare l'ingresso di estranei nella comunione ereditaria facilita le operazioni divisionali, mantenendole nell'ambito di persone già legate tra loro da un qualche vincolo; i beni ereditari permangono ai soggetti ai quali sono originariamente destinati per legge o per testamento".

26 Coppola, C.: "La comunione ereditaria", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile del CNN* (a cura di P. Perlingieri), ESI, Napoli, 2013, p. 188: "Il vigente art. 732 cod. civ. ha previsto, in capo a ciascun coerede, un reciproco diritto di prelazione, per il caso di alienazione di quota o di una sua frazione ad un terzo […]. Quanto alla *ratio*, dell'istituto, la si è ravvisata anzitutto, nello scopo di impedire l'ingresso di estranei in comunione, dal momento che questa si instaura, di regola, fra soggetti legati da vincoli familiari".

che cade in successione, essa non potrà essere ripartita in base all'effettivo lavoro prestato dal familiare, come detta l'art. 230 *bis* c.c. in materia di distribuzione degli utili dell'impresa, in quanto prevarrà il principio codicistico che dispone che la massa ereditaria venga distribuita, salvo testamento, secondo le previsioni degli artt. 565 e ss. c.c.[27].

Fatto salvo questo caso, di difficile attuazione non garantendo ai familiari la successione in loro favore di quella che potrebbe essere la corretta quota societaria, si ritiene che nel caso di decesso dell'imprenditore non vada in successione l'azienda ma tutte le attività e passività che la compongono come avviene ordinariamente nelle successioni. Ciò comporta che l'impresa avrà la sua cessazione con il decesso dell'imprenditore e che l'azienda cesserà di esistere contestualmente alla cessazione dell'impresa.

Peculiare, a dispetto della previsione letterale del precetto racchiuso nell'art. 230 *bis* c.c., è anche il caso di morte di morte di uno dei familiari[28] che collaborano nell'impresa. Come già sopra accennato, si ritiene che il diritto di prelazione non possa essere esercitato dai familiari superstiti partecipanti all'impresa a causa della gratuità dell'atto di trasferimento, con la conseguenza che, in questo caso, il diritto di credito, perché è questo l'oggetto del trasferimento, vada in successione secondo le previsioni, salvo testamento, degli artt. 565 e ss. c.c. Questo meccanismo a causa dell'impossibile automaticità per l'erede del familiare di acquisire la qualifica di collaboratore in quanto da un lato egli deve prestare il consenso a prestare il lavoro nell'impresa e dall'altro la sua presenza nell'impresa deve essere gradita sia da parte dell'imprenditore che da parte degli altri familiari che con esso collaborano nell'impresa.

A differenza di quanto sin qui analizzato, ciò che accade nel caso di decesso di uno dei coniugi dell'azienda coniugale è, quantomeno in relazione alla successione dei rapporti, di più semplice soluzione. Nel corso del presente studio, si è già evidenziato come i coniugi dell'azienda coniugale, stante la comunione dei beni che tra di loro intercorre, diventino entrambi titolari, e per quote paritetiche, dei diritti acquisiti dall'azienda stessa[29]. Partendo da questo presupposto ne deriva che nel caso di decesso di uno dei coniugi, tutte le attività e tutte le passività, chiaramente

27 Calvo, R.: *Diritto delle successioni*, ESI, Napoli, 2008, p. 582.

28 Capo, G.: "L'impresa familiare", in AA.VV.: *Codice Civile* (diretto da G. Perlingieri), ESI, Napoli, 2010, p. 863: "Ferma l'ipotesi della morte del collaboratore, la partecipazione dell'impresa familiare viene ovviamente meno per la perdita, da parte di quest'ultimo, della qualificazione soggettiva di cui all'art. 230 *bis* e quindi della qualità di parenti, entro il terzo grado o affine entro il secondo grado".

29 Tassoni, G.: "La comunione in generale", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile del CNN* (a cura di P. Perlingieri), ESI, Napoli, 2009, pp. 27: "Sembra, cioè, ragionevole ritenere che il compossesso debba essere vincolato a designare la contitolarità dei diritti reali o di situazioni complesse idonee a ricomprendere diritti reali per le quali il legislatore ricostruisca figure di comunione tipiche a regime speciale".

in quota e salvo testamento, andranno in successione secondo quanto disposto degli artt. 565 e ss. c.c.

Il coniuge superstite potrà decidere se continuare lo svolgimento dell'attività imprenditoriale acquisendo, in questo caso, la qualifica di imprenditore individuale. Al di là della ricostruzione normativa appena eseguita, quello che si ritiene sia interessante approfondire è, invece, il trattamento che hanno i creditori dell'azienda coniugale alla luce del decesso di uno dei due coniugi.

In precedenza è stato già sottolineato che ai sensi dell'art. 190 c.c. i creditori di dell'azienda coniugale, nel caso di inadempimento di questa, in via sussidiaria possono rivalersi sul patrimonio personale dei coniugi nei limiti della metà del loro credito. La responsabilità patrimoniale del coniuge debitore, che ha subito una compressione durante lo svolgimento dell'attività nell'azienda coniugale, torna ad espandersi con il suo decesso in quanto l'erede non godrà più dei benefici concessi al *de cuius* dall'art. 190 c.c. ed il creditore potrà ottenere la soddisfazione del proprio credito potendo agire su tutto il patrimonio personale dell'erede e per l'intero suo credito.

Prima di giungere alla conclusione di questa ricerca, si ritiene opportuno approfondire un ulteriore tratto, questa volta comune ai due istituti, che caratterizza ancora una volta l'impresa familiare e dell'azienda coniugale nel caso di morte di uno dei coniugi. In particolare si ritiene di approfondire quali sono le sorti dei contratti pendenti al momento della morte dell'imprenditore o di uno dei coniugi che partecipano all'azienda.

È pacifico che la morte del contraente, di regola, non estingue il rapporto contrattuale se non in determinati casi espressamente previsti dalla norma come, ad esempio la morte del lavoratore subordinato ai sensi degli artt. 2118 e 2122 c.c. e la morte dell'agente ai sensi dell'art. 1751 c.c. In altri casi agli eredi è concesso un diritto di recesso unilaterale come, ad esempio: nella locazione di fondi urbani ai sensi dell'art. 1614 c.c.; nell'affitto ai sensi dell'art. 1627 c.c.; nel contrato di conto corrente bancario ai sensi dell'art. 1833 c.c.. Vi sono anche casi in cui viene previsto il diritto di recesso unilaterale dal contratto in favore del contraente sopravvissuto come, ad esempio: nell'appalto nei casi di cui all'art. 1674 c.c.; nel comodato ai sensi dell'art. 1811 c.c.; nel conto corrente ordinario ai sensi dell'art. 1833 c.c..

Da questa breve elencazione, che non ha la presunzione di essere stata esaustiva, si evince che per alcuni contratti tipici tuttavia il legislatore ha formalizzato regole diverse da quella generale che prevede il subentro nei contratti dell'erede, e queste eccezioni tra di loro hanno un tratto comune difatti in ognuna di esse si nota come nel caso del contratto che non continua in capo agli eredi, o che continua ma a fronte del sorgere di diritti di recesso unilaterale in favore degli

eredi, sia caratterizzato dalla rilevanza personale dell'imprenditore nel contratto stesso.

Da qui ne potrebbe discendere che, nel silenzio della norma il decesso dell'imprenditore che gestisce l'impresa familiare in ogni caso incida sulla rilevanza personale del contratto stesso tenuto conto che gli eredi non rivestiranno la qualifica di imprenditore visto che dovranno cessare l'attività , imprenditoriale non potendola proseguire per le motivazioni in precedenza riportate. Di conseguenza mancando sia presupposto soggettivo – l'imprenditore in quanto deceduto – che il presupposto oggettivo – lo svolgimento dell'attività di impresa – si ritiene che in capo agli eredi sorga, quantomeno, il diritto di recedere dai contratti pendenti alla data del decesso dell'imprenditore che gestiva l'impresa familiare. Identico ragionamento può essere condotto nel caso di decesso del coniuge dell'azione coniugale. La possibilità di esercitare il diritto di recesso dal contratto porterebbe un beneficio ai familiari del *de cuis* che rivestono la qualifica di eredi in quanto non si vedono gravare di una obbligazione, tra l'altro di natura commerciale, dalla quale sono completamente estranei. Seguendo questo ragionamento, in capo agli eredi dell'imprenditore non andrà a gravare anche l'onere di recedere dal contratto concluso dal *de cuis* che potrebbe comportare anche il pagamento di penali.

IV. CONCLUSIONI.

La struttura fondamentale della famiglia, nell'ordinamento italiano è dettata dall'art. 29 della Costituzione che la definisce a "struttura" nucleare basandosi sul presupposto che la famiglia è la comunità formata dai coniugi e dall'eventuale prole. Ai coniugi è imposto il dovere di assistenza reciproca che, inteso nel senso materiale, è quell'assistenza che ciascun coniuge deve prestare per il soddisfacimento dei bisogni economici dell'altro. Seguendo questi principi, in seno alla riforma del diritto di famiglia, è stata introdotta l'impresa familiare e l'azienda coniugale[30].

Entrambi gli istituti presuppongono, quanto meno dal tenore letterale della norma, quale condizione necessaria per la costituzione un rapporto di coniugio e di parentela tra l'imprenditore e coloro che intendono partecipare all'impresa familiare ed un rapporto di coniugio tra coloro che intendono costituire un'azienda coniugale.

30 Ferrando, G.: *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza della corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, p. 133: "L'attuazione del principio di eguaglianza morale e giuridica tra coniugi, prefigurata dalla Costituzione e realizzata dalla riforma del 1975, costituisce un momento di un più ampio processo inteso a promuovere l'eguaglianza tra uomo e donna nella società: un momento saliente in quanto destinato ad aprire la strada di una più complessa revisione dei rapporti di genere alla quale hanno contribuito la legge sulla parità tra uomo e donna in materia di lavoro":

Le intenzioni del legislatore della riforma del diritto di famiglia potevano essere coerenti al sistema dei traffici commerciali che si svolgevano negli anni settanta ed ottanta del secolo scorso invece oggi i due istituti con i quali i membri della famiglia possono svolgere l'attività imprenditoriale sono divenuti insufficienti anche a causa della velocità delle contrattazioni che caratterizzano il sistema imprenditoriale. I due assetti di gestione dell'impresa, e in particolar modo l'azienda coniugale, si sono rivelati carenti sotto vari punti di vista tra i quali spicca quello relativo ad una insufficiente forma pubblicitaria dell'assetto organizzativo.

A questo si aggiunga anche che, come si è visto nel corso della presente ricerca, vi sono molti dubbi interpretativi sia sulle modalità di svolgimento dell'amministrazione che sulla effettiva proprietà dei beni sia nel caso dell'impresa familiare che nel caso dell'azienda coniugale. A questi dubbi si è cercato di dare una soluzione interpretando le norme regolatrici dei due istituti alla luce dei principi che regolamentano l'intero ordinamento e, quindi, si è arrivati a concludere che nell'impresa familiare l'amministrazione, sia ordinaria che straordinaria, spetta al familiare che riveste la qualifica di imprenditore mentre nell'azienda coniugale l'amministrazione straordinaria spetta congiuntamente ad entrambi i coniugi.

Come è emerso nel corso della ricerca, più delicato è il problema che coinvolge la proprietà dei beni acquistati durante per l'esercizio dell'attività di impresa. In questo caso alle norme si è voluto dare una interpretazione più garantista per coloro che operano attivamente per lo svolgimento dell'attività di impresa e che spendono il loro nome anche ai fini della responsabilità patrimoniale concludendo, quindi, che nell'impresa familiare i beni che la compongono sono di esclusiva proprietà del familiare che svolge l'attività di imprenditore mentre nell'azienda coniugale i beni sono di proprietà di entrambi coniugi.

La titolarità dei beni ha una diretta ricaduta sugli aspetti successori che coinvolgono l'impresa familiare e l'azienda coniugale nel caso di decesso di uno dei coniugi. In particolare da un lato si è provato come il diritto di prelazione concesso in favore dei familiari dall'art. 230 *bis* c.c. non possa essere applicato nel caso di successione *mortis causa* dell'imprenditore e dall'altro sono state evidenziate le ricadute che si generano nei confronti dei creditori sia per le obbligazioni inadempiute che per i contratti pendenti alla data del decesso dell'imprenditore.

Per i motivi di ordine giuridico ed economico che sono stati evidenziati durante la presente ricerca, sia l'impresa familiare che l'azienda coniugale hanno avuto una scarsa applicazione. Ma lo scenario applicativo potrebbe subire un cambiamento difatti in questi ultimi anni si sta assistendo ad un, seppur ancora timido, ritorno all'utilizzo della microimpresa per lo svolgimento di attività artigianali e commerciali

cosiddette di "nicchia" e l'esercizio di queste attività potrebbe trovare la sua giusta collocazione giuridica proprio nell'impresa familiare e nell'azienda coniugale[31].

In conclusione si ritiene di porre ancora l'attenzione su di un'ultima questione che riguarda, alla luce delle attuali normative, chi può partecipare all'impresa familiare ed all'azienda coniugale in qualità di coniuge. Fermo restando il valore della famiglia nucleare, tutelata dalla Costituzione[32], si ritiene che in forza dei cambiamenti che, specialmente negli ultimi decenni, hanno modificato le condizioni e le abitudini delle persone possano partecipare a pieno titolo sia nell'impresa familiare che nell'azienda coniugale anche coloro tra i quali vi è una unione civile[33].

31 Il parere del Comitato economico e sociale europeo dal titolo "Le imprese familiari in Europa come fonte di rinnovata crescita e di migliori posti di lavoro" Pubblicato nella GUUE del 15 gennaio 2016. (2016/C 013/03) afferma che sarebbe utile avviare un processo di iniziative legislative nazionali che porti all'introduzione della categoria nei registri delle imprese di ciascuno Stato membro, che richiederebbe una definizione standardizzata. Inoltre, il parere presenta la raccomandazione del gruppo di esperti della Commissione sulla definizione del concetto, che dovrebbe includere i seguenti punti: la maggioranza dei diritti di voto è in possesso della persona fisica o delle persone che hanno creato la società, o che ne hanno acquisito il capitale sociale, o in possesso dei loro coniugi, genitori, figli o eredi diretti di questi; La maggioranza dei diritti di voto può essere diretta o indiretta; Almeno un membro della famiglia o del familiare è impegnato nella gestione o nell'amministrazione della società; Le società quotate rispondono alla definizione di "impresa familiare" se la persona che ha creato o acquisito l'impresa (capitale sociale) o i suoi parenti o discendenti detengono più del 25% dei diritti di voto a motivo della sua partecipazione al capitale sociale.

32 Troisi, C.: *Le unioni civili tra nuovi modelli familiari e paradigmi genitoriali*, ESI, Napoli, 2020, p. 42: "L'istituto dell'unione civile, così come il matrimonio, trova il suo fondamento nei principi costituzionali, in forza non già dell'art. 29 cost., bensì degli artt. 2 e 3 cost., relativi ai diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove svolge la sua personalità, e all'uguaglianza dei cittadini senza distinzione di sesso".

33 Sulle unioni civili si veda Autorino Stanzione, G.: *Le unioni di fatto, il cognome familiare, l'affido condiviso, il patto di famiglia, gli atti di destinazione familiare*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 26 la quale ritiene: "Lo stesso riconoscimento di nuovi diritti all'interno dell'ordinamento deve rivelarsi funzionale alla crescita ed allo sviluppo dell'individuo sia come singolo sia all'interno delle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità"; sul punto si veda anche Troisi, C.: *Le unioni civili tra nuovi modelli familiari e paradigmi genitoriali*, ESI, Napoli, 2020, p. 41: "La legge 20 maggio 2016, n. 76, intitolata «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze», ha introdotto nel nostro ordinamento la disciplina delle unioni civili tra omosessuali, quale specifica formazione sociale, nonché la disciplina delle convivenze di fatto, sia etero che omosessuali". Sull'argomento si veda anche Fontana Vita della Corte, M.: *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive*, ESI, Napoli, 2009, p. 163 ss.

BIBLIOGRAFIA.

Alpini, A.: *La prelazione nelle comunioni*, ESI, Napoli, 2010, p. 15 ss.

Autorino Stanzione, G.: *Diritto di famiglia*, Giappichelli editore, Torino, 2003, p. 499.

Autorino Stanzione, G.: *Le unioni di fatto, il cognome familiare, l'affido condiviso, il patto di famiglia, gli atti di destinazione familiare*, Giappichelli, Torino, 2007.

Badiali, G.: *Il riconoscimento di divorzi e di separazioni personali nella convenzione dell'Aja del 1giugno 1970*, ESI, Napoli, 1977.

Calvo, R.: *Diritto delle successioni*, ESI, Napoli, 2008.

Capo, G.: "L'impresa familiare", in AA.VV.: *Codice Civile* (diretto da G. Perlingieri), ESI, Napoli, 2010.

Ciatti, A.: *Diritto delle successioni*, ESI, Napoli, 2008.

Coppola, C.: "La comunione ereditaria", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile del CNN* (a cura di P. Perlingieri), ESI, Napoli, 2013.

Costi, E.: *Il nuovo diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1976.

Crosa, E.: *Diritto costituzionale*, Editrice torinese, Torino, 1955.

De Marchi Albengo, P. G.: "Il fondo patrimoniale", in AA.VV.: *Il diritto privato oggi* (a cura di P. Cendon), Giuffrè, Milano, 2011.

Ferrando, G.: *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza della corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2006.

Fontana Vita della Corte, M.: *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive*, ESI, Napoli, 2009.

Galgano, F.: *Diritto commerciale, l'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 2007.

Giannattasio, C.: *Aspetti della riforma del diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1968.

Marinaro, G.: "La successione necessaria", in AA.VV. *Trattato di diritto civile del CNN* (a cura di P. Perlingieri), ESI, Napoli, 2009.

Martone, I.: "Il giudizio di meritevolezza", in *Quaderni della rassegna di diritto civile*, 2017.

MESSINEO, F.: *La natura giuridica della comunione legale dei beni, Athenaeum*, Roma, 1920.

MEZZASOMA, L.: *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del COVID-19*, ESI, Napoli, 2021.

MOSCARINI, L. V.: *Parità coniugale e governo della famiglia*, Giuffrè, Milano, 1974.

PANZA, G. e PANZA, F.: "Successioni in generale tra codice civile e costituzione", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile del CNN* (a cura di P. PERLINGIERI), ESI, Napoli, 2009.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Tomo 3, ESI, Napoli, 2020.

RUSSO, E.: *Le convenzioni matrimoniali*, Giuffrè, Milano, 1983.

RUSSO, T.V.: "L'azienda coniugale", in AA.VV.: *Codice Civile* (diretto da G. PERLINGIERI), ESI, Napoli, 2010.

RUSSO, T.V.: "La responsabilità sussidiaria dei coniugi", in AA.VV.: *Codice Civile* (diretto da G. PERLINGIERI), ESI, Napoli, 2010.

SCARPA, D.: *Comunione legale tra coniugi, flessibilità tipologica e tutele ordinamentali*, ESI, Napoli, 2021.

TASSONI, G.: "La comunione in generale", in AA.VV. *Trattato di diritto civile del CNN* (a cura di P. PERLINGIERI), ESI, Napoli, 2009.

TRIMARCHI, G.A.M.: "Le imprese dei coniugi", in AA.VV. *Trattato di diritto civile del CNN* (a cura di P. PERLINGIERI), ESI, Napoli, 2009.

TROISI, C.: Le unioni civili tra nuovi modelli familiari e paradigmi genitoriali, ESI, Napoli, 2020.

URCIOLI, M. A.: Rapporti familiari tra libertà e strumenti di controllo, ESI, Napoli, 2010.



ATRIBUCIONES GRATUITAS DE BIENES EN EL MARCO DE LAS SEPARACIONES MATRIMONIALES

FREE ATTRIBUTION OF GOODS IN THE FRAMEWORK OF MARITAL SEPARATIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1546-1573

José María
CARDÓS
ELENA

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Es notorio el debate doctrinal y jurisprudencial que durante los últimos años ha generado la atribución gratuita de bienes a favor de uno de los cónyuges o de los hijos en los convenios reguladores que se suscriben en el marco de la separación y el divorcio. La jurisprudencia española ha ofrecido respuestas diversas e incluso contradictorias, lo que plantea diversos problemas de indudable trascendencia práctica: la correcta tipificación de la prestación gratuita asumida, su dependencia o independencia respecto del negocio de disolución del patrimonio conyugal, sus requisitos formales, la aceptación de los beneficiarios (en algunos casos, menores de edad), su eficacia vinculante, e incluso su propia validez. En este trabajo se pretenden aportar pautas para la correcta identificación y solución de tales problemas, de indudable actualidad y trascendencia práctica.

PALABRAS CLAVE: Donación en convenio regulador; contratos complejos; contrato a favor de tercero; aceptación de la donación; forma de la donación; donación traslativa; donación obligacional.

ABSTRACT: *The doctrinal and jurisprudential debate that in recent years has generated the free attribution of goods in favor of one of the spouses or children in the regulatory agreements signed within the framework of separation and divorce is notorious. The Spanish jurisprudence has offered diverse and even contradictory answers, which poses several problems of undoubted practical importance: the correct classification of the free provision assumed, its dependence or independence with respect to the business of dissolution of the marital status, its formal requirements, the acceptance of the beneficiaries (in some cases, minors), its binding effectiveness, and even its own validity. In this paper, it is intended to provide guidelines for the correct identification and solution of such problems, of undoubted relevance and practical relevance.*

KEY WORDS: *Donation in regulatory agreement; complex contracts; contract in favor of a third party; donation acceptance; donation form; translational donation; obligational donation.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA.- II. ATRIBUCIONES GRATUITAS DE BIENES EXCLUSIVAMENTE A FAVOR DEL CÓNYUGE.- 1. Inexistencia de donación.- A) Negocio transaccional con causa onerosa.- B) Aceptación.- C) Forma.- 2. Existencia de donación.- III. ATRIBUCIONES GRATUITAS DE BIENES A FAVOR DE LOS HIJOS (Y EN SU CASO, TAMBIÉN A FAVOR DEL OTRO PREGENITOR).- 1. Donación aisladamente considerada.- 2. Donación insertada en un negocio complejo.- 3. Crítica de la doctrina jurisprudencial.- 4. El recurso al contrato a favor de tercero como remedio de los problemas evidenciados por la jurisprudencia.- A) Premisa: inserción en un negocio complejo con base onerosa.- B) Aceptación de la estipulación gratuita a favor de tercero.- C) Forma de la estipulación gratuita a favor de tercero.- D) Eficacia transmisiva de la atribución gratuita.- IV. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA.

Un repaso de la jurisprudencia de los últimos cuarenta años permite constatar que con relativa frecuencia se plantean en los Tribunales españoles litigios entre los cónyuges separados o divorciados, o mayormente, entre uno o los dos cónyuges separados o divorciados y sus hijos, con motivo de pactos de atribución gratuita de bienes que se insertan en los convenios reguladores.

Generalmente, son los hijos beneficiarios quienes reclaman el cumplimiento efectivo de la atribución gratuita comprometida. Normalmente, el progenitor demandado se opone a la demanda argumentando que la atribución gratuita comprometida no es una donación, sino una mera promesa o compromiso de donar, que no es coercible; y que de ser una donación, no sería válida por no cumplir los requisitos formales exigidos en los arts. 632 y 633 del Código Civil (CC), y por no haber sido expresamente aceptada cumpliendo las formalidades legales.

La solución ofrecida por la jurisprudencia adolece de falta de continuidad argumental, es incongruente e incluso contradictoria. En algunas ocasiones, las reclamaciones se han estimado en sede judicial aludiendo a la onerosidad del pacto, a la figura del contrato a favor de tercero o a la validez de la donación obligacional. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones, las demandas son desestimadas acogiendo los óbices formales esgrimidos por los progenitores demandados, señalando que en el Derecho español no está aceptadas las promesas de donación futura, y que la validez de las donaciones está supeditada al cumplimiento de unos requisitos formales que se extienden a su aceptación, que no suelen haber sido cumplidos.

• José María Cardós Elena
Abogado. Profesor Asociado de Derecho Civil, Universitat de València. Correo electrónico: jose.maria.cardos@uv.es

Sin embargo, si se analiza esta jurisprudencia más detenidamente, se plantean importantes interrogantes. ¿Realmente nos encontramos ante una donación, o ante un negocio complejo con contraprestaciones onerosas? ¿Cabría aceptar la exigibilidad de tales atribuciones gratuitas de bienes dentro del esquema propio del contrato a favor de tercero? Con este recurso, ¿se conseguirían esquivar los problemas relativos a la forma y a la aceptación? ¿Sería útil recurrir a la donación obligacional, cuestionada jurisprudencialmente, pero amplísimamente aceptada por la doctrina, para resolver la problemática planteada?

A todos estos interrogantes se pretende responder en este trabajo. Por razones de claridad expositiva, se abordarán en primer lugar las atribuciones gratuitas de bienes realizadas exclusivamente a favor los cónyuges, para analizar posteriormente aquellas disposiciones lucrativas de bienes cuyos beneficiarios son los hijos (únicamente o en conjunción con uno de los progenitores), puesto que en este segundo supuesto se plantean dificultades adicionales relativas a la propia calificación del negocio, lo que incide en los requisitos de la aceptación y de la forma.

II. ATRIBUCIONES GRATUITAS DE BIENES EXCLUSIVAMENTE A FAVOR DEL CÓNYUGE.

1. Inexistencia de donación.

En ocasiones, se suscita la validez y eficacia de una pretendida donación que realizaría uno de los cónyuges a favor del otro, sin intervención de los hijos comunes.

A) Negocio transaccional con causa onerosa.

El análisis de la jurisprudencia permite advertir que en realidad en estos supuestos no nos encontramos ante donaciones, sino ante negocios transaccionales complejos con causa onerosa. Más allá de la calificación de 'donación' que las partes confieren a uno de los pactos insertos en el negocio, no hay ni liberalidad ni gratuidad, puesto que las 'cesiones gratuitas' no son más que uno de los pactos que se asumen libremente en el marco de la liquidación de la sociedad conyugal.

Es el caso de la STS 5 febrero 1990[1], en la que se cuestiona el incumplimiento de un convenio de separación plasmado en documento privado, en el que se estipula que el marido cedería gratuitamente a la mujer una parcela de terreno y unas acciones. El Juzgado y la Audiencia Territorial estiman la demanda de cumplimiento forzoso de dicho compromiso de cesión gratuita. El marido, condenado en ambas

1 STS 5 febrero 1990 (RJ 1990,660).

instancias, interpone recurso de casación esgrimiendo que tal cesión gratuita constituye una donación, y que al obrar en un documento privado, la donación sería nula por no constar en escritura pública la donación y su aceptación.

El Tribunal Supremo afirma inicialmente que "la denuncia desde el plano formal de los institutos jurídicos es exacta, en cuanto que al tratarse de una donación referida a cesión -calificación que la Sala emite y que no se contradice- debía haberse no sólo aceptado por el donatario sino, sobre todo, constar en escritura pública para que la misma «sea válida», o sea, nazca a la vida del derecho para que, en su caso, pueda surtir efectos". Sin embargo, desestima el recurso con una argumentación ciertamente confusa y reiterativa[2], pero que en esencia viene a señalar que no se trata de una donación propiamente dicha, sino de una cesión de derechos inserta en una transacción onerosa[3].

Análoga situación analizó el AAP Navarra 22 diciembre 1994[4]. En un convenio regulador de la separación, la esposa asume la obligación de otorgar una escritura pública de donación de una cuota de un inmueble que había adquirido en la disolución de la sociedad de conquistas. El esposo insta la ejecución de dicho compromiso, y el Juzgado obliga a la esposa a otorgar la escritura pública de donación. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. A pesar de que parece fundamentar la condena en la validez de la donación obligacional[5], la

2 Expresiones más duras se han dedicado a esta Sentencia, reprochándole "constante reiteración, confusas expresiones, nefasto léxico y [el] completo desorden jurídico en que incurre la Sala" (Durán Rivacoba, R.: *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 235-236).

3 "No obstante, no cabe proyectar su rigor o disciplina en el contrato particular que suscribieron los interesados en 13 de diciembre de 1985, en donde se ha rubricado su designio determinante de su causa o razón de ser de preparar un Convenio regulador de su virtual estado de separación personal y patrimonial, y por ello, se efectúan una serie de recíprocas cesiones de bienes o derechos y se asumen otro tipo de obligaciones como la de otorgar en su caso las escrituras públicas consiguientes según el relato expuesto, por lo que no cabe disociar la eficacia de ese conjunto de pactaciones o lo que, es igual, aspirar como pretende la recurrente, dejar sin efectos, cabal y justamente, las cesiones por él prometidas mientras se silencian o no se dice nada sobre las recibidas, y obligaciones asumidas, con lo que no sólo se rompe el equilibrio prestacional acordado sino que hasta se rompe el presupuesto determinante o base del contrato" (…). "El constituirse así en el contexto negocial encaja perfectamente en una suerte de fase preparatoria de la misma acorde con la libertad contractual y vinculante por ello para los contratantes por el «pacta sunt servanda» de ese «totum» pactado y, entonces, doblegar su eficacia al situarla, exclusivamente, subsumida en una ordenación que no tiene que operar por ese nexo obligacional y por repetido enganche a la serie o proceso de transferencias patrimoniales de que trae origen, y es que, podría decirse, con la doctrina más decantada en nuestro Derecho, que, en puridad, el contrato suscrito entre las partes en 13-12-1985 dentro de la atipicidad contractual que rige en nuestro ordenamiento ex artículo 1255 del C. Civ. más bien se trasluce una manifestación de las llamadas uniones de contratos, en donde con una dependencia de bilateralidad en lo acordado, no desaparece la esencial unidad de contrato o de consentimiento contractual, abocando, pues, en una especie de contrato mixto o contrato combinado con prestaciones coaligadas, esto es, que cada parte asume una serie de obligaciones o contenido propio prestacional en contrapartida a las que, a su vez, asume la otra parte, de tal suerte que aun cuando puede ocurrir -como en el caso del litigio- que cada una, en la asignación respectiva al obligado, sea de distinta naturaleza, de dar cosa inmueble, acciones, o participación económica, en su conjunto, como se dice, están incardinadas en el total exigible a cada contraparte, sin que, por ello sea posible, se reitera, salvo la ruptura de ese contexto contractual y hasta la misma causa u objetivo perseguido por las partes".

4 AAP Navarra 22 diciembre 1994 (AC 1994,2548).

5 "Ningún obstáculo legal existe para poder hablar de una donación obligacional, en virtud de la cual el donatario pueda exigir al donante el cumplimiento de una promesa de donar que este le hubiera hecho y aquél aceptado como donatario, ya que la amplia definición que del contrato y de amplitud de pactos

ratio decidendi radica en que la atribución gratuita de la participación de la esposa en el inmueble no es tal, puesto que se enmarca en una liquidación de la sociedad conyugal de conquistas, lo que evidencia que el pacto se enmarca en un negocio oneroso[6].

A la vista de estas resoluciones judiciales, es evidente que tales pactos de 'cesión gratuita' no son donaciones, en la medida que se enmarcan en un negocio jurídico más amplio, de naturaleza transaccional (liquidación del régimen económico matrimonial) y por tanto oneroso, sin que exista ni causa liberal (art. 1274 CC) ni *animus donandi*.

En este punto, resulta aplicable la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que estima que en el marco de disoluciones patrimoniales, las atribuciones gratuitas de bienes realizadas en compensación del reparto patrimonial no constituyen donaciones. A modo de ejemplo, cabe citar la STS 14 marzo 1985[7], que analiza un pacto de disolución de sociedad civil en el que el marido se queda con el negocio y varios de sus activos, y como contraprestación, cede a la mujer el pleno dominio de una nave industrial[8]. O la STS 4 julio 2005[9], que en palabras del propio Tribunal, constata la existencia de "un negocio jurídico complejo que parte de un convenio regulador en separación conyugal y se configura una determinada prestación económica de uno a otro de los respectivos cónyuges, a través de sociedades anónimas, bajo la apariencia de la renta de un arrendamiento y, tras un período de tiempo, de un vitalicio. Es decir, las partes con capacidad plena, consienten en una relación jurídica, cuya causa se halla en el convenio de separación". La jurisprudencia ha analizado supuestos parecidos, que tienen como común denominador una división patrimonial compleja, y siempre se ha constatado la ausencia de liberalidad, porque la causa es onerosa[10].

permiten los artículos 1254 y 1255 del CC, y la prevalencia que a la voluntad unilateral o bilateral concede la Ley 7 de Compilación, hace perfectamente posible desde el punto de vista legal, que aquella obligación nazca para una de las partes contratantes".

6 "Aquella donación obligacional se contrajo de mutuo acuerdo por ambos cónyuges en un procedimiento de separación como forma de liquidar la sociedad de conquistas, que fue aprobada judicialmente. Siendo igualmente lícito aunque aquella donación obligacional se fundase en una causa de mera liberalidad, que además sería discutible que lo fuera en el caso de autos, pues aun cuando no aparece una contraprestación específica a cambio, aquel acto lo es en el curso de la liquidación de la sociedad de conquistas, que evidentemente tiene un contenido económico".

7 STS 14 marzo 1985 (RJ 1985,1165).

8 La Sentencia en cuestión afirma incidentalmente "abstracción hecha de la verdadera naturaleza del contrato", dando a entender que la pretendida 'donación' se inserta en un negocio complejo y oneroso, y que la calificación de 'donación' no es adecuada.

9 STS 4 julio 2005 (RJ 2005,5095).

10 Véase un análisis pormenorizado en Durán Rivacoba, R.: *Donación de inmuebles*, cit., pp. 236-238.

B) Aceptación.

Si los supuestos analizados fueran donaciones, el donatario debería aceptar expresamente la donación para adquirir la propiedad de los bienes cedidos, cumpliendo con los requisitos formales exigidos legalmente.

Sin embargo, dado que no nos encontramos ante auténticas donaciones, no cabe apreciar problema alguno relacionado con la aceptación, por cuanto que los cónyuges son parte y firman el documento (privado o resolución judicial) en el que consta la cesión -onerosa- de los bienes.

En este sentido, la citada STS 5 febrero 1990[11] afirma que existiendo un negocio complejo oneroso no cabe apreciar problemas relacionados con la aceptación, por cuanto que ambos cónyuges suscribieron el documento.

C) Forma.

Sabido es que las donaciones constituyen uno de los escasos supuestos de negocios formales en el Derecho español (art. 632 CC para la donación de bienes muebles, y art. 633 CC para la de inmuebles).

Como ha quedado expuesto, ninguno de los supuestos analizados constituye donaciones, por cuanto que la causa del negocio es onerosa.

En consecuencia, tales acuerdos de cesión de bienes, de naturaleza transaccional, pueden plasmarse perfectamente en un documento privado, sin que sea preceptivo para su validez que consten en escritura pública[12].

2. Existencia de donación.

Hasta el momento se han analizado aquellos supuestos en los cuales no existe propiamente donación a favor de uno de los cónyuges, por cuanto que la cesión gratuita de bienes se enmarca en un negocio transaccional de naturaleza onerosa.

11 STS 5 febrero 1990 (RJ 1990,660).

12 Por ello, resulta criticable que el AAP Navarra 22 diciembre 1994 (AC 1994, 2548), para desestimar el recurso de apelación en lo relativo a la forma, diga que "el que aquella obligación no figurase en escritura pública, no la convierte en inexistente, ya no sólo aparece aprobada en un documento público, la sentencia firme, con carácter por tanto de solemnidad e investida de fuerza ejecutoria, sino que precisamente lo pretendido es, al existir un contrato de donación en el que la donante ha asumido libre y voluntariamente una obligación frente al donatario en el proceso de liquidación de la sociedad de conquistas, que la donante cumpla con aquella obligación otorgando la escritura pública que como requisito de solemnidad exige la Ley 161 de la Compilación", por cuanto que la propia resolución judicial está reconociendo que no hay propiamente donación, al enmarcarse la atribución patrimonial en la liquidación de la sociedad de conquistas. Técnicamente hubiese resultado más adecuado decir que no hay donación y que, en consecuencia, ni resultan de aplicación los requisitos formales de dicho negocio, ni se precisa el otorgamiento de escritura pública.

Hipotéticamente, sería posible que uno de los cónyuges, en una situación de crisis matrimonial, realice una donación a favor del otro cónyuge; o lo que es lo mismo, atribuciones gratuitas de bienes sin contrapartida económica alguna.

Obviamente, esta situación puede calificarse como excepcional, en la medida en que en el contexto de una crisis matrimonial no parece demasiado lógico que los cónyuges se prodiguen en liberalidades. Buena prueba de ello es que no hemos sido capaces de encontrar ningún precedente jurisprudencial que haya tenido que enfrentarse a este supuesto de hecho.

No obstante, de producirse esta hipotética situación, al no existir contrapartida a la cesión gratuita de bienes, habría donación en el estricto sentido jurídico del término, al constatarse la existencia de liberalidad (art. 1274 CC). En consecuencia, deberían cumplirse los requisitos formales exigidos por los arts. 632 y 633 CC, siendo además de rigor que el donatario acepte cumpliendo tales formalidades.

III. ATRIBUCIONES GRATUITAS DE BIENES A FAVOR DE LOS HIJOS (Y EN SU CASO, TAMBIÉN A FAVOR DEL OTRO PREGENITOR).

1. Donación aisladamente considerada.

La primera hipótesis tiene lugar en aquellos supuestos en los que uno de los progenitores se compromete a ceder gratuitamente bienes a sus hijos (o a sus hijos y al otro progenitor), sin que dicha atribución patrimonial venga motivada o esté causalizada por la disolución del régimen económico matrimonial.

Es el caso que se plantea la SAP Málaga (Sección 4ª) 3 noviembre 2010[13], que resuelve un litigio planteado en el marco de un cese de convivencia de una relación more uxorio[14], fruto de la cual habían nacido varias hijas comunes. En escritura pública se pactó expresamente que "ambos comparecientes manifiestan y aceptan que no hay relaciones económicas o personales derivadas de la cesación de la convivencia que haya que liquidar o que normar y que lo que a continuación se regulará obedece a un puro acto de liberalidad del señor Celestino para con la señora Teodora y sus hijas, en atención a la convivencia mantenida". La Sala pone mucho énfasis en que a pesar de que las partes utilizaron la expresión "acto de liberalidad", no hay ninguna duda de que lo concertado fue una auténtica donación, sin contrapartida alguna[15]. En el caso concreto, la mujer, quien actuaba

13 SAP Málaga (Sección 4ª) 3 noviembre 2010 (JUR 2011,231849).

14 Que en esta resolución judicial se analice una donación pactada por los miembros de una pareja de hecho no afecta a la ratio decidendi del litigio; el resultado jurídico sería exactamente el mismo si la donación hubiera sido convenida en el contexto de una unión matrimonial.

15 "De la cláusula antes descrita se infiere, en primer lugar, que de la cesación de la convivencia no hay relaciones económicas o personales que haya que liquidar o normar. Es importante destacar que las propias

en nombre propio y en el de sus hijas menores de edad, solicita el cumplimiento de la donación pactada. Sin embargo, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, confirmando la Sentencia del desestimatoria del Juzgado, debido a que la donación en cuestión, a pesar de haber sido válidamente otorgada, fue revocada en legal forma con anterioridad a que se instase su cumplimiento, como consecuencia de la supervivencia sobrevenida de un hijo (art. 644 CC).

En supuestos de esta naturaleza, al no existir vinculación entre la atribución patrimonial gratuita y otro negocio oneroso previo o simultáneo, no hay onerosidad, sino pura liberalidad (art. 1274 CC). Por ello, la única calificación posible es la de donación, que deberá ser aceptada por los donatarios[16], cumpliéndose los requisitos formales de los arts. 632 o 633 CC, según los casos.

2. Donación insertada en un negocio complejo.

En la gran mayoría de ocasiones, las atribuciones gratuitas de bienes se pactan en un convenio regulador. En el mismo documento, los padres liquidan el régimen económico matrimonial, y adicionalmente, pactan la transmisión gratuita de bienes a favor sus descendientes comunes (y en ocasiones, también a favor de uno de los progenitores).

Resulta útil hacer un repaso de la jurisprudencia que ha analizado estos supuestos, en la medida en que las soluciones ofrecidas por los Tribunales han sido múltiples y variadas.

La STS 31 mayo 2001[17] califica la donación contenida en convenio regulador como contrato a favor de tercero. En escritura pública, los padres acuerdan la liquidación de la sociedad ganancial, aprobada en la Sentencia de separación, y posteriormente ratificada en la Sentencia de divorcio. En dicha escritura se pacta que "ambos cónyuges se comprometen por medio del presente documento a ceder dos pisos a los hijos que no tienen en su poder inmueble alguno, en caso de construir un nuevo edificio". El edificio fue construido por el padre, quien hizo caso omiso de lo comprometido y vendió los inmuebles a terceros de buena fe.

partes señalan que, por razón de la convivencia mantenida, no tienen nada que reclamarse ("liquidar o normar"), ni desde el punto de vista económico ni desde el punto de vista personal. Ello significa que, el hecho de la cesación de la convivencia no es el motivo que inspira el contenido de las estipulaciones que se contienen bajo el epígrafe de "pactos". En consecuencia, si no es el cese de la convivencia lo que justifica tan generoso proceder del apelado, la causa del contrato hay que buscarla en otra circunstancia, y esa no es otra que la mera liberalidad del bienhechor, por tratarse de un contrato gratuito, en el que únicamente se estipulan obligaciones para una sola de las partes. Y ese contrato no es otro que el de donación, como se infiere claramente de la citada cláusula, cuando dice "que lo que a continuación se regulará obedece a un puro acto de liberalidad del señor Celestino para con la señora Teodora y sus hijas....", y la interpretación de la expresión "acto de liberalidad" no puede tener otro significado que aquél que lo identifica con la cualidad que consiste en dar lo que se tiene sin esperar recompensa, es decir, distribuir uno sus bienes sin esperar recompensa, por generosidad o desprendimiento".

16 Más adelante se abordará la aceptación de donaciones por parte de los menores de edad.

17 STS 31 mayo 2001 (RJ 2001,3875).

La madre y los hijos demandan al padre, reclamando la entrega de los pisos, y en caso de que esta sea imposible, una compensación económica por el valor de los inmuebles. La Sentencia del Juzgado desestima la demanda de la madre, a la que no reconoce legitimación[18], pero estimó la de los hijos, condenando al padre a pagar una compensación económica. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación del padre, rechazando la reclamación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, por infracción del párrafo segundo del art. 1257 CC, subrayando que se había pactado una estipulación a favor de tercero que los hijos beneficiarios tienen derecho a exigir, pues es pacífico que el padre había construido un edificio y no les habían entregado los pisos, en contra de lo comprometido.

La SAP Alicante (Sección 6ª) 21 febrero 2002[19] analiza un supuesto en que en el convenio regulador, el padre, propietario de la vivienda familiar, se compromete a llevar a cabo la donación de dicho inmueble en el plazo de dos años. Las Sentencias de separación y divorcio aprueban el convenio regulador, pero matizando que la donación quedaba fuera del contenido del convenio, y por tanto, al margen de la aprobación judicial. En primera instancia, se condena al padre a otorgar escritura pública de donación a favor del hijo, así como a entregarle la posesión. La Audiencia Provincial revoca el pronunciamiento. Tras destacar que la donación, según el CC, es un negocio traslativo de dominio, considera que lo pactado en una de las estipulaciones del convenio no era propiamente una donación, sino un compromiso de donación, que se califica por la Sala como "precontrato de contrato formal", cuya validez y eficacia se niega, teniendo en cuenta además la ausencia de escritura pública exigida para la donación de bienes inmuebles.

En la STS 8 julio 2002[20], en el convenio regulador aprobado por Sentencia judicial, los padres habían liquidado la sociedad de gananciales. El padre se adjudica el usufructo de un inmueble, comprometiéndose a donar el 50% de la nuda propiedad a la madre y el 50% restante a sus tres hijos en proindiviso. La Audiencia Provincial, revocando la Sentencia desestimatoria del Juzgado, reconoce expresamente que la liquidación de la sociedad de gananciales tiene valor transaccional, y que los progenitores se constituyeron recíprocamente en estipulantes y promitentes, por lo que los hijos eran beneficiarios y podían exigir el cumplimiento de lo comprometido. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el padre y desestima la demanda. La cuestión decisiva fue la falta de aceptación de los hijos beneficiarios. La Audiencia Provincial había considerado que la aceptación debía entenderse producida debido a que los hijos beneficiarios eran herederos de los progenitores promitentes. El Tribunal

18 Erróneamente, toda vez que el estipulante tiene acción frente al promitente para exigir la prestación convenida a favor del tercero beneficiario. Véase al respecto la STS 6 junio 2003 (RJ 2003,5341).

19 SAP Alicante (Sección 6ª) 21 febrero 2002 (JUR 2002,102971).

20 STS 8 julio 2002 (RJ 2002,5515).

Supremo considera que dicho razonamiento es jurídicamente inasumible[21], y al constatar que los hijos solamente habían comunicado su aceptación a la madre, pero no al padre, concluye que aquellos no ostentaban derecho alguno, y que en consecuencia no estaban en condiciones de exigirlo. Más aún, considera que la atribución gratuita de la nuda propiedad del inmueble constituye una parte inseparable de las demás transmisiones pactadas en la liquidación del régimen económico matrimonial, por lo que estima la reconvención del padre y decreta la nulidad del entero convenio regulador.

La SAP Barcelona (Sección 16ª) 20 mayo 2004[22] desestima el recurso de apelación interpuesto por el progenitor, que había interesado la ineficacia de una donación pactada en el convenio regulador. En dicho negocio, aprobado judicialmente, se había pactado expresamente, como contraprestación a una pensión, que el padre cedería la nuda propiedad de su mitad indivisa de la propiedad de la vivienda conyugal a favor de las tres hijas y el usufructo a la esposa, con carácter vitalicio. El Tribunal de apelación afirma que no se trata de un negocio gratuito, sino oneroso, de "naturaleza compleja y transaccional". Por tanto, considera que ni siquiera es necesario plantearse si se cumplen o no los requisitos formales exigidos por el art. 633 CC, que no obstante la Sala entiende que concurren, toda vez que el pacto constaba en un convenio aprobado judicialmente.

En la STS 24 de enero de 2008[23] se analiza el siguiente supuesto. En el convenio de separación, aprobado judicialmente, los cónyuges liquidan la sociedad de gananciales. En una de las cláusulas del convenio se dice que el padre se compromete a donar el 50% de la plena propiedad del piso a la madre, y el otro 50% a los tres hijos en proindiviso, asumiendo además el otorgamiento de cuantos documentos públicos o privados fueran necesarios para dar efectividad a lo pactado. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial acceden a la demanda formulada por la madre y los hijos, con el argumento de que dejando de lado el debate sobre la viabilidad de la donación obligacional, en este caso no hay una mera promesa de donar, sino un negocio jurídico de familia vinculante, dictado en el marco de un procedimiento de separación y divorcio. Sin embargo, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el padre y desestima la demanda. Las razones esgrimidas fueron en esencia tres: que el convenio regulador no equivale a escritura pública, por lo que no se cumple la forma que exige el art. 633 CC para la donación de bienes inmuebles; que al no haber sido aceptada la donación respetando dichos requisitos formales, no hay donación; y que en suma, se trata de una mera promesa de donar que la jurisprudencia de la Sala no acepta.

21 Ciertamente no fue un razonamiento jurídico nada afortunado.

22 SAP Barcelona (Sección 16ª) 20 mayo 2004 (JUR 2004,193198).

23 STS 24 enero 2008 (RJ 2008,218).

La STS 25 de enero de 2008[24], dictada apenas un día después, llega a un resultado idéntico, como cabía esperar. En el convenio regulador aprobado judicialmente, los progenitores habían liquidado la sociedad de gananciales, acordando que cuando el hijo y la hija cumpliesen veinticinco años, recibirían la propiedad de una serie de inmuebles mediante donación de los padres a su favor. En las instancias se desestima la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso. A pesar de que matiza que no es lo mismo una promesa de donación que una donación obligacional, y admite que podría considerarse que la Sentencia que aprobó el convenio regulador podría colmar la forma exigida por el art. 633 CC[25], considera que existe una promesa de donación y no una donación, porque en el otorgamiento del convenio no concurrieron los hijos, y porque "no se trataba de una donación de presente sino sometida a plazo".

La SAP Valencia (Sección 10ª) 29 octubre 2008[26] se enfrenta al siguiente supuesto de hecho: en el convenio regulador, aprobado judicialmente, se liquida la sociedad de gananciales, pactándose adicionalmente que el padre transferiría gratuitamente la propiedad de un piso a la hija cuando cumpliera dieciocho años. El padre solicita la declaración de nulidad de la donación, por considerar que se trata de una mera promesa de donación futura que no tiene validez ni eficacia. El Juzgado desestima la demanda, pronunciamiento que ratifica la Audiencia. La Sala de apelación destaca, en primer lugar, que el inmueble era un bien ganancial, y que se había atribuido la propiedad al padre en la liquidación de la sociedad conyugal. Además, afirma que la menor, que contaba con dos años a la fecha de la aprobación del convenio, había aceptado la donación debidamente representada a través de sus padres. Finalmente, pone de relieve que se tiene que entender cumplido el requisito formal exigido a toda donación, en la medida en que el convenio regulador fue aprobado judicialmente, y en consecuencia, se le confirió valor de documento público.

La STS 18 julio 2014[27] analiza, en palabras de la propia Sala, la siguiente cuestión: "si la sentencia dictada por la Audiencia Provincial es o no contraria a la jurisprudencia de esta Sala sobre la promesa de donación de un inmueble contenida en un convenio regulador de separación matrimonial ("compromiso de donación a favor del hijo habido del vínculo matrimonial", se dice en el convenio, "de la vivienda que sirviera de domicilio conyugal a favor del hijo habido del vínculo matrimonial"). Si es válida y produce efectos obligando al promitente a otorgar la correspondiente escritura de donación o si, por el contrario, carece de efectos jurídicos y es nula por lo que no resultaría obligado a dicho cumplimiento". En

24 STS 25 enero 2008 (RJ 2008,225).

25 En contra de lo manifestado en la Sentencia dictada por Alto Tribunal apenas un día antes, y además por la misma Magistrada ponente.

26 SAP Valencia (Sección 10ª) 29 octubre 2008 (JUR 2009,63967).

27 STS 18 julio 2014 (RJ 2014,4540).

primera y en segunda instancia[28] se condena al progenitor a otorgar la escritura pública de donación, quien recurre en casación alegando, en síntesis, que no hay donación sino mera promesa de donación, invocando al efecto la doctrina contenida en las SSTS 24[29] y 25 enero 2008[30]. La Sentencia desestima el recurso, argumentando:

- Que la donación "se inserta en un negocio jurídico de mayor contenido obligacional recíproco, como es el convenio matrimonial suscrito de mutuo acuerdo por ambos cónyuges, que fue aprobado por una sentencia firme, en el que se engloban una serie de contraprestaciones complementarias determinantes de un negocio jurídico complejo, de carácter familiar y oneroso, y no de una simple donación a favor del hijo";

- Que el hijo donatario estuvo debidamente representado por sus padres, a los efectos de la aceptación que se hizo a su favor;

- Y que "la declaración del donante y del donatario, tratándose de inmuebles, cumplimenta lo dispuesto en el artículo 633 del Código Civil, respecto de la exigencia de escritura pública, mediante su inclusión en el citado convenio, que tiene valor de documento público, sin necesidad del otorgamiento ulterior escritura pública para su formalización al tratarse de una medida que afecta a la vivienda familiar tomada en el marco propio de la solución de la crisis familiar objeto del convenio".

La SAP Málaga (Sección 6ª) 12 julio 2018[31] resuelve un litigio que trae causa de un convenio regulador aprobado judicialmente, en el cual, previa liquidación del régimen económico matrimonial, la madre renuncia a su participación en la empresa familiar, y como contrapartida, el padre se obliga a ceder gratuitamente a sus tres hijas la propiedad de una vivienda. El Juzgado estima la reclamación judicial formulada por las hijas, consistente en el cumplimiento de la cesión gratuita, sobre la base de que el convenio era un negocio oneroso y complejo, en el que se había pactado una estipulación a favor de tercero, que debía ser ejecutada. La Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto por el padre, en aplicación de la doctrina sentada por la STS 18 julio 2014[32], destacando que el convenio regulador

28 SAP Valencia (Sección 10ª) 30 mayo 2012 (JUR 2012,287773), que asevera que "los muy minuciosos y razonados fundamentos de la sentencia de instancia debieron haber aconsejado a los hoy recurrentes aquietarse a dicha resolución". Teniendo en cuenta que la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo es la primera que acepta que la donación contenida en convenio regulador colma los requisitos formales exigidos por el art. 633 CC, y que además confirma la decisión adoptada en primera y segunda instancia con un razonamiento muy diferente al argumentado por la Audiencia Provincial, parece evidente que el reproche sobraba, pues el interés casacional esgrimido por el recurrente estaba más que justificado.

29 STS 24 enero 2008 (RJ 2008,218).

30 STS 25 enero 2008 (RJ 2008,225).

31 SAP Málaga (Sección 6ª) 12 julio 2018 (JUR 2019,167314).

32 STS 18 julio 2014 (RJ 2014,4540).

es un negocio complejo y oneroso, que la aprobación judicial del convenio cumple las exigencias formales propias de una donación de inmuebles, y que consta la aceptación de las hijas beneficiarias, menores de edad al tiempo de la firma del convenio, a través de la intervención de sus padres.

Finalmente, la STS 19 mayo 2019[33] ratifica la doctrina establecida en la STS 18 julio 2014[34], cuya doctrina resume con gran claridad diciendo que es válida y eficaz "la promesa de futuro de entrega de bienes dentro de un proceso de separación o divorcio, dada la singularidad de dichos acuerdos, que reúnen la naturaleza de un contrato atípico de carácter obligacional, recíproco y ajeno a la mera liberalidad por lo que es diferente de la donación".

3. Crítica de la doctrina jurisprudencial.

Resulta patente que la jurisprudencia analizada incurre en contradicciones patentes, si se toma en consideración lo siguiente:

- Las SSTS 31 mayo 2001[35] y 8 julio 2002[36] analizan la donación efectuada en convenio regulador desde la perspectiva del contrato a favor de tercero. Sin embargo, la jurisprudencia posterior omite toda referencia al contrato a favor de tercero.

- La SAP Barcelona (Sección 16ª) 20 mayo 2004[37] resuelve el litigio señalando que el convenio es un negocio transaccional complejo y oneroso, por lo que ni siquiera debería plantearse el cumplimiento de los requisitos formales del art. 633 CC. En todo caso, entiende que un convenio regulador aprobado judicialmente constituye un documento público que cumpliría con tales requisitos formales. No se plantea la eventual falta de aceptación de las hijas beneficiarias de la atribución gratuita.

- Las SSTS 24[38] y 25 enero 2008[39] consideran que el convenio regulador en el que se liquida el régimen económico matrimonial y la donación pactada en el mismo documento son negocios jurídicos estancos o compartimentados; niegan que el convenio regulador aprobado judicialmente colme los requisitos formales exigidos en los arts. 632 y 633 CC. Además, exigen que el menor donatario acepte la donación en el convenio regulador.

33 STS 19 mayo 2019 (RJ 2019,1910).

34 STS 18 julio 2014 (RJ 2014,4540).

35 STS 31 mayo 2001 (RJ 2001,3875).

36 STS 8 julio 2002 (RJ 2002,5515).

37 SAP Barcelona (Sección 16ª) 20 mayo 2004 (JUR 2004,193198).

38 STS 24 enero 2008 (RJ 2008,218).

39 STS 25 enero 2008 (RJ 2008,225).

- La SAP Alicante (Sección 6ª) 21 febrero 2002[40] considera que se ha pactado un precontrato de donación que no cumple con lo dispuesto en el art. 633 CC, concluyendo que es ineficaz jurídicamente. Tampoco se plantea la interrelación de la liquidación del régimen económico matrimonial y la donación pactada en el mismo documento, ni analiza la eventual falta de aceptación del menor.

- La SAP Valencia (Sección 10ª) 29 octubre 2008[41] estima que un convenio regulador aprobado judicialmente es un documento público que cumple los requisitos formales exigidos en el art. 633 CC, y que hubo aceptación, al estar representado el menor de edad por sus padres.

- La STS 18 julio 2014[42], contradiciendo de manera ostensible los anteriores pronunciamientos del mismo Tribunal, considera que el convenio aprobado judicialmente sí cumple con los requisitos formales exigidos por el art. 633 CC; añade que el donatario menor de edad acepta la donación a través de la representación de sus progenitores; pero al mismo tiempo nos sitúa en el contexto de un negocio de liquidación del régimen económico matrimonial de naturaleza transaccional y causa onerosa. Ahora bien, se cuida muy mucho de matizar que en el caso concreto el bien que se transmitía gratuitamente era la vivienda familiar, lo que da pie a pensar que la solución habría sido otra si se hubiese cedido gratuitamente un bien distinto[43]; lo que en mi opinión no tendría justificación, por cuanto que la naturaleza onerosa del convenio no viene determinada por que el bien transmitido gratuitamente sea la vivienda familiar, sino por la existencia de compensaciones de naturaleza transaccional en el marco de la disolución del régimen económico matrimonial, que tienen lugar exactamente igual si se transmiten gratuitamente bienes distintos a la vivienda familiar.

- La SAP Málaga (Sección 6ª) 12 julio 2018[44], como cabía esperar, acoge en su integridad los argumentos contenidos en la STS 18 julio 2014[45].

Es evidente que la tantas veces citada STS 18 julio 2014[46] modifica sustancialmente la doctrina dictada hasta ese momento por la Sala Primera del Tribunal Supremo, admitiendo la donación realizada en convenio regulador, sobre la base de considerar que el convenio aprobado judicialmente equivale a

40 SAP Alicante (Sección 6ª) 21 febrero 2002 (JUR 2002,102971).

41 SAP Valencia (Sección 10ª) 29 octubre 2008 (JUR 2009,63967).

42 STS 18 julio 2014 (RJ 2014,4540).

43 Parece que a la hora de resolver el recurso el Tribunal Supremo tuvo en mente el texto del art. 90 CC, que en su apartado 1.c) alude a la atribución del uso de la vivienda familiar como contenido típico del convenio regulador.

44 SAP Málaga (Sección 6ª) 12 julio 2018 (JUR 2019,167314).

45 STS 18 julio 2014 (RJ 2014,4540).

46 STS 18 julio 2014 (RJ 2014,4540).

escritura pública a los efectos del art. 633 CC, y que la aceptación del menor se sobreentiende a partir de una representación implícita de sus padres.

A mi juicio, el camino seguido por la jurisprudencia para resolver la problemática que suscita la donación inserta en un convenio regulador es sumamente tortuoso, y además intrínsecamente contradictorio. En efecto:

- Si en el convenio regulador se pacta la liquidación de la sociedad de gananciales, es evidente que nos hallamos ante un negocio oneroso, de carácter transaccional, manifiestamente incompatible con una donación, por lo que en ausencia de liberalidad, resulta improcedente constatar si se cumplen o no los requisitos formales contenidos en los arts. 632 y 633 CC.

- Además, no se justifica convenientemente por qué hay que sobreentender que el menor de edad acepta la donación a través de la firma del convenio por sus padres, toda vez que de los arts. 625 y 626 CC se desprende que para aceptar donaciones simples no es necesario tener capacidad para contratar, siendo suficiente la capacidad natural de entender y querer[47]; lo que impide establecer criterios generales, y obliga a analizar caso por caso si el menor de edad tiene suficiente capacidad de discernimiento para aceptar una donación actuando en nombre propio, sin intervención de los progenitores[48].

- Tampoco se explica tanto afán en justificar que concurren los requisitos formales y de aceptación propios de toda donación, si a la postre se viene a concluir que ante la ausencia de liberalidad la donación no es tal, sino un pacto que no puede analizarse aisladamente, puesto que se inserta en un negocio más amplio y complejo de naturaleza onerosa.

- Por último, resulta muy cuestionable que parezca limitarse la validez de la donación realizada en convenio regulador cuando tenga por objeto la vivienda familiar, descartando implícitamente la validez de la donación de otros bienes o derechos, pues estos últimos pueden integrar las contraprestaciones o compensaciones de carácter transaccional pactados por los cónyuges al liquidar el régimen económico matrimonial.

47 Véanse al respecto Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S.: *La donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 121-130, 151-153; Marín Castán, F.: *Comentario del Código Civil. Tomo IV. Arts. 609 al 857* (coord. I. Sierra Gil de la Cuesta), 2ª edición, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 185-189; y Casanovas Mussons, A.M.: "Los sujetos de la aceptación: la capacidad y la legitimación para aceptar donaciones", en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol, Volumen 1* (coord. J.M. Abril Campoy y M.E. Amat Llari), Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, pp. 795-822.

48 Cuestión que analiza con detalle Cantero Núñez, F.: "Algunas reflexiones acerca de la capacidad de los menores para aceptar donaciones", *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, 1988, pp. 315-327.

4. El recurso al contrato a favor de tercero como remedio de los problemas evidenciados por la jurisprudencia.

Si se analiza con detalle la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre las donaciones pactadas en convenio regulador, se constata que en la mayoría de las ocasiones los Tribunales no reparan en que el supuesto sometido a su consideración se incardina en la figura del contrato a favor de tercero.

A mi juicio, todas las contradicciones, lagunas e incongruencias en que incurren las resoluciones judiciales para resolver la problemática relativa a las atribuciones gratuitas de bienes en un convenio regulador quedarían resueltas si el supuesto de hecho se analiza dentro del esquema propio del contrato a favor de tercero, interpretado de conformidad con la doctrina más reciente, el derecho comparado y las modernas propuestas legislativas nacionales.

A) Premisa: inserción en un negocio complejo con base onerosa.

La donación establecida a favor de los hijos (y en ocasiones, también de uno de los progenitores) se pacta en el convenio regulador. Los progenitores acuerdan la liquidación del régimen económico matrimonial, y además, la transmisión gratuita de bienes a favor de los hijos.

En estos supuestos, la donación se inserta en un contrato a favor de tercero[49]. Existe una relación de cobertura entre los progenitores, uno de los cuales asume la disposición gratuita de un bien (que ya le pertenecía privativamente, o cuya titularidad privativa adquiere en virtud de la disolución del régimen económico matrimonial) a favor de los descendientes comunes (y en ocasiones, también a favor del otro progenitor).

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en otros supuestos[50], la donación a favor del tercero no será indirecta, a través de otro contrato oneroso en el que la prestación se ejecuta a favor del beneficiario[51], sino directa: la donación se inserta con claridad dentro del esquema del contrato a favor de tercero, de tal manera que el promitente realiza una donación a favor del beneficiario donatario[52]. La relación

49 En el mismo sentido, Castaños Castro, P.: "Donaciones no traslativas", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 2021, pp. 319-323; Miquel González de Audicana, J.M.: "Donaciones en convenio regulador", en AA.VV.: *Derecho de Familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías* (coord. P. Abad Tejerina), Sepín, Las Rozas, 2021, pp. 319-320, 330; Parra Lucán, M.Á.: "La donación", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de obligaciones. Volumen II. Contratos y responsabilidad civil* (coord. C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, Madrid, 2020, p. 86.

50 Véanse al respecto Vallet de Goytisolo, J.B.: *Estudios sobre donaciones*, Montecorvo, Madrid, 1978, p. 299; y Ortega Pardo, G.J.: "Donaciones indirectas", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1949, p. 930.

51 El supuesto más habitual es aquel en el que se concierta un seguro de vida con una compañía aseguradora, designando para el caso de la muerte a un beneficiario (normalmente, el cónyuge o los descendientes).

52 Pérez Conesa, C.: "Contrato a favor de tercero", en AA.VV.: *Tratado de las Liberalidades* (dir. M.Á. Egusquiza Balmaseda y C. Pérez de Ontiveros Baquero), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 1249.

de cobertura entre estipulante y promitente tiene causa onerosa (la disolución del régimen económico matrimonial); pero en la relación de valuta entre estipulante y beneficiario, y también en la relación existente entre promitente y beneficiario, hay gratuidad[53]. Se ha señalado que el concepto de donación implica liberalidad y gratuidad, pero que en las atribuciones gratuitas de bienes en convenio regulador ambos caracteres se separan en alguna medida, en tanto que no hay liberalidad en la disposición del promitente, pero sí que hay gratuidad en la adquisición del beneficiario[54].

Nada impide (y de hecho, es lo frecuente) que los dos progenitores se constituyan recíprocamente en estipulantes y promitentes[55], lo que sucede cuando en el convenio regulador ambos se han adjudicado bienes como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales, y se obligan a transmitir gratuitamente a los descendientes comunes las cuotas que se han adjudicado.

Si la disposición gratuita se inserta en el esquema propio de un contrato a favor de tercero, parece obvio que esa atribución gratuita de bienes no puede ser aisladamente considerada, como si se tratase de un negocio autónomo: se integra en un esquema negocial mucho más complejo, de naturaleza onerosa y transaccional.

Está claro, a la vista del contenido del art. 90 CC, que una donación no forma parte del contenido típico de un convenio regulador. Si en ámbito negocial los progenitores acuerdan una donación, la razón de ser de esa atribución gratuita de bienes no puede ser analizada como si existiese un compartimento estanco, desconociendo los restantes pactos asumidos en el convenio. Resultaría ilusorio, adoptando cualquier lógica económica y negocial, colegir que uno de los progenitores puede comprometerse al desprendimiento gratuito de parte de su patrimonio a favor de sus hijos, o a favor de sus hijos y del otro progenitor, sin tomar en consideración la liquidación del régimen económico matrimonial, con los consiguientes repartos del activo y pasivo de la sociedad conyugal, y las compensaciones y contraprestaciones recíprocas que toda liquidación patrimonial conlleva. El carácter transaccional de la liquidación del régimen económico matrimonial pactada en un convenio regulador no admite ninguna duda, por lo que una donación asumida en dicho documento no puede ser considerada un pacto exótico o un estraneus, situado al margen del resto de contraprestaciones recíprocas acordadas por los progenitores.

53 Delgado Echevarría, J.: "Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2002", *Comentarios Civitas de Jurisprudencia Civil*, Madrid, 2002, p. 1220.

54 Miquel González de Audicana, J.M.: "Donaciones en convenio", cit. pp. 320, 328.

55 Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, Cizur Menor, 2021, p. 674; Delgado Echevarría, J.: "Sentencia del", cit., p. 1211; Miquel González de Audicana, J.M.: "Donaciones en convenio", cit., pp. 319-320.

Así las cosas, cuando en un convenio regulador se pacta la atribución gratuita de bienes a favor de los hijos (o a favor de los hijos y de uno de los progenitores), esa atribución se integra en el esquema del contrato a favor de tercero, que tiene una naturaleza onerosa y transaccional. Esta constatación tiene importantes consecuencias en relación con la aceptación de la disposición gratuita y con la forma de la 'donación'.

B) Aceptación de la estipulación gratuita a favor de tercero.

Se constata con facilidad que una de las cuestiones que más problemas ha suscitado a la jurisprudencia al enfrentarse a las atribuciones gratuitas pactadas en convenio regulador ha sido la aceptación del donatario beneficiario, hasta el punto de que en muchas ocasiones, la falta de intervención del beneficiario en el convenio regulador fue interpretada como falta de aceptación, con la consiguiente ineficacia de la donación[56].

Para salvar este escollo, cierta línea jurisprudencial, asumida finalmente por el Tribunal Supremo, considera que debe entenderse aceptada la donación por el mero hecho de que los progenitores firmen el convenio[57]; argumento muye cuestionable y no generalizable, a la vista de lo dispuesto en los arts. 625 y 626 CC, como quedó apuntado[58].

Tradicionalmente, se entendió que en un contrato a favor de tercero, hasta que el beneficiario no acepta, no surge el derecho constituido a su favor. Así lo consideró la doctrina[59], y lo continúa afirmando la jurisprudencia[60].

Sin embargo, la doctrina más reciente[61] entiende mayoritariamente que el derecho del tercero beneficiario nace con la mera perfección del contrato, por lo que la aceptación constituye un límite temporal a la revocación del compromiso

56 STS 8 julio 2002 (RJ 2002,5515); STS 24 enero 2008 (RJ 2008,218); y STS 25 enero 2008 (RJ 2008,225).

57 SAP Barcelona (Sección 16ª) 20 mayo 2004 (JUR 2004,193198); SAP Valencia (Sección 10ª) 29 octubre 2008 (JUR 2009,63967); STS 18 julio 2014 (RJ 2014,4540); y SAP Málaga (Sección 6ª) 12 julio 2018 (JUR 2019,167314).

58 Véase supra, apartado III.3.

59 De Buen Lozano, D: "La estipulación en provecho de tercero", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1923, pp. 222-223, 229-231; Nart Fernández, I.: "Notas sobre los contratos a favor de tercero", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1950, pp. 480-483; Ossorio Morales, J.: "Notas para una teoría general del contrato", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1965, pp. 1100-1101.

60 STS 10 diciembre 1956 (RJ 1956,4126); y STS 8 julio 2008 (RJ 2008,3353). En esta misma línea se inserta la STS 8 julio 2002 (RJ 2002,5515), ya analizada, que considera que la donación efectuada carece de validez, pese a insertarse en un contrato a favor de tercero, precisamente porque no fue aceptada por los hijos beneficiarios.

61 Pérez Conesa, C: *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1999, pp. 235-238; Díez-Picazo y Ponce de León, L: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 542; Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, cit., p. 680; Macía Morillo, A: "El contrato o estipulación a favor de tercero a la luz del Derecho comparado y del moderno Derecho de contratos", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 2020, pp. 585-590.

asumido por el promitente[62]. Este es el planteamiento asumido por la práctica totalidad de los países de nuestro entorno[63], y por las modernas propuestas normativas nacionales[64].

Si se asume que el tercero beneficiario adquiere su derecho desde que se celebra el contrato, y que su aceptación solo determina un límite temporal para la revocación de la estipulación, toda la problemática relativa a la aceptación del 'donatario' beneficiario desaparece, sin que sea necesario acudir al discutible argumento de la aceptación implícita de los beneficiarios menores de edad a través de la firma de los progenitores[65].

C) Forma de la estipulación gratuita a favor de tercero.

Sin duda alguna, la forma de la atribución gratuita inserta en convenio regulador ha sido una de las cuestiones que más quebraderos de cabeza ha suscitado a la jurisprudencia y a los litigantes que se han enfrentado a este negocio jurídico.

Como se ha visto, inicialmente[66] se consideró que la donación y su aceptación debían cumplir con las formalidades exigidas en los arts. 632 y 633 CC, según los casos, no siendo suficiente que constase en un convenio regulador aprobado judicialmente. Como es obvio, en la práctica este planteamiento conllevaba la absoluta ineficacia de las liberalidades insertas en un convenio regulador. Posteriormente, sin embargo, se ha entendido[67] que un convenio regulador aprobado judicialmente es un documento público dotado de fuerza ejecutiva, que cumple con los requisitos formales que para toda donación exige los arts. 632 y

62 Esto mismo parece aceptar la STS 11 noviembre 2004 (RJ 2004,6893), cuando afirma que "es doctrina jurisprudencial y científica consolidada la que establece que la aceptación por el tercero de la estipulación establecida a su favor, supone una declaración de voluntad dirigida esencialmente a impedir la facultad revocatoria de dicha estipulación, finalidad que se produce una vez que dicha aceptación ha sido comunicada al destinatario". Sin embargo, de la lectura de la entera Sentencia no parece desprenderse que se acepte dicha afirmación hasta las últimas consecuencias.

63 Véase el pormenorizado análisis de Macía Morillo, A: "El contrato", cit., pp. 586, 587-588.

64 La Propuesta de Código Civil redactada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil asume que la aceptación del tercero constituye un límite a la revocación de la estipulación. El art. 526-7.1 dice que "en el contrato a favor de tercero o que contiene estipulación en beneficio de tercero, este, salvo que otra cosa se haya pactado, adquiere el derecho frente al promitente por la sola celebración del contrato". Consolida esta idea el art. 526-7.4, que dispone: "desde el momento en que el beneficiario comunica su aceptación expresa o tácita a cualquiera de los contratantes, el estipulante no puede revocar el derecho adquirido por aquél ni puede modificarse su contenido, salvo que del contrato resulte otra cosa". Asociación de Profesores de Derecho Civil: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 686.

65 También se evita el dudoso camino de considerar que la mera interposición de una reclamación judicial comporta una aceptación tácita de la estipulación a favor de tercero, como parece apuntar la STS 8 julio 2008 (RJ 2008,3353) cuando afirma: "que D. Gabino y Dª. Luisa han aceptado la estipulación a su favor lo demuestra el que hayan sido, junto con D. Juan Ramón, los promotores de esta demanda, o sea, que ha existido una aceptación inequívoca de la estipulación".

66 SAP Alicante (Sección 6ª) 21 febrero 2002 (JUR 2002,102971); STS 24 enero 2008 (RJ 2008,218); y STS 25 enero 2008 (RJ 2008,225).

67 SAP Barcelona (Sección 16ª) 20 mayo 2004 (JUR 2004,193198); SAP Valencia (Sección 10ª) 29 octubre 2008 (JUR 2009,63967); STS 18 julio 2014 (RJ 2014,4540); y SAP Málaga (Sección 6ª) 12 julio 2018 (JUR 2019,167314).

633 CC. Con este segundo planteamiento, se viene a identificar resolución judicial con escritura pública, asimilándolos dentro del concepto de documento público (art. 1216 CC).

Pues bien, recurriendo a la figura del contrato a favor de tercero, la problemática relativa a la forma también se esfuma. Solamente si el contrato concertado entre estipulante y promitente fuera de donación deberían cumplimentarse las formalidades que el CC exige para las donaciones; pero tales requisitos formales no se extienden a la relación entre promitente y beneficiario, pues de lo contrario nunca surtiría efectos a favor del tercero[68]. A mayor abundamiento, se evita tener que analizar caso por caso si el convenio regulador fue aprobado judicialmente o no[69]. Solamente asumiendo este punto de vista se entiende que en las SSTS 31 mayo 2001[70] y 8 julio 2002[71], que calificaron la 'donación' en convenio regulador como contrato a favor de tercero, no se suscitase ninguna discusión relacionada con la forma del negocio.

En todo caso, no está de más insistir en que las atribuciones gratuitas de bienes insertadas en un convenio regulador no responden al esquema típico de las donaciones, pues se enmarcan en un negocio complejo de carácter oneroso y transaccional. Esta circunstancia conduce a idéntica conclusión: no es posible analizar la forma de la relación existente entre promitente y beneficiario como si tratase de una donación al uso, aisladamente considerada.

D) Eficacia transmisiva de la atribución gratuita.

La última de las cuestiones relacionadas con las atribuciones gratuitas de bienes insertas en convenio regulador es su eficacia transmisiva. Varias de las resoluciones judiciales analizadas[72] consideran que nos encontraríamos ante una 'promesa de donación futura', cuya validez se niega.

La problemática se plantea con especial intensidad en aquellos supuestos en los cuales uno o ambos progenitores se comprometen a transmitir gratuitamente

68 Pérez Conesa, C.: "Contrato a favor", cit., p. 1250-1251; en el mismo sentido -aunque aludiendo a la donación indirecta- parece apuntar Macía Morillo, A: "El contrato", cit., pp. 574, 607.

69 Asumiendo la tesis jurisprudencial más moderna, la donación pactada en convenio regulador solamente será válida cuando conste en escritura pública o cuando el convenio sea aprobado judicialmente; no así si consta en documento privado.

70 STS 31 mayo 2001 (RJ 2001,3875).

71 STS 8 julio 2002 (RJ 2002,5515).

72 SAP Alicante (Sección 6ª) 21 febrero 2002 (JUR 2002,102971); STS 24 enero 2008 (RJ 2008,218); y STS 25 enero 2008 (RJ 2008,225).

a sus hijos un bien en un plazo máximo determinado[73], o cuando los menores cumplan cierta edad[74].

Realmente, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo existe una confusión terminológica palmaria, puesto que bajo el paraguas de la expresión de 'promesa de donación' se alude a situaciones jurídicas diversas y perfectamente individualizables[75], tales como la promesa unilateral de donación sin aceptación del adquirente, la promesa o precontrato de donación traslativa, la oferta de donación traslativa sin aceptación, la donación suspensivamente condicionada, la donación de bienes futuros y la donación obligacional. A continuación se analizan brevemente las diferencias que existen entre ellas[76].

- La promesa unilateral de donación sin aceptación del donatario sería un negocio en virtud del cual el donatario adquiriría derechos por la mera voluntad unilateral del donante, sin necesidad de aceptación alguna por su parte y sin contraprestación alguna. Parece claro que no son admisibles en nuestro Derecho, que no admite la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones[77], salvo supuestos excepcionales como la promesa pública de recompensa o el concurso con premio.

- Mediante la promesa o precontrato de donación traslativa las partes acordarían la celebración posterior de una donación. Se trata de una figura jurídica muy discutible, pues, aunque cumpliera con todos los requisitos personales y formales del contrato definitivo, toparía con dos dificultades: las diferentes tesis existentes sobre la naturaleza jurídica del precontrato, y la negativa generalizada a aceptar la figura del precontrato real.

- La oferta de donación traslativa no es más que una donación traslativa que aún no existe debido a que todavía no ha sido aceptada por el donatario. Constituye el primer paso en la génesis negocial de la donación.

- La donación suspensivamente condicionada, perfectamente viable a la luz de la remisión que el art. 621 CC efectúa a la regulación general de las obligaciones y

73 Es el supuesto analizado en la SAP Alicante (Sección 6ª) 21 febrero 2002 (JUR 2002,102971), en el que el padre se comprometió a transmitir gratuitamente a la hija un inmueble en el plazo de dos años.

74 Caso de la STS 25 enero 2008 (RJ 2008,225), en la que el padre asumía el compromiso de transmitir gratuitamente un inmueble cuando los menores cumplieran veinticinco años.

75 Para un análisis de esa jurisprudencia y la confusión terminológica y conceptual en que incurre, véase Ataz López, J: "La promesa de donación", en AA.VV.: *Tratado de las Liberalidades* (dir. M.Á. Egusquiza Balmaseda y C. Pérez de Ontiveros Baquero), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 171-181.

76 Para un análisis más detallado, véase Cardós Elena, J.M.: "La donación obligacional en el Derecho Español", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, Valencia, 2010, pp. 16-21; y Castaños Castro, P.: "Donaciones no traslativas", cit., pp. 10-22.

77 Con todo, véase Arjona Guajardo-Fajardo, J.L.: *Promesas unilaterales y donaciones. La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho Español*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.

contratos, es una donación cuya eficacia traslativa queda condicionada a que uno de los hijos alcance cierta edad, lo que naturalmente depende del hecho incierto de la supervivencia del hijo (art. 1125 CC).

- La donación de bienes futuros, entendiendo por tales "aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación" (art. 635 CC), es una donación traslativa inviable jurídicamente, en coherencia con la naturaleza traslativa que el CC confiere a la donación[78], que transfiere la propiedad sin necesidad de entrega tradición (arts. 609.II y 618 CC).

- La donación obligacional[79] es un contrato atípico, en virtud del cual una persona se obliga a realizar posteriormente de manera gratuita una prestación a favor de un tercero, consistente en la entrega de una cosa. La transmisión de la propiedad, al igual que en la compraventa o en la permuta, se produce por la conjunción del título (contrato) y modo (entrega o tradición), de conformidad con lo dispuesto en el art. 609.II CC. En consecuencia, es perfectamente posible una donación obligacional de cosa ajena o de cosa futura.

Una vez aclarado el panorama, parece obvio que la jurisprudencia ha complicado innecesariamente las cosas, sobre la base de conceptos poco perfilados técnicamente.

En todo caso, resulta incuestionable que la donación obligacional se acomoda mejor que una donación traslativa a las atribuciones gratuitas de bienes realizadas en un contrato a favor de tercero. Es habitual entender que el tercero beneficiario es titular de un derecho de crédito frente al promitente[80]. Esta relación crediticia mal encaja con la donación regulada en el CC, que tiene una eficacia traslativa, incompatible con la idea de crédito a favor del donatario. Pero una donación obligacional se adapta sin ninguna dificultad a la relación de crédito existente entre el promitente y el beneficiario[81]. Entendemos que haría bien la jurisprudencia en superar su habitual reticencia a aceptar las donaciones obligacionales, pues servirían de especial utilidad para evitar muchos de los giros y quiebros discursivos

78 La eficacia traslativa de la donación, a la vista de la regulación del CC, es cuestión pacífica en la jurisprudencia de los últimos cuarenta años, al igual que en práctica totalidad de la doctrina actual. Véase al respecto Cardós Elena, J.M.: "La donación", cit., pp. 10-15, 29-33.

79 Arjona Guajardo-Fajardo, J.L.: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 2019, pp. 569-625; Ataz López, J.: "La promesa", cit., pp. 182-188; Cardós Elena, J.M.: "La donación", cit., pp. 9-65; Castaños Castro, P.: *La donación obligacional*, Reus, Madrid, 2021, pp. 25-31, 65-93.

80 Macía Morillo, A: "El contrato", cit., p. 598; Pérez Conesa, C.: "Contrato a favor", cit., p. 1242.

81 De hecho, la SAP Valencia (Sección 10ª) 30 mayo 2012 (JUR 2012,287773), que fue recurrida en casación, dando lugar a la tantas veces aludida STS 18 julio 2014 (RJ 2014,4540), había sostenido la validez de la donación obligacional para reforzar la eficacia y obligatoriedad de la atribución gratuita pactada en el convenio regulador. El Tribunal Supremo, en cambio, no hizo propia tal afirmación. También consideró válida la donación obligacional el AAP Navarra 22 diciembre 1994 (AC 1994,2548), aunque en dicho litigio el beneficiario de la atribución gratuita fue el esposo, y no un descendiente común.

que ha utilizado al analizar las atribuciones gratuitas de bienes pactadas en un convenio regulador.

IV. CONCLUSIONES.

A la vista de lo expuesto, se exponen las principales conclusiones:

- Cuando la atribución gratuita de bienes se realiza exclusivamente a favor del cónyuge, tiene naturaleza onerosa y transaccional cuando se pacta juntamente con la disolución del régimen económico matrimonial. En este caso, existe libertad de forma.

- En el hipotético supuesto de que se realice una atribución gratuita de bienes exclusivamente a favor del cónyuge en el marco de una ruptura conyugal, sin que se pacte conjuntamente la disolución del régimen económico matrimonial, existiría una donación, que debería cumplir con los requisitos formales exigidos por los arts. 632 y 633 CC.

- Cuando la atribución gratuita de bienes se realiza a favor de los hijos (y en su caso, también a favor de uno de los progenitores) sin que se pacte al mismo tiempo la disolución del régimen económico matrimonial, también existe una donación, que debe ser aceptada por todos los donatarios, cumpliéndose además las formalidades exigidas por los arts. 632 y 633 CC.

- La atribución gratuita de bienes que se realiza a favor de los hijos (y en su caso, también a favor de uno de los progenitores) juntamente con la disolución del régimen económico matrimonial, responde a la figura del contrato a favor de tercero. Se trata de un negocio complejo de naturaleza transaccional. Los beneficiarios adquieren su derecho sin necesidad de aceptación desde el momento en que estipulante y promitente perfeccionan el negocio. No es necesario cumplir con las formalidades exigidas por los arts. 632 y 633 CC, por enmarcarse la atribución gratuita de bienes en un contrato cuya base es onerosa. En todo caso, la jurisprudencia más reciente atenúa el problema relativo a la forma al equiparar el convenio regulador aprobado judicialmente con la escritura pública.

- La donación obligacional encuentra mejor acomodo que la donación traslativa en las atribuciones gratuitas de bienes insertas en convenio regulador, pues se adapta sin dificultad a la relación crediticia que vincula al promitente y al beneficiario en un contrato a favor de tercero.

BIBLIOGRAFÍA.

Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S.: *La donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

Arjona Guajardo-Fajardo, J.L.: *Promesas unilaterales y donaciones. La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho Español*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.

Arjona Guajardo-Fajardo, J.L.: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 2019, pp. 569-625.

Asociación de Profesores de Derecho Civil: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

Ataz López, J: "La promesa de donación", en AA.VV.: *Tratado de las Liberalidades* (dir. M.Á. Egusquiza Balmaseda y C. Pérez de Ontiveros Baquero), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 171-181.

Cantero Núñez, F.: "Algunas reflexiones acerca de la capacidad de los menores para aceptar donaciones", *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, 1988, pp. 315-327.

Cardós Elena, J.M.: "La donación obligacional en el Derecho Español", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, Valencia, 2010, pp. 9-65.

Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, Cizur Menor, 2021.

Casanovas Mussons, A.M.: "Los sujetos de la aceptación: la capacidad y la legitimación para aceptar donaciones", en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol, Volumen I* (coord. J.M. Abril Campoy y M.E. Amat Llari), Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, pp. 795-822.

Castaños Castro, P.: *La donación obligacional*, Reus, Madrid, 2021.

Castaños Castro, P.: "Donaciones no traslativas", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 2021, pp. 3-24.

De Buen Lozano, D: "La estipulación en provecho de tercero", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1923, pp. 193-237.

Delgado Echevarría, J.: "Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2002", *Comentarios Civitas de Jurisprudencia Civil*, Madrid, 2002, pp. 1205-1222.

Díez-Picazo y Ponce de León, L: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.

Durán Rivacoba, R.: *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

Macía Morillo, A: "El contrato o estipulación a favor de tercero a la luz del Derecho comparado y del moderno Derecho de contratos", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 2020, pp. 559-633.

Marín Castán, F.: *Comentario del Código Civil. Tomo IV. Arts. 609 al 857* (coord. I. Sierra Gil de la Cuesta), 2ª edición, Bosch, Barcelona, 2006.

Messía de la Cerda Ballesteros, J.Á.: "La promesa de donación: supuesto general y realización en convenio regulador", *Actualidad Civil*, 2020 (edición digital).

Miquel González de Audicana, J.M.: "Donaciones en convenio regulador", en AA.VV.: *Derecho de Familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías* (coord. P. Abad Tejerina), Sepín, Las Rozas, 2021, pp. 317-330

Nart Fernández, I.: "Notas sobre los contratos a favor de tercero", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1950, pp. 445-489.

Ortega Pardo, G.J.: "Donaciones indirectas", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1949, pp. 918-980.

Ossorio Morales, J.: "Notas para una teoría general del contrato", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1965, pp. 1071-1114.

Parra Lucán, M.Á.: "La donación", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de obligaciones. Volumen II. Contratos y responsabilidad civil* (coord. C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, Madrid, 2020, pp. 81-106.

Pérez Conesa, C: *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1999.

Pérez Conesa, C.: "Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2001", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Madrid, 2001, pp. 881-889.

Pérez Conesa, C.: "Contrato a favor de tercero", en AA.VV.: *Tratado de las Liberalidades* (dir. M.Á. Egusquiza Balmaseda y C. Pérez de Ontiveros Baquero), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 1237-1258.

Rebolledo Varela, Á.L.: "Problemas prácticos en la transmisión de bienes a título gratuito de padres a hijos", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Cizur Menor, 2011, pp. 71-100.

Sanciñena Asurmendi, M.C.: "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Madrid, 2015, pp. 491-511.

Vallet de Goytisolo, J.B.: *Estudios sobre donaciones*, Montecorvo, Madrid, 1978.



LA COMUNIONE *DE RESIDUO*. ALCUNE RIFLESSIONI SULLA NATURA E SULL'ATTUALITÀ DELLA COMUNIONE DIFFERITA

"COMUNIONE DE RESIDUO". SUGGESTIONS ON THE NATURE AND ACTUALITY OF THE "DEFERRED" COMMUNION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1574-1597

Michele
CIANCIMINO

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de octubre de 20222
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La comunione de residuo ex art. 178 c.c. è la comunione che si forma tra coniugi quando cessa il regime di comunione legale e concerne, in particolar modo, i beni destinati all'esercizio dell'impresa di uno dei coniugi costituita dopo il matrimonio e gli incrementi dell'impresa costituita anche precedentemente al matrimonio nella misura in cui sussistono nel momento in cui la comunione si scioglie.

Sulla scorta di una recente sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, che si sono pronunciate in favore della natura obbligatoria della comunione de residuo, si propongono alcune considerazioni critiche in merito alla natura giuridica della relativa disciplina. Parimenti, vengono presentate alcune riflessioni sull'attualizzazione di questa.

PALABRAS CLAVE: Comunione de residuo; regime patrimoniale della famiglia; impresa; comunione legale tra i coniugi.

ABSTRACT: *The comunione de residuo pursuant to art. 178 of the Italian Civil Code is the communion formed between spouses when the legal communion regime ceases and concerns, in particular, the assets intended for the exercise of the business of one of the spouses established after marriage and increases in the business established even before marriage insofar as they exist at the moment in which communion is dissolved.*

Based on a recent ruling by the Joint Sections of the Court of Cassation, which defined the comunione de residuo as an obligation, some critical considerations regarding the legal nature of the relative discipline are proposed. Likewise, some reflections on the actualization of this special regime are presented.

KEY WORDS: *Comunione de residuo; family property regime; enterpreunership; legal communion between the spouses.*

SUMARIO.- I. LA COMUNIONE *DE RESIDUO*. INTRODUZIONE ALL'ISTITUTO.- 1. La comunione ex art. 177, comma 1, lett. b) e c), c.c.- 2. La comunione *ex* art. 178 c.c.: l'impresa *post nuptias*, gli incrementi dell'azienda *ante nuptias*.- II. LA NATURA DELLA COMUNIONE *DE RESIDUO*.- 1. La tesi del diritto reale.- 2. La tesi del diritto di credito.- 3. Le c.d. tesi intermedie.- 4. L'adesione delle Sezioni unite alla tesi del diritto di credito.- III. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE IN CHIAVE SISTEMATICA.- 1. Sulla attuazione della disciplina. Spunti ermeneutici.

I. LA COMUNIONE *DE RESIDUO*. INTRODUZIONE ALL'ISTITUTO.

La comunione c.d. *de residuo*, istituto disciplinato dall'art. 177, comma 1, lett. b) e c), c.c. nonché dall'art. 178 c.c., è la comunione che si forma tra coniugi quando cessa il regime di comunione legale. Essa concerne i frutti dei beni propri e i proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi (che possono consistere esclusivamente in beni mobili o in diritti di credito); nonché, per quanto qui di particolare interesse, i beni destinati all'esercizio dell'impresa di uno dei coniugi costituita dopo il matrimonio e gli incrementi dell'impresa costituita anche precedentemente al matrimonio nella misura in cui sussistono nel momento in cui la comunione si scioglie[1].

Tale istituto, sin dalla sua introduzione ad opera della riforma del diritto di famiglia del 1975, ha destato negli interpreti diversi dubbi, fra cui spicca il dibattito sulla natura del diritto qui spettante al coniuge, che ha portato ad un pronunciamento a Sezioni unite nel maggio 2022[2]. Nell'ottica di indagare maggiormente tale aspetto

1 In merito alla configurazione della comunione *de residuo* e alle relative problematiche applicative, in dottrina v., *ex multis*, Busnelli, F.D.: "La «comunione legale» nel diritto di famiglia riformato", *Riv. not.*, 1976, p. 42; Stanzione, P.: "Comunione legale tra coniugi e responsabilità per le obbligazioni assunte", *Dir. fam. pers.*, 1984, p. 1091 ss.; Corsi, F.: *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. dir. civ.* Cicu-Messineo, I, Giuffrè, Milano, 1979; AA.VV.: *La comunione legale* (a cura di C.M. Bianca), Giuffrè, Milano, 1989; Parente, F.: "Struttura e natura della comunione residuale nel sistema del codice riformato", *Foro it.*, 1990, I, 2333 ss.; Oberto, G.: *La comunione legale tra i coniugi. Storia, natura,* ratio *e oggetto. Comunione* de residuo *e beni personali*, in *Tratt. dir. civ.* Cicu-Messineo, I, Giuffrè, Milano, 2010, p. 849 ss.; Cavallaro, M.: "La c.d. comunione *de residuo* fra garanzia dell'autonomia individuale e «vanificazione» dei fini della comunione", in AA.VV.: *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 147 ss.; de Biase, P.: "Comunione *de residuo* sui beni d'impresa: una situazione giuridica variabile", *Dir. fam. pers.*, 2013, 2, p. 676 ss.; Paladini M.: "*Sub* artt. 177 e 178", in *Della famiglia* (a cura di L. Balestra), in *Comm. c.c.* Gabrielli, Giuffrè, Milano, 2010; Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, p. 379 ss.; Cipriani, N.: "La comunione *de residuo*", in AA.VV.: *Manuale di Diritto di famiglia* (a cura di G. Carapezza Figlia, N. Cipriani, G. Frezza, G. Perlingieri e P. Virgadamo), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 104-105.

2 Cass. 17 maggio 2022 n. 15889. La pronuncia può leggersi in *Notariato*, 4, 2022, p. 365 ss., con nota di Sorge, A.C.: "Sulla natura della comunione *de residuo*"; in *Riv. not.*, 2022, p. 218 ss., con nota di Di Tuoro, A.R.: "Il rapporto tra impresa e famiglia nell'ambito del regime patrimoniale e la natura della comunione *de residuo*", e in *IlFamiliarista.it*, 27 maggio 2022, con nota di Cimmino, N.A.: "Comunione *de residuo*: al coniuge non imprenditore spetta solo un diritto di credito", e in *Dir. giust.*, 2022, con nota di Mascia K.: "Natura giuridica del diritto vantato dal coniuge non titolare di azienda sui beni della stessa *ex* art. 178 c.c.: reale o

• Michele Ciancimino
Assegnista di ricerca presso l'Università LUMSA, Dipartimento di Giurisprudenza di Palermo. E-mail: m.ciancimino@lumsa.it

controverso, è d'uopo far cenno alla configurazione ed alla funzione della comunione *de residuo*

Il fondamento dell'istituto si rinviene nel bilanciamento fra solidarietà coniugale ed autonomia negoziale privata[3]. Se il regime della comunione legale è essenzialmente volto a garantire sotto il profilo patrimoniale, solidarietà, mutua assistenza e comune responsabilità fra coniugi, nell'ottica di una parità sostanziale[4], la *ratio* della comunione *de residuo* è quella di contemperare l'interesse alla condivisione degli incrementi patrimoniali dei coniugi in comunione con quello a garantire la libertà di autodeterminazione negoziale, specialmente in ambito imprenditoriale, in uno con l'esigenza di fluidità nella gestione dei rapporti[5].

Così, i beni individuati dalle disposizioni citate divengono oggetto di [co-] acquisto differito e eventuale[6]: infatti, tale disciplina, nella misura in cui pospone allo scioglimento della comunione legale il sorgere del suddetto vincolo "concilia l'esigenza del coniuge imprenditore, il quale può continuare ad essere autonomo nella valutazione delle scelte relative alla propria attività di impresa, con quella del coniuge non imprenditore, il quale non assume rischi di impresa ma vanterà dei diritti al momento dello scioglimento della comunione"[7].

creditizia?", e in *GiustiziaCivile.com*, 22 agosto 2022, con nota di Scarano, N.: "La natura della comunione *de residuo ex* art. 178 c.c.".

3 Oberto, G.: La comunione legale tra i coniugi. Storia, natura, ratio e oggetto, cit., p. 846 ss.

4 V. primariamente Corte cost. 26 giugno 1974 n. 187, *Foro it.*, 1974, I, c. 2248; Quadri, E.: "Il regime patrimoniale della famiglia nella prospettiva dell'autonomia privata", *Giust. civ.*, 2014, p. 98 ss. Negli studi più risalenti, v. *ex multis* Perlingieri, P.: "Sui rapporti personali nella famiglia", *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 1262 ss.; Grassetti, F.: "*Sub* art. 156 c.c.", in AA.VV.: *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (a cura di G. Carraro, G. Oppo e A. Trabucchi), Cedam, Padova, 1996, p. 303; Carraro, G.: "Il nuovo diritto di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 1975, p. 101 ss.; Cian, G., Villani, A.: "La comunione dei beni tra coniugi", *Riv. dir. civ.*, 1980, p. 338 ss.; Luminoso, A.: "Accessione e altre vicende delle cose nella comunione coniugale", *Riv. not.*, 1985, p. 794. Per una ricostruzione assiologica ed attualizzata della disciplina della comunione legale, si vedano le riflessioni di Scarpa, D.: *Comunione legale tra coniugi. Flessibilità tipologica e tutele ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, p. 12 ss., il quale intende tale istituto quale "unitario regime di acquisizione della ricchezza a favore dei coniugi nell'interesse della famiglia, attraverso due diverse modalità di inclusione dei beni: o in senso programmatico sin dalla costituzione del regime legale o al momento conclusivo dello stesso, con la formazione di una ordinaria comunione tra i coniugi dedicata, anch'essa, alla preminente finalità del soddisfacimento dell'interesse familiare" (*ivi*, p. 149).

5 Cipriani, N.: "La comunione *de residuo*", cit., p. 104. Sul bilanciamento degli interessi in ambito familiare, v. Prisco. I.: "Famiglia di fatto e impresa familiare. Dalla valutazione degli interessi da tutelare all'individuazione della disciplina applicabile", in AA.VV.: *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche* (a cura di G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia), I, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 181 ss. Si noti, poi, che Rimini, C.: *Acquisto immediato e differito nella comunione legale tra coniugi*, Cedam, Padova, 2001, p. 68 ss., valorizza la possibilità di una lettura funzionale delle disposizioni riguardanti la comunione *de residuo* nell'ottica di un migliore soddisfacimento delle esigenze di perequazione fra i coniugi.

6 Di Tuoro, A.R.: "Il rapporto tra impresa e famiglia nell'ambito del regime patrimoniale e la natura della comunione *de residuo*", cit., p. 220; Sorge, A.C.: "Sulla natura della comunione *de residuo*", cit., p. 375 ss.; Rimini, C.: *Acquisto immediato e differito nella comunione legale tra coniugi*, cit., p. 68 ss.; De Rubertis, G.: "Pubblicità immobiliare e rapporti patrimoniali fra i coniugi", *Vita not.*, 1984, p. 50 ss.

7 Di Tuoro, A.R.: "Il rapporto tra impresa e famiglia nell'ambito del regime patrimoniale e la natura della comunione *de residuo*", cit., p. 220.

1. La comunione *ex* art. 177, comma 1, lett. b) e c), c.c.

Con riguardo alle prime due ipotesi, disciplinate dall'art. 177 c.c., per "frutti", *ex* art. 177, 1 comma 1, lett. b), si intendono sia i frutti naturali, sia i frutti civili[8].

Per "proventi" *ex* art. 177, comma 1, lett. c), mancando una definizione normativa univoca, si usa intendere ogni utilità, derivante dall'attività lavorativa svolta a qualsiasi titolo dal coniuge[9], sia derivanti da capitale, sia provenienti dalla propria attività, che residuino al tempo dello scioglimento della comunione[10]. Nella definizione di proventi è stata ricondotta anche l'indennità di fine rapporto di lavoro, percepita dall'altro coniuge[11], mentre sembra debbano escludersi i frutti dei beni personali di uno dei coniugi in corso di maturazione, ma non ancora percepiti, al tempo dello scioglimento della comunione legale[12].

Controversa è la *ratio* sottostante l'inclusione di tali beni nella comunione differita e non in quella immediata. Il fine del differimento, in definitiva, parrebbe volto a tener conto dell'impegno personale alla produzione del reddito e dell'esigenza di semplificare i rapporti con i terzi[13], ma la tesi non sembra del tutto persuasiva.

2. La comunione *ex* art. 178 c.c.: l'impresa *post nuptias*, gli incrementi dell'azienda *ante nuptias*.

Diverso è, invece, a dirsi con riguardo all'ipotesi regolata dall'art. 178 c.c., concernente l'impresa di uno coniuge successiva al matrimonio o gli incrementi di impresa anteriore. In questo caso, l'esclusione di tali beni dalla comunione immediata sembra rispondere alle esigenze di certezza e celerità connesse alle attività economiche, evitando così il più gravoso regime di cui all'art. 180, comma 2, c.c.[14].

8 Secondo quanto disposto dall' art. 820 cc.; cfr. Corsi, F.: *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 93; Schlesinger, P.: *Della comunione legale*, in AA.VV.: *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (a cura di L. Carraro, G. Oppo e A. Trabucchi), I, Cedam, Padova, 1992, p. 117; Auletta, T.: *Il diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 108 ss.; Galasso, A.: *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 2003, p. 235; Di Martino, P.: *La comunione legale tra i coniugi*, in *Tratt. dir. fam.* Bonilini e Cattaneo, II, 2a ed., Utet, Torino, 2007, p. 137.

9 Oberto, G.: *La comunione legale tra i coniugi*, cit., p. 887 ss.; Galasso, A.: *Del regime patrimoniale della famiglia*, cit., 236. Cfr. anche Cipriani, N.: "I proventi dell'attività separata dei coniugi tra comunione immediata e comunione de residuo", *Giur. it.*, 1996, p. 907 ss., nota a Cass. 23 settembre 1997 n. 9355.

10 Trib. Ascoli Piceno 22 agosto 2017 n. 741, *OneLegale*; Trib. Padova 26 febbraio 2015 n. 623, *OneLegale*

11 Oberto, G.: *La comunione legale tra i coniugi*, cit., p. 887 ss.

12 Spotti, F., Ghidoni, L. (agg.): "*Sub* art. 177", in *Codice Civile commentato* online (a cura di G. Bonilini, M. Confortini e C. Granelli, coord. M. Dossetti), *Onelegale*, par. 10, con riferimento a Cass. 19 gennaio 2018 n. 1429, *Mass. Giust. civ.*, 2018, che ha escluso dalla comunione *de residuo* gli interessi su dei buoni postali (di proprietà esclusiva di uno dei coniugi) in corso di maturazione al momento della separazione personale.

13 Galasso, A. e Tamburello, M.: *Regime patrimoniale della famiglia. Artt. 159-230*, I, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1999, p. 403.

14 Costi, R.: *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 11 ss.

L'art. 178, prima parte, disciplina l'impresa individuale, costituita dopo il matrimonio, e dispone che i beni che il coniuge imprenditore destina all'esercizio della sua attività imprenditoriale, nonché gli eventuali incrementi dell'azienda, siano oggetto di comunione de residuo allo scioglimento di quella legale fra coniugi.

Di conseguenza, tali beni restano, *manente communione*, nell'esclusiva disponibilità dell'imprenditore, per poi "entrare nel patrimonio comune" – secondo quanto si dirà a breve – solo allo scioglimento del regime legale se, e nella misura in cui, non siano stati consumati[15].

Qui, per quanto concerne l'attività d'impresa in capo ad un solo coniuge, "l'elemento fattuale" presupposto dell'applicabilità della disciplina di cui all'art. 178 è la "destinazione dei beni all'attività di impresa"[16].

Si noti, peraltro, che per la giurisprudenza di legittimità in nessun caso i beni *ex* art. 178 possono essere esclusi dalla comunione *de residuo*[17]. Infatti, è stata reputata inefficace la dichiarazione di entrambi i coniugi di destinazione del bene all'esercizio dell'impresa di uno di essi, se tale destinazione non si realizza nei fatti[18].

Ai sensi dell'art. 178, seconda parte, sono oggetto di comunione de residuo gli incrementi dell'azienda successivi al matrimonio nel caso in cui questa risulti a già costituita al momento delle nozze.

È stato notato, sul punto, che la norma fa riferimento agli incrementi dell'impresa, ma "è evidente che l'impresa, in quanto attività, non è suscettibile di incrementi. In realtà, il legislatore si riferisce all'azienda"[19].

Gli utili derivanti dall'attività imprenditoriale del coniuge sono oggetto di comunione differita, ma, evidentemente in quanto rientranti nella previsione di cui all'art. 177, comma 1, lett. c)[20].

15 Schlesinger, P.: *Della comunione legale*, cit., p. 139 ss.; Galasso, A.: *Del regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 263 ss.

16 Di Tuoro, A.R.: "Il rapporto tra impresa e famiglia nell'ambito del regime patrimoniale e la natura della comunione *de residuo*", cit., p. 220.

17 Cass. 19 settembre 2005 n. 18456, *Riv. not.*, 2006, p. 168 ss., con nota di Cupini, D.: "Rapporti fra art. 178 ed art. 179 c.c. ed inderogabilità del regime di comunione legale fra coniugi"; Cass. 21 maggio 1997 n. 4533; Cass. 29 novembre 1986 n. 7060. V. anche sul punto Restuccia, A.: "I beni destinati all'esercizio dell'impresa della comunione *de residuo* nella disposizione dell'art. 178 c.c.", *Riv. not.*, 2007, p. 857 ss.

18 Trib. Napoli 19 dicembre 2001, *OneLegale*; Trib. Piacenza 9 aprile 1991, *Dir. fam. pers.*, 1991, p. 1033. Cfr. Spotti, F., e Ghidoni, L. (agg.): "*Sub* art. 178", in *Codice Civile commentato* online (a cura di G. Bonilini, M. Confortini e C. Granelli, coord. M. Dossetti,), *OneLegale*, par. 1.

19 Spotti, F., e Ghidoni, L. (agg.): "*Sub* art. 178", par. 3; Schlesinger, P.: *Della comunione legale*, cit., p. 136 ss.; Russo, E.: *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1999, p. 105.

20 Di Martino, P.: *La comunione legale tra i coniugi*, cit., p. 119 ss.

L'art. 178, seconda parte, secondo la giurisprudenza si applica anche nel caso in cui l'azienda sia acquistata o a titolo gratuito (per successione *mortis causa* o per donazione), oppure a titolo oneroso, ma mediante il reimpiego di beni personali, seppur nel rispetto delle formalità di cui all'art. 179, comma 1, lett. f), e comma 2, c.c. come se l'azienda fosse acquistata prima del matrimonio[21].

L'amministrazione dei beni facenti parte della comunione *de residuo* è regolata dalle norme che disciplinano la separazione dei beni *ex* art. 185[22]. Vigente la comunione legale, infatti, i beni che ne formeranno oggetto sono allo stato da considerarsi personali, sicché risultano pienamente aggredibili da parte dei creditori personali[23]. È con lo scioglimento della comunione che essi mutano qualificazione, ed è in tale momento che scaturiscono i quesiti circa la natura della comunione *de residuo*.

II. LA NATURA DELLA COMUNIONE *DE RESIDUO*.

Per oltre quarant'anni dall'introduzione della relativa disposizione, tuttavia, è rimasto insoluto, *rectius* controverso, il quesito circa la relativa natura, reale o obbligatoria. Il dato letterale e le problematiche applicative, infatti, hanno generato diverse e contrapposte soluzioni sul punto.

La questione, in particolare, ha riguardato la sorte dell'impresa *ex* art. 178 c.c., dato che l'art. 177, comma 1, lett b) e c), fa tendenzialmente riferimento a denaro e crediti[24]. Tre sono le (principali) impostazioni che sono emerse relativamente in seno a tale diatriba ermeneutica.

1. La tesi del diritto reale.

Secondo una prima impostazione, la comunione *de residuo* è stata ritenuta fonte di un vero e proprio diritto reale sul complesso dei beni dell'impresa[25] eminentemente in ragione del dato testuale della norma, della necessità di offrire una tutela effettiva all'altro coniuge attribuendogli la titolarità dei beni in

21 Spotti, F., Ghidoni, L. (agg.): "*Sub* art. 178", cit., par. 4.; Di Martino, P.: *La comunione legale tra i coniugi*, cit., p. 119 ss. V. anche, *infra*, par. III.1.

22 Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 383.

23 Oberto, G.: La comunione legale tra i coniugi, cit., p. 846 ss.

24 Cipriani, N.: "La comunione *de residuo*", cit., p. 105.

25 Favorevoli, anche incidentalmente, alla natura reale del diritto, Cass. 3 luglio 2015 n. 13760, *Dir. giust.*, 2015, 26, p. 39 ss., con nota di Achille, D.: "Natura giuridica della comunione *de residuo*: sì alla contitolarità dei beni al momento dello scioglimento"; Cass. 16 luglio 2008 n. 19567 e Cass. 6 maggio 2009 n. 10386, *Corr. trib.*, 2009, p. 2979 ss. V. anche Cass. 9 marzo 2000 n. 2680, *Foro it.*, 2000, I, c. 3551; Cass. 14 aprile 2004 n. 7060, *Fall.*, 2005, p. 146 ss. In dottrina, v. primariamente Auletta, T.: *La comunione legale*, in *Tratt. dir. priv.* (diretto da M. Bessone), III, Giappichelli, Torino 2011, p. 318 ss.; De Rubertis, G.: "Comunione legale di azienda e società di fatto", *Vita not.*, 1979, p. 181 ss.; Gabrielli, G.: "Regime patrimoniale della famiglia", in *Dig., Disc. priv., Sez. civ.*, XVI, Utet, Torino, 1997, p. 377 ss.

comunione de residuo, nonché in forza del vantaggio ermeneutico dato dalla trattazione unitaria delle problematiche della natura giuridica e del trattamento normativo della comunione legale e di quella de residuo. Inoltre, mancherebbe nell'arti.192 c.c. (che regola la divisione dei beni allo scioglimento della comunione), una disciplina *ad hoc* sui rimborsi e sulle restituzioni da effettuare allo scioglimento della comunione con riferimento ai beni oggetto di comunione de residuo[26].

Nello specifico, l'art. 177, lett. b) e c) testualmente dispone che "costituiscono oggetto della comunione"; diversamente, ai sensi dell'art. 178, i beni destinati all'esercizio dell'impresa e gli eventuali incrementi dell'azienda "si considerano oggetto di comunione". I fautori di tale tesi rinvengono una sostanziale equiparazione fra la disciplina dei beni ricadenti in comunione legale immediata, con quella dei beni spettanti alla comunione de residuo, con l'unica differenza del differimento temporale ivi previsto per i secondi[27].

Nell'ipotesi in esame, difatti, per tale prospettiva ermeneutica si rinviene una *condicio iuris*, produttiva di effetti irretroattivi, tale da far acquistare all'altro coniuge la contitolarità, in regime di comunione ordinaria, di detti beni.

Così, nel caso di azienda in comunione *de residuo*, sorgerebbe una quota di contitolarità sui singoli beni dell'azienda stessa[28]. Lo scioglimento della comunione legale, alla stregua di una causa di scioglimento delle società, darebbe dunque vita al diritto dell'altro coniuge alla "liquidazione" e, cioè, alla partecipazione alle ricchezze prodotte dall'altro coniuge nella gestione della sua attività di impresa. Il bilanciamento dei principi di solidarietà e collaborazione con la libertà di impresa e la certezza dei rapporti con i terzi opererebbe dunque in favore dei primi[29].

Secondo alcuni autori, mirando a superare la critica per cui i creditori dell'azienda, allo scioglimento della comunione legale, vedrebbero dimezzarsi la garanzia rappresentata dal patrimonio del debitore, sarebbe più corretto ragionare in termini di differenziazione del regime di amministrazione. Viene affermato, difatti, che i beni appartenenti alla comunione de residuo sarebbero *ab origine* di titolarità comune dei coniugi; per essi, però, viene disposto un regime di amministrazione degli stessi *extra ordinem*, idoneo a favorire la piena autonomia del coniuge imprenditore nella gestione aziendale[30].

26 Cfr. Di Tuoro, A.R.: "Il rapporto tra impresa e famiglia nell'ambito del regime patrimoniale e la natura della comunione *de residuo*", cit., p. 221.

27 Tanzi, M.: "Beni destinati all'impresa del coniuge e comunione legale", in AA.VV.: *La comunione legale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 280 ss.

28 Schlesinger, P., "Del regime patrimoniale della famiglia", in *Comm. dir. it. fam.* (a cura di G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi), III, Cedam, Padova, 1992, p. 145 *Contra*, Oppo, G.: "Diritto di famiglia e diritto dell'impresa", *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 372.

29 Benanti, C.: "Scioglimento della comunione legale e operatività della comunione differita", *Familia*, 2005, p. 1063.

30 Russo, E.: L'oggetto della comunione legale e i beni personali, cit., p. 456.

2. La tesi del diritto di credito.

In accordo ad altra impostazione[31], invece, tale istituto non rappresenta una comunione in senso stretto o una contitolarità sui beni oggetto di comunione *de residuo*, bensì la scaturigine di un diritto di credito del coniuge non imprenditore. Così, viene qui riconosciuta l'esclusiva titolarità dei beni e dei diritti *ex* artt. 177, lett. b) e c) e 178 c.c. in capo al coniuge identificato come proprietario dall'ordinamento *manente communione*; al verificarsi, poi, di taluna delle cause previste dall'art. 191 c. c., l'altro coniuge acquisterà un diritto di credito pari alla metà del valore dei beni di cui trattasi.

Nel caso dell'azienda, dunque, tale obbligazione ha ad oggetto la metà del valore del complesso aziendale, al netto delle passività, sì che al titolare del diritto spetterebbe una compensazione per equivalente.

In accordo a tale prospettiva, la primaria argomentazione fa leva sul momento giuridico in cui il diritto viene a sorgere. Infatti, è ritenuta contraddittoria e irragionevole la nascita di un diritto in comunione proprio nel momento in cui la comunione fra coniugi si scioglie per una delle cause previste dall'art. 191 c.c.: appare incongruente, quindi, il fatto che proprio quando i rapporti personali si allentino, si rafforzino quelli patrimoniali[32].

Anche qui, peraltro, è valorizzato il dato letterale: sul piano testuale, lo stesso art. 178 c.c., affermando che "si considerano oggetto della comunione", farebbe riferimento ad una *fictio iuris* che mal si concilia con un vero e proprio stato di comunione[33].

Il coniuge imprenditore, per vero, risulterebbe tutelato nella sua autonomia solo in parte, stante la caducità della esclusione dell'acquisto dei beni aziendali dalla caduta in comunione legale immediata, sì che dovrebbe poi mutare le sue modalità di gestione aziendale iniziando *ex abrupto* a far riferimento all'altro coniuge per

31 Propendono per la natura obbligatoria della comunione *de residuo*, *ex multis*: Cass. 20 marzo 2013 n. 6876, *Fam. dir.*, 2013, p. 660 ss.; Cass. pen. 10 novembre 2010 n. 42182, *DeJure*; Cass. 9 marzo 2000 n. 2680, *Fall.*, 2001, p. 41 ss.; Cass. 21 maggio 1997 n. 4533; Cass. 29 novembre 1986 n. 7060, *Foro it.*, 1987, I, c. 810, su cui v. Oberto, G.: "Comunione legale, regimi convenzionali e pubblicità immobiliare", *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 187 ss.
V. anche, *ex multis*, Oberto, G.: "La natura della comunione *de residuo* al momento della cessazione del regime legale", *Giur. it.*, 2022, in corso di pubblicazione, par. 3 ss.; Cipriani, N.: "La comunione *de residuo*", cit., p. 105; Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 387; Cian, G., Villani, A.: "Comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)", in *Noviss. Dig. it.*, *App.*, II, Utet, Torino, 1981, p. 162; Santosuosso, F.: *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, Utet, Torino, 1983, p. 177 s.; Corsi, F.: *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 94; Spitali, E.: *Il regime legale. L'oggetto*, in *Tratt. dir. fam.* (diretto da P. Zatti), Giuffrè, Milano, 2002, p. 136 s.; Falcioni, L.: "Il coniuge imprenditore individuale", *Riv. not.*, 1997, p. 1184; Cannavale, A.: "Comunione legale e impresa individuale di uno dei coniugi (o impresa gestita da uno dei coniugi in forma di società di persone)", *Vita not.*, 1997, p. 485.

32 Schlesinger, P.: "Del regime patrimoniale della famiglia", cit., p. 144.

33 Cfr. Di Tuoro, A.R.: "Il rapporto tra impresa e famiglia nell'ambito del regime patrimoniale e la natura della comunione *de residuo*", cit., p. 222.

l'assunzione delle successive decisioni e operazioni negoziali relative alla gestione del patrimonio aziendale[34]. Conseguentemente, da un lato, si andrebbe ad instaurare una "contitolarità reale *ex post* che, essendo sciolta la comunione legale, rientrerebbe nel novero della comunione ordinaria"; il coniuge non imprenditore, dall'altro lato, si troverebbe a "far fronte anche ai debiti aziendali senza averli contratti, con applicazione analogica dell'articolo 2560 c.c. in tema di cessione di azienda"[35].

Diversamente, la natura obbligatoria del diritto del coniuge non imprenditore valorizzerebbe le istanze costituzionalmente rilevanti dell'imprenditore.

Infatti, viene affermato che riconoscere la realità del diritto dell'altro coniuge lederebbe il diritto di proprietà *ex* art. 42 Cost., il diritto al lavoro *ex* art. 36 Cost. ed anche il diritto fondamentale di libertà personale[36]. A ciò si aggiunge poi il potenziale pregiudizio per i creditori (che, ove privi di cause legittime di prelazione, vedrebbero dimezzato il patrimonio a garanzia dei loro crediti in seguito allo scioglimento della comunione) derivante dal subentro del coniuge non imprenditore nella contitolarità dei beni aziendali[37]. Così, "la difficoltà di applicazione pratica sembra suggerire un capovolgimento delle conclusioni, riconoscendo in capo al consorte non imprenditore soltanto un controvalore monetario, anche al fine di evitare effetti distorsivi sul mercato e l'arresto del sistema creditizio"[38].

3. Le c.d. tesi intermedie.

Si segnala, inoltre, l'emersione di soluzioni mediane relativamente alla risoluzione della diatriba.

In particolare, la sfumatura lessicale adoperata dall'art. 178 ("si considerano" *versus* "costituiscono" oggetto della comunione) e la scissione in due disposizioni della comunione *de residuo* giustificherebbero la conclusione di un regime normativo diverso per la comunione residuale sulla base dell'oggetto.

Diverse, evidentemente, le soluzioni che si pongono sulla via mediana.

34 Bocchini, F.: *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, Napoli, 1985, p. 89 ss.

35 Di Tuoro, A.R.: "Il rapporto tra impresa e famiglia nell'ambito del regime patrimoniale e la natura della comunione *de residuo*", cit., p. 222.

36 Benanti, C.: "Scioglimento della comunione legale e operatività della comunione differita", cit., p. 1063.

37 Cfr. Sorge, A.C.: "Sulla natura della comunione *de residuo*", cit., pp. 380-381; de Biase, P.: "Comunione *de residuo* sui beni d'impresa: una situazione giuridica variabile", cit., p. 676.

38 Lenti, M.R.: "Comunione *de residuo*. Controversa natura", *Vita not.*, 2016, p. 112 s.

V'è chi ha ritenuto che dovrebbe riconoscersi sui beni e sugli incrementi dell'impresa un diritto di credito, ove, invece, sui frutti e proventi di cui all'art. 177, lett. b) e c), c.c. il coniuge conseguirebbe un diritto di natura reale[39].

Diversamente opinando, altri hanno invece sostenuto che andrebbe attribuito al coniuge un diritto di natura reale nelle ipotesi di cui all'art. 177, lett. b) e c), nonché in quelle previste dall'art. 178 c.c., allorquando lo scioglimento della comunione legale abbia avuto luogo per morte dell'imprenditore, mentre in tutte le altre ipotesi di scioglimento il coniuge conseguirebbe un mero diritto di credito pari alla metà del valore di tali entità patrimoniali[40].

Altri ancora hanno, poi, sostenuto che sui beni destinati all'impresa si costituirebbe un diritto di comunione, mentre quando l'oggetto riguarda valori economici, la comunione legale si sostanzia nella nascita di un diritto di credito[41].

Per un'ultima impostazione, infine, si costituisce una contitolarità sui beni di cui all'art. 177, lett. b) e c), e all'art. 178 c.c., allorché viene meno il regime legale, ma si tratta di una comunione ordinaria e non legale, essendo a quel punto inapplicabili le relative regole[42].

Rilevanti, poi, sono anche alcuni approcci giurisprudenziali.

Nel 2000, la Corte di cassazione si è pronunciata in merito al rapporto tra scioglimento della comunione e dichiarazione di fallimento. È stato qui affermato – prescindendo dalla natura (reale o obbligatoria) del diritto del coniuge sui beni della comunione de residuo – che soltanto dopo la chiusura della procedura fallimentare sia possibile determinare l'oggetto della comunione de residuo. Pertanto, al di fuori dell'ipotesi del fallimento, al verificarsi di qualunque causa di scioglimento della comunione legale, la comunione *de residuo* non può avere riguardo ai beni destinati a confluirvi senza avere contemporaneamente riguardo alle passività che gravano sugli stessi beni, anche solo in virtù della garanzia generica *ex* art. 2740 c.c.[43].

39 Minacapilli, L.: "La disciplina dell'impresa coniugale", *Riv. not.*, 2002, p. 360.

40 de Biase, P.: "Comunione *de residuo* sui beni d'impresa: una situazione giuridica variabile", cit., p. 676, per il quale la morte dell'imprenditore rappresenta l'unica ipotesi in cui lo scioglimento della comunione legale coincide con la cessazione da parte dell'imprenditore dell'esercizio dell'attività di impresa e, dunque, il riconoscimento all'altro coniuge della contitolarità dei beni aziendali non lederebbe le libertà individuali e imprenditoriali.

41 Russo, E.: L'oggetto della comunione legale e i beni personali, cit., p. 456.

42 Finocchiaro, A e Finocchiaro, M.: *Diritto di famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 1984, p. 1121.

43 Cass. 9 marzo 2000, n. 2680, *Fall.*, 2001, p. 39 ss., per la quale, peraltro, essendo la dichiarazione di fallimento causa dello scioglimento, lo spossessamento del debitore (ed il sorgere del vincolo sui beni dello stesso) precede lo scaturire del coacquisto in favore del coniuge.

Per la Cassazione penale del 2010, poi, al momento dello scioglimento della comunione legale dei beni, al coniuge non imprenditore spetta soltanto un diritto di credito di natura personale pari alla metà del valore dei beni facenti parte della comunione de residuo sicché l'effettiva disponibilità, a titolo di proprietà, di detti beni, può essere attribuita al coniuge non imprenditore solo se vi sia stata cessazione dell'impresa o se il bene sia stato sottratto alla sua originaria destinazione attraverso la richiesta di divisione dei beni oggetto della comunione[44].

È in questo frastagliato panorama interpretativo che, con ordinanza interlocutoria n. 28872 del 2021[45], la Seconda Sezione civile ha rimesso alle Sezioni Unite la questione ermeneutica concernente la natura della comunione *de residuo*. Infatti, come rilevato, l'opzione ermeneutica all'uno o all'altro orientamento comporta delle "ricadute pratiche di non poco conto": rinvenendo qui una situazione di contitolarità in senso stretto dei beni cadenti in comunione residuale, quest'ultimi dovrebbero essere oggetto di divisione ai sensi dell'art. 192 c.c., "con evidenti problematiche nel computo di eventuali debiti aziendali"; diversamente, aderendo all'orientamento che riconosce la cogenza del nascente diritto di credito, restando esclusi dalla divisione i beni destinati all'esercizio dell'impresa, si salvaguarderebbe così "l'integrità aziendale e la disponibilità dei beni da parte del titolare dell'attività di impresa'"[46].

4. L'adesione delle Sezioni unite alla tesi del diritto di credito.

Nel maggio del 2022 le Sezioni unite della Corte di cassazione[47] hanno preso posizione sul tema, propendendo per la natura obbligatoria della comunione *de residuo*: in questa prospettiva, il coniuge non imprenditore non diviene comunista o contitolare, bensì ha "solamente" diritto a percepire una somma di valore pari al valore della quota di metà di detti beni.

La riflessione delle Sezioni unite trae spunto da un'analisi del panorama dottrinale e, soprattutto, giurisprudenziale esistente. Si dà, infatti, atto che l'approccio pragmatico finora adottato dalla giurisprudenza abbia fatto sì che "le soluzioni sinora date siano spesso prive di una adeguata ponderazione e vedano raggiunti esiti evidentemente contrapposti, senza che lo sviluppo cronologico delle decisioni possa far propendere per una evoluzione consapevole della giurisprudenza verso l'una o l'altra soluzione".

44 Cass. pen. 29 novembre 2010 n. 42182, *Fam. dir.*, 2011, 4, p. 371 ss., con nota di Oberto, G.: "Sulla natura della comunione residuale al momento della cessazione del regime legale".

45 Cass. 19 ottobre 2021 n. 28872, *Riv. not.*, 2021, 1, p. 49 ss.

46 Di Tuoro, A.R.: "Il rapporto tra impresa e famiglia nell'ambito del regime patrimoniale e la natura della comunione *de residuo*", cit., p. 222.

47 Cass. 17 maggio 2022 n. 15889, cit.

Peraltro, evocando l'art. 12, comma 1, disp. prel. c.c.[48], la Corte pone a confronto la menzionata formulazione dell'art. 177 c.c. con quella dell'art. 178 c.c.: come anticipato, si avrebbe qui un'ambiguità semantica, dalla quale però è ritenuto possibile inferire la precisa volontà del legislatore di sottoporre la comunione de residuo, e specialmente quella di impresa, ad un regime normativo diverso da quello ordinario.

Ciò posto, viene messa in luce una primaria considerazione di fondo, ossia che se, da un lato, la disciplina della comunione de residuo miri a realizzare le istanze solidaristiche e di perequazione fra i coniugi, fine della riforma del diritto di famiglia del 1975, dall'altro lato la stessa disciplina è chiamata a valorizzare anche le "legittime aspirazioni individuali, che non potrebbero essere del tutto mortificate, e ciò in quanto il matrimonio presuppone comunque il riconoscimento della persona e della sua sfera di autonomia come valore primario che gli istituti giuridici sono chiamati ad attuare, soprattutto ove l'attività individuale si rivolga all'esercizio dell'attività di impresa o professionale".

In questo senso, viene reputato quale inevitabile conseguenza logica e naturale di ciò il riconoscimento della natura creditizia del diritto dell'altro coniuge sui beni ricadenti nella comunione *de residuo*. Ciò, si afferma, per diverse ragioni.

Primariamente, la natura creditizia viene riconosciuta sulla base della recessività delle istanze solidaristiche dinanzi all'esigenza di altri concorrenti di soddisfarsi sul patrimonio della comunione. Il riconoscimento della natura di diritto reale alla comunione *de residuo*, infatti, potrebbe dar vita ad una situazione di incertezza, per i creditori e per i terzi, sulla titolarità dei cespiti aziendali[49].

Parimenti, facendo leva sul (non autosufficiente) dato testuale, per le Sezioni unite non è insormontabile il mancato richiamo al detto credito tra i rimborsi e restituzioni di cui all'art. 192 c.c., dovendosi ritenere la disciplina della comunione *de residuo* già completa nella sua articolazione: dunque, l'attribuzione del credito non lede le esigenze solidaristiche tra i coniugi, atteso che queste ultime proprio allo scioglimento della comunione sono in re ipsa attenuate

Inoltre, argomenta ancora la Corte, la sussistenza di diritto reale a favore del coniuge beneficiario mal si concilierebbe con la natura degli incrementi dell'azienda, che pur cadono in comunione *ex* art. 178 c.c., data la loro consistenza tendenzialmente immateriale.

48 Ma v., sul punto, Perlingieri, P.: "L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo *in claris non fit interpretatio*, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.

49 Di Tuoro, A.R.: "Il rapporto tra impresa e famiglia nell'ambito del regime patrimoniale e la natura della comunione *de residuo*", cit., p. 222.

Infine, per quanto qui rilevante, è stato affermato dalle Sezioni unite che il diritto di credito sorgente per effetto della comunione *de residuo* non è caratterizzato da alcuna causa di prelazione in ossequio all'articolo 2471 c.c., non essendo invocabile la causa di prelazione *ex* art. 189, secondo comma, c.c., il quale ultimo presuppone una comunione reale che in detta ipotesi non vige[50].

III. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE IN CHIAVE SISTEMATICA.

Sul solco delle argomentazioni della Suprema Corte, si intende ora esporre alcune riflessioni a margine di quanto sinora emerso.

La posizione delle Sezioni unite, infatti, sembra largamente condivisibile, non soltanto per una maggiore pragmaticità rispetto agli altri orientamenti finora evidenziati. I primi commenti autoriali, del resto, guardano con favore al pronunciamento[51]. Anche se, si noti, non è univoco se il regime cui queste si riferiscono sia da intendersi applicabile solo alla disciplina di cui all'art. 178 o anche a quella *ex* art. 177 lett. b) e c)[52]

La prima considerazione cui intende darsi risalto si pone sul versante della ragionevolezza sul piano applicativo[53].

Lo scioglimento della comunione può avvenire, fra le cause previste dall'art. 191 c.c., o per un mutamento di regime patrimoniale, o, più frequentemente, in occasione del fallimento o dello scioglimento del vincolo coniugale. V'è da chiedersi, e lo evidenziano da ultimo le Sezioni unite, come può ritenersi che il matrimonio si sciolga, ma permanga un diritto reale in comunione fra gli ex coniugi, particolarmente su un'attività d'impresa. Una tale interpretazione appare non solo controfunzionale, rispetto alla *ratio* e alla funzione della norma, ma, essenzialmente priva di razionalità: come potrebbero condurre insieme un'attività di impresa due soggetti che non intendono proseguire nel rapporto di coniugio – che, dunque, non sono più disposti a portare avanti la principale attività d'impresa umana? Ancora, quale funzione di tutela – nell'attuazione delle finalità di perequazione e solidarietà fra coniugi – potrebbe avere l'entrare in comunione su un'impresa in fallimento non è dato sapere.

50 Cfr. Oberto, G.: "La natura della comunione *de residuo* al momento della cessazione del regime legale", cit., par. 5 ss.

51 Scarano, N.: "La natura della comunione *de residuo ex* art. 178 c.c.", cit.; Di Tuoro, A.R.: "Il rapporto tra impresa e famiglia nell'ambito del regime patrimoniale e la natura della comunione *de residuo*", cit., p. 221 ss.; Sorge, A.C.: "Sulla natura della comunione *de residuo*", cit., p. 385 ss.

52 Scarano, N.: "La natura della comunione *de residuo ex* art. 178 c.c.", cit.; *contra*, propende per l'unitarietà del regime Sorge, A.C.: "Sulla natura della comunione *de residuo*", cit., p. 386.

53 Sull'applicabilità della ragionevolezza nell'attività ermeneutica, si vedano le riflessioni di Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 87 ss.

Parimenti, sul piano rimediale, deve considerarsi un ulteriore elemento dirimente: il riconoscimento di un diritto di credito in vece di un diritto reale non vanifica in alcun modo le aspettative vantate dal coniuge beneficiario *manente communione*: questi, infatti, certamente parteciperà e si gioverà del patrimonio oggetto di comunione residuale, ma il fatto di riconoscergli un diritto di credito consente di garantire la sopravvivenza dell'impresa, evitando pregiudizi per i creditori[54] e mantenendo, in una certa misura, in capo al coniuge imprenditore il frutto dei suoi sacrifici.

Peraltro, la soluzione sembra valida e coerente anche su un piano di analisi comparatistica.

Guardando, infatti, a quei sistemi da cui la comunione *de residuo* trae spunto, si può notare una certa preferenza degli altri ordinamenti europei per un sistema di compartecipazione "differita in termini di mero valore", con conseguente determinazione finale di un mero credito. Si pensi, in tal senso, ai regimi legali tedesco (*Zugewinngemeinschaft*) e svizzero (*Errungenschaftsbeteiligung*), quelli convenzionali di compartecipazione agli acquisti francese (*participation aux acquêts*), spagnolo (*régimen de participación*), catalano (*règim de participació en els guanys*) e belga (*séparation de biens avec clause de participation aux acquêts*)[55].

Più rare, infatti, sono le ipotesi in cui ordinamenti stranieri prevedono che il diritto maturato al momento della cessazione del regime si attui in una vera e propria contitolarità reale, ipotesi, tra l'altro, "che si inseriscono in contesti storici e culturali assai diversi dal nostro"[56].

1. Sulla attuazione della disciplina. Spunti ermeneutici.

Si desidera, in conclusione, condividere alcune riflessioni sull'attuazione dell'istituto in esame il quale, essendo sovente oggetto di riflessioni dottrinali e giurisprudenziali, come emerso ha dato luogo a numerose ed eterogenee posizioni.

Vi si è già fatto cenno: la *ratio* della comunione *de residuo* è quella di contemperare l'interesse alla condivisione degli incrementi patrimoniali dei coniugi in comunione con quello a garantire la libertà di autodeterminazione negoziale, specialmente in ambito imprenditoriale, in uno con l'esigenza di fluidità nella gestione dei rapporti[57].

54 Sorge, A.C.: "Sulla natura della comunione *de residuo*", cit., p. 386.

55 Oberto, G.: *La comunione legale tra i coniugi*, cit., p. 156 ss. Si noti, tra l'altro, che la concreta liquidazione del credito possa talora comportare, eccezionalmente, anche l'assegnazione di beni di un coniuge all'altro.

56 Oberto, G.: "La natura della comunione *de residuo* al momento della cessazione del regime legale", cit., par. 10, il quale richiama gli ordinamenti del Québec e dei Paesi Scandinavi.

57 Cipriani, N.: "La comunione *de residuo*", cit., p. 104.

Sussiste, per vero, la necessità di valorizzare e rendere compatibili le esigenze solidaristiche con quelle individuali nella dimensione familiare[58]. V'è da chiedersi, in questo senso, se sia auspicabile una rimeditazione di tale istituto, anche alla luce delle mutate esigenze sociali, economiche e familiari rispetto alla riforma del 1975. Se è innegabile che il regime della comunione legale abbia negli anni perso la sua centralità[59], una sua generale attualizzazione potrebbe recare nuovo vigore ad un regime patrimoniale dagli obiettivi di primaria rilevanza, *in primis* la perequazione e la tutela del coniuge più debole[60].

Invero, il regime della comunione *de residuo*, per quanto concerne la presente analisi, potrebbe, in concreto, risultare talvolta fonte di esiti iniqui. Esso, infatti, opera secondo un automatismo quasi sillogistico, per cui se si scioglie la comunione legale, allora i beni *ex* artt. 177, lett. b) e c), e 178 c.c. cadono in quella *de residuo*. E, tuttavia, non può farsi a meno di notare come l'ipotesi in cui a subire tale disciplina sia un modesto conto corrente risulti diversa da quella in cui si controverta in merito ad una piccola azienda o ad una grossa società. Ancora, non si distingue fra piccole, medie e grandi imprese. Da ultimo, tale istituto non contempla differenziazioni fra imprese in cui il coniuge non imprenditore abbia apportato un qualsivoglia contributo da quelle in cui questi non abbia avuto alcun ruolo.

Parallelamente, peraltro, deve anche considerarsi l'ipotesi per cui il coniuge beneficiario del diritto di credito sorgente dalla comunione residuale sia, altresì, beneficiario di assegno divorzile. Si avrebbe, in tal caso, una possibile, pur parziale, sovrapposizione fra 'emolumenti' con funzioni parzialmente sovrapponibili[61].

Invero, cercando di scrutare le "nuove frontiere del diritto di famiglia", secondo il nome del convegno valenciano nel cui contesto queste riflessioni sorgono, è d'uopo, quantomeno agli occhi di chi scrive, interrogarsi su come queste nuove frontiere possano essere meglio realizzate.

58 Perlingieri, P.: "Famiglia e diritti fondamentali della persona", in Id., *La persona e i suoi diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 367 ss.

59 L'ultima analisi ISTAT disponibile (aggiornata al 2020) mostra una netta prevalenza del regime della separazione dei beni (69095 matrimoni i cui coniugi hanno optato per il regime della separazione, *versus* i 27746 in comunione), fenomeno in crescita da almeno dieci anni (cfr. *Regime patrimoniale*, *dati.istat.it*, ove i dati aggiornati al 2020, e l'analisi sempre dell'ISTAT *Il matrimonio in Italia – 2009-2010*, *istat.it*, 18 maggio 2011). Cfr. anche Mancino, D.: "Matrimoni, amore e comunione dei beni. Cosa sta accadendo?", *infodata. ilsole24ore.it*, 20 aprile 2018.

60 Per una nuova valorizzazione del regime della comunione legale fra coniugi, alla luce dell'assiologia ad essa sottesa, v. Scarpa, D.: *Comunione legale tra coniugi. Flessibilità tipologica e tutele ordinamentali*, cit., *passim*, spec. pp. 55 ss., 100 ss., 129 ss.

61 V. sul tema, anche per ulteriori riferimenti, Garofalo, G.: "Dal tenore di vita all'autosufficienza economica: spunti di riflessione della "nuova" stagione dell'assegno divorzile", *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 532 ss., nota a Trib, Roma 21 luglio-11 settembre 2017.

Dunque, nell'ottica di un'ermeneutica che possa soddisfare al meglio le sempre nuove istanze di giustizia dei consociati[62], maggiore attenzione andrebbe posta all'attuazione in concreto di tale istituto.

La disciplina della comunione *de residuo* pare configurarsi quale regime inderogabile[63], anche in ragione dell'automatismo che connota la disciplina stessa[64]. Così, se le 'sperequazioni' di fatto possono, evidentemente, connotare più in generale il meccanismo stesso della comunione fra coniugi[65] (ed è realistico assumere che, teoricamente, ciò sia oggetto della valutazione compiuta dai nubendi al momento della scelta del regime[66]), diverso è a dirsi per il potenziale 'conflitto' con l'assegno divorzile.

Infatti, se alla base della comunione *de residuo* può individuarsi l'esigenza di assicurare al coniuge non titolare una parte dei beni individuati dalle citate norme, "in ragione del fatto che l'accumulo e la conservazione del *residuum* sarebbero conseguenza dell'attività di entrambi i coniugi" in quanto anche il coniuge non titolare contribuirebbe alla formazione del *residuum* tramite il proprio impegno in attività non remunerative utili alla comunità familiare[67] potrebbe forse riflettersi sull'opportunità di modulare l'assegno anche alla luce della effettiva quantificazione del diritto di credito di cui alla comunione differita.

62 Sulla necessità di un'interpretazione attenta agli interessi e alle istanze rimediali sottesi al singolo caso concreto, v. l'ampia riflessione prospettata da Perlingieri, P.: "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 7 ss., e, di recente, Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, vol. IV, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 297 ss.

63 Cfr. Cass. 19 settembre 2005 n. 18456, *Giust. civ.*, 2006, p. 2458 ss., con nota di Tomarchio, V.: "Sulla comunione *de residuo* degli acquisti", pronunciamento che esclude l'applicazione analogica dell'art. 179, comma 2, c.c. allorquando debba applicarsi la disciplina della comunione *de residuo*; Oberto, G.: "Mutuo dissenso e liberalità nel regime di comunione legale", *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1122, nota 7. Mottola, F.: "beni personali e comunione *de residuo*: due discipline a confronto", *Fam. dir.*, 2006, p. 176, richiamando Cass. 29 novembre 1986 n. 7060, cit., afferma che "qualora i coniugi intendano, invece, escludere anche dalla comunione *de residuo* il bene destinato all'impresa di uno di essi, per assecondare questa scelta non sarà sufficiente rendere quella dichiarazione che l'art. 179 c.c. disciplina in relazione ai beni personali, rendendosi piuttosto necessario attuare la più radicale via della completa modifica dell'intero regime patrimoniale della famiglia".

64 Cfr. Albanese, A.: "Famiglia e impresa dopo la legge n. 76 del 2016 su unioni civili e convivenze", *Contr. impr.*, 2019, p. 1602 s.; Morcavallo, F.: "Cause di scioglimento della comunione legale tra i coniugi e comunione *de residuo*: problemi vecchi e nuovi a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia", *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 616 ss.; Oberto, G.: *I contratti della crisi coniugale*, Giuffrè, Milano, 1999, I, p. 164 s.

65 Potrebbe sul punto approfondirsi la possibilità di valorizzare l'art. 192 c.c., "Rimborsi e restituzioni", che al comma 3 regola "la restituzione delle somme prelevate dal patrimonio personale ed impiegate in spese ed investimenti del patrimonio comune", anche alla luce del ruolo di entrambi i coniugi nella produzione o nel mantenimento dei beni di cui agli art. 177, comma 1, lett. b) e c), e 178 c.c. Pur con i dovuti distinguo, si pensi al regime germanico della *Zugewinngemeinschaf*, per il quale al momento dello scioglimento del matrimonio, si attua un pareggiamento degli incrementi patrimoniali attraverso un diritto di credito del coniuge che ha realizzato incrementi minori verso l'altro.

66 Ugualmente, non si nega l'utilità di una rimeditazione dei criteri di quantificazione del diritto di credito di cui alla comunione residuale, in una prospettiva onnicomprensiva che sia idonea, ove necessario e possibile, a dare risalto alle diverse variabili che possono qui venire in rilievo.

67 Così, richiamando altri autori, Morcavallo, F.: "Cause di scioglimento della comunione legale tra i coniugi e comunione *de residuo*", cit., p. 619 ss.

Qui, posta la dibattuta natura di questo[68], non può escludersi, nel solco di quella giurisprudenza attenta al contributo apportato al *ménage* familiare[69], la necessità di siffatta ponderazione allorquando il coniuge beneficiario della comunione *de residuo* sia altresì destinatario dell'assegno divorzile, nell'ottica di evitare potenziali superfetazioni compensative. La stessa Cassazione, del resto, ha proprio di recente evidenziato la necessità che, nella ponderazione della dimensione compensativa dell'assegno, dovrà valutarsi il fatto che abbia o meno "già trovato la sua soddisfazione dentro il matrimonio, con la stessa scelta del regime patrimoniale, o con gli accordi intervenuti spontaneamente tra i coniugi o mediati dai loro avvocati al momento del divorzio, per risolvere autonomamente le ricadute economiche della crisi matrimoniale"[70].

In chiave comparatistica, poi, degna di nota sembra la previsione di cui all'art. 1411 del Codigo Civil spagnolo relativamente alla "*participación en las ganancias*". In accordo a tale norma, la partecipazione agli utili dell'altro coniuge avverrà solo alla fine del "*régimen económico matrimonial de participación*", momento in cui i coniugi saranno reciprocamente obbligati a partecipare ciascuno ai benefici ottenuti dall'altro durante la vigenza del regime. In funzione di ciò – ed è questo l'aspetto che si ritiene utile mettere in rilievo – al momento della stipula del regime entrambi i coniugi devono stabilire la percentuale di partecipazione alla quale ciascuno dei coniugi parteciperà agli utili dell'altro; Tuttavia, si noti altresì che tale percentuale di partecipazione deve essere la medesima per entrambi i coniugi, mentre, nel caso in cui vi siano discendenti non comuni, può essere pattuita solo la metà della quota degli utili[71].

Siffatto regime, anch'esso fondato sul bilanciamento tra principio di solidarietà ed autonomia in ambito economico-coniugale, prevede una maggiore negozialità dei coniugi, in ragione del margine di scelta della quota di partecipazione.

Tale soluzione si segnala nella misura in cui, in una prospettiva sia ermeneutica che *de iure condendo*, nel prisma delle istanze fondamentali qui rilevanti – la solidarietà fra coniugi, l'autonomia negoziale, la libertà di impresa – potrebbe consentire non soltanto un più equo approccio alla determinazione del *quantum* , ma, soprattutto, anche una prospettiva rimediale più rispondente alle concrete esigenze di giustizia fatte valere dai coniugi.

68 V., *amplius*, Garofalo, G.: "Dal tenore di vita all'autosufficienza economica: spunti di riflessione della "nuova" stagione dell'assegno divorzile", cit., p. 540 ss.

69 V. primariamente Cass., Sez. un., 11 luglio 2018 n. 18287, *Giur. it.*, 2018, p. 1843 ss., con nota di C. Rimini, "Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa". Cfr. Garofalo, G.: "Dal tenore di vita all'autosufficienza economica: spunti di riflessione della "nuova" stagione dell'assegno divorzile", cit., p. 532 ss.

70 Cass., Sez. un., 5 novembre 2021 n. 32198, *Dir. fam. pers.*, 2021, p. 1657 ss.

71 Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, Arrébola Blanco, A.: "¿Qué ha sido del régimen de participación en las ganancias?", *idibe.org*, 14 aprile 2021, e Id.: "El patrimonio inicial deficitario en el régimen de participación en las ganancias: una lectura a propósito de la propuesta de código civil", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, 10 *bis*, p. 676 ss.

Non è questa la sede per un approfondimento specifico in tal senso. Ciononostante, tali spunti si auspica possano concorrere a realizzare una specifica concretizzazione (*i.e.* quantificazione) del diritto di credito menzionato che consenta di rimediare alle possibili iniquità *de facto* che un'applicazione formalistica della disciplina di riferimento potrebbe porre in essere. In questo senso, mirando ad un'attuazione ponderata e armonica dei princípi ordinamentali, si reputa possibile (contribuire a) rinvigorire l'attualità e l'equità sostanziale della disciplina della comunione *de residuo*.

BIBLIOGRAFIA.

Albanese, A.: "Famiglia e impresa dopo la legge n. 76 del 2016 su unioni civili e convivenze", *Contr. impr.*, 2019.

Auletta, T.: *La comunione legale*, in *Tratt. dir. priv.* (diretto da M. Bessone), III, Giappichelli, Torino, 2011.

Auletta, T.: *Il diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2022.

AA.VV.: *La comunione legale* (a cura di C.M. Bianca), Giuffrè, Milano, 1989.

Benanti, C.: "Scioglimento della comunione legale e operatività della comunione differita", *Familia*, 2005.

Bocchini, F.: *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, Napoli, 1985.

Busnelli, F.D.: "La «comunione legale» nel diritto di famiglia riformato", *Riv. not.*, 1976, p. 42.

Cannavale, A.: "Comunione legale e impresa individuale di uno dei coniugi (o impresa gestita da uno dei coniugi in forma di società di persone)", *Vita not.*, 1997.

Cavallaro, M.: "La c.d. comunione *de residuo* fra garanzia dell'autonomia individuale e «vanificazione» dei fini della comunione", in AA.VV.: *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 147 ss.

Cian, G., Villani, A.: "Comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)", in *Noviss. Dig. it.*, *App.*, II, Utet, Torino, 1981.

Cipriani, N.: "I proventi dell'attività separata dei coniugi tra comunione immediata e comunione de residuo", *Giur. it.*, 1996, p. 907 ss.

Cipriani, N.: "La comunione *de residuo*", in AA.VV.: *Manuale di Diritto di famiglia* (a cura di G. Carapezza Figlia, N. Cipriani, G. Frezza, G. Perlingieri e P. Virgadamo), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

Corsi, F.: *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. dir. civ.* Cicu-Messineo, I, Giuffrè, Milano, 1979.

de Biase, P.: "Comunione *de residuo* sui beni d'impresa: una situazione giuridica variabile", *Dir. fam. pers.*, 2013, 2, p. 676 ss.

De Rubertis, G.: "Comunione legale di azienda e società di fatto", *Vita not.*, 1979, p. 181 ss.

De Rubertis, G.: "Pubblicità immobiliare e rapporti patrimoniali fra i coniugi", *Vita not.*, 1984, p. 50 ss.

Di Martino, P.: *La comunione legale tra i coniugi*, in *Tratt. dir. fam.* Bonilini e Cattaneo, II, 2a ed., Utet, Torino, 2007.

Di Tuoro, A.R.: "Il rapporto tra impresa e famiglia nell'ambito del regime patrimoniale e la natura della comunione *de residuo*", *Riv. not.*, 2022, p. 218 ss.

Falcioni, L.: "Il coniuge imprenditore individuale", *Riv. not.*, 1997.

Finocchiaro, A e Finocchiaro, M.: *Diritto di famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 1984.

Gabrielli, G.: "Regime patrimoniale della famiglia", in *Dig., Disc. priv., Sez. civ.*, XVI, Utet, Torino, 1997.

Galasso, A., e Tamburello, M.: *Regime patrimoniale della famiglia. Artt. 159-230*, I, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1999.

Galasso, A.: *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 2003.

Garofalo, G.: "Dal tenore di vita all'autosufficienza economica: spunti di riflessione della "nuova" stagione dell'assegno divorzile", *Dir. fam. pers.*, 2018.

Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, p. 379 ss.

Grassetti, F.: "*Sub* art. 156 c.c.", in AA.VV.: *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (a cura di G. Carraro, G. Oppo e A. Trabucchi), Cedam, Padova, 1996, p. 303.

Lenti, M.R.: "Comunione *de residuo*. Controversa natura", *Vita not.*, 2016.

Minacapilli, L.: "La disciplina dell'impresa coniugale", *Riv. not.*, 2002.

Morcavallo, F.: "Cause di scioglimento della comunione legale tra i coniugi e comunione *de residuo*: problemi vecchi e nuovi a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia", *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 619 ss.

Mottola, F.: "Beni personali e comunione *de residuo*: due discipline a confronto", *Fam. dir.*, 2006.

Oberto, G.: "Mutuo dissenso e liberalità nel regime di comunione legale", *Riv. dir. civ.*, 2019.

Oberto, G.: *I contratti della crisi coniugale*, Giuffrè, Milano, 1999.

Oberto, G.: *La comunione legale tra i coniugi. Storia, natura,* ratio e *oggetto. Comunione* de residuo e *beni personali*, in *Tratt. dir. civ.* Cicu-Messineo, I, Giuffrè, Milano, 2010.

Oberto, G.: "La natura della comunione *de residuo* al momento della cessazione del regime legale", *Giur. it.*, 2022.

Paladini M.: Sub *artt. 177* e *178*, in *Della famiglia* (a cura di L. Balestra), in *Comm. c.c.* Gabrielli, Giuffrè, Milano, 2010.

Parente, F.: "Struttura e natura della comunione residuale nel sistema del codice riformato", *Foro it.*, 1990, I, 2333 ss.

Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

Perlingieri, P.: "Famiglia e diritti fondamentali della persona", in Id., *La persona e i suoi diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 367 ss.

Perlingieri, P.: "L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo *in claris non fit interpretatio*, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.

Perlingieri, P.: "Sui rapporti personali nella famiglia", *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 1262 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, vol. IV, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

Prisco. I.: "Famiglia di fatto e impresa familiare. Dalla valutazione degli interessi da tutelare all'individuazione della disciplina applicabile", in A.A.V.V.: *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche* (a cura di G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia), I, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012.

Quadri, E.: "Il regime patrimoniale della famiglia nella prospettiva dell'autonomia privata", *Giust. civ.*, 2014, p. 98 ss.

Restuccia, A.: "I beni destinati all'esercizio dell'impresa della comunione *de residuo* nella disposizione dell'art. 178 c.c.", *Riv. not.*, 2007, p. 857 ss.

Rimini, C.: *Acquisto immediato e differito nella comunione legale tra coniugi*, Cedam, Padova, 2001

Russo, E.: L'oggetto della comunione legale e i beni personali, in Comm. c.c. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1999.

Santosuosso, F.: *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, Utet, Torino, 1983, p. 177 s.

Scarano, N.: "La natura della comunione *de residuo ex* art. 178 c.c.", *GiustiziaCivile.com*, 22 agosto 2022.

Scarpa, D.: *Comunione legale tra coniugi. Flessibilità tipologica e tutele ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

Schlesinger, P.: *Della comunione legale*, in AA.VV.: *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (a cura di L. Carraro, G. Oppo e A. Trabucchi), I, Cedam, Padova, 1992.

Sorge, A.C.: "Sulla natura della comunione *de residuo*", *Notariato*, 4, 2022, p. 365 ss.

Spitali, E.: *Il regime legale. L'oggetto*, in *Tratt. dir. fam.* (diretto da P. Zatti), Giuffrè, Milano, 2002, p. 136 s.

Spotti, F., e Ghidoni, L. (agg.): "*Sub* art. 178", in AA.VV.: *Codice Civile commentato* online (a cura di G. Bonilini, M. Confortini e C. Granelli, coord. M. Dossetti,), *OneLegale*.

Spotti, F., Ghidoni, L. (agg.): "*Sub* art. 177", in AA.VV.: *Codice Civile commentato* online (a cura di G. Bonilini, M. Confortini e C. Granelli, coord. M. Dossetti), *Onelegale*.

Stanzione, P.: "Comunione legale tra coniugi e responsabilità per le obbligazioni assunte", *Dir. fam. pers.*, 1984, p. 1091 ss.

Tanzi, M.: "Beni destinati all'impresa del coniuge e comunione legale", in AA.VV.: *La comunione legale*, Giuffrè, Milano, 1989.



FINALITÀ DI PROTEZIONE E CARATTERE INDEROGABILE DELLA DISCIPLINA ITALIANA DELL'IMPRESA FAMILIARE NEL CONTESTO EUROPEO

PURPOSE OF THE PROTECTION AND MANDATORY NATURE OF THE ITALIAN DISCIPLINE OF FAMILY BUSINESS IN THE EUROPEAN CONTEXT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1598-1629

Gaetano
GUZZARDI

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il concetto di impresa familiare ruota, pressoché in termini generali nel panorama europeo, intorno a tre elementi essenziali, ossia il legame familiare, l'assetto proprietario e lo svolgimento di un'attività di impresa. Difetta, invece, una disciplina organica e armonizzata, nonostante le iniziative già intraprese nell'àmbito della strategia sviluppata nello Small Business Act. Il contributo intende pertanto segnalare gli aspetti più significativi della disciplina italiana, mettendo in evidenza, in particolare, le finalità protettive e il carattere inderogabile dell'art. 230 bis c.c. Questo quadro ricostruttivo induce infatti a ritenere invocabile l'istituto dell'impresa familiare ogni qualvolta si accerti che il ricorso a differenti schemi negoziali o l'interposizione di un diaframma societario traducano una volontà elusiva dell'esercente l'attività d'impresa, finalizzata ad attribuire al familiare un trattamento deteriore rispetto a quello normativamente disposto.

PALABRAS CLAVE: Impresa familiare; tutela del lavoro del familiare; rapporto di parentela; compatibilità con la disciplina societaria.

ABSTRACT: *The concept of a family business revolves, almost in general terms in the European framework, around three essential elements, namely the family bond, the ownership structure and the conduct of a business. On the other hand, an organic and harmonized discipline is lacking, despite the initiatives already undertaken as part of the strategy developed in the Small Business Act. The contribution, therefore, intends to highlight the most significant aspects of the Italian discipline, by highlighting, in particular, the protective and the mandatory nature of article 230 bis of the Italian Civil Code. This reconstructive framework induces, in fact, to consider the institution of the family business to be invokable whenever it is ascertained that the use of different negotiating schemes or the interposition of a corporate diaphragm translate an elusive will of the business operator, aimed at attributing to the family member an inferior treatment than the one provided by law.*

KEY WORDS: *Family business; protection of the work of the family member; family relationship; compatibility with corporate regulations.*

SUMARIO.- I. I TRATTI DISTINTIVI PER UNA DISCIPLINA COMUNE DELL'IMPRESA FAMILIARE.- II. LE FINALITÀ PROTETTIVE DELL'ISTITUTO NELLA REGOLAZIONE ITALIANA.- III. CARATTERE RESIDUALE DEL MODELLO LEGALE E NATURA INDIVIDUALE DELL'ATTIVITÀ DI IMPRESA.- IV. LA PRESUNTA (INFONDATA) INCOMPATIBILITÀ CON LA FORMA SOCIETARIA RISPETTO AL RICONOSCIMENTO DELLE TUTELE DEI PARTECIPANTI.

I. I TRATTI DISTINTIVI PER UNA DISCIPLINA COMUNE DELL'IMPRESA FAMILIARE.

Nel gennaio 2015 il Comitato economico e sociale europeo (CESE) ha avviato uno studio sul tema dell'impresa familiare in Europa, in ragione della assoluta centralità del fenomeno del lavoro nell'àmbito di imprese di famiglia nelle economie dei Paesi membri, se solo si consideri che interessa oltre il 60% delle imprese operanti nell'UE che occupano, peraltro, circa il 45% del totale della forza lavoro[1].

Già nello Small Business Act si provvedeva a esortare gli Stati membri a favorire le occasioni di business "per imprenditori e imprese familiari"[2], anche in considerazione della riscontrata maggiore capacità di resistenza di queste ultime a periodi di prolungata crisi economica, in forza di un solido sistema valoriale che le pervade, alimentato da un più stretto rapporto fiduciario tra i partecipanti e da una maggiore attenzione al c.d. "rischio reputazionale" e all'etica del lavoro, che significative ricadute determinano anche sul versante della c.d. responsabilità sociale d'impresa[3].

Non è un caso se il management delle imprese familiari, in particolare nel panorama europeo, sia particolarmente attento al tema della sostenibilità economica e, conseguentemente, a evitare investimenti altamente speculativi,

1 I risultati dell'indagine sono stati resi noti nel "parere d'iniziativa" sul tema "L'impresa familiare in Europa come fattore di rilancio della crescita e fonte di migliori posti di lavoro", reso dalla sezione specializzata Mercato unico, produzione e consumo del Comitato in data 14 luglio 2015 e consultabile all'indirizzo *https://eur-lex.europa.eu*.

2 Il corsivo è nostro a sottolineare come nello *Small Business Act*, approvato con COM(2008) 394 *final* e consultabile all'indirizzo *https://eur-lex.europa.eu*, si faccia riferimento all'impresa familiare come a un modello "altro" rispetto a quelli tradizionalmente riconducibili nell'alveo dei modelli imprenditoriali, mettendone così in risalto peculiarità e potenzialità. In àmbito extra-UE il fenomeno, per certi versi, è addirittura più rilevante se si consideri che il capitalismo familiare è diffuso in tutto il mondo, rappresentando le imprese a controllo familiare oltre l'85% delle imprese attive, che contribuiscono alla formazione del PIL per oltre il 70%, assorbendo circa il 65% della forza lavoro. Per un approfondimento sul punto Dessì, C. e Floris, M.: *Le imprese familiari. Fisionomia di un fenomeno in evoluzione*, Franco Angeli, Milano, 2017, p. 21 ss.; Ragazzi, G.E.: "La Empresa Familiar", in AA.VV.: *Derecho Societario, in Memoriam de José A. Ferro Astray* (a cura di B. Bugallo e A. Millar), Faira, Montevideo, 2007, p. 4 ss.

3 Sul tema nella letteratura socio-economica, ampiamente, Argiolas, G.: *Il valore dei valori. La governance nell'impresa socialmente orientata*, Città nuova, Roma, 2014, p. 79 ss.; Zamagni, S.: *Impresa responsabile e mercato civile*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 11 ss.; Aronoff, C.E. e Ward, J.L.: *Family business values. How to assure a Legacy of continuity and success*, Palgrave Macmillan, New York, 2011, *passim*; già Aupperle, K.E., Carroll, A.B. e Hatfield, J.D.: "An Empirical Investigation of the Relationship between Corporate and Social Responsibility and Profitability", *Academy of Management Journal*, 1985, p. 450 ss.

• Gaetano Guzzardi
Ricercatore di Diritto privato nell'Università degli Studi di Catania. Avvocato. E-mail: guzzardi@lex.unict.it

manifestando, piuttosto, una certa propensione a perseguire obiettivi di medio e lungo periodo, per lo più facendo ricorso a capitali propri, nell'àmbito di strutturati programmi di sviluppo in cui non si sottovaluta il tema centrale della trasmissione dell'azienda alle generazioni successive[4].

Pur a fronte di una così netta centralità del family business nell'economia (non soltanto) dei Paesi UE, è ancora tutto da scrivere il percorso finalizzato all'individuazione, seppur per grandi linee, di una disciplina comune agli Stati membri; il punto di partenza, in ogni caso, non può che essere rappresentato dalla verifica di eventuali tratti ricorrenti nelle diverse esperienze nazionali e dall'elaborazione di una definizione comune di "impresa familiare".

Caratteri distintivi del modello di impresa familiare, utili per la stessa formulazione di una definizione comune, vengono tradizionalmente considerati: a) la titolarità dell'impresa o della maggioranza dei diritti di voto in assemblea in capo a componenti di un medesimo gruppo familiare; b) il coinvolgimento di almeno un rappresentante della famiglia nell'amministrazione dell'impresa; c) nel caso di società quotate, la possibilità di esercizio di almeno il 25% dei diritti di voto (spettanti in ragione del capitale detenuto) da parte di componenti della famiglia[5]. Proprio le difficoltà nell'individuare, innanzitutto, una definizione comune a livello sovranazionale di impresa familiare è stata individuata come la principale causa della ritrosia degli Stati e delle Istituzioni comunitarie a considerare la stessa quale compiuta forma organizzativa dell'attività d'impresa[6].

Volgendo lo sguardo, prevalentemente, alle esperienze maturate nell'ordinamento spagnolo e in quello italiano, anche in ragione dell'occasione di studio da cui traggono origine queste brevi riflessioni, emerge come in Spagna, a livello legislativo, cenni sul concetto di impresa familiare si rinvengano soltanto in àmbito tributario, con riguardo a taluni aspetti inerenti all'individuazione di quei presupposti per l'ottenimento dell'esenzione dell'imposta sul patrimonio e di una significativa riduzione (circa il 95%) dell'imposta di successione nel caso di trasferimento dell'azienda a componenti del gruppo familiare[7].

4 Sul punto Meroño Cerdán, A.: "Determinantes de la continuidad en la Empresa Familiar", *Cuadernos de Trabajo Cátedra de Empresa Familiar Mare Nostrum*, 2020, 1, p. 2 ss.; Dessì, C. e Floris, M.: "The importance of values in family businesses in spreading ethical business paradigms", in AA.VV.: *Integrity in Organizations. Bulding the Foundations for Humanistic Management* (a cura di W. Amann e A. Stachowicz-Stanusch), Palgrave Macmillan, New York, 2012, *passim*; Dyer, W.G., "Examining the family effect on firm performance", *Family Business Review*, 2006, p. 253 ss.

5 Indicazioni anche in Ferrante, A.: "Aportaciones comparativas para la definición jurídica de un instituto: la empresa familiar en Italia", *Revista de Derecho de Sociedades*, 2004-2, p. 466.

6 Sul punto Molina Parra, P.A., Botero Botero, S. e Montoya Monsalve, J.N.: "Empresas de familia: conceptos y modelos para su análisis", *Pensamiento & Gestión*, 2016, 41, pp. 116 ss., ove anche una disamina di oltre venti differenti possibili definizioni di "impresa familiare"; sulla configurabilità (anche in via presuntiva, sebbene comunque non automatica) dell'impresa familiare nell'ordinamento italiano si rinvia alle indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali di cui alle nt. 27-28.

7 Sul punto cfr. Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones; Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio; nonché la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, de la Dirección General de Tributos, relativa a la aplicación de las reducciones en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en materia de vivienda habitual y empresa familiar. Secondo le rilevazioni

È diffusa, non a caso, la considerazione che trattasi di un concepto metajurídico[8], innanzitutto sociológico[9], in cui un ruolo centrale riveste senz'altro il legame familiare (e affettivo) tra i partecipanti, nonché l'attribuzione di profili strategici e di responsabilità ai componenti della famiglia tenuto conto delle attitudini e aspirazioni degli stessi[10].

Il patrimonio delle imprese familiari, faticosamente costruito nel corso di generazioni, infatti, deve ritenersi composto anche da attività illiquide, quali relazioni, know-how e tradizioni, da trasferire alle generazioni future[11]; esigenza quest'ultima che si contrappone, per certi versi, a quella (altrettanto pressante) di allargare la compagine sociale, o comunque la governance aziendale, coinvolgendo soggetti terzi, estranei alla famiglia, ma che risultino in possesso di quelle competenze mancanti o in grado di apportare ulteriori capitali[12]. La promozione delle imprese familiari – a questo proposito, rileva ancora il CESE – dovrebbe passare anche da una vera e propria iniezione di capitale pubblico, tramite fondi di investimento pubblici, a cui non corrisponderebbero diritti di voto, sulla falsa riga proprio del modello spagnolo di cui alla Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

A fronte della rilevanza socio-economica del fenomeno del lavoro nell'impresa di famiglia e delle implicazioni che la sussistenza di un legame di tipo familiare tra

dell'"Instituto de la Empresa Familiar" – organizzazione statale indipendente senza scopo di lucro fondata a Barcelona nel 1992 –, in Spagna le imprese familiari rappresenterebbero il 90% delle società attive, responsabili del 60% del PIL e in grado di dare occupazione a oltre il 70% degli occupati nel settore privato; sul punto cfr. le statistiche consultabili all'indirizzo *www.iefamiliar.com*; nonché AA.VV.: *El protocolo familiar: Consejos prácticos para su elaboración*, Villena Artes Gráficas, Madrid, 2019, p. 5.

8 Iglesias Prada, J.L.: "El proyecto de ley de sociedades de responsabilidad limitada y la empresa familiar", *Revista General de Derecho*, 1994, p. 5417.

9 Rodriguez Artigas, F.: "Sociedad de Responsabilidad Limitada y Empresa Familiar", *Revista de Derecho de Sociedades*, 2003, p. 17.

10 Meritoria risulta, in ogni caso, l'iniziativa intrapresa in Spagna dall'*Administración General del Estado*, con la collaborazione dell'*Agencia Estatal Boletín Official del Estado*, di raccogliere in un *Código electrónico* (consultabile all'indirizzo *www.boe.es/biblioteca_juridica*) l'intera *Legislación de la Empresa Familiar*, appunto denominato *Código de la Empresa Familiar*, la cui ultima edizione è aggiornata al 9 maggio 2022. Segnatamente, trattasi di una raccolta di leggi e provvedimenti (sia riconducibili alla *Normativa Estatal* sia alla *Normativa Autonómica*) di interesse per le società di tipo familiare in quanto aventi a oggetto peculiarità e facilitazioni alle medesime esclusivamente riservate, di tipo organizzativo-gestionale, fiscale o avuto riguardo a profili successori.

11 Secondo i dati raccolti dall'*Instituto de la Empresa Familiar* (sempre consultabili all'indirizzo *www.iefamiliar.com*), in Spagna, soltanto il 25% delle imprese familiari riesce a mantenere la propria identità in occasione del primo passaggio generazionale e appena il 9% riesce a raggiungere la terza generazione; tra le principali problematiche, senz'altro, la difficoltà di coinvolgere i più giovani – spesso attratti da nuovi temi e occasioni professionali – nel *core business* dell'azienda, specie se legato ad ambiti e settori della tradizione, nonché il deterioramento delle relazioni familiari e una non compiuta definizione delle dinamiche intercorrenti tra titolarità e *governance* dell'azienda. Il dato è sensibilmente inferiore alla media europea (30% di imprese familiari supera il primo passaggio generazionale e solo il 10% supera anche il secondo). Il dato italiano, almeno secondo il rapporto *Istat* 2021 sullo stato delle imprese (consultabile all'indirizzo *www.istat.it*), invece, sembra in controtendenza rispetto alla stessa media europea se solo si consideri che il passaggio da una generazione all'altra per tre imprese su quattro ha consentito di mantenere invariato il ruolo della famiglia proprietaria o controllante e in quasi il 20% dei casi ha rappresentato un rafforzamento; la quota di imprese che ne rilevano una riduzione o perdita è, in media, solo del 7%.

12 Anche il modello spagnolo dell'impresa familiare, infatti, si discosta da quello noto nelle esperienze latinoamericane come *sociedad cerrada*, in cui significativo valore assume la partecipazione di uno o più soci, in ragione delle competenze o dell'attività svolta, ma non necessariamente in ragione dell'eventuale legame di parentela con gli altri soci o i collaboratori; sul punto cfr. Ragazzi, G.E.: "La Empresa Familiar", cit., p. 15.

i soci o tra questi e il management può determinare nella gestione dell'azienda, nell'ordinamento spagnolo si tende a sopperire all'assenza di un'organica disciplina legislativa di riferimento, facendo spesso ricorso a strumenti di natura pattizia. Il riferimento è alla prassi di demandare a un accordo negoziale (il c.d. Protocolo familiar), sottoscritto dai membri della famiglia coinvolta nella gestione dell'azienda, la regolazione degli aspetti più rilevanti per l'impresa, così da predeterminare procedure e metodologie per l'assunzione delle decisioni (innanzitutto, all'interno del gruppo familiare), pianificare le strategie aziendali e internalizzare il più possibile la gestione di quei conflitti che inevitabili ricadute avranno sulla stessa gestione della società.

Seppur non espressamente regolato dall'ordinamento spagnolo, anche in ossequio all'origine anglosassone dell'istituto, qualche riferimento normativo in proposito è rinvenibile nel R.D. 9 de febrero 2007, n. 171, con riguardo alle forme di pubblicità del protocolo nel Registro delle imprese. Nella Exposición de Motivos del Regio decreto, in particolare, ben si evidenzia la funzione del patto, il quale, oltre ad assicurare un miglior governo dell'azienda di famiglia, costituisce spesso una garanzia aggiuntiva per i terzi – siano essi gli altri soci, i creditori o gli investitori –, perché in grado di fornire informazioni aggiuntive in ordine alla solidità del progetto imprenditoriale, all'impegno della famiglia nelle attività dell'azienda e alle prospettive di sviluppo[13].

II. LE FINALITÀ PROTETTIVE DELL'ISTITUTO NELLA REGOLAZIONE ITALIANA.

Nell'ordinamento italiano, invece, con un'apposita novella al codice civile in occasione dell'importante riforma del diritto di famiglia del 1975, si è provveduto a introdurre un'apposita disciplina in tema di impresa familiare[14], sebbene all'esclusivo fine di predisporre un apparato di tutele (invero tanto complesso quanto approssimativo)[15] per garantire dignità giuridica al lavoro nell'azienda di

13 Per un approfondimento sul punto, anche in ordine alla rilevanza giuridica del *protocolo* e al (non agevole) relativo coordinamento con le norme statutarie, AA.VV.: *El protocolo familiar*, cit., p. 189 ss.; Pavón Sáez, M.: *Protocolo Familiar: estructura y contenido*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, *passim*; García Companys, A.: "El Protocolo Familiar: La solución jurídica para la empresa familiar", *Cuadernos Prácticos de Empresa Familiar*, 2017, 5, p. 5 ss.; Camisón Zornoza, C. e Ríos Navarro, A.: *El protocolo familiar: metodologías y recomendaciones para su desarrollo e implantación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 10 ss.; Valmaña Cabanes, A.J.: *El régimen jurídico del protocolo familiar*, Comares, Granada, 2015, *passim*; Fernández-Tresguerres García, A.: "Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar", *Revista de Derecho de Sociedades*, 2002, p. 89.

14 Un'esperienza analoga si riscontra nell'ordinamento rumeno, nonché in Ungheria, sebbene avuto riguardo esclusivamente all'impresa agricola a conduzione familiare; in Danimarca, invece, dal 1998, agevolazioni sono state previste per l'assunzione di giovani nelle aziende familiari. Peculiare il caso austriaco, in ragione della previsione, con legge federale, di misure di favore per le aziende familiari (disponendosi, ad esempio, orari di apertura più flessibili per gli esercizi pubblici a conduzione familiare), la cui però definizione è demandata alla potestà legislativa dei singoli *Länder*. In alcuni degli Stati membri in cui manca (quantomeno) una definizione legislativa di impresa familiare si registrano tentativi di ricostruzione di un modello unitario da parte della giurisprudenza (come è il caso della Corte Suprema di Lituania).

15 Impressioni percepite nei termini evidenziati anche dalla dottrina straniera che pure guarda con attenzione alla disciplina italiana perché, come detto, è tra le poche dalle quali muovere per la definizione di un quadro normativo più compiuto e articolato a livello europeo. Sul punto cfr. Ragazzi, G.E.: "La Empresa Familiar", cit., p. 11, ove con specifico riferimento alla disciplina di cui all'art. 230 *bis* c.c. italiano si rileva che "Se trata,

famiglia, in applicazione dei principi costituzionali di solidarietà e uguaglianza nei rapporti familiari, così da poter superare la concezione tradizionale che riteneva tale prestazione lavorativa come caratterizzata da una sostanziale gratuità ed effettuata benevolentiae vel affectionis causa[16].

Le tutele attribuite dall'art. 230 bis c.c. al prestatore d'opera nell'impresa di famiglia presentano tratti del tutto sui generis rispetto a quelli propri delle tradizionali tutele lavoristiche; il legislatore della riforma, infatti, si premura non soltanto di prevedere un'adeguata remunerazione della prestazione lavorativa, ma di assicurare al lavoratore, oltre al diritto al mantenimento – e, dunque, a un tenore di vita "secondo la condizione patrimoniale della famiglia" (dell'imprenditore)[17] – anche il riconoscimento di una serie di "diritti patrimoniali-amministrativi"[18], che si giustificano solo in ragione della (concorrente) relazione familiare con l'imprenditore.

L'istituto dell'impresa familiare sembrerebbe trascendere, infatti, in una prospettiva peraltro del tutto attuale nel panorama europeo, le esigenze connesse alla mera tutela della prestazione lavorativa, risultando espressione della volontà del legislatore di completare la disciplina inerente al regime patrimoniale della

en síntesis, de una noción normativa compleja y de connotaciones inciertas (…). Finalmente, la limitada regulación normativa y las lagunas que evidencia el texto legal, determinan que la figura presenta una endeblez evidente".

16 Nell'ampia letteratura sul punto, Di Rosa, G.: "Dell'impresa familiare", *Comm. Gabrielli*, *Della famiglia* (a cura di G. Di Rosa), 2ª ed., Utet, Torino, 2018, *sub* art. 230 *bis* c.c., p. 1679 ss.; Id.: "Tratti distintivi e aspetti problematici dell'impresa familiare", *Contratto e impr.*, 2007, p. 506; Galgano, F.: *Trattato di diritto civile*, I, 3ª ed. agg. (a cura di N. Zorzi Galgano), Cedam, Padova, 2015, p. 728 ss.; Balestra, L.: "L'impresa familiare", *Tratt. dir. fam.* (diretto da P. Zatti), *Regime patrimoniale della famiglia*. III (a cura di F. Anelli e M. Sesta), 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 813 ss.; Tanzi M.: voce "Impresa familiare, I) Dir. comm., agg.", *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Giuffrè, Milano, 2008, p. 1 ss.; Prosperi, F.: *Impresa familiare, Art. 230-bis*, in *Il Codice Civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), Giuffè, Milano, 2006, p. 3 ss.; Panuccio, V.: *L'impresa familiare*, 2ª ed. accr., Giuffrè, Milano, 1982, p. 102 ss.; Irti, N.: "L'ambigua logica dell'impresa familiare", *Riv. dir. agr.,* 1980, I, p. 525 ss. In giurisprudenza Cass., 18 ottobre 2005, n. 20157, *Foro it*., 2006, I, c. 1086; Cass. 8 aprile 1981, n. 2012, *Giur. it*., 1982, I, c. 364; Trib. Milano, 23 giugno 1977, *Dir. fall*., 1977, p. 1263 ss.
Per la concezione tradizionale Santoro Passarelli, F.: *Nozioni di diritto del lavoro*, 34ª ed., Jovene, Napoli, 1993, p. 86; Bonaretti, L.: *Il lavoro a titolo gratuito secondo la giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 88; Romagnoli, E.: "L'impresa familiare nella riforma del diritto di famiglia (primi appunti sull'art. 89)", *Giur. comm.*, 1975, I, p. 495 ss.; Barassi, L.: *Il diritto del lavoro*, I, Giuffrè, Milano, 1957, p. 450 ss.

17 Tra le differenti prospettazioni circa l'esatta individuazione di tale parametro, l'opzione ermeneutica preferibile appare quella intesa a determinare il mantenimento in relazione al tenore di vita dell'imprenditore, sulla base delle condizioni economiche della famiglia d'origine e non di quella (del tutto eventuale) costituita dal lavoratore. Al riguardo, Auletta, T.: *Diritto di famiglia*, 6ª ed., Giappichelli, Torino, 2022, p. 316, il quale, pur affermando che l'entità del mantenimento dipende "dall'intensità del bisogno", ritiene occorra parametrarlo, non tanto al tenore di vita della famiglia dell'imprenditore, quanto "sull'attivo prodotto dall'impresa"; Bianca, C.M.: *Diritto civile. La famiglia*, 2.1, 6ª ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 553, ove si riferisce che il diritto al mantenimento "è *proporzionato alla condizione economica della famiglia, nel senso che il compartecipe ha diritto di soddisfare le esigenze di vita (sue e del nucleo familiare a suo carico) che sono normali in relazione alle usuali disponibilità di guadagno dell'impresa*"; Balestra, L.: "L'impresa familiare", cit., pp. 875-876; Dogliotti, M. e Figone, A.: "L'impresa familiare", *Tratt. dir. priv.* (diretto da M. Bessone), *I rapporti patrimoniali tra coniugi*. IV, 3 (a cura di T. Auletta), Giappichelli, Torino, 2011 p. 725; Oppo G.: "Impresa familiare", *Comm. dir. it. fam.* (diretto da G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi), III, Cedam, Padova, 1992, p. 480; Prosperi, F.: *Impresa familiare*, cit., p. 183 ss.; Colussi, V.: "Impresa familiare", *Noviss. Dig. it., App.*, IV, Utet, Torino, 1983, p. 172. In giurisprudenza Cass., sez. lav., 15 novembre 2017, n. 27108, *Fam. e dir.*, 2018, p. 80 ss.; Cass., 19 ottobre 2000, n. 13861, *Familia*, 2001, p. 287, con nota di Balestra, L.: "Società di fatto e impresa familiare: un'importante presa di posizione della Cassazione".

18 Panuccio, V.: voce "Impresa familiare", *Enc. dir., agg.*, IV, Giuffrè, Milano, 2000, p. 665, nt. 1; nonché Galgano, F.: *Trattato*, I, cit., p. 730.

famiglia – non è casuale, difatti, la collocazione dell'istituto a chiusura del capo VI del titolo VI del libro I del codice civile – con la previsione di un peculiare regime invocabile ogni qualvolta la collaborazione prestata nell'impresa di famiglia, per intensità, qualità e modalità di svolgimento, vada ben oltre quella dovuta per solidarietà familiare e non riceva aliunde adeguata protezione.

La remunerazione del lavoro prestato dal collaboratore familiare, in ogni caso, dovrà essere conforme ai parametri fissati dall'art. 36 Cost. e, quindi, garantire al lavoratore una retribuzione "sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa"[19]. La novella, motivata dalla necessità di assicurare maggiori garanzie al prestatore d'opera nell'impresa di famiglia, difetterebbe di ragionevolezza se determinasse, soltanto per la peculiare articolazione delle medesime (come pure, autorevolmente, sostenuto da alcuni), l'inapplicabilità delle tutele già apportate da una norma di rango costituzionale, la quale, semmai, deve ritenersi la base di partenza (e, quindi, il limite invalicabile) per il riconoscimento di più ampie tutele[20].

Lo standard di tutela minimo fissato dall'art. 36 Cost., piuttosto, dovrà essere garantito indipendentemente dall'andamento dell'impresa[21]; il mantenimento sarà dovuto anche in quell'ipotesi in cui l'attività lavorativa sia prestata nei confronti di un familiare, il quale conduca un'attività "astrattamente lucrativa", ma in concreto improduttiva di nuova ricchezza per mera scelta dell'imprenditore, "animato da uno scopo diverso, anche di natura ideale"[22].

19 È proprio in ragione dell'applicabilità del dettato costituzionale anche alla speciale ipotesi del lavoro prestato nell'ambito dell'impresa di famiglia che, nella determinazione del mantenimento dovuto, dovranno essere considerati anche i bisogni del lavoratore e della famiglia da lui eventualmente costituita; così Balestra, L.: "L'impresa familiare", cit., p. 873; Libertini, M.: "Sull'impresa familiare, e sulla derogabilità della disciplina dell'art. 230-bis", in AA.VV.: *L'impresa nel nuovo diritto di famiglia* (a cura di A. Maisano), Liguori, Napoli, 1977, p. 127; Patti, S.: "Diritto al mantenimento e prestazione di lavoro nella riforma del diritto di famiglia", *Dir. fam. pers.*, 1977, p. 1356.

20 Circa la presunta inapplicabilità (all'istituto dell'impresa familiare) del dettato costituzionale di cui all'art. 36 Cost., nonostante l'evidente lesione del principio di gerarchia delle fonti dell'ordinamento così determinata, Auletta, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 315, secondo il quale "il rapporto che sorge tra i familiari e l'imprenditore comporta, infatti, un coinvolgimento dei primi nelle fortune dell'impresa con guadagni anche elevati ma col rischio di non ricavare dall'attività lavorativa il salario garantito dalla costituzione (art. 36) ad un comune prestatore di lavoro"; Quadri, G.: *Impresa familiare e prestazioni di lavoro*, Esi, Napoli, 2012, p. 115 ss.; Oppo, G: "Impresa familiare", cit., p. 480; Cottrau, G.: *Il lavoro familiare*, Franco Angeli, Milano, 1984, p. 84; Colussi, V.: "Impresa familiare", cit., p. 73; Finocchiaro, A. e M.: *Riforma del diritto di famiglia*, III, Giuffrè, Milano, 1979, p. 640; Napoli, E.V.: "Incidenza dell'impresa familiare sulla realtà socio-economica della famiglia", in AA.VV.: *L'impresa nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 178, il quale ha ritenuto che dal riconoscimento di un diritto al mantenimento commisurato alla condizione patrimoniale della famiglia possa derivare un'attenuata applicazione dell'art. 36 Cost.; Patti, S.: "La prestazione di lavoro nell'impresa familiare", *Dir. lav.*, 1976, I, p. 92.

21 Sul punto Dogliotti, M. e Figone, A.: "L'impresa familiare", cit., p. 725, ove si riferisce che "il diritto al mantenimento nemmeno è condizionato dall'effettivo andamento dell'impresa, dovendo essere soddisfatto pure se l'impresa sia in perdita, ovvero non dia profitti"; Ferrara *jr*, F. e Corsi, F.: *Gli imprenditori e le società*, 15ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, pp. 27, 43; nonché Bigiavi, W.: *La professionalità dell'imprenditore*, Cedam, Padova, 1948, pp. 57, 94. Di diverso avviso Galgano, F.: *Trattato*, cit., pp. 731-732, ove si riferisce che "i familiari che lavorano nell'impresa (…) partecipano, inoltre, al rischio dell'impresa (…): se l'impresa è in perdita, essi lavorano senza rimunerazione"; Patti, S.: "La prestazione di lavoro", cit., p. 92, secondo il quale il collaboratore familiare avrà diritto al mantenimento e alle ripartizioni "se e quando ci siano".

22 Galgano, F.: "L'imprenditore", in AA.VV.: *L'impresa*. II, *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* (diretto da F. Galgano), Cedam, Padova, 1978, p. 56.

La prestazione lavorativa del familiare è altresì remunerata per il tramite del riconoscimento del diritto – trasferibile soltanto in favore (e con il consenso) degli altri partecipanti all'impresa familiare individuati all'art. 230 bis, comma 3, c.c. – di partecipare agli utili d'impresa, ai beni con essi acquistati, agli incrementi e all'avviamento, sebbene riconosciuti (soltanto se esistenti e) in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato[23].

L'esatta individuazione della percentuale di utili (e incrementi) spettante ai partecipanti è rilevante, peraltro, non solo per garantire al familiare il giusto corrispettivo per il lavoro prestato, ma anche per salvaguardare il diritto al profitto d'impresa dell'imprenditore, considerato che è soltanto quest'ultimo a sopportare il rischio dell'attività; il perseguimento dell'obiettivo di prestare tutela al lavoro svolto dal collaboratore familiare nell'impresa di famiglia, difatti, non potrebbe giustificare una riduzione delle tutele minime accordate all'imprenditore, ex artt. 35 e 36 Cost. e 2060 c.c., in quanto anch'egli lavoratore[24].

A completare il sistema delle tutele riconosciute al collaboratore nell'impresa familiare concorrono, inoltre, il diritto di partecipare all'assunzione delle decisioni inerenti all'impiego degli utili e degli incrementi, alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa, nonché il diritto di prelazione sull'azienda in caso di divisione ereditaria o di trasferimento della stessa[25].

La valutazione sul presunto carattere deteriore del trattamento ricevuto (rispetto a quello previsto all'art. 230 bis c.c.), in ragione dell'eterogeneità delle tutele che contraddistinguono il regime dell'impresa familiare, non si presenta agevole, non potendo essere condotta secondo criteri e parametri oggettivi; basti pensare al riguardo che l'apprezzamento circa l'effettivo valore da attribuire al complesso di tutele di natura gestionale-amministrativa non potrà che variare da soggetto a soggetto, tenuto conto delle attitudini e vocazioni di ciascuno e,

23 È ammessa una determinazione convenzionale degli utili da riconoscere al familiare collaboratore; in tal caso, spetterà ai controinteressati dimostrare che l'accordo si pone in contrasto con il criterio legale di ripartizione di utili. Sul punto cfr. Cass., sez. lav., 16 marzo 2016, n. 5224, *CED on line*; Cass., 5 settembre 2012, n. 14908, *Fam. e dir.*, 2014, p. 249, con nota di Ciliberto, C: "La partecipazione agli utili nell'impresa familiare: il valore probatorio degli atti di predeterminazione delle quote", ove si riferisce che, in tema di impresa familiare, la predeterminazione delle quote di partecipazione agli utili può risultare idonea, in difetto di prova contraria, ad assolvere l'onere – a carico del partecipante che agisca per ottenere la propria quota di utili – della dimostrazione sia della fattispecie costitutiva dell'impresa stessa che dell'entità della propria quota di partecipazione; Cass., 20 giugno 2003, n. 9897, *Arch. civ.*, 2004, p. 538.

24 Galgano, F.: "L'imprenditore", cit., p. 50.

25 Nel caso in cui a prestare la propria opera nell'impresa familiare sia un convivente *more uxorio*, invece, all'esito della novella al codice civile, apportata per opera dell'art. 1, comma 46, l. 20 maggio 2016, n. 76 – con cui si ritiene aver colmato il vuoto normativo lasciato in occasione dell'introduzione dell'art. 230 *bis* c.c. –, saranno riconosciuti soltanto il diritto alla partecipazione agli utili (e ai beni con gli stessi acquistati), nonché agli incrementi dell'impresa, anche in ordine all'avviamento; oltre al diritto al mantenimento, pertanto, il legislatore ha inteso escludere il riconoscimento di qualsiasi potere gestorio. Sul punto Di Rosa G.: "Dell'impresa familiare", cit., p. 1743 ss.; Romeo, F.: "Impresa familiare e rapporti di convivenza: art. 230-bis c.c. versus art. 230-ter c.c.", *Studium iuris*, 2018, p. 289 ss., secondo il quale, però, sarebbe stato più opportuno fare riferimento al convivente direttamente nell'elenco dei familiari menzionati all'art. 230 *bis*, comma 3, c.c.; Macario, F.: "I contratti di convivenza tra forma e sostanza", *Contratti*, 2017, p. 8 ss.; Quadri, G.: "Le prestazioni di lavoro del convivente alla luce del nuovo art. 230 ter c.c.", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 590 ss.

dunque, essere influenzata anche da considerazioni di ordine non strettamente economico.

Il lavoro prestato dal partecipante, ai fini dell'instaurazione del regime dell'impresa familiare, per contenuto e modalità di svolgimento (sia esso lavoro intellettuale o manuale, direttivo o esecutivo), in ogni caso deve corrispondere a quello reso nell'impresa da altri lavoratori non legati da un vincolo di parentela con il titolare e, dunque, essere svolto, innanzitutto, in maniera continuativa, anche se non necessariamente a tempo pieno o in via esclusiva[26]. Non è possibile provvedere al riconoscimento delle tutele di cui all'art. 230 bis c.c., infatti, in presenza di una collaborazione prestata in favore di un soggetto il quale svolga un'attività produttiva finalizzata al mero soddisfacimento dei bisogni primari della famiglia e non "per il mercato, per il soddisfacimento di bisogni altrui"[27]; l'attività condotta dal familiare imprenditore, infatti, deve soddisfare i requisiti di cui all'art. 2082 c.c. e, quindi, essere svolta in modo professionale, in forma organizzata e rivolta alla produzione o allo scambio di beni e servizi[28].

La prestazione del collaboratore familiare, ancora, può essere indistintamente resa in azienda, in famiglia o presso terzi (enti di ricerca, istituti di specializzazione) e non può comportare l'esercizio di un'attività gestoria in nome proprio, poiché determinerebbe (anche per il collaboratore) l'assunzione della qualifica di imprenditore, così come non può riguardare un apporto di soli capitali, non tutelato nell'ambito dell'art. 230 bis c.c. Quest'ultimo è un elemento di evidente distonia tra la nozione giuridica di impresa familiare che è possibile ricavare nell'ordinamento italiano all'esito della disciplina predisposta e quella, come detto, meta-giuridica o sociologica, ricorrente nelle principali esperienze europee (nonché nello stesso ordinamento spagnolo) in cui, invece, l'esclusivo apporto di capitali da parte di taluno dei membri della famiglia non è ritenuto affatto fattore escludente il configurarsi di un modello di impresa di tipo familiare. Ciò, per l'evidente assenza di quella connotazione prettamente di protezione della prestazione lavorativa resa nell'àmbito dell'attività d'impresa di un familiare-imprenditore propria, invece, dell'art. 230 bis c.c.

26 Sul punto Di Rosa G., "Dell'impresa familiare", cit., p. 1692 ss.; Balestra, L.: "L'impresa familiare", cit., p. 846; Tanzi, M.: "Impresa familiare", cit., p. 3; Prosperi, F.: *Impresa familiare*, cit., pp. 107, 112 ss.; Amoroso, G.: *L'impresa familiare*, Cedam, Padova, 1988., pp. 10, 66; Finocchiaro, A. e M.: *Diritto di famiglia*, *Comm. sist. l. 19 maggio 1975, n. 151. Leg. - Dottr. - Giur.* II, *sub* art. 230 *bis,* Giuffrè, Milano, 1984, p. 1322; Colussi, V.: "Impresa familiare", *Riv. dir. civ.*, 1981, p. 636 ss.; Tamburrino, G.: *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia*, Utet, Torino, 1978, p. 253; Oppo, G.: "Dell'impresa familiare", *Comm. riforma dir. fam.* (a cura di L. Carraro, G. Oppo e A. Trabucchi), Cedam, Padova, 1977, I, 1, § 10. In giurisprudenza, con particolare riferimento al carattere della continuità della prestazione lavorativa, App., Roma, sez. lav., 14 gennaio 2022, n. 4293, in *OneLegale*; Cass., sez. lav., 15 giugno 2020, n. 11533, in *CED on line*; nonché Trib. Campobasso, 4 agosto 2014, in *OneLegale*, secondo il quale per determinare la quota di utili e incrementi spettante al familiare partecipante occorre dimostrare, non solo lo svolgimento di una attività di lavoro continuativa, ma anche "l'accrescimento della produttività dell'impresa procurato dal lavoro del partecipante"; Cass., 16 gennaio 2004, n. 631, *Notariato,* 2005, p. 485; Cass., 23 settembre 2002, n. 13849, *Arch. civ.*, 2003, p. 826; Cass., 18 aprile 2002, n. 5603, *Fam. e dir.*, 2002, p. 409; Cass., 27 gennaio 2000, n. 901, *Dir. giust.*, 2000, 5, p. 18.

27 Ferrara *jr*, F. e Corsi, F.: *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 21.

28 Sul concetto giuridico ed economico di imprenditore e sugli elementi caratterizzanti l'attività d'impresa, ampiamente, Galgano, F.: *Trattato di diritto civile*, III, 3ª ed. agg. (a cura di N. Zorzi Galgano), Cedam, Padova, 2015, p. 419 ss.

III. CARATTERE RESIDUALE DEL MODELLO LEGALE E NATURA INDIVIDUALE DELL'ATTIVITÀ DI IMPRESA.

Proprio l'evidenziata finalità protezionistica delle prestazioni lavorative rese nell'àmbito dell'azienda di famiglia ha infatti spinto, secondo alcuni, il legislatore della novella a introdurre una sorta di presunzione di esistenza dell'impresa familiare qualora non sia configurabile tra le parti un diverso rapporto[29]. Emerge così una vis attractiva et espansiva dell'istituto nel caso in cui prestazioni lavorative esercitate in modo continuato in favore dell'attività d'impresa di un congiunto (ossia il coniuge, un parente entro il terzo grado, un affine entro il secondo, nonché l'unito civilmente – secondo quanto disposto all'art. 1, comma 13, l. 20 maggio 2016, n. 76 – o il convivente di fatto, sebbene nei modi e termini di cui all'art. 230 ter c.c.) siano ricondotte dalle parti nell'alveo di un diverso rapporto giuridico che non garantisca (almeno) corrispondenti tutele al prestatore d'opera[30].

Nonostante la primazia riconosciuta all'autonomia contrattuale delle parti, alla quale deve ritenersi concessa la possibilità di rendere inoperante l'istituto dell'impresa familiare regolando diversamente il rapporto, l'applicazione delle relative tutele non può infatti escludersi ogni qualvolta non risulti garantita la finalità di protezione dei soggetti che svolgano attività lavorativa nell'impresa di famiglia a cui la norma è rivolta, con conseguente nullità delle pattuizioni in contrasto con le inderogabili previsioni dell'art. 230 bis c.c.[31]. Da tale impostazione deriva, quale corollario, l'esclusione di un necessario fondamento negoziale dell'impresa familiare[32], considerato che ritenere sussistente il relativo regime soltanto ove si

29 Amoroso, G.: *L'impresa familiare*, cit., p. 66; Oppo, G.: "Dell'impresa familiare", cit., p. 519. Sulla configurabilità comunque non automatica del modello dell'impresa familiare, Di Rosa, G.: "Dell'impresa familiare", cit., pp. 1687-1688; in giurisprudenza Cass., 24 novembre 2005, n. 24700, *Foro it*., 2006, I, c. 2070 ss., la quale, pur escludendo che l'impresa familiare possa ritenersi di per sé esistente per il mancato delinearsi di un diverso rapporto giuridico, tuttavia ammette la possibilità di desumerne l'esistenza in presenza di seri indizi non smentiti da una prova contraria, quali, ad esempio, l'inserimento del collaboratore familiare nel libro-paga, il versamento di contributi, la corresponsione di una retribuzione equiparata alla condizione patrimoniale della famiglia o il coinvolgimento del collaboratore nelle decisioni strategiche per l'azienda.

30 Sulla natura residuale dell'impresa familiare Balestra, L.: *L'impresa familiare*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 25 ss., 59; Di Francia, A.: *Il rapporto di impresa familiare*, Cedam, Padova, 1991, p. 31 ss.; Amoroso, G.: *L'impresa familiare*, cit., p. 8 ss.; Finocchiaro, A. e M.: *Diritto di famiglia*, cit., pp. 1267, 1274; Messinetti, D.: "Impresa familiare, diritto d'impresa, «possesso di diritti»", in AA.VV.: *Raccolta di scritti di colleghi della Facoltà giuridica di Roma e di allievi in onore di Rosario Nicolò*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 572; Panuccio, V.: *L'impresa familiare*, cit., p. 33; Florio, N.: *Famiglia e impresa familiare*, Calderini, Bologna, 1977, p. 9; Oppo, G.: "Dell'impresa familiare", cit., p. 518; Salanitro, N.: "Impresa familiare e fallimento", *Dir. fall.*, 1976, I, p. 219 ss. In giurisprudenza Cass., sez. lav., 15 giugno 2020, n. 11533, cit.; Cass., 22 settembre 2014, n. 19925, *Rep. Foro it*., 2014, voce *Famiglia (regime patrimoniale)*, n. 41; Cass., 24 novembre 2005, n. 24700, cit.; Cass., 18 ottobre 2005, n. 20157, cit.; Cass., 6 agosto 2003, n. 11881, *Notariato,* 2005, p. 156; Cass., 18 aprile 2002, n. 5603, cit.

31 Sul precario (ma virtuoso) equilibrio tra primazia dell'autonomia privata e inderogabilità dell'art. 230 *bis* c.c., Di Rosa, G.: "Dell'impresa familiare", cit., p. 1687 ss.; Balestra, L.: "L'impresa familiare", *Tratt. dir. fam.*, cit., p. 826; Id.: *Attività d'impresa e rapporti familiari*, Cedam, Padova, 2008, p. 141, secondo il quale per assicurare la finalità protettiva della normativa è necessario "porre nel nulla tutte quelle pattuizioni che, direttamente o indirettamente, siano dirette ad eluderne l'applicazione; tale esigenza, nondimeno, va combinata con la natura suppletiva ad essa comunemente attribuita ed alla conseguente necessità di salvaguardare l'autonomia negoziale riconosciuta ai familiari"; Id.: *L'impresa familiare*, cit., p. 26 ss.; Cagnasso, O.: "Impresa familiare e società", *Giur. it*., 1989, IV, c. 136; Libertini, M.: "Sull'impresa familiare", cit., pp. 121 ss., 129. In giurisprudenza Cass., 16 aprile 1992, n. 4650, *Giur. it*., 1993, I, c. 1052 ss.; Cass., 22 maggio 1991, n. 5741, *ivi*, 1992, c. 2002.

32 Sulla natura anche (soltanto) fattuale dell'impresa familiare Di Rosa, G.: "Dell'impresa familiare", cit., p. 1684 ss.; Id.: "Tratti distintivi", cit., p. 518; Bianca, C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 549, ove si riferisce che

accerti un'inequivoca volontà istitutiva delle parti significherebbe compromettere gravemente l'effettività delle introdotte tutele e contraddire la ratio stessa della novella del 1975, volta ad assicurare garanzie minime e inderogabili per i partecipanti all'impresa di famiglia[33].

Eppure, la disciplina dell'impresa familiare, secondo un recente arresto della Suprema Corte italiana, dovrebbe valutarsi come recessiva in "presenza di un rapporto tipizzato", non essendovi "ragione di limitare il criterio della residualità al solo rapporto individuale tra imprenditore e familiare", al punto da dover escludere la configurabilità dell'istituto, ad esempio, "quando già in limine l'esercizio dell'impresa rivesta forma societaria"[34]. La previsione di apertura dell'art. 230 bis c.c. ("salvo che sia configurabile un diverso rapporto"), invero, determina un limite all'applicabilità delle introdotte tutele soltanto in quelle ipotesi in cui sia rinvenibile

"fattispecie costitutiva dell'impresa familiare è lo svolgimento di un'attività economica continuativa da parte di un gruppo familiare. L'impresa familiare ha quindi la sua fonte nella legge e non nel contratto"; Galgano, F.: *Trattato*, I, cit., p. 730; Id.: "Impresa familiare", in AA.VV.: *Il regime patrimoniale della famiglia a dieci anni dalla riforma*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 112; Balestra, L.: "L'impresa familiare", *Tratt. dir. fam.*, cit., p. 840; Prosperi, F.: *Impresa familiare*, cit., p. 61 ss.; Stanzione, P.: "Appunti sull'impresa familiare nell'ordinamento italiano", *Giur. it.*, 1997, II, c. 30; Tanzi, M.: "Ancora in tema d'impresa familiare", *Riv. dir. impr.*, 1996, p. 98; Corsi, F.: "Il regime patrimoniale della famiglia". V, 2, *Tratt. dir. civ. e comm.* (diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni), II, Giuffrè, Milano, 1984, p. 212; Cottrau, G.: voce "Lavoro familiare", in *Noviss. Dig. it. App.*, IV, Utet, Torino, 1983, p. 61; Busnelli, F.D.: "Impresa familiare", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1412; Cecchini, A.: "Sul fondamento dell'impresa familiare", *Riv. dir. civ.*, 1977, II, p. 558 ss.; Ghidini, M.: *L'impresa familiare*, Cedam, Padova, 1977, p. 15; Oppo, G.: "Dell'impresa familiare", cit., p. 518 ss.; Panuccio, V.: "L'impresa familiare, fattispecie e statuto", in AA.VV.: *L'impresa nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 94; Ferri, G.: "Impresa coniugale e impresa familiare", *Riv. dir. comm.*, 1976, I, p. 9; in giurisprudenza Cass., 17 giugno 2003, n. 9683, *Foro it.*, 2003, c. 2628; App. Messina, 16 febbraio 2000, *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 566 ss.; Cass., 25 luglio 1992, n. 8959, *Vita not.*, 1993, p. 223; Cass., 16 aprile 1992, n. 4650, cit., secondo la quale "nessun negozio giuridico occorre ai fini della integrazione della fattispecie dell'impresa familiare, essendo sicuramente sufficiente il semplice fatto dello svolgimento continuativo di un'attività economica da parte del gruppo familiare"; Cass., 22 agosto 1991, n. 9025, *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, p. 216 ss.; Cass., 27 giugno 1990, n. 6559, *Giur. it.*, 1991, I, c. 428.
Contra Colussi, V.: voce "Impresa familiare", *Dig. disc. priv. - sez. comm.,* VII, Utet, Torino, 1992, p. 176; Cagnasso, O.: "Impresa familiare", cit., c. 133; Finocchiaro, A. e M.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 1380; Carbone, P.: "Per un fondamento contrattuale dell'impresa familiare", *Rass. dir. civ.,* 1981, p. 998; in giurisprudenza Cass., 18 aprile 2002, n. 5603, cit.; Cass., 19 ottobre 2000, n. 13861, cit.; Cass., 6 marzo 1999, n. 1917, *Riv. not.*, 1999, p. 982; Cass., sez. un., 4 gennaio 1995, n. 89, *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 1037 ss., con nota di Giugliano, M.R.: "La qualificazione giuridica del lavoro casalingo nell'ambito dell'impresa familiare"; Cass., 8 aprile 1981, n. 2012, cit.

33 Ciò, in termini generali, riprendendo il pensiero di Galgano, F.: *Il negozio giuridico*, 2ª ed., *Tratt. dir. civ. e comm.* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2002, pp. 2-3, nella consapevolezza che "i fatti umani discrezionali producono effetti (…) indipendentemente dalla circostanza che l'uomo ne abbia voluto gli effetti giuridici e anzi, anche se l'autore del fatto non li voleva affatto"; Id.: *Il contratto*, 3ª ed. (a cura di N. Zorzi Galgano), Giuffrè, Milano, 2020, pp. 6-7. Sulla natura inderogabile della disciplina di cui all'art. 230 *bis* c.c., Dogliotti M. e Figone, A.: "L'impresa familiare", cit., p. 703, ove si riferisce che "il carattere residuale dell'impresa familiare non esclude che la norma dell'art. 230 *bis* c.c. debba considerarsi imperativa"; Tanzi, M.: "Impresa familiare", cit., p. 2, secondo il quale "trattandosi di disciplina attinente a prestazioni di lavoro, sia pure qualificate dal vincolo di parentela, affinità o coniugio, essa è da considerare normativa di ordine pubblico, imperativa ed inderogabile"; Prosperi, F.: *Impresa familiare*, cit., p. 51 ss.; Andrini, M.C.: "Tutela dell'individuo e tutela del gruppo nell'impresa familiare", *Riv. not.*, 1988, I, p. 137, ove si riferisce che l'art. 230 *bis* c.c. opera soltanto nei casi in cui "l'autonomia privata non si sia già fatta garante della posizione del contraente più debole"; Scognamiglio, R.: "Il lavoro nella famiglia e nella impresa familiare", in AA.VV.: *Studi in ricordo di A. Auricchio*, Jovene, Napoli, 1984, p. 1099 ss. In giurisprudenza Cass., 19 ottobre 2000, n. 13861, cit.; Cass., 9 agosto 1997, n. 7438, *Giur. it.*, 1998, c. 2062 ss.; Cass., 19 luglio 1996, n. 6505, *Fall.*, 1997, p. 155; Cass., 23 febbraio 1995, n. 2060, *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, p. 171; Cass., 25 luglio 1992, n. 8959, cit.

34 Il riferimento è all'argomentazione sviluppata da Cass., sez. un., 6 novembre 2014, n. 23676, per la cui consultazione (e relativa disamina) sia consentito il rinvio a Guzzardi, G.: "L'affermata incompatibilità dell'impresa familiare con la disciplina societaria nel sistema delle tutele del prestatore d'opera", I e II, rispettivamente in *Studium iuris*, 2015, p. 1427 ss. e *ivi*, 2016, p. 32 ss.

un diverso rapporto tra il lavoratore e il familiare titolare dell'impresa (ad es. contratto di lavoro subordinato, opera intellettuale, associazione in partecipazione, società di fatto) e non certo tra quest'ultimo e terzi soci[35].

Nonostante l'infelice formulazione dell'art. 230 bis c.c. e le evidenti plurime interrelazioni tra istituti differenti possano indurre a ritenere la disciplina italiana come "una disciplina que contiene más incertidumbres que certezas"[36], il connotato della residualità (che nulla apporta, correttamente inteso, all'avanzata tesi dell'incompatibilità con la disciplina societaria)[37], in uno con il carattere dell'inderogabilità (non tenuto in considerazione, invece, nella richiamata ricostruzione delle Sezioni unite), consentono, piuttosto, all'istituto dell'impresa familiare di trovare generalizzata applicazione, senza intaccare la coerenza del sistema, anche in ipotesi già regolate da discipline altrettanto tipiche, quali quelle societarie o lavoristiche. Ciò, ogni qualvolta sia possibile riscontrare, all'esito di un accertamento fattuale, che l'interposizione di un diaframma societario o il ricorso a differenti schemi negoziali traducano soltanto una volontà elusiva dell'esercente l'attività d'impresa, finalizzata ad attribuire al congiunto un trattamento deteriore da quello riconosciuto ope legis[38].

Nell'eventualità in cui il richiedente tutela assuma personalmente obbligazioni nell'interesse della società, presti garanzie, apporti capitali e, quindi, crei all'esterno anche solo l'apparenza di una società di fatto, la riferita natura residuale della previsione normativa in commento impedirebbe l'instaurazione del regime dell'impresa familiare, dovendosi ritenere già sussistente in capo allo stesso, all'esito dell'accertamento della c.d. affectio societatis, la qualità (e i diritti) di

35 Sul punto Cicero, C.: "La controversa struttura dell'impresa familiare", *Giur. it*., 2015, p. 38; Sabattini, C.: "«Compatibilità» tra impresa familiare e società di persone", *Notariato*, 2005, p. 163; in giurisprudenza Cass., 23 settembre 2004, n. 19116, *Giur. comm.*, 2006, I, p. 47, con nota di Butturini, P.: "Sull'applicabilità dell'art. 230 bis nel caso di esercizio in forma societaria dell'impresa"; Cass., 24 marzo 2000, n. 3520, *Fall.*, 2001, p. 281; Cass. 9 agosto 1997, n. 7438, cit.

36 Ragazzi, G.E., "La Empresa Familiar", cit., p. 12.

37 Il rilievo critico, già sollevato in sede di commento alla decisione (Guzzardi, G.: "L'affermata incompatibilità dell'impresa", II, cit., p. 34), è altresì espresso da Butturini, P.: "Impresa familiare e società dopo la pronuncia delle Sezioni unite", *Riv. dir. impr.*, 2018, p. 35; Corsi, F.: "Impresa familiare e società: la cassazione si ripete (ma la fattispecie è diversa)", *Giur. comm.*, 2016, II, 1039 ss.; Delli Priscoli, L.: "Società e impresa familiare", *Riv. dir. comm.*, 2015, II, p. 647 ss.; Martino, M.: "Sulla compatibilità tra impresa familiare e impresa societaria", *Fam. e dir.*, 2015, p. 770 ss.

38 Sul punto già Bianca, C.M.: *Diritto civile*, cit., pp. 546-547, secondo il quale "il contratto con il quale i familiari adottano un diverso rapporto giuridico non può quindi privare il familiare del diritto al mantenimento e alla remunerazione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato"; Lopilato, V.: "«L'impresa familiare e l'ammissibilità di un rapporto di parentela "societaria"»", *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 573 ss., secondo il quale un modello negoziale diverso da quello dell'impresa familiare risulterebbe nullo *ex* art. 1344 c.c. soltanto se posto in essere per eludere l'applicazione della disciplina di cui all'art. 230 *bis* c.c.; Balestra, L.: *L'impresa familiare*, cit., p. 30; Cottino, G.: *Diritto commerciale*, I, 1, Cedam, Padova, 1986, p. 144 ss.; Franceschelli, V.: "Much ado about nothing in tema di impresa familiare?", in AA.VV.: *Raccolta di scritti*, cit., p. 502; Oppo, G.: "Impresa familiare", cit., p. 518 ss.; Libertini, M.: "Sull'impresa familiare", cit., pp. 123, 130, secondo il quale, nel caso in cui si ritenesse inoperante l'istituto dell'impresa familiare ogni qualvolta tra le parti ricorra un diverso rapporto giuridico, l'art. 230 *bis* c.c. sarebbe "destinato a rimanere lettera morta"; Graziani, C.A.: "L'impresa familiare nel nuovo diritto di famiglia: prime considerazioni", *Nuovo dir. agr.*, 1975, p. 235 ss. In giurisprudenza Cass., 24 novembre 2005, n. 24700, cit., ove si evidenzia la natura suppletiva dell'art. 230-*bis* c.c. su previsioni pattizie contrastanti con il dettato normativo; App. Messina, 16 febbraio 2000, cit.

socio[39]. D'altronde, secondo alcuni, l'art. 230 bis c.c. disciplinerebbe una "fase pre-speculativa", potenzialmente rivolta, sia pure in un secondo momento, "a una collaborazione a titolo diverso: non più di familiare ma di socio"[40], configurandosi l'impresa familiare quale "istituto di transito – transito non inevitabile, ma possibile"[41] verso modelli più strutturati (scil. l'azienda coniugale o i tipi societari), in relazione all'eventuale mutamento della situazione di fatto riscontrabile in concreto. Nel caso in cui la discussione, a livello comunitario, si spingesse sino al punto da giungere all'elaborazione di un modello strutturato di impresa familiare, accessibile al ricorrere di determinati presupposti e in grado di valorizzarne gli aspetti peculiari, è evidente come andrebbe a proporsi come modello di business alternativo alle altre forme già note e consolidate, con conseguente necessità di rivedere, anche sul piano interno, ogni considerazione in ordine alla natura residuale e transitoria dell'istituto.

L'attribuzione al prestatore d'opera di una serie di poteri gestori in grado di influenzare l'amministrazione dell'impresa di famiglia, in effetti, ha suscitato un ampio dibattito circa l'esatta configurazione dell'impresa familiare, la cui struttura sembrerebbe racchiudere in sé, anche alla luce della controversa formulazione dell'art. 230 bis c.c., "i tratti apparentemente contraddittori dell'impresa individuale e di quella collettiva"[42]. La tesi della natura collettiva dell'impresa familiare, sia pure nella pluralità di varianti, sostanzialmente fa leva proprio sulla difficile conciliabilità, all'interno di una medesima previsione legislativa, dell'attribuzione di rilevanti poteri gestori e amministrativi al collaboratore familiare e di una posizione di assoluta preminenza all'imprenditore[43].

39 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 564; per il mancato riconoscimento delle tutele in questione in caso di mero apporto di capitali Colussi, V.: "Impresa familiare", *Riv. dir. civ.*, cit., pp. 652-653; Oppo, G.: "Dell'impresa familiare", cit., § 10. In giurisprudenza, di recente, Cass., sez. lav., 15 giugno 2020, n. 11533, cit., la quale ha escluso la partecipazione all'impresa familiare del congiunto che aveva offerto contributi finanziari (oltre anche a occasionali consulenze professionali); Cass., 28 ottobre 2019, n. 27541, in *CED on line*, la quale ha ritenuto poter estendere la dichiarazione di fallibilità del titolare dell'impresa individuale agli altri componenti della famiglia, non soltanto in presenza di prove dirette specificamente riguardanti la sussistenza dei requisiti dell'impresa familiare (*affectio societatis*, costituzione di un fondo comune, partecipazione agli utili e alle perdite), ma anche nel caso di manifestazioni esteriori che, pur giustificabili alla luce del rapporto di coniugio o di parentela, siano rivelatrici, per il loro carattere di sistematicità e concludenza, delle componenti del rapporto societario, tra le quali particolare significatività può riconoscersi all'incasso di assegni, al rilascio di fideiussioni e garanzie ipotecarie o alla concessione di finanziamenti; Cass., 5 luglio 2013, n. 16829, *Fam. e dir.*, 2013, p. 926; Cass., 24 marzo 2000, n. 3520, cit.; Trib. Cagliari, 18 maggio 1992, *Giur. it.*, 1992, I, c. 524, ove si riferisce che le tutele di cui all'art. 230-*bis* c.c. non sono escluse ogni qualvolta il familiare prestatore d'opera, pur curando i rapporti esterni all'impresa, agisca sempre in nome e per conto del titolare della medesima.

40 Ferrara *jr*, F. e Corsi, F.: *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 52.

41 Graziani, C.A.: *L'impresa familiare*. II, 3, *Tratt. dir. priv.* (diretto da P. Rescigno), Utet, Torino, 1996, p. 683; sul punto, altresì, Di Rosa, G.: "Dell'impresa familiare", cit., p. 1705; Id.: "Tratti distintivi", cit., p. 529; Corsi, F.: "Il regime", cit., p. 208.

42 Prosperi, F.: *Impresa familiare*, cit., pp. 4, 23 ss.; nonché sul punto Di Rosa, G.: "Dell'impresa familiare", cit., p. 1704 ss.; Dogliotti, M. e Figone, A.: "L'impresa familiare", cit., p. 706 ss.; Andrini, M.C.: *L'impresa familiare*, *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* (diretto da F. Galgano), XI, Cedam, Padova, 1989, p. 84 ss.; Colussi, V.: *Impresa e famiglia*, Cedam, Padova, 1985, p. 56 ss.; Finocchiaro, A. e M., *Diritto di famiglia*, cit., pp. 1233, 1242 ss.; Irti, N.: "L'ambigua logica", cit., p. 525.

43 Riconducibili in buona sostanza alla tesi della natura collettiva dell'impresa familiare, sia pure con gli opportuni distinguo, le posizioni di Bianca, C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 559; Id.: "Regimi patrimoniali della famiglia e attività d'impresa", in *L'impresa nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 38 ss., secondo il quale l'impresa familiare può definirsi come una società legale di lavoro familiare; Abbadessa, P.: "Sul regime della responsabilità nell'impresa familiare", *ivi*, p. 65; Graziani, C.A.: *L'impresa familiare*, cit., p. 682; Messinetti, D.:

La tesi largamente dominante, però, riconosce natura individuale all'impresa familiare, non rinvenendosi in capo ai partecipanti una situazione di potere in grado di condizionare in maniera determinante l'attività d'impresa e consentirne loro l'imputazione, anche in considerazione del fatto che se "la decisione sulla gestione è collettiva, la gestione effettiva è individuale"[44]. Non si riscontra nella prassi italiana l'utilizzo, infatti, quantomeno con la stessa frequenza di quanto accada in Spagna, di uno strumento così peculiare e incisivo come il protocolo familiar, a cui, come detto, in particolare i gruppi familiari coinvolti nella gestione di imprese di medie o grandi dimensioni demandano l'organizzazione dei propri rapporti interni, coinvolgendo anche i familiari non direttamente impegnati nella conduzione dell'impresa, anche in ragione della prioritaria finalità del patto di preservare il controllo familiare dell'azienda, nonché programmare e gestire anche gli inevitabili passaggi generazionali.

La scelta del legislatore di utilizzare il lemma "impresa" (anche in occasione della novella di cui all'art. 230 ter c.c.) – espressione di carattere oggettivo e rappresentativa dell'attività economica organizzata –, in luogo del riferimento diretto all'imprenditore beneficiario, è stata ritenuta "di per sé neutra", così lasciando «adito alla possibile inclusione anche dell'impresa collettiva, esercitata in forma societaria»[45]. La parola "impresa", difatti, è spesso utilizzata "nel linguaggio corrente, scientifico e legislativo, non solo per indicare l'attività economica esaminata, ma anche per indicare l'intero organismo economico, composto insieme dall'imprenditore e dall'azienda"[46].

"Impresa familiare", cit., p. 549; Busnelli, F.D.: "Impresa familiare e aziende gestite da entrambi i coniugi", in AA.VV.: *Studi sassaresi*, IV, *L'impresa familiare*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 92, secondo il quale l'impresa familiare è una figura societaria *sui generis*; Tamburrino, G.: "L'impresa familiare e la comunione tacita in agricoltura a seguito della riforma del diritto di famiglia", *Giur. agr. it.*, 1976, I, p. 201 ss.; Licini, C.: "Appunti per una qualificazione plurisoggettiva dell'impresa familiare", *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 629; in giurisprudenza, isolatamente, Cass., 29 febbraio 1988, n. 2122, *Foro it.*, 1989, I, c. 852 ss.; Trib. Rovereto, 10 luglio 1987, *Riv. dir. comm.*, 1990, II, p. 317; Comm. trib. centr., 30 aprile 1985, n. 4046, *Boll. trib. infor.*, 1985, p. 1368 ss.; Cons. Stato, 11 febbraio 1976, n. 89, *Foro it.*, 1977, III, c. 708.

44 Panuccio, V.: "L'impresa familiare, fattispecie e statuto", cit., p. 95; Id.: voce "Impresa familiare", in *Enc. dir.*, cit., p. 670 ss.; nonché Sesta, M.: *Diritto di famiglia*, 8ª ed., Cedam, Padova, 2019, p. 146 ss.; Galgano, F.: *Trattato*, I, cit., p. 731 ss.; Balestra, L., "L'impresa familiare", in *Tratt. dir. fam.*, cit., pp. 832 ss., 852; Id.: *Attività d'impresa*, cit., p. 143; Prosperi, F.: *Impresa familiare*, cit., p. 25 ss.; Rescigno, P.: "Collaborazione all'impresa e lavoro nella famiglia", in AA.VV.: *Atti della tavola rotonda, Sassari, 18-20 Marzo 1976*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 115 ss.; Andrini, M.C.: "Brevi note sulla soggettività giuridica dell'impresa familiare", *Giur. comm.*, 1977, I, p. 140; Oppo, G.: "Diritto di famiglia e diritto dell'impresa", in AA.VV.: *L'impresa nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 25 ss.; Salanitro, N.: "Impresa familiare", cit., p. 116, secondo il quale "la tesi della natura (necessariamente) collettiva dell'impresa familiare (…) sembra trascurare l'intenzione del legislatore familiare, limitata ad attribuire taluni diritti patrimoniali (…) ai familiari che vi lavorano"; Id.: "Impresa familiare e procedure concorsuali", *Dir. fam. pers.*, 1976, p. 791. In giurisprudenza Cass., 20 dicembre 2019, n. 34222, *CED on line*; Cass., 2 dicembre 2015, n. 24560, *Notariato*, 2016, p. 109, la quale conferma la natura individuale dell'impresa familiare anche nel caso in cui alcuni beni aziendali siano di proprietà di uno dei familiari; Cass., sez. lav., 13 ottobre 2015, n. 20552, *Giur. comm.*, 2016, II, p. 1037 ss., la quale ha ribadito che, nonostante l'art. 230-*bis* c.c. sia stato introdotto per apprestare "una tutela minima e inderogabile a quei rapporti di comune lavoro nell'ambito degli aggregati familiari (…) in una sorta di istituto intermedio tra il rapporto di lavoro subordinato e di società (senza tuttavia essere, in senso tecnico, né l'uno né l'altro) del tutto peculiare ed autonomo", l'impresa familiare conserva pur sempre il carattere di impresa individuale; Cass., 18 gennaio 2005, n. 874, *CED on line*; Cass., 2 aprile 1992, n. 4030, *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2339; Cass., 27 giugno 1990, n. 6559, cit.

45 Così Cass., sez. un., 6 novembre 2014, n. 23676, cit.

46 Auletta, G.: *Diritto commerciale. L'impresa e l'azienda*, ora in Id., *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, Milano, 2001, p. 18.

La volontà di non introdurre «un nuovo tipo di impresa, ma, più semplicemente, un nuovo modello di regolamentazione del lavoro familiare»[47] è desumibile, come riferito, anche dalla collocazione dell'istituto in un'apposita sezione a completamento della disciplina dei rapporti patrimoniali della famiglia, oltre che dalla stessa definizione di "impresa familiare", caratterizzata esclusivamente dal riferimento al legame di parentela intercorrente tra i suoi componenti[48]. Non è in dubbio, infatti, che il legislatore, riferendosi ai destinatari della tutela in termini di coniuge, parente o affine (e, da ultimo, di unito civilmente o convivente di fatto), abbia inteso tutelare la posizione di questi ultimi nei confronti dell'esercente l'attività d'impresa, ponendo in risalto la sua qualità di congiunto del lavoratore.

La novella del 1975, con l'introduzione dell'istituto dell'impresa familiare, non intendeva certo né sovrapporre un rapporto di tipo societario al legame parentale esistente tra l'imprenditore e i lavoratori familiari, né attribuire loro la qualifica di imprenditori, bensì prestare un'effettiva tutela al lavoro svolto dai familiari nell'ambito dell'attività imprenditoriale di un congiunto e non diversamente regolamentato[49]. Le stesse esigenze di tutela fatte proprie dalla l. n. 151 del 1975 rimarrebbero insoddisfatte qualora l'operatività dei rimedi introdotti fosse subordinata alla previa attribuzione al collaboratore della qualità di imprenditore, con tutto quello che ne conseguirebbe in termini di responsabilità illimitata ed esposizione a fallimento[50]. Responsabile per le obbligazioni d'impresa, dunque, rimane sempre (e soltanto) l'imprenditore; i collaboratori familiari sopportano un rischio limitato alle rispettive quote di partecipazione agli utili, ai beni con

47 Prosperi, F.: *Impresa familiare*, cit., p. 45.

48 Di Rosa, G.: "Dell'impresa familiare", cit., pp. 1682-1683; Id.: "Tratti distintivi", cit., p. 507; Ferrara *jr*, F. e Corsi, F.: *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 52.

49 Sul mancato riconoscimento in capo al familiare che collabora nell'attività d'impresa della qualità di imprenditore, Di Rosa, G.: "Dell'impresa familiare", cit., p. 392; Panuccio, V.: voce "Impresa familiare", cit., p. 682; in giurisprudenza Cass., 6 marzo 1999, n. 1917, cit., secondo la quale, nell'impresa familiare, i diritti dei collaboratori rilevano solo sul piano obbligatorio senza comportare alcuna modifica nella struttura dell'impresa facente capo al titolare della stessa, al quale unicamente spetta la qualifica di imprenditore e i poteri di gestione e di organizzazione del lavoro implicanti la subordinazione dei familiari che lo coadiuvano; Cass., 25 luglio 1992, n. 8959, cit.; Cass., 2 aprile 1992, n. 4030, cit.; *contra*, sia pure in epoca risalente, Trib. Roma, 17 marzo 1984, *Dir. fall.*, 1984, II, p. 601; Cons. Stato, 6 giugno 1978, n. 713, *Foro it.*, 1979, III, c. 157; Cons. Stato, 11 febbraio 1976, n. 89, cit.

50 Auletta, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 311, secondo il quale la posizione del prestatore d'opera nell'ambito dell'impresa familiare potrebbe al più "assimilarsi (senza identificarvisi) a quella dell'associato in partecipazione"; analogamente, Bianca, C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 558 ss.; Martuccelli S.: "Impresa familiare", in AA.VV.: *Diritto civile* (a cura di Id. e V. Pescatore), Giuffrè, Milano, 2011, p. 886; Prosperi, F.: *Impresa familiare*, cit., p. 37; Florio, N.: *Famiglia*, cit., p. 90 ss.; Oppo, G.: "Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 127. In giurisprudenza Cass., 28 ottobre 2019, n. 27541, cit.; Cass., 5 luglio 2013, n. 16829, cit., ove si riferisce che, ai fini dell'estensione del fallimento del titolare dell'impresa familiare agli altri componenti della stessa, è necessario l'accertamento dell'effettiva costituzione di una società di fatto, attraverso l'esame del comportamento assunto dai familiari nelle relazioni esterne all'impresa; Cass., 16 giugno 2010, n. 14580, *Fall.*, 2010, p. 1146 ss., secondo la quale soltanto il titolare dell'impresa familiare è soggetto alla dichiarazione di fallimento, mentre i familiari possono essere dichiarati falliti soltanto allorquando il rapporto fra i partecipanti all'impresa familiare si manifesti all'esterno con le caratteristiche di un rapporto societario, nell'ambito del quale i soci intrattengano rapporti con i terzi assumendo le conseguenti obbligazioni, spendendo il nome della società, palesando l'esistenza di un fondo comune e così manifestando l'"*affectio societatis*", in tale ipotesi dovendosi presumere l'esistenza di una società di fatto che si sovrappone al rapporto regolato dall'art. 230-*bis* c.c.; Cass., 24 marzo 2000, n. 3520, cit.; Cass., 27 giugno 1990, n. 6559, cit.; Cass., 13 giugno 1987, n. 5201, *Foro it.*, 1987, I, c. 2362, con nota di Bellantuono, D.: "Impresa coltivatrice e prelazione agraria".

essi acquistati e agli incrementi[51], rientrando tali accantonamenti comunque nel patrimonio dell'impresa aggredibile dai creditori sociali[52].

La non configurabilità in capo al lavoratore familiare della qualifica di imprenditore è altresì confermata dal riferimento dell'art. 230 bis c.c. esclusivamente alla possibilità per il collaboratore di usufruire di una parte dei guadagni dell'impresa (sotto forma di diritto al mantenimento, agli utili, ai beni con quest'ultimi acquistati, agli incrementi e all'avviamento) senza alcuna sopportazione delle eventuali perdite[53].

L'istituto dell'impresa familiare non comporta, dunque, l'attribuzione di poteri di rappresentanza al prestatore d'opera, non determina la costituzione di un regime di comunione sui beni dell'impresa né di responsabilità solidale per le obbligazioni assunte nell'esercizio dell'attività d'impresa[54], così notevolmente differenziandosi dai modelli organizzativi del lavoro familiare di natura collettiva e a struttura associativa tipizzati dal legislatore italiano, come le comunioni tacite familiari – all'esito della riforma del diritto di famiglia, validamente costituite, peraltro, soltanto se regolate da usi che non contrastino con il regime previsto all'art. 230 bis c.c. – o l'impresa familiare coltivatrice, regolata all'art. 48, l. n. 203 del 1982 e individuata quale species del più ampio genus dell'impresa familiare[55].

51 Considerato che anche gli utili rappresentano degli incrementi d'impresa, è probabile che il legislatore – con tale espressione – abbia voluto specificamente intendere gli incrementi degli impianti e di altri beni per lavori interni (di cui già all'art. 2425-*bis*, n. 11, c.c.), nonché, più in generale, ogni incremento di valore dell'azienda e dei suoi beni, incluso l'avviamento; sul punto Colussi, V: voce "Impresa familiare", cit., p. 181; Galgano, F.: *L'imprenditore*, cit., p. 81; Ghidini, M.: *L'impresa familiare*, cit., p. 31.

52 Auletta, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 311; in giurisprudenza Trib. Milano, 10 giugno 1993, *Foro it.*, 1995, I, p. 1679; Trib. Ferrara, 15 luglio 1977, *Riv. dir. agr.* 1980, II, p. 235.

53 Per un approfondimento sulla nozione di imprenditore, per tutti, Auletta, G.: *Diritto commerciale*, cit., p. 18, secondo il quale "*imprenditore o titolare della impresa* è dunque colui, a cui rischio viene svolta l'impresa, colui, cioè, al quale spettano i guadagni o le perdite dell'impresa, in quanto gli atti giuridici, di cui l'impresa consta (acquisto di capitali, vendita dei prodotti), vengono compiuti in suo nome".

54 L'esistenza dell'impresa familiare non determina, ad esempio, nel partecipante non intestatario dei beni dell'azienda la trasmissione del diritto dominicale, neanche nel caso in cui si dimostri la provenienza degli acquisti con denaro del prestatore d'opera, vantando quest'ultimo soltanto un diritto di credito verso l'intestatario dei beni, con la conseguenza che gli sarà consentito esercitare non già azione reale per il loro recupero, ma solo quella risarcitoria; così, di recente, Cass., 25 giugno 2020, n. 12643, *CED on line*; Trib. Firenze, sez. lav., 26 luglio 2017, *OneLegale*; nonché Cass., sez. lav., 18 dicembre 2018, n. 32698, *ivi*, secondo la quale nel caso in cui si intenda dimostrare che un immobile acquistato in nome proprio da un partecipante a un'impresa familiare sia stato invero acquistato con gli utili aziendali occorre fornire piena prova di tale assunto, non risultando valutabile neanche in termini di mera presunzione la circostanza che l'immobile sia stato acquistato durante il periodo di esistenza dell'impresa familiare; al riguardo, in dottrina, si segnala la differente posizione di Auletta, T., *Diritto di famiglia*, cit., p. 318, secondo il quale il prestatore d'opera nell'impresa familiare "è contitolare dei beni acquistati con gli utili accantonati e potrà pretendere l'intestazione anche a proprio nome dei beni già precedentemente acquistati con l'impiego di detti utili".

55 Sul punto Di Rosa, G.: "Dell'impresa familiare", cit., p. 1736 ss.; Prosperi, F.: *Impresa familiare*, cit., p. 363 ss.; Basile, M.: "La "rivincita" della famiglia coltivatrice", *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 40 ss.; Finocchiaro, M.: "Rilevanza esterna dell'impresa familiare alla luce dell'articolo 48 della legge 3 maggio 1982, n. 203", *Nuovo dir. agr.*, 1983, p. 453; Graziani, C.A.: "Impresa familiare coltivatrice", in AA.VV.: *La riforma dei contratti agrari. Comm. l. 3 maggio 1982, n. 203* (a cura di C.A. Graziani, P. Recchi e L. Francario), Jovene, Napoli, 1982, *sub* art. 48, p. 397 ss.; in giurisprudenza, di recente, Cass., 25 giugno 2020, n. 12643, cit.

IV. LA PRESUNTA (INFONDATA) INCOMPATIBILITÀ CON LA FORMA SOCIETARIA RISPETTO AL RICONOSCIMENTO DELLE TUTELE DEI PARTECIPANTI.

Le considerazioni appena richiamate – in particolare, in ordine all'assenza di una decisiva partecipazione del collaboratore familiare alla gestione dell'impresa, nonché di elementi che comportino al medesimo l'imputazione dell'attività –, che consentono di ritenere preferibile, oramai in maniera ampiamente condivisa, la tesi della natura individuale dell'impresa familiare, sembrerebbero tuttavia non essere state tenute in adeguata considerazione nell'ulteriore dibattito in ordine alla compatibilità del sistema di tutele di cui all'art. 230 bis c.c. con il tipo societario.

L'inapplicabilità ai modelli societari, secondo alcuni, deriverebbe dalla valorizzazione del presupposto sostanziale dell'istituto in esame, costituito dalla sussistenza di una relazione di tipo familiare con l'imprenditore, qualifica al più riferibile alla società ma non al socio[56]; un diverso avviso giurisprudenziale, attribuita natura eccezionale alla disciplina dell'impresa familiare, ne ha escluso l'estensione al familiare del socio sul presupposto che sarebbe il frutto di una non consentita applicazione analogica, peraltro, nell'ambito di quella che deve ritenersi una lacuna impropria, espressione di una volontà ad excludendum del legislatore[57].

56 Sul punto Galgano, F.: "Il socio illimitatamente responsabile è, dunque, imprenditore", *Contratto e impr.*, 2000, p. 607 ss.; Colussi, V.: voce "Impresa familiare", cit., p. 179; Di Francia, A.: *Il rapporto di impresa*, cit., p. 229; Lemmi, V.: "Panorama di dottrina e giurisprudenza sull'impresa familiare", *Foro pad.*, 1987, I, p. 179. In giurisprudenza Cass., 14 marzo 2014, n. 6028, *Fall.*, 2015, p. 81 ss., con nota di Carmellino, G.: "Revocatoria degli atti compiuti tra i coniugi e fallimento del socio unico di S.r.l.: interazioni e vuoti di tutela"; Cass., 6 novembre 2006, n. 23669, *Impresa*, 2007, p. 125; Cass., 6 agosto 2003, n. 11881, cit.; Cass., 11 dicembre 2000, n. 15596, *Foro it.*, 2001, I, c. 2559; Cass., 19 maggio 2000, n. 6541, *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Fallimento*, n. 738.

57 Sul punto, seppur con riguardo al diverso problema della impossibilità di estendere in via analogica le richiamate tutele al convivente di fatto, Cass., 29 novembre 2004, n. 22405, *Rep. Foro it.,* 2004, voce *Famiglia (regime patrimoniale)*, n. 77, c. 1182; Cass., 2 maggio 1994, n. 4204, *Giur. it.*, 1995, I, c. 844. La tesi dell'eccezionalità delle tutele dell'impresa familiare è stata poi confutata anche da Cass., sez. un., 6 novembre 2014, n. 23676, cit., secondo la quale, espressamente, il connotato dell'eccezionalità "non si confà, con tutta evidenza, alla fattispecie in esame", non determinando alcuna limitazione di diritti, bensì attribuendo ampie tutele a un circoscritto novero di soggetti, con conseguenziale configurabilità dell'impresa familiare quale istituto di natura speciale a chiusura della disciplina dei rapporti patrimoniali della famiglia. Le Sezioni unite, altresì, escludono il formarsi di un assoluto vuoto di tutela, conseguente all'affermata incompatibilità dell'art. 230 *bis* c.c., poiché resterebbe "applicabile, in ultima analisi, il rimedio sussidiario, di chiusura, dell'arricchimento senza causa". Il ricorso alla disciplina dell'ingiustificato arricchimento, tuttavia, secondo Auletta, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 310, "appare al riguardo del tutto inadeguato". L'indicazione della Suprema Corte, altresì, secondo Delli Priscoli, L.: "Società e impresa familiare", cit., p. 655 ss., si pone in netto contrasto con gli stessi presupposti previsti per l'operatività del rimedio di cui all'art. 2041 c.c., tenuto conto che, nel caso di specie, lo squilibrio economico venutosi a determinare tra le parti conseguirebbe allo svolgimento di una volontaria prestazione lavorativa; secondo Butturini, P.: "Impresa familiare", cit., pp. 48-49, ancora, il ricorso al rimedio dell'ingiustificato arricchimento determinerebbe forti disparità di trattamento, in ragione di un trattamento, per il collaboratore familiare, comunque deteriore da quello previsto all'art. 230 *bis* c.c. In giurisprudenza, sull'esclusione dell'ingiusto arricchimento, nel caso in cui lo squilibrio economico in pregiudizio di una delle parti sia conseguenza di una propria libera determinazione negoziale, Cass., 5 luglio 2002, n. 9812, *Arch. civ.*, 2003, p. 525.
Per un approfondimento sulla natura speciale o eccezionale dell'art. 230 *bis* c.c., in dottrina, Di Rosa, G.: "Dell'impresa familiare", cit., p. 1707 ss.; Balestra, L.: "Esercizio dell'attività d'impresa in forma societaria e disciplina di cui all'art. 230-bis c.c.: sull'asserita compatibilità", *Dir. civ. cont.*, 2015, p. 3, secondo il quale, avanzando una terza opzione, "la disposizione in tema di impresa familiare si presta invero, in ragione degli interessi tutelati, consistenti nell'esigenza di apprestare forme di tutela nei confronti del lavoro svolto in via continuativa nell'àmbito di un'attività di impresa che abbia come substrato la comunità familiare, ad essere definita alla stregua di una norma di copertura a carattere generale"; Prosperi, F.: *Impresa familiare*, cit., p. 33.

La compatibilità con l'intero sottosistema societario – se si includono le caute aperture di una parte della dottrina all'applicabilità persino alle società di capitali, specie alla luce della più accentuata connotazione personale delle s.r.l. all'esito della riforma del diritto societario (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) –, è stata sostenuta, invece, in ragione della possibilità per i partecipanti di far valere i diritti scaturenti dal riconoscimento del regime dell'impresa familiare soltanto nei confronti del familiare beneficiario dell'attività lavorativa e nei limiti della sua quota di partecipazione, così non risultando in alcun modo d'ostacolo lo svolgimento in forma societaria dell'attività d'impresa. Nel determinare il quantum debeatur si terrà conto, infatti, del complessivo andamento dell'impresa, se avente forma individuale o societaria unipersonale, del profitto derivante dalla sola quota di partecipazione del familiare, se l'attività imprenditoriale è esercitata da quest'ultimo in società con terzi[58].

Ciononostante, le Sezioni unite della Suprema Corte, chiamate a risolvere l'evidenziato contrasto interpretativo, hanno concluso per l'irriducibilità della disciplina patrimoniale dell'impresa familiare a una qualsiasi tipologia societaria in ragione di possibili incongruenze di ordine pratico, riconducibili, ad esempio, alla determinazione dell'ammontare degli utili, dei beni con essi acquistati e degli incrementi in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato e non alla quota di partecipazione. Tale modalità di articolazione dei diritti è stata ritenuta, altresì, confliggente con le regole societarie che prevedono una distribuzione degli utili soltanto all'esito dell'assunzione di una espressa delibera assembleare e nessun diritto riconoscono "manente societate" ai soci sugli incrementi e sui beni acquisiti al patrimonio sociale[59]. Eppure, il rilevato difetto di coordinamento con le regole societarie in materia di distribuzione degli utili appare un falso problema, se solo si consideri che nessun diritto sugli utili potrà essere vantato dal prestatore d'opera nei confronti del socio che, a sua volta, non li abbia ricevuti dalla società.

Incompatibile con la disciplina societaria inerente alle modalità di formazione delle decisioni – tanto se riservate ai soci quanto agli amministratori – è stata ritenuta anche l'attribuzione di una qualche rilevanza alla volontà di estranei alla compagine sociale, nonché il riconoscimento di "diritti corporativi al familiare del socio" nell'assunzione delle decisioni più importanti per la vita dell'impresa

58 Per tale orientamento Finocchiaro, A. e M.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 1274; secondo Balestra, L.: *Attività d'impresa*, cit., p. 554 e Amoroso, G.: *L'impresa familiare*, cit., p. 69 ss., però, potrebbero essere riconosciuti soltanto i diritti patrimoniali; in giurisprudenza Cass., 23 settembre 2004, n. 19116, cit.; Cass., 19 ottobre 2000, n. 13861, cit.; Cass., 24 marzo 2000, n. 3520, cit.; Cass., 18 dicembre 1992, n. 13390, *Dir. fam.*, 1994, I, p. 106; Cass., 16 febbraio 1989, n. 921, *Foro it.*, 1989, I, c. 1488; Cass., 4 marzo 1982, n. 1302, *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1543.

Sul riconoscimento delle tutele di cui all'art. 230 *bis* c.c. anche nell'ipotesi di svolgimento dell'attività imprenditoriale per il tramite di una società di capitali, già prima della riforma del diritto societario, Oppo, G.: "Dell'impresa familiare", cit., p. 491; Mattiuzzo, F., Pellarini, A. e Pettarin, G.G.: *L'impresa familiare. Aspetti di diritto commerciale, finanziario e previdenziale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 33; Bianca, C.M.: "Regimi patrimoniali", cit., p. 35 ss.; Libertini, M.: "Sull'impresa familiare", cit., p. 125, il quale, pur premettendo che la soluzione può suscitare molti dubbi, ritiene applicabile l'art. 230 *bis* c.c. "anche di fronte a società di capitali, quando uno o più familiari posseggano una partecipazione di controllo"; più di recente, Dogliotti, M. e Figone, A.: "L'impresa familiare", cit., pp. 706-707; Balestra, L.: *Attività d'impresa*, cit., p. 554. *Contra, ex multis*, Finocchiaro, A. e M.: *Diritto di famiglia*, p. 1274 ss.; Colussi, V.: "Impresa familiare", *Noviss. Dig. it.*, cit., p. 56; De Martini, A.: "Considerazioni sull'impresa familiare e sull'azienda gestita dai coniugi", *Dir. fall.*, 1979, I, p. 16.

59 Le indicate motivazioni, articolate da Cass., sez. un., 6 novembre 2014, n. 23676, cit., sono state richiamate anche da Cass., sez. lav., 13 ottobre 2015, n. 20552, cit.

(impiego di utili e incrementi, gestione straordinaria, cessazione dell'impresa stessa)[60]. Il prestatore d'opera, però, potrebbe al più influenzare la decisione del familiare e non certo, almeno in via diretta, quella della società; ciò, anche alla luce della rilevata rilevanza meramente interna dell'impresa familiare[61]. Appare superabile, dunque, anche l'obiezione circa una così determinata indebita etero-direzione della società, tenuto conto che, nell'ipotesi in cui il socio non si attenga alla decisione espressa dalla maggioranza dei partecipanti all'impresa familiare – alla stregua di quanto accade in tema di violazione dei patti parasociali o dei patti di sindacato – per questi ultimi non residuerebbe che una tutela meramente risarcitoria[62].

Il Supremo Collegio ha escluso anche la possibilità di un'applicazione selettiva della disciplina dell'impresa familiare, all'esito di una destrutturazione della norma, articolata sul discrimen tra un nucleo essenziale di applicazione necessaria (diritto al mantenimento, riconoscibile anche in un rapporto tra familiare e socio) e il restante complesso di diritti e poteri di natura accessoria (non applicabile ogni qualvolta il regime dell'art. 230 bis c.c. confligga con il sottosistema societario), ritenendola "una forzatura ermeneutica che traligna in sostanziale infedeltà al testo"[63].

L'individuazione di eventuali profili di criticità in sede di riconoscimento delle specifiche tutele introdotte in favore del lavoratore nell'impresa di famiglia, nel caso in cui l'attività d'impresa sia condotta in forma societaria, non avrebbe dovuto condurre alla (sbrigativa) affermazione di incompatibilità tra i due distinti regimi, nella consapevolezza che è compito dell'interprete, in assenza di un auspicabile (ma, allo stato, non previsto) intervento del legislatore (sia esso interno o unionale), individuare soluzioni idonee a superare ogni difficoltà di adattamento, tenuto conto della necessità di assicurare osservanza alle introdotte inderogabili disposizioni di protezione del lavoratore familiare.

Le possibili distonie rispetto alle regole del sistema societario riguardo alle modalità di partecipazione dei familiari ai proventi dell'attività e di formazione

60 Così, ancora, Cass., sez. un., 6 novembre 2014, n. 23676, cit.; successivamente, Trib. Roma, sez. lav., 18 febbraio 2019, *OneLegale*, secondo il quale, nell'assunzione delle decisioni che concernono l'impiego degli utili e degli incrementi, nonché la gestione straordinaria, gli indirizzi produttivi e la cessazione dell'impresa, ai fini del calcolo della maggioranza, i voti dei partecipanti all'impresa hanno tutti lo stesso valore e non esistono quote.

61 Di Rosa, G.: "Dell'impresa familiare", cit., pp. 1705, 1715 ss.; Prosperi, F.: *Impresa familiare*, cit., pp. 125, 211 ss.

62 Potrebbe al più pretendersi che il socio renda, analogamente a quanto accade in tema di patti parasociali, una dichiarazione in ordine alla sussistenza del regime dell'impresa familiare e, dunque, della compartecipazione di terzi nella formazione della volontà espressa in sede assembleare; sul punto Oppo, G.: "Impresa familiare", cit., p. 492. Sulla rilevanza interna dei patti parasociali o dei patti di sindacato, con conseguenze meramente risarcitorie in caso di violazione, in giurisprudenza, Trib. Milano, 23 settembre 2016, *OneLegale*; Cass., 5 marzo 2008, n. 5963, *Notariato*, 2008, p. 368 ss.; App. Milano, 24 luglio 1998, *Foro pad.*, 1999, I, p. 34 ss. Nell'ordinamento spagnolo, invece, come anticipato, la questione trova compiuta soluzione nell'àmbito del R.D. 171/07 e della previsione in ordine alla pubblicità del *protocolo familiar* nel Registro delle imprese.

63 Cass., sez. un., 6 novembre 2014, n. 23676, cit. Per un'incompatibilità limitata al più ai soli diritti amministrativo-gestori, Balestra, L.: "Esercizio dell'attività d'impresa", cit., p. 5; Id.: *L'impresa familiare*, cit., p. 165; Prosperi, F.: *Impresa familiare*, cit., p. 123 ss.; Amoroso, G.: *L'impresa familiare*, cit., p. 69 ss.

delle decisioni rilevanti per l'impresa, infatti, appaiono soltanto una (trascurabile e superabile) conseguenza dell'innesto, nell'impianto normativo esistente, di un complesso sistema di tutele a presidio di interessi preminenti, scaturenti dall'interrelazione di materie e istituti costituzionalmente tutelati, quali lavoro, impresa e famiglia[64].

È lo stesso art. 230 bis c.c., d'altronde, a invocare l'intervento suppletivo dell'interprete nel caso di conflitti di compatibilità con la disciplina di altri istituti. Si pensi, al riguardo, all'applicabilità dell'art. 732 c.c., nell'ambito della regolazione del diritto di prelazione sull'azienda riconosciuto al familiare-lavoratore, disposta "nei limiti in cui è compatibile", con conseguente rimessione alla sensibilità dell'interprete, non soltanto della soluzione di eventuali conflitti con previgenti diritti acquisiti dagli altri soci o differenti previsioni statutarie sul punto, ma anche della determinazione della (parte di) disciplina applicabile. Ciò, con inevitabili contrasti interpretativi, in ordine, ad esempio, alla compatibilità dell'istituto del retratto con la disciplina dell'impresa familiare. A tal proposito, a un orientamento formalista, secondo il quale esso sarebbe configurabile sull'assunto che il riconoscimento di un diritto di prelazione legale non può prescindere dal connesso rimedio posto a presidio dell'eventuale inosservanza del precetto primario, si contrappone un (più condivisibile) orientamento che ne esclude l'applicabilità in ragione della rilevanza meramente interna della tutela e dell'assenza (nell'ordinamento interno) di strumenti pubblicitari dell'impresa familiare[65].

I diritti patrimoniali e amministrativi spettanti al collaboratore familiare si configurano quali meri diritti di credito esercitabili nei confronti del solo imprenditore; la riferita mancata previsione di un qualsivoglia meccanismo

64 Si segnala sul punto la prassi in uso nell'ordinamento spagnolo, nel caso di impresa di famiglia e di previsione di un apposito *protocolo familiar*, di affiancare agli organi deliberativi ed esecutivi propri delle società, un *Órganos de Gobierno de la Familia*, in cui si discutono e affrontano, preliminarmente, le questioni societarie di maggiore interesse per il gruppo famiglia, nonché di una *Asamblea Familiar*, organo di carattere informativo e sprovvisto di poteri decisori, a cui prendono parte anche componenti della famiglia che non operano in azienda.

65 Per la posizione formalista Bianca, C.M.: *Diritto civile*, cit., pp. 568-569; Galgano, F.: "Impresa familiare", cit., p. 115; Tamburrino, G.: "L'impresa familiare", cit., p. 210; più di recente, riconoscono natura reale al diritto di prelazione vantato dal familiare-collaboratore anche Bocchini, F.: *Gli stati familiari. Conflitti, patti e tutele*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 184, secondo il quale, anche in ragione di quanto previsto con riguardo all'analogo tema della prelazione agraria, il carattere reale del diritto di prelazione attribuito al familiare, pur in assenza di un'adeguata pubblicità dell'istituto, confermerebbe "come l'esigenza di certezza della circolazione dei beni non esprima un valore imprescindibile, ma vada conciliato con la tutela dei singoli interessi materiali coinvolti"; Id.: *Le vendite immobiliari. Contratto e pubblicità*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 36, 627; Prosperi, F.: *Impresa familiare*, cit., p. 301 ss. In giurisprudenza Cass., 21 aprile 2017, n. 10147, *CED on line*; Cass., 19 novembre 2008, n. 27475, *Fam. e dir.*, 2009, p. 579 ss., con nota critica di Balestra, L.: "Prelazione nell'impresa familiare e retratto tra tutela del familiare collaboratore e sicurezza nella circolazione dei beni", la quale ha riconosciuto ai partecipanti all'impresa familiare il diritto di riscatto, rilevando che nel nostro ordinamento sono comunque riscontrabili altre situazioni in cui la tutela del lavoro e della famiglia prevale sulla sicurezza della circolazione dei beni, come nel caso della prelazione a favore del coltivatore diretto (art. 8, l. 26 maggio 1965, n. 590); Trib. Macerata, 28 settembre 2000, *Giur. it.*, 2002, I, p. 93 ss., con nota di Febbrajo, T.: "Il diritto di prelazione di cui all'art. 230 bis 5° comma e i trasferimenti *mortis causa*". Per l'incompatibilità dell'istituto del retratto con la disciplina dell'impresa familiare Auletta, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 322; Di Rosa, G.: "Dell'impresa familiare", cit., p. 1728 ss.; Tanzi, M.: "Impresa familiare", cit., p. 2, il quale, pur riconoscendo l'operatività delle tutele di cui all'art. 230 *bis* c.c. nell'ipotesi di svolgimento dell'attività imprenditoriale in forma societaria, ritiene preferibile subordinarne l'operatività all'assenza di diritti dei soci e di contrarie previsioni statutarie, accettando, dunque, una diminuzione della tutela giuridica riservata al familiare collaboratore ogni qualvolta possa contrastare con il regime societario; Balestra, L.: *L'impresa familiare*, cit., p. 325 ss.; in giurisprudenza Cass., 6.03.1999, n. 1917, cit.

pubblicitario, in grado di tutelare il legittimo affidamento dei terzi che contrattano con l'imprenditore, d'altronde, è da ritenersi un ulteriore indice della volontà del legislatore nazionale di prevedere un modello organizzativo a valenza meramente interna[66].

La sussistenza del regime dell'impresa familiare, anche nel caso in cui sia comprovata dalla ricorrenza di un apposito atto costitutivo o anche meramente enunciativo – peraltro adottato, sebbene a fini prevalentemente fiscali, nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata –, non inciderà in alcun modo sull'operatività esterna dell'impresa (sia essa a forma individuale o societaria), la quale continuerà a essere sottoposta alle regole proprie del modello organizzativo prescelto[67].

Le tutele di cui al 230 bis c.c., persino nell'eventualità in cui siano chiamate a innestarsi su un preesistente regime societario, continueranno a operare comunque su un piano assolutamente personale e interno, ossia in riferimento alla posizione giuridica (e, quindi, ai diritti e ai doveri) del familiare nell'impresa, sia esso titolare o contitolare[68]. Il rilievo formalistico secondo cui è la società, e non i singoli soci, a doversi considerare imprenditore non può costituire ostacolo all'applicazione della inderogabile disciplina dell'impresa familiare, tenuto conto che "il socio beneficia dell'attività prestata dal proprio familiare così come, limitatamente alla quota della sua partecipazione sociale, ne avrebbe beneficiato se fosse stato imprenditore individuale"[69]; d'altronde, nell'ipotesi in cui il legame familiare sussista nei confronti di più contitolari dell'attività d'impresa, tutti saranno

66 Balestra, L.: "Esercizio dell'attività d'impresa", cit., p. 5; Id.: *L'impresa familiare*, *Tratt. dir. fam.*, cit., p. 872; Galgano, F.: *Trattato*, I, cit., p. 732 ss.; Id.: *L'impresa familiare*, cit., p. 109; Oppo, G.: "Dell'impresa familiare", cit., p. 386; Graziani, C.A.: *L'impresa familiare nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 225; in giurisprudenza Cass., sez. lav., 13 ottobre 2015, n. 20552, cit., ove si riferisce che l'impresa appartiene soltanto al suo titolare, creando tra i partecipanti un rapporto meramente interno, di natura obbligatoria, per la qualificazione dei loro diritti economici alla stregua di diritti di credito nei confronti del titolare.
Sull'assenza di forme pubblicitarie del regime dell'impresa familiare quale indice della rilevanza meramente interna, Di Rosa, G.: "Dell'impresa familiare", cit., p. 1715 ss.; Id.: "Tratti distintivi", cit., pp. 523-525; Prosperi, F.: *Impresa familiare*, cit., pp. 30, 33; in giurisprudenza Cass., 18 gennaio 2005, n. 874, cit. Per un diverso avviso, Auletta, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 318, secondo il quale "la ricostruzione dei diritti dei collaboratori quali diritti di credito sugli utili e sui nuovi acquisti non trova fondamento nella legge e non può giustificarsi con la mancanza di pubblicità circa l'esistenza dell'impresa familiare"; nonché, sia pure in epoca risalente, a sostegno della rilevanza esterna della decisione presa a maggioranza, Cass., 13 ottobre 1984, n. 5214, *Giur. it.*, 1985, I, c. 1569; Cons. Stato, 11 febbraio 1976, n. 89, cit.

67 Sul punto Prosperi, F: *Impresa familiare*, cit., pp. 47, 211 ss., secondo il quale non sembrerebbero esservi particolari ostacoli all'applicabilità dell'art. 230 *bis* c.c. persino nell'eventualità in cui il familiare eserciti l'attività d'impresa con terzi estranei.

68 Menghini, L.: "Il lavoro familiare nella giurisprudenza: questioni chiuse ed ancora aperte", *Lav. nella giur.*, 2015, p. 227, secondo il quale "lo sdoppiamento dell'imprenditore comporta dei problemi applicativi, ma questi non mi sembrano insuperabili"; Santosuosso, F.: *Beni ed attività economiche della famiglia*, 2ª ed., Utet, Torino, 2002, p. 495 ss.; Galgano, F.: "L'impresa familiare", cit., p. 111; De Martini, D.: "L'impresa esercitata nell'ambito della famiglia", *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 48; Florio, N.: *Famiglia*, cit., p. 43, secondo il quale "se i familiari partecipano alla gestione di questa quota, condizionando le decisioni del proprio familiare imprenditore, questi, nei confronti del proprio socio, sarà l'esecutore della volontà manifestata dai familiari, suoi collaboratori. E questi parteciperanno agli utili, agli acquisti ed agli incrementi limitatamente alla quota-parte di spettanza del proprio familiare"; in giurisprudenza, di recente, Cass., 20 dicembre 2019, n. 34222, cit., secondo la quale, tenuto conto della natura individuale dell'impresa familiare, la posizione degli altri familiari, che prestano il loro apporto sul piano lavorativo, assume rilevanza esclusivamente nei rapporti interni, restando anche esclusa la configurabilità di un'ipotesi di litisconsorzio necessario.

69 Prosperi, F: *Impresa familiare*, cit., p. 125; nonché App. Messina, 16 febbraio 2000, cit.

chiamati a garantire al lavoratore le tutele di cui all'art. 230 bis c.c., sia pure pro quota e nei limiti di quanto la prestazione è effettivamente rivolta a loro vantaggio.

Il rapporto interno che si instaura tra il collaboratore e il familiare rimane il medesimo sia se quest'ultimo svolga individualmente la propria attività imprenditoriale sia se la eserciti per il tramite di uno strumento societario; ciò che non può mai mancare è lo stretto collegamento con l'attività imprenditoriale del familiare, ma a tal fine è del tutto irrilevante se quest'ultimo eserciti individualmente o in partecipazione con terzi l'attività d'impresa[70]. Diversamente ragionando, dovrebbe registrarsi l'assoluta incoerenza di un sistema che riconosce ampi diritti al familiare il quale presti attività lavorativa in favore dell'impresa di famiglia fintanto che sia esercitata in forma individuale e, nonostante l'apporto lavorativo del familiare rimanga del tutto immutato, li esclude sic et simpliciter non appena l'imprenditore prosegua (magari elusivamente) l'attività d'impresa in società con terzi o, più semplicemente, si limiti a trasformare la propria ditta individuale in una società a responsabilità limitata unipersonale[71].

Il significato letterale dell'art. 230 bis c.c. – che esige l'instaurazione del rapporto di parentela con una persona fisica e non anche con un organismo societario – non può che cedere di fronte al profilo sostanziale dell'interesse protetto, ossia tutelare il lavoro familiare nell'impresa, indipendentemente dalla struttura prescelta da chi ne sia a capo e, dunque, dalle modalità organizzative (esterne) dell'attività d'impresa; dalla rilevanza endofamiliare dell'istituto ne consegue, quale corollario, "che l'art. 230-bis può applicarsi qualunque sia la forma giuridica "esterna" dell'impresa"[72].

La negazione tout court dell'operatività dell'art. 230 bis c.c. ogni qualvolta l'attività d'impresa si svolga in forma societaria determina un serio vulnus al sistema di tutele organizzato dalla novella, facilmente eludibile mediante l'interposizione di

70 Sul punto Auletta, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 312, il quale, tuttavia, ritiene applicabile l'art. 230-*bis* c.c. a un'impresa esercitata in forma societaria soltanto se composta da soci legati da un vincolo di parentela, mostrando delle perplessità, di contro, per l'ipotesi in cui l'attività lavorativa sia svolta in favore di una società costituita tra il familiare del collaboratore ed estranei.

71 Sul punto Corsi, F., "Il regime", cit., p. 215, ove si evidenzia l'irrazionalità nel disciplinare differentemente situazioni sostanzialmente identiche; Libertini, M.: "Sull'impresa familiare", cit., pp. 125-126, secondo il quale "non sarebbe giusto far cadere le tutele attribuite ai familiari dalla norma proprio quando essi, con il loro lavoro, hanno contribuito alla crescita dell'impresa (sì che questa, ad esempio, cessa di essere «piccola impresa» dal punto di vista fallimentare; o si trasforma da società di persone in società di capitali, per l'ingresso di un socio estraneo che apporta i propri capitali". In giurisprudenza, tuttavia, Cass., 6 agosto 2003, n. 11881, cit., la quale, inaugurando l'orientamento contrario alla compatibilità tra il regime dell'impresa familiare e il sottosistema societario, ha riconosciuto alla moglie che collaborava nell'impresa condotta dal marito imprenditore le tutele di cui all'art. 230 *bis* c.c. soltanto sino a quando quest'ultimo ha esercitato l'attività d'impresa in forma individuale, escludendole non appena ha provveduto a trasformare la ditta individuale in una società in nome collettivo condotta in partecipazione con il fratello; al riguardo, criticamente, Balestra, L.: "Esercizio dell'attività d'impresa", cit., p. 2.
Nel peculiare caso della società a responsabilità limitata unipersonale, peraltro, molte delle argomentazioni avanzate dal richiamato orientamento delle Sezioni unite per sostenere la tesi dell'incompatibilità tra l'istituto dell'impresa familiare e l'esercizio dell'attività d'impresa in forma societaria, risulterebbero non riproponibili, tenuto conto che l'attività d'impresa continuerebbe a essere svolta in forma individuale dall'imprenditore familiare, nonostante l'eventuale ricorso – a prescindere anche da un'eventuale finalità elusiva – alla personalità giuridica.

72 Libertini, M.: "Sull'impresa familiare", cit., p. 125; nonché Quadri, G.: *Impresa familiare*, cit., p. 47, secondo il quale ai fini dell'applicazione dell'art. 230 *bis* c.c. è "necessaria l'esistenza di un'impresa, che può essere di qualunque tipo"; Colussi, V.: "Impresa familiare", *Noviss. Dig. it.*, cit., p. 55.

uno schermo societario tra il familiare che presta l'attività lavorativa e il titolare di quest'ultima. Pur certamente condividendosi l'assunto secondo il quale la creazione di un diaframma tra società e socio, "lungi dall'essere un fenomeno patologico, costituisce l'in sé della forma societaria di gestione di un'impresa"[73], non può trascurarsi che la distinzione intercorrente tra una struttura societaria e i soci che la compongono "non vale più quando sia chiaro che la persona giuridica costituisca un mero espediente per perseguire scopi fraudolenti"[74].

73 Cass., sez. un., 6 novembre 2014, n. 23676, cit.

74 Prosperi, F.: *Impresa familiare*, cit., p. 49; nonché Galgano, F.: "La società e lo schermo della personalità giuridica", *Giur. comm.*, 1983, I, p. 5 ss.; Id.: "Persone giuridiche", *Comm. c.c. Scialoja-Branca, Libro I, Delle persone e della famiglia*, *Artt. 11-35*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1969, p. 24 ss.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *El protocolo familiar: Consejos prácticos para su elaboración*, Villena Artes Gráficas, Madrid, 2019.

Abbadessa, P.: "Sul regime della responsabilità nell'impresa familiare", in AA.VV.: *Raccolta di scritti di colleghi della Facoltà giuridica di Roma e di allievi in onore di Rosario Nicolò*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 65.

Amoroso, G.: *L'impresa familiare*, Cedam, Padova, 1988.

Andrini, M.C.: "Brevi note sulla soggettività giuridica dell'impresa familiare", *Giur. comm.*, 1977, I, p. 140.

Andrini, M.C.: "Tutela dell'individuo e tutela del gruppo nell'impresa familiare", *Riv. not.*, 1988, I, p. 137.

Andrini, M.C.: *L'impresa familiare*, *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* (diretto da F. Galgano), XI, Cedam, Padova, 1989, p. 84 ss.

Argiolas, G.: *Il valore dei valori. La governance nell'impresa socialmente orientata*, Città nuova, Roma, 2014.

Aronoff, C.E. e Ward, J.L.: *Family business values. How to assure a Legacy of continuity and success*, Palgrave Macmillan, New York, 2011.

Auletta, G.: *Diritto commerciale. L'impresa e l'azienda*, ora in Id., *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, Milano, 2001, p. 18.

Auletta, T.: *Diritto di famiglia*, 6ª ed., Giappichelli, Torino, 2022.

Aupperle, K.E., Carroll, A.B. e Hatfield, J.D.: "An Empirical Investigation of the Relationship between Corporate and Social Responsibility and Profitability", *Academy of Management Journal*, 1985, p. 450 ss.

Balestra, L.: "Esercizio dell'attività d'impresa in forma societaria e disciplina di cui all'art. 230-bis c.c.: sull'asserita compatibilità", *Dir. civ. cont.*, 2015, p. 3.

Balestra, L.: "L'impresa familiare", *Tratt. dir. fam.* (diretto da P. Zatti), *Regime patrimoniale della famiglia.* III (a cura di F. Anelli e M. Sesta), 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 813 ss.

Balestra, L.: "Prelazione nell'impresa familiare e retratto tra tutela del familiare collaboratore e sicurezza nella circolazione dei beni", *Fam. e dir.*, 2009, p. 579 ss.

Balestra, L.: "Società di fatto e impresa familiare: un'importante presa di posizione della Cassazione", *Familia*, 2001, p. 287.

Balestra, L.: *Attività d'impresa e rapporti familiari*, Cedam, Padova, 2008.

Balestra, L.: *L'impresa familiare*, Giuffrè, Milano, 1996.

Barassi, L.: *Il diritto del lavoro*, I, Giuffrè, Milano, 1957.

Basile, M.: "La "rivincita" della famiglia coltivatrice", *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 40 ss.

Bellantuono, D.: "Impresa coltivatrice e prelazione agraria", *Foro it.*, 1987, I, c. 2362.

Bianca, C.M.: *Diritto civile. La famiglia*, 2.1, 6ª ed., Giuffrè, Milano, 2017.

Bigiavi, W.: *La professionalità dell'imprenditore*, Cedam, Padova, 1948.

Bocchini, F.: *Gli stati familiari. Conflitti, patti e tutele*, Giuffrè, Milano, 2020.

Bocchini, F.: *Le vendite immobiliari. Contratto e pubblicità*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 36, 627.

Bonaretti, L.: *Il lavoro a titolo gratuito secondo la giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1978.

Busnelli, F.D.: "Impresa familiare e aziende gestite da entrambi i coniugi", in AA.VV.: *Studi sassaresi*, IV, *L'impresa familiare*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 92.

Busnelli, F.D.: "Impresa familiare*", Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1412.

Butturini, P.: "Impresa familiare e società dopo la pronuncia delle Sezioni unite", *Riv. dir. impr.*, 2018, p. 35.

Butturini, P.: "Sull'applicabilità dell'art. 230 bis nel caso di esercizio in forma societaria dell'impresa", *Giur. comm.*, 2006, I, p. 47.

Cagnasso, O.: "Impresa familiare e società", *Giur. it.*, 1989, IV, c. 136.

Camisón Zornoza, C. e Ríos Navarro, A.: *El protocolo familiar: metodologías y recomendaciones para su desarrollo e implantación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Carbone, P.: "Per un fondamento contrattuale dell'impresa familiare", *Rass. dir. civ.,* 1981, p. 998.

Carmellino, G.: "Revocatoria degli atti compiuti tra i coniugi e fallimento del socio unico di S.r.l.: interazioni e vuoti di tutela", *Fall.*, 2015, p. 81 ss.

Cecchini, A.: "Sul fondamento dell'impresa familiare", *Riv. dir. civ.*, 1977, II, p. 558 ss.

Cicero, C.: "La controversa struttura dell'impresa familiare", *Giur. it.*, 2015, p. 38.

Ciliberto, C: "La partecipazione agli utili nell'impresa familiare: il valore probatorio degli atti di predeterminazione delle quote", *Fam.* e *dir.*, 2014, p. 249.

Colussi, V.: "Impresa familiare", *Noviss. Dig. it., App.*, IV, Utet, Torino, 1983, p. 172.

Colussi, V.: "Impresa familiare", *Riv. dir. civ.*, 1981, p. 636 ss.

Colussi, V.: *Impresa* e *famiglia*, Cedam, Padova, 1985.

Colussi, V.: voce "Impresa familiare", *Dig. disc. priv. - sez. comm.,* VII, Utet, Torino, 1992, p. 176.

Corsi, F.: "Impresa familiare e società: la cassazione si ripete (ma la fattispecie è diversa)", *Giur. comm.*, 2016, II, 1039 ss.

Corsi, F.: "Il regime patrimoniale della famiglia". V, 2, *Tratt. dir. civ.* e *comm.* (diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni), II, Giuffrè, Milano, 1984, p. 212.

Cottino, G.: *Diritto commerciale*, I, 1, Cedam, Padova, 1986.

Cottrau, G.: *Il lavoro familiare*, Franco Angeli, Milano, 1984.

Cottrau, G.: voce "Lavoro familiare", *Noviss. Dig. it. App.*, IV, Utet, Torino, 1983, p. 61.

De Martini, A.: "Considerazioni sull'impresa familiare e sull'azienda gestita dai coniugi", *Dir. fall.*, 1979, I, p. 16.

De Martini, D.: "L'impresa esercitata nell'ambito della famiglia", *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 48.

Delli Priscoli, L.: "Società e impresa familiare", *Riv. dir. comm.*, 2015, II, p. 647 ss.

Dessì, C. e Floris, M.: "The importance of values in family businesses in spreading ethical business paradigms", in AA.VV.: *Integrity in Organizations. Bulding the Foundations for Humanistic Management* (a cura di W. Amann e A. Stachowicz-Stanusch), Palgrave Macmillan, New York, 2012, *passim.*

Dessì, C. e Floris, M.: *Le imprese familiari. Fisionomia di un fenomeno in evoluzione*, Franco Angeli, Milano, 2017, p. 21 ss.

Di Francia, A.: *Il rapporto di impresa familiare*, Cedam, Padova, 1991.

Di Rosa, G.: "Dell'impresa familiare", *Comm. Gabrielli*, *Della famiglia* (a cura di G. Di Rosa), 2ª ed., Utet, Torino, 2018, *sub* art. 230 *bis* c.c., p. 1679 ss.

Di Rosa, G.: "Tratti distintivi e aspetti problematici dell'impresa familiare", *Contratto e impr.*, 2007, p. 506.

Dogliotti, M. e Figone, A.: "L'impresa familiare", *Tratt. dir. priv.* (diretto da M. Bessone), *I rapporti patrimoniali tra coniugi.* IV, 3 (a cura di T. Auletta), Giappichelli, Torino, 2011 p. 725.

Dyer, W.G., "Examining the family effect on firm performance", *Family Business Review*, 2006, p. 253 ss.

Febbrajo, T.: "Il diritto di prelazione di cui all'art. 230 bis 5° comma e i trasferimenti *mortis causa*", *Giur. it.*, 2002, I, p. 93 ss.

Fernández-Tresguerres García, A.: "Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar", *Revista de Derecho de Sociedades*, 2002, p. 89.

Ferrante, A.: "Aportaciones comparativas para la definición jurídica de un instituto: la empresa familiar en Italia", *Revista de Derecho de Sociedades*, 2004-2, p. 466.

Ferrara *jr*, F. e Corsi, F.: *Gli imprenditori e le società*, 15ª ed., Giuffrè, Milano, 2011.

Ferri, G.: "Impresa coniugale e impresa familiare", *Riv. dir. comm.*, 1976, I, p. 9.

Finocchiaro, A. e M.: *Diritto di famiglia*, in *Comm. sist. l. 19 maggio 1975, n. 151. Leg. - Dottr. - Giur.* II, *sub* art. 230 *bis,* Giuffrè, Milano, 1984.

Finocchiaro, A. e M.: *Riforma del diritto di famiglia*, III, Giuffrè, Milano, 1979.

Finocchiaro, M.: "Rilevanza esterna dell'impresa familiare alla luce dell'articolo 48 della legge 3 maggio 1982, n. 203", *Nuovo dir. agr.,* 1983, p. 453.

Florio, N.: *Famiglia e impresa familiare*, Calderini, Bologna, 1977, p. 9.

Franceschelli, V.: "Much ado about nothing in tema di impresa familiare?", in AA.VV.: *Raccolta di scritti di colleghi della Facoltà giuridica di Roma e di allievi in onore di Rosario Nicolò*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 502

Galgano, F.: "Il socio illimitatamente responsabile è, dunque, imprenditore", *Contratto e impr.*, 2000, p. 607 ss.

Galgano, F.: "Impresa familiare", in AA.VV.: *Il regime patrimoniale della famiglia a dieci anni dalla riforma*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 112.

Galgano, F.: "L'imprenditore", in AA.VV.: *L'impresa.* II, in *Tratt. dir. comm.* e *dir. pubbl. econ.* (diretto da F. Galgano), Cedam, Padova, 1978, p. 56.

Galgano, F.: "La società e lo schermo della personalità giuridica", *Giur. comm.*, 1983, I, p. 5 ss.

Galgano, F.: *Il contratto*, 3ª ed. (a cura di N. Zorzi Galgano), Giuffrè, Milano, 2020.

Galgano, F.: *Il negozio giuridico*, 2ª ed., *Tratt. dir. civ.* e *comm.* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2002, pp. 2-3.

Galgano, F.: "Persone giuridiche", *Comm. c.c. Scialoja-Branca, Libro I, Delle persone e della famiglia*, *Artt. 11-35*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1969.

Galgano, F.: *Trattato di diritto civile*, I e III, 3ª ed. agg. (a cura di N. Zorzi Galgano), Cedam, Padova, 2015, p. 728 ss.

García Companys, A.: "El Protocolo Familiar: La solución jurídica para la empresa familiar", *Cuadernos Prácticos de Empresa Familiar*, 2017, 5, p. 5 ss.

Ghidini, M.: *L'impresa familiare*, Cedam, Padova, 1977.

Giugliano, M.R.: "La qualificazione giuridica del lavoro casalingo nell'ambito dell'impresa familiare", *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 1037 ss.

Graziani, C.A.: "Impresa familiare coltivatrice", in AA.VV.: *La riforma dei contratti agrari. Comm. l. 3 maggio 1982, n. 203* (a cura di C.A. Graziani, P. Recchi e L. Francario), Jovene, Napoli, 1982, *sub* art. 48, p. 397 ss.

Graziani, C.A.: "L'impresa familiare nel nuovo diritto di famiglia: prime considerazioni", *Nuovo dir. agr.*, 1975, p. 235 ss.

Graziani, C.A.: *L'impresa familiare.* II, 3, *Tratt. dir. priv.* (diretto da P. Rescigno), Utet, Torino, 1996, p. 683.

Guzzardi, G.: "L'affermata incompatibilità dell'impresa familiare con la disciplina societaria nel sistema delle tutele del prestatore d'opera", I e II, rispettivamente in *Studium iuris*, 2015, p. 1427 ss. e *ivi*, 2016, p. 32 ss.

Iglesias Prada, J.L.: "El proyecto de ley de sociedades de responsabilidad limitada y la empresa familiar*", Revista General de Derecho*, 1994, p. 5417.

Irti, N.: "L'ambigua logica dell'impresa familiare", *Riv. dir. agr.,* 1980, I, p. 525 ss.

Lemmi, V.: "Panorama di dottrina e giurisprudenza sull'impresa familiare", *Foro pad.*, 1987, I, p. 179.

Libertini, M.: "Sull'impresa familiare, e sulla derogabilità della disciplina dell'art. 230-bis", in AA.VV.: *L'impresa nel nuovo diritto di famiglia* (a cura di A. Maisano), Liguori, Napoli, 1977, p. 127.

Licini, C.: "Appunti per una qualificazione plurisoggettiva dell'impresa familiare", *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 629.

Lopilato, V.: "«L'impresa familiare e l'ammissibilità di un rapporto di parentela "societaria"»", *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 573 ss.

Macario, F.: "I contratti di convivenza tra forma e sostanza", *Contratti*, 2017, p. 8 ss.

Martino, M.: "Sulla compatibilità tra impresa familiare e impresa societaria", *Fam. e dir.*, 2015, p. 770 ss.

Martuccelli S.: "Impresa familiare", in AA.VV.: *Diritto civile* (a cura di Id. e V. Pescatore), Giuffrè, Milano, 2011, p. 886.

Mattiuzzo, F., Pellarini, A. e Pettarin, G.G.: *L'impresa familiare. Aspetti di diritto commerciale, finanziario e previdenziale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 33.

Menghini, L.: "Il lavoro familiare nella giurisprudenza: questioni chiuse ed ancora aperte", *Lav. nella giur.*, 2015, p. 227.

Meroño Cerdán, A.: "Determinantes de la continuidad en la Empresa Familiar", *Cuadernos de Trabajo Cátedra de Empresa Familiar Mare Nostrum*, 2020, 1, p. 2 ss.

Messinetti, D.: "Impresa familiare, diritto d'impresa, «possesso di diritti»", in AA.VV.: *Raccolta di scritti di colleghi della Facoltà giuridica di Roma e di allievi in onore di Rosario Nicolò*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 572.

Molina Parra, P.A., Botero Botero, S. e Montoya Monsalve, J.N.: "Empresas de familia: conceptos y modelos para su análisis", *Pensamiento & Gestión*, 2016, 41, pp. 116 ss.

Napoli, E.V.: "Incidenza dell'impresa familiare sulla realtà socio-economica della famiglia", in AA.VV.: *L'impresa nel nuovo diritto di famiglia* (a cura di A. Maisano), Liguori, Napoli, 1977, p. 178.

Oppo G.: "Impresa familiare", *Comm. dir. it. fam.* (diretto da G. Cian, G., Oppo e A. Trabucchi), III, Cedam, Padova, 1992, p. 480.

Oppo, G.: "Dell'impresa familiare", *Comm. riforma dir. fam.* (a cura di L. Carraro, G. Oppo e A. Trabucchi), Cedam, Padova, 1977, I, 1, § 10.

Oppo, G.: "Diritto di famiglia e diritto dell'impresa", in AA.VV.: *L'impresa nel nuovo diritto di famiglia* (a cura di A. Maisano), Liguori, Napoli, 1977, p. 25 ss.

Oppo, G.: "Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 127.

Panuccio, V.: "L'impresa familiare, fattispecie e statuto", in AA.VV.: *L'impresa nel nuovo diritto di famiglia* (a cura di A. Maisano), Liguori, Napoli, 1977, p. 94.

Panuccio, V.: *L'impresa familiare*, 2ª ed. accr., Giuffrè, Milano, 1982.

Panuccio, V.: voce "Impresa familiare", *Enc. dir.*, *agg.*, IV, Giuffrè, Milano, 2000, p. 665, nt. 1.

Patti, S.: "Diritto al mantenimento e prestazione di lavoro nella riforma del diritto di famiglia", *Dir. fam. pers.*, 1977, p. 1356.

Patti, S.: "La prestazione di lavoro nell'impresa familiare", *Dir. lav.*, 1976, I, p. 92.

Pavón Sáez, M.: *Protocolo Familiar: estructura y contenido*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

Prosperi, F.: *Impresa familiare, Art. 230-bis*, *Il Codice Civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), Giuffè, Milano, 2006.

Quadri, G.: "Le prestazioni di lavoro del convivente alla luce del nuovo art. 230 ter c.c.", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 590 ss.

Quadri, G.: *Impresa familiare e prestazioni di lavoro*, Esi, Napoli, 2012.

Ragazzi, G.E.: "La Empresa Familiar", in AA.VV.: *Derecho Societario, in Memoriam de José A. Ferro Astray* (a cura di B. Bugallo e A. Millar), Faira, Montevideo, 2007, p. 4 ss.

Rescigno, P.: "Collaborazione all'impresa e lavoro nella famiglia", in AA.VV.: *Atti della tavola rotonda, Sassari, 18-20 Marzo 1976*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 115 ss.

Rodriguez Artigas, F.: "Sociedad de Responsabilidad Limitada y Empresa Familiar", *Revista de Derecho de Sociedades*, 2003, p. 17.

Romagnoli, E.: "L'impresa familiare nella riforma del diritto di famiglia (primi appunti sull'art. 89)", *Giur. comm.*, 1975, I, p. 495 ss.

Romeo, F.: "Impresa familiare e rapporti di convivenza: art. 230-bis c.c. versus art. 230-ter c.c.", *Studium iuris*, 2018, p. 289 ss.

Sabattini, C.: "«Compatibilità» tra impresa familiare e società di persone", *Notariato*, 2005, p. 163.

Salanitro, N.: "Impresa familiare e fallimento", *Dir. fall.*, 1976, I, p. 219 ss.

Salanitro, N.: "Impresa familiare e procedure concorsuali", *Dir. fam. pers.*, 1976, p. 791.

Santoro Passarelli, F.: *Nozioni di diritto del lavoro*, 34ª ed., Jovene, Napoli, 1993.

Santosuosso, F.: *Beni ed attività economiche della famiglia,* 2ª ed., Utet, Torino, 2002.

Scognamiglio, R.: "Il lavoro nella famiglia e nella impresa familiare", in AA.VV.: *Studi in ricordo di A. Auricchio*, Jovene, Napoli, 1984, p. 1099 ss.

Sesta, M.: *Diritto di famiglia*, 8ª ed., Cedam, Padova, 2019.

Stanzione, P.: "Appunti sull'impresa familiare nell'ordinamento italiano", *Giur. it.*, 1997, II, c. 30.

Tamburrino, G.: "L'impresa familiare e la comunione tacita in agricoltura a seguito della riforma del diritto di famiglia", *Giur. agr. it.*, 1976, I, p. 201 ss.

Tamburrino, G.: *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia*, Utet, Torino, 1978.

Tanzi M.: voce "Impresa familiare, I) Dir. comm., agg.", *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Giuffrè, Milano, 2008, p. 1 ss.

Tanzi, M.: "Ancora in tema d'impresa familiare", *Riv. dir. impr.*, 1996, p. 98.

Valmaña Cabanes, A.J.: *El régimen jurídico del protocolo familiar*, Comares, Granada, 2015.

Zamagni, S.: *Impresa responsabile* e *mercato civile*, il Mulino, Bologna, 2013.

IL PATTO DI FAMIGLIA QUALE STRUMENTO DI TRASMISSIONE DEI BENI AZIENDALI: PROSPETTIVE EVOLUTIVE E POTENZIALITÀ INESPRESSE

PATTO DI FAMIGLIA AS AN INSTRUMENT FOR THE TRANSFER OF BUSINESS ASSETS: DEVELOPMENT PERSPECTIVES AND UNEXPLOITED POTENTIALITIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1630-1651

Marco LI POMI

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il presente studio mira ad approfondire i lineamenti del patto di famiglia in chiave sistematico-evolutiva. Dopo un'analisi delle ragioni storiche che hanno portato alla nascita di tale istituto in Italia, viene indagata la sua ratio in relazione agli interessi che lo stesso mira a realizzare.

Successivamente, viene dato rilievo alla letteratura relativa alle diverse posizioni che si sono contese il campo, nonché alle più recenti evoluzioni giurisprudenziali, per lo più riguardanti i profili tributari dell'istituto, ma anche la natura e la struttura dello stesso.

Alla luce dello stato dell'arte in materia, infine, vengono offerte alcune considerazioni di sintesi nella prospettiva di una nuova valorizzazione applicativa del patto di famiglia.

PALABRAS CLAVE: Patto di famiglia; diritto successorio; ratio; natura; regime impositivo; ordine pubblico economico; valorizzazione; possibilità di riforma.

ABSTRACT: *The present study aims to address the topic of the family covenant from a systematic-evolutionary perspective. After an analysis of the historical reasons that led to the birth of this institution, its ratio is taken under consideration in relation to the interests involved. Therefore, emphasis is given to the doctrinal formant, and to the various positions that have contested the field, as well as to the most recent jurisprudential developments, mostly concerning the tax profiles of the institution. Finally, in light of the state of the art relating to the topic, some reflections are presented with a particular concern to a new applicative valorization of the family covenant.*

KEY WORDS: *Family covenant; inheritance law; rationale; nature; tax regime; economic public policy; enhancement; possibility of reform.*

SUMARIO.- I. IL PATTO DI FAMIGLIA. RATIO E GENESI DELL'ISTITUTO ALL'INTERNO DELL'ORDINAMENTO ITALIANO.- II. LE RIFLESSIONI DELLA DOTTRINA SULLA NATURA DELL'ISTITUTO.- III. IL REGIME IMPOSITIVO DEL PATTO: EVOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI.- IV. PER UNA RIVITALIZZAZIONE ERMENEUTICA DEL PATTO DI FAMIGLIA, OLTRE L'INTERVENTO DEL LEGISLATORE.

I. IL PATTO DI FAMIGLIA. RATIO E GENESI DELL'ISTITUTO ALL'INTERNO DELL'ORDINAMENTO ITALIANO.

La necessità di una legge volta a favorire il passaggio generazionale delle imprese di famiglia è stata a lungo fortemente avvertita tanto a livello nazionale quanto a livello sovranazionale. Già nel 1994, l'Unione Europea invitava l'Italia — e anche quei Paesi, tra i quali Francia, Belgio, Portogallo, Spagna e Lussemburgo in cui il divieto dei patti successori è ancora vigente — a intervenire per abrogare tale divieto, o almeno ridurne l'ambito di operatività, nell'ottica di una tutela del patrimonio aziendale nel passaggio generazionale della gestione dell'impresa.

Nella Raccomandazione della Commissione CE del 7 dicembre 1994 (94/1069/CE), sulla successione delle piccole e medie imprese, si è osservato che, ogni anno, diverse migliaia di imprese sono obbligate a cessare la loro attività a causa di difficoltà relative alla successione dell'imprenditore, con ripercussioni negative non solo sul tessuto economico imprenditoriale, ma anche sui creditori e soprattutto sui lavoratori che in tali realtà trovano impiego[1].

1 All'art. 1 della Raccomandazione vengono sinteticamente individuati gli obiettivi che essa si propone. Si stabilisce, infatti, che: "Gli Stati membri sono invitati ad adottare le misure necessarie per facilitare la successione nelle piccole e medie imprese al fine di assicurare la sopravvivenza delle imprese ed il mantenimento dei posti di lavoro. In particolare, essi sono invitati ad adottare le misure più adeguate, a completamento del quadro giuridico, fiscale e amministrativo, al fine di sensibilizzare l'imprenditore ai problemi della successione e indurlo a preparare tale operazione finché è ancora in vita; creare un contesto finanziario favorevole al buon esito della successione; consentire all'imprenditore di preparare efficacemente la sua successione mettendo a sua disposizione gli strumenti adeguati; assicurare la continuità delle società di persone e delle imprese individuali in caso di decesso di uno dei soci o dell'imprenditore; assicurare il buon esito della successione familiare evitando che le imposte sulla successione ereditaria e sulla donazione mettano in pericolo la sopravvivenza o dell' impresa; incoraggiare fiscalmente l'imprenditore a trasferire la sua impresa tramite vendita o cessione ai dipendenti, soprattutto quando non vi sono successori nell'ambito della famiglia".
Tale Raccomandazione evidenzia, inoltre, che la connessa perdita di posti di lavoro e di benessere economico è particolarmente deplorevole, perché non è dovuta alle forze di mercato, ma ad un'insufficiente pianificazione della successione ed all'inadeguatezza della legislazione di alcuni Stati membri, soprattutto in materia di diritto societario, successorio e fiscale. La Commissione ha, pertanto, ritenuto necessaria l'adozione di una serie di interventi volti a sensibilizzare, informare e formare gli imprenditori, affinché preparino efficacemente la loro successione fintanto che sono ancora in vita, al fine di aumentare le probabilità di riuscita della successione stessa, ed ha evidenziato l'esigenza di modificare le leggi degli Stati membri, al fine di rendere più razionali ed efficienti le norme successorie, che regolano il trasferimento delle imprese di piccole e medie dimensioni alla morte dell'imprenditore.

• Marco Li Pomi
Dottorando di ricerca in Diritto civile nell'Università LUMSA. E-mail: m.lipomi@lumsa.it

Sulla scorta delle suddette indicazioni di matrice europea, è stato così introdotto[2], nell'ordinamento italiano, l'istituto del patto di famiglia con la legge 14 febbraio 2006 n. 55, che ha riformato il libro II del codice civile attraverso l'inserimento degli artt. 768-*bis*–768-*octies* all'interno del nuovo capo V *bis*, nel Titolo VI relativo alla divisione. Mediante tale introduzione, il legislatore ha di fatto fissato una deroga, sia pur discussa, al generale divieto di patti successori sancito dall'art. 458 c.c.[3].

Ai sensi dell'art. 768-*bis* c.c. il patto di famiglia può essere definito, in via generica, come il contratto[4] attraverso il quale un imprenditore, "disponente",

2 Nel nostro Paese la Raccomandazione CE fu recepita dal Consiglio Nazionale delle Ricerche, che promosse una ricerca avente ad oggetto la successione nell'impresa di famiglia attraverso l'istituzione di un gruppo di lavoro coordinato dai professori Antonio Masi e Pietro Rescigno e composto dai professori Guido Alpa, Andrea Fedele, Giuseppe B. Portale, Salvatore Tondo, Mario Stella Richter jr., Andrea Zoppini, Paolo Puri nonché dai notai Marco Ieva e Nicola Raiti. Da tale ricerca, svoltasi tra il 1996 e il 1997, scaturì un articolato che venne presentato e illustrato in un convegno di studio svoltosi a Macerata nel 1997. I risultati di questo convegno offrirono lo spunto per la presentazione di un disegno di legge da parte del Senatore Andrea Pastore, che non venne approvato nel corso della XII legislatura, ma fu ripresentato nell'identico contenuto nel corso della legislatura successiva e contribuì all'approvazione della legge in esame. Per ulteriori approfondimenti sull'*iter* parlamentare della riforma cfr. l'analitica ricostruzione di Casu, G.: "Il patto di famiglia. Rassegna ordinata di dottrina nella sua prima interpretazione", *Consiglio Nazionale del Notariato*, *Rivista Studi e Materiali CNN*, 2006, p. 1823 ss., il quale così continua nella sua analisi: "Nel procedere a delineare un progetto di riforma, il gruppo di studio si prefisse di impedire che nel trasferimento successorio dell'attività imprenditoriale si creasse un assetto litigioso, in collegamento con l'inevitabile ampliamento della base proprietaria e del frazionamento del controllo aziendale che si verificano come effetto inevitabile di una successione ereditaria. E per procedere ad un assetto negoziale in vita del disponente, che valesse a scongiurare detti pericoli, ci si è trovati di fronte a due ostacoli normativi da elidere o comunque da restringere: a) il principio dell'insensibilità della natura dei beni nella disciplina delle successioni a causa di morte (nel senso che nel regime giuridico in vigore tutti i beni che rientrano nel patrimonio del *de cuius*, ivi compresa l'azienda, hanno identico trattamento); b) il divieto dei patti successori. Per superare gli intralci normativi in materia successoria, il gruppo di studio si è prefisso i seguenti obiettivi: a) preservare l'unità del bene produttivo; b) favorire l'univocità del controllo; c) anticipare in vita il trasferimento dell'impresa. Il gruppo di studio si è confrontato con gli ordinamenti stranieri in materia ed ha effettuato una scelta che tiene conto da una parte del diritto tedesco (sul punto dell'anticipazione della successione per una determinata categoria di beni ereditari), da un'altra parte del diritto francese (sul punto di garantire ai legittimari un ristoro finanziario sulla loro quota di legittima)".
Per un ulteriore approfondimento sul tema v. Oliviero, F.: "Il consenso alla trasmissione generazionale anticipata della ricchezza: "partecipanti" e "terzi" nel patto di famiglia", in AA.VV.: *Invecchiamento della popolazione* e *passaggi generazionali*, *Questioni di diritto positivo* (a cura di M. Tescaro), ESI, Napoli, 2022, p.827 ss.

3 L'art. 1 della legge 14 febbraio 2006, n.55 ha, infatti, modificato tale norma con l'inciso iniziale "Fatto salvo quanto previsto dagli articoli 768 *bis* e seguenti". Sul punto si rinvia alle riflessioni di Caccavale, C. e Tassinari, F.: *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 74 ss.; ma anche Riva, I.: *Patto di famiglia, Libro secondo: Successioni artt. 768bis-768octies*, *Commentario del Codice Civile e codice collegati Scialoja-Branca-Galgano* (a cura di G. De Nova), Zanichelli, Bologna-Roma, 2021, p. 10 ss., la quale, in maniera precisa, analizza il rapporto tra patto di famiglia e divieto di patti successori.

4 Che, come sancisce l'art. 768-*ter* c.c., deve essere concluso per atto pubblico a pena di nullità. Tale trasferimento, inoltre, da un lato — in caso di impresa individuale — deve avvenire in maniera compatibile alla disciplina dell'impresa familiare di cui all'art. 230-*bis* c.c. salvaguardando i diritti e le prerogative in favore dei familiari che prestano la loro attività nell'azienda; dall'altro, il trasferimento deve rispettare le differenti tipologie societarie e quindi la disciplina dettata in tema di diritto societario che subordina il trasferimento delle partecipazioni sociali a determinati presupposti.
Per ciò che concerne la disciplina dell'impresa familiare, gli aspetti più importanti da rilevare sono il diritto alla liquidazione e il diritto di prelazione a favore dei familiari che prestano la loro attività all'interno dell'impresa familiare ai sensi dell'art. 230-*bis*, commi 4 e 5 c.c.
Per ciò che attiene, invece, il rispetto della disciplina in materia societaria si veda Rizzi, G.: "Compatibilità con le disposizioni in tema di impresa familiare con le differenti tipologie societarie", in AA.VV.: *Patti di famiglia per l'impresa*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2006, p. 244. Nel senso che le ragioni che hanno spinto il legislatore ad introdurre nel nostro ordinamento il patto di famiglia non possono prevalere sulla diversa esigenza che la circolazione delle quote sociali avvenga con l'osservanza

attribuisce la titolarità di un'azienda o di partecipazioni societarie ad uno o più dei suoi discendenti, "assegnatari", i quali, contemporaneamente e nel solco della medesima operazione economica, provvedono a liquidare una somma, corrispondente al valore delle quote previste dagli artt. 536 ss. c.c., in favore dei "legittimari non assegnatari"[5].

La *ratio* dell'istituto[6], sulla falsariga delle indicazioni di stampo europeo, è, anzitutto, quella di garantire la stabilità e la funzionalità futura delle aziende, fornendo agli imprenditori uno strumento giuridico idoneo a realizzare tempestivamente il passaggio intergenerazionale dell'azienda (o delle partecipazioni societarie), così anticipando l'effetto successorio del relativo *asset*. L'obiettivo, in altri termini, è di evitare che la disciplina propria delle successioni *mortis causa* o della donazione — in particolare, l'assoggettabilità alla collazione ed eventualmente all'azione di riduzione — costituisca un impedimento al trasferimento della ricchezza, arrecando di fatto un pregiudizio alla continuità dell'esercizio dell'impresa e alle ragioni dell'economia[7].

L'imprenditore, invero, attraverso tale istituto, avrebbe la possibilità di pianificare con largo anticipo il passaggio intergenerazionale della propria azienda, stipulando

delle regole poste a presidio del diritto societario si veda Volpe, F.: *Patto di famiglia. Artt. 768-bis-768-octies*, *Il codice civile Commentario* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F. Busnelli), Giuffrè, Milano, p. 72, secondo il quale "se fosse possibile derogare alle norme di diritto societario attraverso il patto di famiglia, si realizzerebbe una circolazione *inter vivos* delle quote sociali, in cui la scelta dello schema legislativo in esame sarebbe indotta più che da garantire la trasmissione familiare della ricchezza, dalla volontà di eludere l'applicazione di determinati presupposti".

5 Ovverosia di coloro che sarebbero i legittimari del disponente se si aprisse la sua successione *mortis causa* nel momento in cui viene stipulato il contratto tra tutti i soggetti chiamati a parteciparvi. È fatta salva la rinuncia da parte di costoro ad ottenere la liquidazione, che può avvenire anche in natura.

6 Per ulteriori approfondimenti circa la *ratio* del patto di famiglia v. soprattutto l'attenta disamina prospettata da Perlingieri, G.: "Il patto di famiglia tra bilanciamento dei princípi e valutazione comparativa degli interessi", *Rass. dir. civ.*, 2008, ESI, Napoli, p. 146 ss.

7 A tal proposito cfr. la puntuale analisi di Ferrucci, A.: "Il patto di famiglia: casi e questioni di interesse notarile", *Focus Civilistico* (a cura dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale Notarile), 16 giugno 2022, secondo la quale "La trasmissione dell'impresa di famiglia, infatti, ossia il passaggio generazionale tipicamente da genitori a figli, ha da sempre rappresentato un problema e, prima dell'introduzione della disciplina del patto di famiglia, l'imprenditore che intendeva trasferire l'impresa aveva a disposizione sostanzialmente due strumenti: il testamento e la donazione, che peraltro non davano – e non danno – alcuna garanzia di stabilità all'attribuzione. Come noto, sia le disposizioni testamentarie che le donazioni sono esposte al rischio dell'azione di riduzione che i legittimari pretermessi o lesi possono esperire nel termine di dieci anni dall'apertura della successione o dalla pubblicazione del testamento, che può determinare un obbligo di restituzione da parte dell'erede o del donatario di quanto ricevuto, quando gli atti posti in essere abbiano leso la legittima spettante agli altri legittimari. Le donazioni poi sono soggette a collazione in sede di divisione ereditaria, potendo i condividenti non assegnatari che ne abbiano diritto pretendere l'imputazione del valore dei beni donati alla quota di legittima del donatario, con ciò determinandosi la riconduzione del bene in natura nella massa ereditaria da dividere e l'obbligo di versare in denaro l'eccedenza rispetto alla propria quota. La trasmissione effettuata mediante il patto di famiglia è disciplinata viceversa da regole peculiari, dettate dal legislatore in deroga rispetto ai principi generali del diritto delle successioni *mortis causa* del disponente: le attribuzioni realizzate con il patto di famiglia sono sottratte alla instabilità tipica delle donazioni, le quali, nella successione *mortis causa* del donante, sono soggette all'obbligo di collazione e alla esperibilità dell'azione di riduzione da parte dei legittimari del donante. Viceversa, in presenza di un patto di famiglia, una volta che si apre la successione *mortis causa* del disponente, i legittimari del disponente non potranno esperire l'azione di riduzione verso le attribuzioni effettuate con il patto, e le medesime attribuzioni saranno sottratte all'obbligo di collazione".

un accordo in forza del quale l'azienda (o le quote sociali che la rappresentano) è attribuita a quello fra i suoi discendenti che egli ritiene — per ragioni di esperienza e formazione o, più semplicemente, per indole e inclinazione professionale — più idoneo ad assicurare la continuità gestionale dell'azienda; il beneficiario di tale assegnazione, contestualmente, è obbligato *ex lege* ad una liquidazione (in denaro o in natura) da corrispondere in favore dei legittimari non assegnatari[8].

Così, il nuovo assetto che si viene a delineare è destinato ad essere stabile, dal momento che, ai sensi dell'art. 468-*quater*, comma 4, c.c., quanto ricevuto dai contraenti non è più intaccabile dall'eventuale esercizio delle azioni poste a tutela dei legittimari[9].

Dopo avere brevemente perimetrato il contesto entro il quale l'istituto è stato introdotto nel nostro ordinamento e le ragioni per cui si è ritenuto opportuno provvedere alla "nuova" disciplina, si passerà adesso a riflettere sulle teorie principali — circa la natura e la struttura del patto di famiglia — che, all'indomani della riforma, si sono contese il campo tra i commentatori.

II. LE RIFLESSIONI DELLA DOTTRINA SULLA NATURA DELL'ISTITUTO.

Le teorie più significative oggi prospettate afferenti alla natura giuridica, alla struttura e alla funzione del patto di famiglia possono essere così brevemente sintetizzate.

Secondo una prima corrente di pensiero[10], il patto di famiglia rappresenterebbe una donazione modale: una liberalità, dunque, avente ad oggetto l'azienda

8 Sulle possibili "categorie" di legittimari, v. Semprini, A.: "L'equiparazione tra legittimari pretermessi e legittimari sopravvenuti nel patto di famiglia", *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 1270 ss.

9 Tale norma statuisce infatti che "[q]uanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a riduzione o collazione". In altri termini, mediante la stipula del patto di famiglia, il legislatore consente di derogare da un lato al divieto sancito dall'art. 557, comma 2, c.c. che non consente ai donatari di rinunciare all'azione di riduzione anteriormente all'apertura della successione e dall'altro, al dettato di cui all'art. 737, comma 2, c.c. che in relazione alla collazione, ne autorizza la dispensa ma nei limiti della sola quota disponibile. A tal proposito, v. Magliulo, F.: "L'apertura della successione: imputazione, collazione e riduzione", AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa, I Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato*, Giuffrè, Milano, 2006; Zoppini, A.: "Profili sistematici della successione "anticipata" (note sul patto di famiglia)", *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 287 ss. Sul patto di famiglia recante una disciplina speciale al fine di assicurare il passaggio generazionale che si vuole agevolare interessanti appaiono anche le riflessioni di La Porta, U.: *Il patto di famiglia*, Utet, Torino, 2007, *passim*; Delle Monache, S.: "Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia", *Tradizione e modernità del diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia* (a cura di S. Delle Monache), Cedam, Padova, 2007, p. 341 ss.

10 Si veda, tra i commentatori di maggior rilievo, Caccavale, C.: "Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie", *Notariato,* 2006, p. 315; Id.: "Contratto e successioni", in AA.VV.: *Interferenze* (a cura di V. Roppo), *Tratt. contr.*, Giuffrè, Milano, 2006, p.572 ss.; Palazzo, A.: "Patto di famiglia e sistema per la trasmissione della ricchezza familiare", *Trattato teorico-pratico di diritto privato* (a cura di G. Alpa e S. Patti), *Testamento e istituti alternativi*, Cedam, Padova, 2008, p. 438 ss.; Id.: "Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato", *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 261 ss., in cui l'A. ritiene di poter applicare alla disciplina del patto l'art. 793, comma 4, c.c. e, dunque, consentire al donante di chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento del *modus*; Merlo, A.: "Divieto dei

ovvero le partecipazioni sociali, realizzata a favore di uno o più discendenti e accompagnata dall'onere per il donatario di liquidare le quote dei legittimari non assegnatari (con un valore da determinarsi tenendo in considerazione il momento della conclusione del contratto). Tale tesi, c.d. atomistica, configura l'istituto come un negozio bilaterale tra il disponente e l'assegnatario e attribuisce il ruolo di terzi agli altri soggetti partecipanti al patto[11].

Secondo alcuni commentatori[12], tuttavia, non appare convincente la riconduzione del patto di famiglia nell'alveo della donazione modale poiché l'attribuzione del disponente in favore del legittimario assegnatario non è caratterizzata dall'*animus donandi*. La funzione di tale attribuzione, invero, è quella di rendere quanto più sicura e stabile la successione nell'azienda — attraverso la contestuale liquidazione delle quote dei legittimari non assegnatari — e non anche, o comunque non solo, quella di arricchire la sfera giuridico-patrimoniale del beneficiario.

La tesi che attribuisce al patto una natura di donazione modale, inoltre, sarebbe screditata da un lato dalla circostanza che tale obbligo di liquidazione — nei confronti dei legittimari non assegnatari — non ha fondamento convenzionale (come, invece, accade nel *modus* donativo), essendo previsto dalla legge; dall'altro, dal fatto che il *modus* rappresenta un elemento essenziale dell'istituto e non accidentale come, invece, l'onere *ex* art. 793 c.c.[13]

Altra parte della letteratura[14], attraverso la tesi c.d. unitaria, riconosce una natura essenzialmente divisoria all'istituto di cui agli artt. 768-*bis* ss. c.c. Tale filone

patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Profili civilistici del patto di famiglia", *Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni della fondazione Italiana per il notariato, Il sole 24 or*e, Milano-Roma, 2006, p. 100 ss.

11 Perlingieri, G.: "Il patto di famiglia tra bilanciamento dei princípi e valutazione comparativa degli interessi", cit., p. 150.

12 Sembra condivisibile l'impostazione di Perlingieri, G.: "Il patto di famiglia tra bilanciamento dei princípi e valutazione comparativa degli interessi", cit., p. 152., secondo il quale l'elemento della liberalità che caratterizza l'istituto "non risolve né esaurisce la funzione del negozio".

13 In questo senso si veda Petrelli, G.: "La nuova disciplina del "patto di famiglia"", *Riv. not*., 2006, I, p. 407, il quale qualifica l'obbligazione dell'assegnatario, quale "elemento necessario della fattispecie" ai fini della sua "qualificazione"; il *modus* donativo, invece, rappresenta un elemento puramente accidentale, la cui presenza non è dunque necessaria ai fini della qualificazione del negozio giuridico.

14 In tal senso cfr. Amadio, G.: "Patto di famiglia e funzione divisionale", *Riv. not*., 2006, p. 867 ss.; Id., "Profili funzionali del patto di famiglia", *Riv. dir. civ*., 2007, p. 345 ss.; Ieva, M.: "Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili generali di revisione dei patti successori", *Riv. not*., p. 1375; Id., "La disciplina del patto di famiglia e l'evoluzione degli strumenti di trasmissione dei beni produttivi (ovvero del tentativo di rimediare a ipotesi di malfunzionamento dei meccanismi di riduzione e collazione)", *Riv. not*., 2009, p. 1090 ss.; De Nova, G.: *Introduzione*, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006, p. 3 ss.; Delfini, F.: *Commento all'art. 768*-quater, *Introduzione*, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006 p. 20 ss.; Bonilini, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Utet, Torino, 2020, p. 215 ss., il quale evidenzia le affinità dell'istituto con la c.d. *divisio inter liberos* e afferma che si sarebbe in presenza di un'eccezionale ipotesi di divisione anticipata, riguardante una successione non ancora aperta e, quindi, una comunione ereditaria futura, peraltro eventuale, e dal carattere necessariamente parziale, potendo concernere soltanto l'azienda o le partecipazioni sociali; l'A. conclude che, in quanto riconducibile all'area degli atti equiparati alla divisione, dovrebbe ritenersi applicabile al patto di famiglia la disciplina dell'azione di rescissione per lesione di cui all'art. 764, comma 2, c.c.; Di Mauro, N., Minervini, E., Verdicchio, V.: *Il patto di famiglia. Commentario alla legge 14 febbraio 2006, n. 55* (a cura di E. Minervini), Giuffrè, Milano, 2006; Di Mauro, N.: "I necessari partecipanti al patto", *Famiglia,*

di pensiero, invero, affonda le sue radici su un ragionamento di tipo sistematico, in quanto la disciplina del patto di famiglia si colloca nel nuovo Capo V-*bis*, che idealmente chiuderebbe la parte dedicata alla divisione ereditaria; si fa riferimento, inoltre, alla tecnica legislativa impiegata per la trasmissione dell'azienda, in quanto il meccanismo di liquidazione dei legittimari non assegnatari sarebbe assimilabile a quello previsto dall'art. 720 c.c. per la divisione di immobili non comodamente divisibili. Si argomenta, inoltre, che l'assegnazione dell'azienda comporta la liquidazione ai legittimari non assegnatari dell'ideale quota ereditaria loro spettante (avuto riguardo del momento in cui avviene la stipulazione del contratto): così, come avviene nelle vicende divisorie, si avrebbe una specie di conversione dell'ideale quota riservata a ciascuno dei condividenti con l'attribuzione di beni o diritti il cui valore è corrispondente a quello della stessa quota. Sarebbe emblematica, infine, secondo tale ricostruzione in chiave divisoria, la necessaria partecipazione di tutti i legittimari a pena di nullità[15]: aspetto quest'ultimo che, notoriamente, caratterizza la divisione ereditaria.

Di contro, le peculiarità che caratterizzano l'istituto imporrebbero più di qualche forzatura al fine di ricondurre lo stesso nell'alveo della vera e propria divisione; con il patto di famiglia, invero, si verrebbe a configurare una particolare ipotesi di divisione anticipata[16], relativa ad una successione non ancora aperta — e dunque ad una comunione ereditaria futura ed eventuale — che avrebbe carattere necessariamente parziale, poiché il negozio può avere ad oggetto solo l'azienda o le partecipazioni sociali. Viene obiettato, inoltre, che, nel momento in cui le parti stipulano il contratto, mancherebbero uno stato di comunione e ogni forma di contitolarità che siano attuali[17]. Né tantomeno può essere dato rilevo alla collocazione topografica della disciplina dell'istituto all'interno del codice civile poiché sarebbe come assegnare ad una clausola di un negozio una funzione o una qualificazione diversa secondo il "luogo" dove è stata inserita in un documento. A maggior ragione, in una stagione legislativa caratterizzata, in maniera pregnante,

persone e successioni, 2006, p. 539 ss.; Torroni, A.: "Il patto di famiglia: aspetti di interesse notarile" *Riv. not.*, 2008, p. 465.

15 In questo senso, anche Gazzoni, F.: "Appunti e spunti in tema di patto di famiglia", *Giust. civ.*, 2006, p. 217 ss., il quale, argomentando *ex* art. 550, comma 3, c.c, sostiene che l'istituto abbia struttura trilaterale poiché gli assegnatari e i non assegnatari, se in numero superiore ad uno, costituirebbero sempre e comunque una parte soggettivamente complessa; ID., *Manuale di diritto privato*, 20ª ed., ESI, Napoli, 2021, p. 491 ss.; in maniera conforme, Imbrenda, M.: "Patto di famiglia, solidarietà familiare e *family business*", *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 463.

16 Discorre di anticipata divisione, più che di anticipata successione, Vitucci P.: "Ipotesi sul patto di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 462.

17 Secondo Petrelli, G.: "La nuova disciplina del "patto di famiglia", cit., p. 429 ss., i concetti di "anticipata successione o divisione" possono essere utilizzati soltanto in modo descrittivo. Di simile avviso è anche Balestra, L.: "Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione", *Riv. trim.*, 2007, p. 749 ss., che suggerisce di discutere di "mera anticipazione degli effetti" e non di successione anticipata.

dal pluralismo delle fonti e da una delocalizzazione del potere legislativo che incide sulla stessa struttura del codice civile e sulla funzione originaria dei singoli istituti[18].

Un'altra impostazione dottrinale[19] rinuncia, invece, a qualificare il patto di famiglia sulla falsa riga dei negozi giuridici tradizionali e sostiene che esso rappresenterebbe un contratto, avente una sua funzione tipica, ma con natura complessa. In particolare, dall'indagine della disciplina e della funzione dell'istituto, emergerebbe la possibilità di attribuire al contratto, al tempo stesso, natura liberale, divisionale, solutoria e transattivo-divisoria. Per un verso, dunque, natura di liberalità, dal disponente all'assegnatario dell'azienda, poiché l'assegnatario, pur se chiamato a liquidare le quote degli altri legittimari, non deve alcun corrispettivo all'imprenditore. Per altro verso, poi, natura solutoria, tenuto conto dei rapporti tra il beneficiario-assegnatario dell'azienda e i legittimari non assegnatari, ai quali il primo provvede a liquidare i diritti di legittima loro spettanti. Ancora, natura divisionale, in quanto si è in presenza di un contratto che consente l'estromissione anticipata dell'azienda o delle partecipazioni sociali dalla comunione ereditaria, mediante la determinazione del valore della massa ed il successivo apporzionamento a favore dei legittimari, sulla base delle quote di diritto di cui agli artt. 536 ss. c.c. previste in materia di successione necessaria. Infine, natura transattiva-divisoria, perché non si applicano le norme in materia di collazione e riduzione ai sensi dell'art. 768-*quater*, comma 4, c.c. venendosi a realizzare in tal modo una definitiva stabilizzazione della successione nell'impresa.

Altra parte della letteratura[20], infine, attribuisce all'istituto la veste di negozio tipico in quanto disciplinato espressamente dal legislatore sulla motivazione che il contratto avrebbe una propria causa consistente nella volontà del disponente

18 Cfr. Perlingieri, P.: *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 1992, *passim*, sul sistema italo-europeo delle fonti.

19 In tal senso v. Oberto, G.: *Il patto di famiglia*, Cedam, Padova, 2006, p.53 ss.; Petrelli, G.: "La nuova disciplina del "patto di famiglia"", *Riv. not*., 2006, p. 407, secondo il quale si tratterebbe di "un ulteriore contratto avente una funzione tipica di natura complessa irriducibile a quella dei tipi contrattuali già disciplinati dal codice civile"; Gazzoni, F: "Appunti e spunti in tema di patto di famiglia", *Giust. civ.,* 2006, p. 219; Andrini, M.C.: "Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale", *Vita not*., p. 41 ss., secondo la quale l'esatta qualificazione giuridica del patto è quella di un negozio misto a donazione; Bauco, C. e Capozzi, V.: *Il patto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 21ss.

20 Cfr. in tal senso Rizzi, G.: "Il patto di famiglia. Analisi di un contratto per il trasferimento dell'azienda", *Notariato*, 2006, p. 430 ss., secondo il quale il legislatore, con l'introduzione dell'istituto di cui trattasi, ha inteso disciplinare un nuovo contratto con una sua causa tipica ed unitaria, piuttosto che una fattispecie complessa caratterizzata da un coacervo di profili causali con prevalenza del profilo donativo; Id.: *I Patti di famiglia (Analisi dei contratti per il trasferimento dell'azienda e per il trasferimento di partecipazioni societarie)*, Cedam, Padova, 2006; Tassinari, F.: "Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi e requisiti formali. Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari", *Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni della fondazione Italiana per il notariato*, Il sole 24 ore, Milano-Roma, p. 166 ss., secondo il quale al patto deve essere riconosciuta una natura giuridica autonoma, quale contratto *sui generis*, idoneo a produrre effetti suoi propri, non assimilabili a quelli dei contigui istituti della donazione e della divisione; Valeriani, A.: "Il patto di famiglia e la riunione fittizia. (Una, due … mille riunioni fittizie?)", *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., p. 119 ss.; Vitucci, P.: "Ipotesi sul patto di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 448 ss.

di stabilizzare i futuri assetti successori dei legittimari in relazione all'azienda di famiglia o alle partecipazioni sociali cedute[21].

Appare condivisibile, invece, la ricostruzione secondo cui il voler ricondurre forzosamente l'istituto del patto di famiglia nei tipi o nelle manifestazioni negoziali summenzionate, sembrerebbe non tenere adeguatamente in considerazione la varietà di interessi che l'istituto può coinvolgere, la peculiarità delle sue funzioni e la variabilità di situazioni o disposizioni che in concreto possono caratterizzarlo[22].

Pare opportuno, invero, identificare la funzione in concreto realizzata dai partecipanti e la meritevolezza della stessa, avuto riguardo alle singole posizioni di tutti i contraenti, ai beni attribuiti, alla natura dei diritti trasferiti e all'assetto societario che in concreto è interessato dalla attribuzione.

Nell'analisi funzionale dell'istituto, infatti, vengono in rilievo anche altre istanze fondamentali meritevoli di tutela[23]: il patto di famiglia, invero, cerca di soddisfare quella necessità di assicurare continuità, ma soprattutto stabilità, alle attività imprenditoriali, scongiurando il rischio che il passaggio intergenerazionale della ricchezza latamente intesa comporti una disgregazione del controllo e/o una frammentazione della gestione aziendale, con inevitabili riflessi negativi sull'ordine pubblico non soltanto economico[24].

III. IL REGIME IMPOSITIVO DEL PATTO: EVOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI.

Per ciò che attiene il formante giurisprudenziale, pare opportuno svolgere una brevissima considerazione preliminare: il patto di famiglia non ha certamente riscosso un grande successo all'interno dell'ordinamento italiano. Proprio per tale ragione, la giurisprudenza raramente è stata chiamata a pronunciarsi su questioni attinenti all'istituto se non in materia tributaria e, *incidenter tantum*, sulla natura dello stesso.

21 A tal proposito, si argomenta, attraverso il meccanismo analogico, dei c.d. accordi in sede di separazione e di divorzio, i quali, secondo un'opinione abbastanza diffusa, avrebbero come causa propria quella di fissare gli assetti familiari in occasione della disgregazione del rapporto di coniugio. In tal senso, cfr. Cass. 5 luglio 1984 n. 3940, secondo la quale nei trasferimenti contenuti negli accordi di separazione o di divorzio sarebbe ravvisabile una vera e propria autonoma causa di separazione, c.d. "*causa separandi*", ritenuta particolarmente meritevole di tutela *ex* art. 1322, comma 2, c.c. Sulla causa dell'istituto, invece, v. le riflessioni di Sicchiero, G.: "La causa del patto di famiglia", *Contr. impr.*, 2006, p. 1270 ss.

22 In questo senso, degne di nota le riflessioni di Perlingieri, P. e Recinto G., *Manuale di diritto civile*, 11ª ed., ESI, Napoli, 2022, p. 942 ss., i quali rilevano che l'istituto "non può essere forzosamente assimilato ad una donazione o ad una divisione in quanto presenta un profilo funzionale del tutto peculiare".

23 Sulla meritevolezza degli interessi v., *ex plurimis*, la puntuale ricostruzione di Piraino, F.: "Meritevolezza degli interessi", *Enciclopedia del diritto,* I, 2021, Giuffrè, Milano, p. 667 ss.; Minervini, E: *La meritevolezza del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 3 ss.; Martone, I.: *Il giudizio di meritevolezza. Questione aperte e problemi applicativi, Quaderni della rassegna di diritto civile*, ESI, Napoli, 2017.

24 Sul concetto di ordine pubblico si rinvia a Perlingieri, G. e Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, ESI, Napoli, 2019.

Pare emblematico, infatti, che, in tema di patto di famiglia ci siano sicuramente più riflessioni della dottrina[25] che pronunce della giurisprudenza[26]. Basti pensare, inoltre, che la Corte di Cassazione si occupa per la prima volta dell'istituto nel 2018[27], quindi ben dodici anni dopo l'entrata in vigore della l. n. 55 del 2006 che, come chiarito nel primo paragrafo, lo ha introdotto nell'ordinamento italiano quale deroga ai patti successori.

La questione concreta affrontata dalla pronuncia appena menzionata riguardava il corretto trattamento tributario cui assoggettare le attribuzioni, anche in natura, effettuate dal discendente-beneficiario (o legittimario assegnatario) in favore degli altri legittimari partecipanti al patto ai sensi dell'art. 768-*quater*, comma 2, c.c.

Da un punto di vista fiscale, secondo le argomentazioni offerte dalla Corte, il patto di famiglia è riconducibile nell'alveo degli atti a titolo gratuito, in quanto, da un lato, è caratterizzato dall'intento di prevenire liti ereditarie con il conseguente smembramento di aziende, e dall'altro non comporta il pagamento di un corrispettivo da parte dell'assegnatario dell'azienda, ma solo l'onere in capo a quest'ultimo di liquidare gli altri partecipanti al contratto. Sotto il profilo impositivo, pertanto, con la pronuncia in parola, viene considerata donazione non soltanto l'assegnazione dell'azienda o delle quote societarie, ma anche la liquidazione a favore dei non assegnatari; il prelievo tributario, dunque, deve essere determinato in ragione del rapporto intercorrente tra l'assegnatario ed il legittimario non assegnatario, non già di quello intercorrente tra il disponente e l'assegnatario-beneficiario[28].

Con la sentenza n. 29506 del 24 dicembre 2020[29], tuttavia, si assiste ad un (parziale) *revirement* dei giudici di legittimità. La *quaestio*, ancora una volta, riguardava la qualificazione giuridica e il connesso trattamento fiscale del pagamento imposto dall'art. 768-*quater*, comma 2, c.c.; la Cassazione, invero, affronta la questione

25 La letteratura sull'argomento, nel corso degli anni, ha assunto dimensioni veramente considerevoli. Si rinvia, senza pretesa di esaustività, al paragrafo precedente, e in particolare alle note 11,12,14 e 15.

26 Sulla revocabilità del patto di famiglia, ad esempio, v. Trib. Torino, 20 febbraio 2015, che ammette la possibilità di esperire l'azione revocatoria in presenza dei requisiti di cui all'art. 2901 c.c. Un'altra questione affrontata, invece, dalla giurisprudenza di merito è quella relativa alla possibilità che il giudice tutelare autorizzi il legittimario non assegnatario alla stipula del patto. Si fa riferimento, in particolare, a Trib. Reggio Emilia, decr. 12 luglio 2012, *ilcaso.it*, in cui viene riconosciuta la possibilità che un interdetto stipuli un patto di famiglia. Nel caso di specie, in particolare, si sono ritenuti sussistenti i presupposti per l'applicazione analogica dell'art. 375, comma 1 c.c., con conseguente necessità di autorizzazione da parte del Tribunale su parere del giudice tutelare.

27 Si fa riferimento a Cass. 19 dicembre 2018 n. 32823, su *DeJure.it*.

28 Nel caso di specie, la liquidazione avveniva tra fratelli; il calcolo dell'imposta, quindi, doveva essere effettuato considerando donante l'assegnatario delle azioni e donataria la sorella liquidata con la somma di denaro, con conseguente applicazione dell'aliquota al 6% e considerando la franchigia esente di euro 100.000.

29 Il testo integrale della pronuncia è rinvenibile in *Corr. giur.*, 2021, p. 910 ss., con nota di Riva, I.: "Un auspicato *revirement* sul trattamento fiscale del patto di famiglia".

già esaminata con la riferita pronuncia del 2018, con una ricostruzione ed una soluzione non del tutto conformi.

La Corte, anzitutto, respinge la tesi del patto di famiglia quale donazione modale, pur riconoscendone affinità di effetti, e già sul punto si discosta dalla pronuncia del 2018. Tanto è vero che l'istituto viene definito come un nuovo tipo contrattuale con funzione complessa e viene inquadrato in un contesto sistematico suo proprio, lasciando sullo sfondo le varie ricostruzioni unitarie proposte dalla dottrina civilistica sopra riportate.

La vera novità della pronuncia, tuttavia, consiste nella revisione del regime impositivo: la liquidazione dovuta, infatti, è fiscalmente inquadrata nell'art. 58, comma 1, d.lgs. n. 346 del 1990[30], ma — a differenza di quanto affermato nel 2018 — tale liquidazione viene considerata quale donazione dall'imprenditore disponente in favore del legittimario non assegnatario, e non quale attribuzione da parte del beneficiario assegnatario nei confronti del legittimario non assegnatario. Ne consegue, quindi, la diretta applicazione dell'aliquota e della franchigia previste nel caso specifico per la linea retta di parentela: aliquota al 4 % e franchigia di 1 milione.

Sulla falsariga di quest'ultima pronuncia si sono poi pronunciate nel 2021 due Commissioni tributarie. Nello specifico, quella di Milano con sentenza n. 2969 del 29 luglio 2021 e quella di Reggio Emilia con sentenza n. 222 del 15 settembre 2021[31].

Da ultimo, infine, la Cassazione, con ordinanza n. 19561 del 17 giugno 2022, che ricostruisce in maniera puntuale l'istituto tanto sul piano civilistico[32] quanto

30 Testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 277 del 27 novembre 1990. Ai sensi dell'art. 2, comma 47, d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 novembre 2006, n. 286, è istituita l'imposta sulle successioni e donazioni sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione, secondo le disposizioni del presente testo unico nel testo vigente alla data del 24 ottobre 2001, fatto salvo quanto previsto dai commi da 48 a 54 dell'art.2 del citato d.l. 3 ottobre 2006, n. 262. Per la decorrenza vedasi quanto disposto dal comma 53 dell'art. 2. L' art.13 della l. 18 ottobre 2001, n. 383 aveva disposto la soppressione dell'imposta di successione e donazione.

31 Cfr. Comm. Trib. Reg. Lombardia, Milano, 29 luglio 2021, n. 2969 in cui si ribadisce che occorre applicare l'aliquota e la franchigia relativa al legame di parentela (o di coniugio) con l'imprenditore; Comm. Trib. Prov. le Reggio Emilia, 15 settembre 2021, n. 222 in cui si afferma che è assoggettato alla stessa imposta sulle donazioni non solo il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie operato dall'imprenditore in favore dell'assegnatario, ma anche la liquidazione del conguaglio *ex* art 768-*quater* c.c. operato dall'assegnatario in favore dei legittimari non assegnatati. Entrambe le pronunce sono reperibili su *DeJure.it.*

32 A tal proposito, si evidenzia che le caratteristiche proprie dell'istituto "rendono unica, anche se complessa, l'operazione negoziale, perché il patto di famiglia è tale solo se alla liberalità in favore del beneficiario si accompagna l'adempimento da parte di quest'ultimo dell'obbligo, previsto dalla legge, di effettuare il conguaglio in favore degli altri legittimari". In definitiva, secondo la Corte, il patto di famiglia "da un lato, realizza una liberalità nei confronti del discendente assegnatario e, da un altro lato, assolve ad una funzione solutoria, per quanto attiene alla liquidazione della quota dei legittimari non destinatari dell'assegnazione, anticipando gli effetti non solo dell'apertura della successione, ma anche della divisione tra legittimari".

sul piano fiscale[33], ha di fatto confermato l'orientamento espresso dalla sentenza del 2020, ribadendo che è corretta la franchigia di un milione e l'applicazione dell'aliquota del 4% sull'eventuale eccedenza.

Proprio in questa pronuncia, inoltre, i giudici di legittimità tornano a ribadire che il patto di famiglia è assimilabile alla donazione modale di cui all'art. 793 c.c. dal solo punto di vista delle conseguenze giuridiche; vengono sottolineate, tuttavia, le differenze rilevanti tra i due istituti con riguardo al momento genetico dell'apposizione del *modus*. Nel patto di famiglia, infatti, l'onere non ha fonte negoziale, ma legale, e non costituisce un elemento accidentale dell'attribuzione, ma un elemento necessario imposto dalla legge[34]. La Corte, infine, continua l'analisi precisando che "[t]uttavia, dal punto di vista delle conseguenze giuridiche, la situazione è assimilabile, perché all'attribuzione liberale si affianca l'obbligo per il beneficiario di adempiere ad una prestazione, che non costituisce il corrispettivo dell'attribuzione ricevuta, ma la ridimensiona, soddisfacendo altri interessi dello stesso disponente e dei terzi destinatari della prestazione".

Per quanto concerne il versante giurisprudenziale, dunque, l'e*xcursus* di matrice pretoria appena delineato permette di poter affermare che stiamo assistendo ad un consolidamento di tale orientamento con riguardo non soltanto al regime impositivo, ma anche alla natura giuridica, alla struttura e alla funzione del patto di famiglia.

33 Pare opportuno, riportare un passaggio cruciale del *reasoning* dei giudici di legittimità che motivano così: "Solo in ciò discostandosi dal precedente più volte richiamato (Cass. 19 dicembre 2018 n. 32823), questo Collegio ritiene che, una volta ricondotto il patto di famiglia alla disciplina fiscale dettata dal D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, art. 58, comma 1, sopra illustrato, la liquidazione del conguaglio, anche se operata dall'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni sociali, deve essere considerata, ai fini fiscali, come liberalità dell'imprenditore nei confronti dei legittimari non assegnatari. In altre parole, proprio in virtù del richiamo al D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, art. 58, comma 1, il patto di famiglia in cui il beneficiario del trasferimento di azienda o delle partecipazioni societarie liquidi il conguaglio agli altri legittimari, dal punto di vista impositivo, contiene più atti di liberalità dell'imprenditore, una a favore del beneficiario del trasferimento e le altre a favore degli altri legittimari non assegnatari. Non è in discussione che la liquidazione sia eseguita dal beneficiario del trasferimento con denaro o beni propri (o che siano divenuti tali). Ciò che rileva è che tale liquidazione, ai fini fiscali, in applicazione delle disposizioni richiamate, è considerata liberalità del disponente in favore del legittimario pretermesso. Deve, pertanto, darsi applicazione al D.L. 3 ottobre 2006, n. 262, art. 2, comma 49, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 novembre 2006, n. 286, nella parte in cui è stabilito che, se la donazione è fatta congiuntamente a favore di più soggetti o se in uno stesso atto sono compresi più atti di disposizione a favore di soggetti diversi, "l'imposta è determinata dall'applicazione delle seguenti aliquote... al valore delle quote dei beni o diritti attribuiti: *a)* a favore del coniuge e dei parenti in linea retta sul valore complessivo netto eccedente, per ciascun beneficiario, 1.000.000 di Euro: 4 per cento; *a bis)* a favore dei fratelli e delle sorelle sul valore complessivo netto eccedente, per ciascun beneficiario, 100.000 Euro: 6 per cento; *b)* a favore degli altri parenti fino al quarto grado e degli affini in linea retta, nonché degli affini in linea collaterale fino al terzo grado: 6 per cento; *c)* a favore di altri soggetti: 8 per cento". In conclusione, nel patto di famiglia, una volta assoggettati all'imposta sulle donazioni sia il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie al beneficiario sia la liquidazione ai legittimari non assegnatari, occorre applicare l'aliquota e la franchigia relativa al legame di parentela (o di coniugio) con l'imprenditore non solo con riferimento al menzionato trasferimento, ma anche alla connessa liquidazione". Il testo integrale della pronuncia è reperibile su *Dejure.it*.

34 Cfr. Cass. 17 giugno 2022 n. 19561, cit.

IV. PER UNA RIVITALIZZAZIONE ERMENEUTICA DEL PATTO DI FAMIGLIA, OLTRE L'INTERVENTO DEL LEGISLATORE.

Possiamo, a questo punto, riflettere con equilibrio sul motivo per il quale il patto di famiglia non abbia riscosso grande successo sul piano pratico all'interno dell'ordinamento italiano, ad onta delle indicazioni di segno contrario dall'Unione europea[35].

I motivi di tale insuccesso possono essere principalmente imputati a due ordini di ragioni: in primo luogo, le ben note difficoltà pratiche a raggiungere un accordo che soddisfi le istanze di tutti i soggetti chiamati a partecipare al contratto; in secondo luogo, il regime fiscale — non di estremo favore — cui è sottoposto il patto di famiglia, che non si è rivelato sufficientemente in grado di incentivare la classe imprenditoriale a fare ricorso a tale strumento. A tal proposito, pare emblematico come le poche pronunce giurisprudenziali che hanno interessato l'istituto negli ultimi anni, che peraltro affrontavano questioni per lo più attinenti al regime impositivo, non abbiamo certo contribuito a delineare un quadro chiaro che fungesse da stimolo, per il tessuto imprenditoriale, all'utilizzo di tale strumento.

Per ciò che attiene il primo aspetto, un ulteriore elemento che, nella prassi, ha disincentivato l'utilizzo del patto è rinvenibile sicuramente nell'errata convinzione secondo la quale il contratto non sarebbe valido se non con il consenso prestato da parte di tutti i legittimari potenziali[36].

Per altro verso, deve anche considerarsi come un limite applicativo possa riscontrarsi nelle cautele adottate talvolta dal notaio rogante[37], che inducono a non negoziare, o a non stipulare il suddetto patto, per timore di incorrere in responsabilità *ex* art. 28 l. not.

In dottrina viene, tuttavia, evidenziato come, in realtà, "l'interesse generale è maggiormente tutelato e perseguito stipulando un patto di famiglia anche in

35 Si fa riferimento, in particolare, alla Raccomandazione della Commissione Europea del 7 dicembre 1994 (n.94/1069) già menzionata, che invitava gli stati membri in cui il divieto di patti successori fosse ancora in vigore ad intervenire per attenuarne l'operatività, nell'ottica di una tutela del patrimonio aziendale. Sull'applicabilità del patto di famiglia all'ordinamento castigliano, v. Navarro Caro, V.: "*Il patto di famiglia* y su posibilidad en el ordenamiento civil castellano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 1696 ss.

36 Appaiono condivisibili, infatti, le considerazioni sul tema di Oliviero, F.: "Il consenso alla trasmissione generazionale anticipata della ricchezza: "partecipanti" e "terzi" nel patto di famiglia", *Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali*, *Questioni di diritto positivo* (a cura di M. Tescaro), cit., p. 848.

37 Sulle difficoltà pratico-applicative dell'istituto e le possibili soluzioni proposte, si veda Ferrucci, A.: "Il patto di famiglia: casi e questioni di interesse notarile", cit. Le fattispecie, che sono state poste all'attenzione dell'Ufficio Studi, hanno determinato l'insorgere di dubbi e problematiche circa l'applicabilità o, in subordine, circa le modalità applicative della disciplina del patto di famiglia. L'analisi dei quesiti pervenuti è stata condotta muovendo dal singolo caso concreto che ha posto, di volta in volta, la questione giuridica e la finalità perseguita dal suddetto lavoro sostanzialmente è stata quella di racchiudere in uno stesso contesto le principali risposte ai quesiti posti dai vari notai. Lo studio notarile, invero, dopo avere brevemente accennato alla struttura e alla funzione dell'istituto, indaga il patto di famiglia sotto i profili soggettivo, oggettivo, strutturale e, infine, si occupa del delicato tema della liquidazione dei legittimari non assegnatari.

assenza dei legittimari non assegnatari, perché mentre la tutela dei non partecipanti è sempre garantita — posto che gli stessi conservano, in ogni caso, il diritto al 'valore' della legittima —, il rifiuto da parte del notaio di stipulare un patto senza la partecipazione dei legittimari non assegnatari contribuisce all'eventuale instabilità e discontinuità dell'attività d'impresa"[38].

Di conseguenza, si ritiene che l'elemento destinatore a formare oggetto di valutazione sia la necessità di bilanciamento tra l'interesse alla legittima e tutti quei valori costituzionalmente rilevanti che impattano tanto sul piano individuale quanto su quello sociale (tra i quali, senza pretesa di esaustività, la libertà di iniziativa economica, la libertà di disporre e l'autonomia negoziale, la tutela del risparmio, il lavoro e la famiglia)[39].

Come autorevolmente affermato, l'obiettivo da perseguire sarebbe, dunque, quello di agevolare un'iniziativa economica funzionale, anzitutto, all'utilità sociale, ma che tenga in considerazione sia l'esigenza di non disgregare i patrimoni sia quella di tutelare la continuità e l'unità nella gestione delle imprese familiari; d'altronde, anche la necessità di conservare la proprietà e l'attività economica tra i soli discendenti, peraltro, rappresenta un valore costituzionalmente garantito non suscettibile di valutazione economica[40]. Per evitare, tuttavia, che la famiglia e le istanze di solidarietà ad essa collegate relative alla posizione dei legittimari non siano lasciate al margine di una considerazione prevalentemente attenta ai profili economici, è opportuno, in ogni caso, un contemperamento tra *causa producendi* e *causa familia*e, diritti di libertà e doveri di solidarietà[41].

Così argomentando, in definitiva, è solo il disponente, "*leader* dell'impresa di famiglia", che può efficacemente assumere il compito di individuare, tra i discendenti, il beneficiario o i beneficiari con le migliori attitudini e capacità imprenditoriali, così realizzando la vera e più importante funzione della normativa in esame, spettando all'ordinamento quello di "preservare il più possibile tale scelta evitando complicazioni superflue in fase precontrattuale e contrattuale e disgregazioni inutili e pericolose in fase post-contrattuale". Se, infatti, è vero che le problematiche familiari di natura patrimoniale devono essere lette alla luce del principio di solidarietà, pur nel rispetto del diritto alla legittima, vero è pure che tali questioni devono necessariamente essere affrontate e risolte non già "soltanto

38 Perlingieri, G.: "Il patto di famiglia tra bilanciamento dei princípi e valutazione comparativa degli interessi", cit., p. 203.

39 Perlingieri, G.: "Il patto di famiglia tra bilanciamento dei princípi e valutazione comparativa degli interessi", cit., p. 200; dello stesso avviso, al riguardo, anche Oppo, G.: "Patto di famiglia e "diritti della famiglia"", *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 439 ss.

40 Perlingieri, G.: "Il patto di famiglia tra bilanciamento dei princípi e valutazione comparativa degli interessi", cit., p. 148.

41 Perlingieri, P.: "La funzione sociale del diritto successorio", *Rass. Dir. civ.*, 2009. Per delle riflessioni più analitiche circa il rapporto tra la materia successosia e l'art. 42 Cost. v. Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, ESI, Napoli, 2020, p. 458.

sul piano qualitativo, ma anche su quello quantitativo perché è quest'ultimo che consente il rispetto del principio di eguaglianza tra i legittimari senza violentare la scelta del disponente, le attitudini del beneficiario e le esigenze del mercato'"[42].

In questo senso, nell'ottica di una interpretazione adeguata ad una valutazione comparativa degli interessi e alla gerarchia dei valori normativi[43], la stipulazione del suddetto patto, in assenza del coniuge e, in generale, dei legittimari non assegnatari, può divenire uno strumento non già fonte di invalidità del contratto, ma, alla luce delle istanze fondamentali sottese alla concreta operazione economica, di effettiva realizzazione dei valori supremi dell'ordinamento — sia personal-solidaristici che più squisitamente economici — che l'istituto in esame mira a realizzare. Proprio per la realizzazione di tali valori ordinamentali, è sempre opportuno tenere a mente che "per interpretare è necessario bilanciare e per bilanciare bisogna interpretare'"[44].

Elementi quali la conoscenza, la diffusione e la valorizzazione (del patto), infine, rappresenterebbero al contempo onori e oneri di cui tutti gli operatori del diritto — dagli interpreti ai giudici, dalla classe notarile a quella degli avvocati — dovrebbero farsi carico con il precipuo scopo di contribuire a rendere più funzionale questo poco "fortunato" istituto affinché si realizzi in maniera più agevole una trasmissione intergenerazionale ed endofamiliare dei patrimoni.

A margine di queste riflessioni, pare opportuno segnalare all'attenzione di chi legge l'istituzione di un'apposita commissione di studio — i cui esiti si attendono con interesse — all'interno della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, volta a indagare, in una prospettiva *de iure condendo*, le modalità normative più idonee a formulare un progetto di legge che in qualche modo abbia il fine di attualizzare e rivitalizzare l'istituto del patto di famiglia. L'iniziativa risponde alle esigenze di realizzare in concreto gli obiettivi fissati dalle indicazioni di matrice europea cui si è fatto riferimento, con l'auspicio di potere offrire importanti spunti per l'attività del legislatore, sì da nutrire di nuovo vigore l'istituto in esame.

D'altronde, la dottrina più autorevole, da tempo, evidenzia che nonostante le apprezzabili iniziative da parte del legislatore — di cui l'introduzione del patto

42 Perlingieri, G.: "Il patto di famiglia tra bilanciamento dei princípi e valutazione comparativa degli interessi", cit., p 201.

43 Nel solco dell'insegnamento di Perlingieri, P.: "Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice", in AA.V.V.: *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale* (a cura di P. Femia), Esi, Napoli, 2006, p. 3 ss., e in Id.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 2006, p. 371 ss.; Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, ESI, Napoli, 2020.

44 Espressione ripresa da Perlingieri, G., dalla relazione dal titolo "La proposta per la riforma della disciplina italiana in tema di riserva a favore del coniuge superstite" tenuta al *Congreso internacional "Las nuevas fronteras del derecho de familia(II)"* svoltosi presso il collegio notarile di Valencia nei giorni 26 e 27 ottobre 2022.

di famiglia all'interno del codice civile è testimonianza —, è sempre più attuale la necessità di una riforma generale che coinvolga tutto il diritto successorio e che non si limiti a intervenire su aspetti specifici di norme singolarmente considerate[45].

45 Si fa riferimento alla condivisibile considerazione di Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, ESI, Napoli, 2020, p. 494, il quale evidenzia come "il raffronto tra la disciplina successoria e la realtà (sociale e normativa) corrente […] rafforza la convinzione che il diritto ereditario reclami una riforma risoluta"

BIBLIOGRAFIA

Amadio, G.: "Patto di famiglia e funzione divisionale", *Riv. not.*, 2006, p. 867 ss.

Amadio, G.: "Profili funzionali del patto di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 345 ss.

Andrini, M.C.: "Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale", *Vita not.*, p. 41 ss.

Balestra, L.: "Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione", *Riv. trim.*, 2007, p. 749 ss.

Bauco, C. e Capozzi, V.: *Il patto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 21ss.

Bonilini, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Utet, Torino, 2020, p. 215 ss.

Caccavale, C.: "Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie", *Notariato,* 2006, p. 315 ss.

Caccavale, C.: "Contratto e successioni", in AA.VV.: *Interferenze* (a cura di V. Roppo), *Tratt. contr.*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 572 ss.

Caccavale, C. e Tassinari, F.: *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 74 ss.

Casu, G.: "Il patto di famiglia. Rassegna ordinata di dottrina nella sua prima interpretazione", Consiglio Nazionale del Notariato, *Studi e Materiali CNN*, 2006, p. 1823.

Di Mauro, N.: "I necessari partecipanti al patto", *Famiglia, persone e successioni*, 2006, p. 539 ss.

Di Mauro, N., Minervini, E. e Verdicchio, V.: *Il patto di famiglia. Commentario alla legge 14 febbraio 2006, n. 55* (a cura di E. Minervini), Giuffrè, Milano, 2006.

De Nova, G.: *Introduzione*, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006, p. 3 ss.;

Delfini, F.: *Commento all'art. 768*-quater, *Introduzione*, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006 p. 20 ss.

Delle Monache, S.: "Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia", *Tradizione e modernità del diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia* (a cura di S. Delle Monache), Cedam, Padova, 2007, p. 341 ss.

Ferrucci, A.: "Il patto di famiglia: casi e questioni di interesse notarile", *Focus Civilistico* (a cura dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale Notarile), 16 giugno 2022.

Gazzoni, F: "Appunti e spunti in tema di patto di famiglia", *Giust. civ.*, 2006, p. 219.

Gazzoni, F: *Manuale di diritto privato*, 13a ed., Esi, Napoli, 2007, p. 491.

Ieva, M.: "Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili generali di revisione dei patti successori", *Riv. not.*, p. 1375;

Ieva, M.: "La disciplina del patto di famiglia e l'evoluzione degli strumenti di trasmissione dei beni produttivi (ovvero del tentativo di rimediare a ipotesi di malfunzionamento dei meccanismi di riduzione e collazione)", *Riv. not.*, 2009, p. 1090 ss.

Imbrenda, M.: "Patto di famiglia, solidarietà familiare e *family business*", *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 463.

La Porta, U.: *Il patto di famiglia*, Utet, Torino, 2007, *passim*.

Magliulo, F.: "L'apertura della successione: imputazione, collazione e riduzione", in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, *I Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato*, Giuffrè, Milano, 2006.

Merlo, A.: "Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Profili civilistici del patto di famiglia", *Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni della fondazione Italiana per il notariato, Il sole 24 ore*, Milano-Roma, 2006, p. 100 ss.

Minervini, E: *La meritevolezza del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 3 ss.

Navarro Caro, V.: "*Il patto di famiglia* y su posibilidad en el ordenamiento civil castellano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 1696 ss.

Oberto, G.: *Il patto di famiglia*, Cedam, Padova, 2006, p. 53 ss.

Oliviero, F.: "Il consenso alla trasmissione generazionale anticipata della ricchezza: "partecipanti" e "terzi" nel patto di famiglia", *Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali*, *Questioni di diritto positivo* (a cura di M. Tescaro), ESI, Napoli, 2022, p. 827 ss.

Oppo, G.: "Patto di famiglia e "diritti della famiglia"", *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 439 ss.

Palazzo, A.: "Patto di famiglia e sistema per la trasmissione della ricchezza familiare", *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, (a cura di G. Alpa e S. Patti), *Testamento e istituti alternativi*, Cedam, Padova, 2008, p. 438 ss.

Palazzo, A.: "Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato", *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 261 ss.

Perlingieri, G.: "Il patto di famiglia tra bilanciamento dei princípi e valutazione comparativa degli interessi", *Rass. dir. civ.*, ESI, Napoli, p. 146 ss.

Perlingieri, G. e Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, ESI, Napoli, 2019.

Perlingieri, P.: "Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice", in A.A.V.V.: *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale* (a cura di P. Femia), ESI, Napoli, 2006, p. 3 ss.

Perlingieri, P.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 2006, p. 371 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, ESI, Napoli, 2020.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, ESI, Napoli, 2020, p. 494

Perlingieri, P.: *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 1992, p. 1 ss.

Perlingieri, P.: "La funzione sociale del diritto successorio", *Rass. dir. civ.*, 2009.

Perlingieri, P. e Recinto G., *Manuale di diritto civile*, 6a ed., ESI, Napoli, 2007, p. 942 ss.

Petrelli, G.: "La nuova disciplina del "patto di famiglia"", *Riv. not.*, 2006, p. 407.

MARTONE, I.: *Il giudizio di meritevolezza. Questione aperte e problemi applicativi*, *Quaderni della rassegna di diritto civile*, Esi, Napoli, 2017.

PIRAINO, F.: "Meritevolezza degli interessi", *Enciclopedia del diritto,* I, 2021, Giuffè, Milano, p. 667 ss.

RIVA, I.: *Patto di famiglia, Libro secondo: Successioni artt. 768bis-768octies*, *Commentario del Codice Civile e codice collegati Scialoja-Branca-Galgano* (a cura di G. De Nova), Zanichelli, Bologna-Roma, 2021, p. 10 ss.

RIZZI, G.: "Compatibilità con le disposizioni in tema di impresa familiare con le differenti tipologie societarie", in AA.VV.: *Patti di famiglia per l'impresa*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2006, p. 244 ss.

RIZZI, G.: "Il patto di famiglia. Analisi di un contratto per il trasferimento dell'azienda", *Notariato*, 2006, p. 430 ss.

SICCHIERO, G.: "La causa del patto di famiglia", *Contr. impr.*, 2006, p. 1270 ss.

SEMPRINI, A.: "L'equiparazione tra legittimari pretermessi e legittimari sopravvenuti nel patto di famiglia", *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 1270 ss.

TASSINARI, F.: "Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi e requisiti formali. Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari", *Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni della fondazione italiana per il notariato,* Il sole 24 ore, Milano-Roma, p. 166 ss.

TORRONI, A.: "Il patto di famiglia: aspetti di interesse notarile", *Riv. not.*, 2008, p. 465.

VALERIANI, A.: "Il patto di famiglia e la riunione fittizia. (Una, due … mille riunioni fittizie?)", *Patti di famiglia per l'impresa*, *Quaderni della fondazione italiana per il notariato, Il sole 24 ore*, Milano-Roma, p. 119 ss.

VITUCCI, P.: "Ipotesi sul patto di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 448 ss.

VOLPE, F.: *Patto di famiglia. Artt. 768-bis-768-octies*, *Il codice civile. Commentario* (fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F. BUSNELLI), Giuffrè, Milano, p. 72 ss.

ZOPPINI, A.: "Profili sistematici della successione "anticipata" (note sul patto di famiglia)", *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 287 ss.



LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR MEDIANTE LA PROHIBICIÓN DE DISPONER TESTAMENTARIA*

THE PROTECTION OF FAMILY ASSETS THROUGH THE PROHIBITION OF TESTAMENTARY DISPOSITIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1652-1695

* El presente artículo se enmarca dentro del proyecto de investigación "Condiciones y negocios jurídicos mortis causa" (PGC 2018-094820-B-100) IPs: Dña. Ana Cañizares Laso y Dña. Rocío Diéguez Oliva, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Jesús
PALOMARES
BRAVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: El presente artículo trata de mostrar las virtudes de las prohibiciones de disponer testamentarias como mecanismo de protección del patrimonio familiar. Una finalidad ya reconocida desde el derecho romano que continuó en nuestro derecho histórico. Este interés de protección del testador se canaliza a través del requisito de la justa causa que ha de tener la prohibición. Sin embargo, nuestro ordenamiento a diferencia de lo que sucedía antes de la codificación, prescinde de la expresión escrita de ésta, por lo que cabe su presunción. Es por ello que se hace necesaria una reforma en esta materia tendente a exigir la expresión escrita de la justa causa, entre otras muchas razones por los particulares efectos de la prohibición de disponer testamentaria.

PALABRAS CLAVE: Prohibición de disponer; testamento; patrimonio familiar; justa causa.

ABSTRACT: *This article attempts to show the virtues of testamentary prohibitions of disposition as a mechanism for the protection of family assets. This purpose was already recognised in Roman law and continued in our historical law. This interest in protecting the testator is channelled through the requirement of just cause that the prohibition must have. However, our legal system, unlike what happened before the codification, dispenses with the written expression of this, so that it can be presumed. Therefore a reform in this area is necessary to require the written expression of just cause, among many other reasons, due to the particular effects of the prohibition of testamentary disposition.*

KEY WORDS: *Prohibition to dispose; will; family estate; just cause.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA PROHIBICIÓN DE DISPONER TESTAMENTARIA. CONCEPTO Y CARACTERES.- III. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA JUSTA CAUSA.- 1. Concepto.- 2. Antecedentes históricos. La causa como fundamento de la protección del patrimonio familiar en la prohibición de disponer testamentaria.- A) Derecho romano.- B) Derecho histórico.- 3. Estado actual de la justa causa en nuestro ordenamiento.- A) Posiciones que defienden que la prohibición de disponer se fundamente en una justa causa.- B) Posiciones que defienden la innecesariedad de fundamentar la prohibición de disponer en una justa causa.- 4. Reflexiones en torno a la justa causa y sobre la necesidad de su expresión en el acto constitutivo de la prohibición.- IV. PARADIGMAS.- 1. La perpetuación del patrimonio familiar.- 2. La aseguración para los descendientes de bienes suficientes para subsistir.- 3. La protección al heredero por su inexperiencia o madurez.- 4. El beneficio a determinados familiares durante un periodo de tiempo.- V. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

Las prohibiciones de disponer testamentarias implican por parte del testador que las instaura, un cercenamiento de la facultad de disposición en el derecho subjetivo afectado por la prohibición y del poder de disposición en el sujeto sometido a ella. Es decir, a través de ella se sustraen bienes del tráfico, por lo que han sido miradas con recelo por el ordenamiento. Sin embargo, esta figura tomando las cautelas oportunas, no debería desterrarse sin más. Las prohibiciones de disponer testamentarias pueden cumplir importantes funciones, siempre y cuando respeten el requisito de la temporalidad dentro de los límites establecidos por el ordenamiento y obedezcan a una justa causa.

A propósito de esta última, la justa causa o interés recoge la finalidad, el fundamento por el cual el testador impone la limitación al gravado. Es por ello que se hace su estudio no sólo como requisito, sino también como fundamento de toda la figura. Como observaremos, la causa está íntimamente ligada a la familia, a su protección económica. En este momento cabe apuntar que el interés a tutelar en el Derecho Romano postclásico en el que nacen las prohibiciones de disponer, era el aseguramiento de determinados bienes de la familia a los herederos. En definitiva, se trataba de proteger el patrimonio familiar, el cual era el interés tutelable del *pater familias* que justificaba la instauración de prohibiciones en el testamento.

El fundamento debía ser expresado en el negocio jurídico, pero con el paso de los años se ha prescindido de su expresión. De tal manera, que la justa causa es requisito, pero no es necesaria que su constancia escrita en el testamento en el que se imponga la prohibición. Ello ha sido objeto de controversias doctrinales y jurisprudenciales, siendo a nuestro juicio necesaria una reforma legal que aborde

• Jesús Palomares Bravo
Personal Investigador Contratado Predoctoral, Universidad de Málaga. Correo electrónico: jpbravo@uma.es

este particular desterrando la idea que en base al art.1277 CC admite la presunción de la causa. Si la prohibición de disponer testamentaria tiene que establecerse de forma clara, dado que la propiedad es naturalmente libre, también han de ser claros sus requisitos. La constancia de la causa ha de ser necesariamente requisito de la prohibición, además de facilitar la prueba de su existencia por quien trate de desvirtuarla. Todo ello, entendemos, redunda en una mayor seguridad jurídica.

Por ello, nos proponemos en el presente trabajo el estudio de la justa causa como elemento y requisito de la prohibición de disponer testamentaria que, a su vez, sirve de fundamento para la protección del patrimonio familiar. Trataremos de esbozar su devenir histórico, al objeto de comprender el origen y sentido de las prohibiciones testamentarias, qué es lo que realmente persigue el testador. Seguidamente, tras observar su base familiar, analizar cómo han llegado mutiladas a nuestro ordenamiento, que no exige la expresión de la justa causa, así como los inconvenientes que ello genera. Por último, ver distintos paradigmas en los que la instauración de prohibiciones testamentarias se ha revelado como un mecanismo eficaz para la protección del patrimonio de la familia, hilvanando diferentes escenarios aplicativos abordados por la jurisprudencia.

II. LA PROHIBICIÓN DE DISPONER TESTAMENTARIA. CONCEPTO Y CARACTERES.

La prohibición de disponer testamentaria podemos definirla como aquella restricción o limitación impuesta por el testador al ejercicio de la facultad dispositiva que integra el contenido de un derecho subjetivo, y en cuya virtud el titular del bien ve limitado su poder de disposición[1]. Por tanto, son consideradas como limitaciones al dominio. Según sea configurada en la cláusula testamentaria, este cercenamiento de la facultad dispositiva del derecho subjetivo será más o menos amplio en función de que negocios o actos dispositivos haya prohibido el testador[2].

En este sentido, cabe distinguir entre prohibición en sentido genérico y la simple prohibición de vender o enajenar. Cuestión importante, pues la segunda es una subespecie respecto a la primera. De tal manera que solo impediría los actos de enajenación, pero no los de gravamen, es decir, una prohibición de vender no impediría la constitución de un derecho real limitado. Por esta razón,

1 Roca Sastre, R.M. y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* tomo II, Bosch, Barcelona, 1979, p.702; Cañizares Laso, A.: "Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias", *Anuario de Derecho Civil*, 1991, p.1479; Gómez Gálligo, F.J.: "Comentario al artículo 26.1 de la Ley Hipotecaria", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart), Tomo VII, Vol.4º, EDERSA, Madrid, 1999, p.181.

2 Alpañés Domínguez, E.: "Aportación al estudio de las prohibiciones de disponer", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto, 1950, pp.43 y 44.

las prohibiciones de vender o enajenar serían supuestos de privación relativa de la facultad de disposición del derecho subjetivo al que afectan. De ahí que sea importante discernir en que actos jurídicos son o no eficaces en relación con el derecho sometido a la prohibición. Si el testador quiso prohibir todo acto dispositivo, lo configurará como prohibición de disponer en sentido estricto, siendo ineficaz éste[3]. Por el contrario, si solamente quiso privar de eficacia a los actos de enajenación o transmisión, la configurará el testador en la cláusula testamentaria como prohibición de enajenar. Así, solamente serán ineficaces los actos transmisivos o de enajenación, siendo eficaces los demás como hipotecar o gravar el bien[4].

Esta distinción surge al aludir el art.26 LH a prohibiciones de disponer o enajenar. La norma usa indistintamente los términos disposición y enajenación, por lo que si seguimos una interpretación literal de los mismos, nos serviría para negar la sinonimia entre ambos. La razón no es otra que considerar la enajenación como expresión concreta de los actos de disposición. El acto de enajenación se integra la categoría de los actos dispositivos, ésta última más amplia[5]. De ello se deduce que la prohibición de disponer es más estricta que la prohibición de enajenar.

Asimismo, la prohibición de disponer testamentaria conlleva una ausencia de legitimación en el acto o negocio dispositivo, por cuanto el sujeto sometido a gravamen no tiene poder de disposición sobre el objeto. Por ello, no se está legitimado para llevar a cabo con eficacia el acto transmisivo. Para que se produzca la alteración patrimonial es necesaria la libre disposición de la cosa[6].

De otro lado, la prohibición de disponer testamentaria no confiere ningún derecho subjetivo al beneficiado por la prohibición. Ahora bien, nuestra regulación positiva del art.26.3 LH permite la inscripción de las mismas en el Registro de la Propiedad, por lo que se benefician de los efectos *erga omnes* de la publicidad registral, de tal forma que el acto o negocio jurídico que las contravengan toda vez estén inscritas, será nulo.

Otras consideraciones a tener en cuenta es que no se presumen nunca, han de estar expresamente establecidas por el otorgante del título transmisivo-constitutivo o bien por la ley. De ahí, el rechazo a las prohibiciones de disponer presuntas o tácitas. Y ello sobre la base de que no puede admitirse cualquier restricción del poder de disposición, razón por la cual el ordenamiento las observa

3 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III, 5º ed., Civitas, Madrid, 2009, p.944.

4 Murga Fernández, J.P.: "Prohibición legal de vender y ejecución hipotecaria", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* núm.29, 2012.

5 Martín Briceño, M.R.: *La prohibición testamentaria de dividir la herencia,* Dykinson, Madrid, 2008, pp.122 y 123.

6 Ladaria-Caldentey, J.: *Legitimación y apariencia jurídica,* Bosch, Barcelona, 1952, p.17.

con recelo, gozando de un carácter excepcional que conlleva su interpretación estricta.

El carácter excepcional conllevará que nunca sean perpetuas, siendo temporales con los límites previstos en los arts.781 y 785.2 CC[7]. Precisamente, con el fin de evitar el sistema de vinculaciones perpetuas y respetar el principio de libertad de circulación de bienes. Por ello, al ser una figura que extrae de la circulación del tráfico jurídico bienes determinados, tienen que responder a un interés jurídico, causa, razón justificada o interés apreciable.

III. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA JUSTA CAUSA.

1. Concepto.

La doctrina mayoritaria aboga por la exigencia de una justa causa en las restricciones que se impongan a la facultad dispositiva del derecho subjetivo, sea en actos *inter vivos* o *mortis causa*, gratuitos u onerosos. Por tanto, la cuestión se centra en que se debe entender por justa causa en sede de prohibiciones de disponer voluntarias. Ciertamente, no es ahora nuestro objetivo reproducir o abordar la problemática y compleja cuestión sobre la teoría de la causa.

Un concepto de causa al que nos acogemos es aquel que la define como la función práctico social concreta querida por los contratantes al celebrar el negocio, es decir, aquello en lo que consienten, comprendiéndose en esta función el motivo determinante común a dichos contratante o, al menos, admitido por uno de ellos al ser pretendido por el otro[8]. De tal forma que se pone énfasis en el propósito que las partes buscan con el negocio y que a su vez determina su conclusión[9]. Aplicada esta consideración a las prohibiciones de disponer testamentarias, la finalidad buscada puede ser muy variada según se pretenda proteger la unidad de un patrimonio familiar, los intereses de un heredero con discapacidad, el derecho del cónyuge viudo, u otros intereses más actuales como la protección del interés

7 Cañizares Laso, A.: "La eficacia", cit., pp.1479-1484.

8 Clavería Gosálbez, L.H.: "Comentario a los artículos 1261 a 1280 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* (Dir. M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart)*,* tomo XVII, vol. 1, EDERSA, Madrid, 1993, p.576.

9 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil,* núm.1, 1963, pp.30-32; De los Mozos y de los Mozos, J.L.: "La causa del negocio jurídico", *Revista de Derecho Notarial,* tomos 33-34, 1961, pp.283 y ss.; Jordano Barea, J.B.: "La causa en el sistema del Código Civil español", en AA.VV.: *Centenario del Código Civil español,* Tomo I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p.1058; Sancho Rebullida, F.: "Notas sobre la causa de la obligación", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1971, p.665; De la Cámara Álvarez, M.: "En torno al concepto de la causa en los contratos" en *Estudios de Derecho Civil* (Dir. M .De la Cámara Álvarez), Montecorvo, Madrid, 1985, p.538. Sobre la reflexión sobre que ha de entenderse por causa en el negocio en una perspectiva más reciente vid. Landestoy Mendez, P.L., "¿De qué se habla cuando se alude a la causa del negocio jurídico?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm.16 bis, junio, 2022, pp.310-341.

de los hijos menores de edad[10]. Esta finalidad garantista o de cautela es la que lleva a justificar el establecimiento de las prohibiciones de disponer en el testamento.

A su vez, este interés digno de protección es diverso, razón por la cual no existe una causa general de las prohibiciones de disponer prevista legalmente, sino que ha de ser determinada en un negocio concreto en referencia con la función económico-social querida en cada caso por quien instauró la prohibición testamentaria[11].

Así, la causa se especializa en este instituto como mecanismo para delimitar la esfera de la autonomía de la voluntad y evitar que la protección jurídica que estas otorgan, se ponga al servicio de algo que repugne la conciencia social (ej.: la vinculación de bienes)[12]. Es decir, la causa emerge como un elemento de control en el establecimiento de prohibiciones que respondan a un puro capricho del testador y con la sucesiva protección que brindan, sustraigan sin fundamento bienes del tráfico jurídico, al tiempo que mutilen la facultad dispositiva del derecho subjetivo afectado.

2. Antecedentes históricos. La causa como fundamento de la protección del patrimonio familiar en la prohibición de disponer testamentaria.

A) Derecho romano.

El antecedente de las prohibiciones de disponer testamentarias tiene su origen en el derecho romano postclásico y está vinculado a la necesaria expresión de la causa en el testamento. La causa es aquel motivo o razón que lleva al establecimiento de la prohibición. Esta causa originariamente obedecía a la protección del patrimonio familiar.

Se puede aseverar que en época clásica no se conserva ningún texto genuino que siente un principio general sobre las prohibiciones de disponer, de lo que se infiere que en principio no eran aceptadas. Por tanto, será en el periodo romano postclásico cuando encontremos las primeras referencias al instituto de la prohibición de disponer testamentaria. La posible razón de la inadmisibilidad de esta figura viene justificada por la naturaleza misma de la sucesión *mortis causa*, cuya base es el testamento. El testamento, de genuina creación romana, rompe decididamente con lo que había sido ley histórica: la transmisión forzosa del patrimonio hereditario a los hijos del premuerto. Así, no va a ser bien recibida las limitaciones al poder de disposición por cuanto el *pater familias* tenía el poder

10 Gómez Gálligo, F.J.: *Las prohibiciones de disponer en el derecho español,* Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992, p.61.

11 Clavería Gosálbez, L.H.: "Comentario a", cit., p.562.

12 De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico,* Civitas, Madrid, 1985, p.186.

de ordenar el patrimonio en el sistema familiar romano. Es decir, el omnímodo poder de elegir al *heredes* entre sus hijos, existiendo entre ambos una forma de continuación de la personalidad del causante. De forma que la Constitución 47 de Justiniano expresaba "nostris videtur legibus una quodammodo esse persona heredis, et eius, qui in eum transmittit hereditatem, ideoque nullus eidem sibimet edicit reluctari, et quod dixit atque iuravit ratum ese, hoc nolle valere, sed contra proprios reluctari sermones"[13].

No cabe duda de que la incorporación de la prohibición de disponer tendría un mal encaje con el principio de continuación de la personalidad. Las facultades del heredero solo vienen delimitadas por la competencia que pueda derivarse de otras figuras jurídicas tales como los legados, fideicomisos, u otros derechos legitimarios. Razón por la que tampoco se admitían restricciones temporales que mermasen la *potestas* del *semel heres*[14], pues "nihil aliud est hereditas, queam sucesio in universum ius, quod defunctus habuit" (D. 50, 16, 24 y D. 50, 17, 62)[15].

En la etapa imperial se halla vigente lo establecido en el D. 2,14,61 que recogía "Nemo paciscendo efficere potest, aut ne sibi locum suum dedicare liceat, aut nec sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicinio invito praedium alienet"[16]. Del citado fragmento del Libro IX de Pomponio a Sabino, sostienen los glosadores el principio de la ineficacia de los pactos de no enajenar estableciendo Bartolo que "pactum de non alienando rem propriam non valet"[17]. Si bien, con el paso del tiempo se admitirá su efectividad para que las autoridades romanas (magistrados, cónsules y pretores) tengan la posibilidad de conocer de estos, con una laxitud frente al extendido principio inicial de no constituir limitaciones al poder de disposición[18].

13 Se traduce por "A nuestras leyes les parece ciertamente que en algún modo es una sola la persona del heredero y la del que a él le transmite la herencia, y por esto nadie dice que lucha consigo mismo, y no quiere que sea válido lo que dijo y juró que era válido, sino que se vuelve contra sus propias manifestaciones", García del Corral, I.L.: *Cuerpo del Derecho Civil Romano,* tomo VI, Lex Nova, Valladolid, 1988, p.213.

14 Martínez Sarrión, A.: "Las obligaciones de no vender y las prohibiciones de disponer", *Revista de Derecho Privado,* 1964, p.92.

15 Digesto 50,16,24 (Gaius, Libro VI, *ad Edictum provinciale)* y 50,17, 62 (Iulianus, Libro VI, *Digestorum*): "Herencia no es ninguna otra cosa sino la sucesión en todo el derecho que tuvo un difunto", García del Corral, I.L.: *Cuerpo del,* tomo III, cit., pp.915 y 949.

16 "Nadie puede hacer pactando, que no le sea lícito dedica un lugar suyo, o que no le sea permitido sepultar un muerto en lugar propio, o no enajenar su predio contra la voluntad del vecino", Gómez Marín, M. y Gil y Gómez, P.: *Cuerpo del Derecho Civil o sea Digesto, Código, Novelas* e *Instituta de Justiniano,* tomo I, Imprenta de Ramón Vicente, Madrid, 1872, p.113.

17 González Martínez, J.: "Prohibiciones de disponer", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm.9-10, septiembre-octubre, 1925, p.676.

18 Por ejemplo, en las Instituciones de Gayo 2, 278 se aborda la reclamación judicial de los legados por una acción especial (*per formulam*) en tanto que los fideicomisos se reclamaban en Roma ante el cónsul o ante el pretor encargado particularmente de ellos, y ante el presidente en las provincias con la siguiente fórmula: "Praeter alegata (per) formulam petimus: fideicommissa uero Romae quidem aput Consulem, uel aput eum Praetorem, qui praecipue de fideicommisis ius dicit, persequimur; in provincias uero aput praesidem provinciae", Rivero, N.M.: *La instituta de gayo, descubierta recientemente en un palimpsecto de la biblioteca capitular de Verona*, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845, pp.162-163.

Pero donde verdaderamente se haya el precedente histórico de las prohibiciones de disponer voluntarias es en el Derecho Romano postclásico[19]. Es dentro de este periodo, donde de forma nítida se vislumbra una cierta admisibilidad de las prohibiciones de disponer testamentarias. El principal texto nos ha sido legado por Marciano en el libro octavo de sus Instituciones, integrantes del D.30,114,14 cuya rúbrica general es *De legatis et fideicomissis* y que establece: "Los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracalla, de consagrada memoria, respondieron por rescripto que los que prohíben en su testamento que se enajene algo y no dicen por qué causa, salvo que se averigüe la persona en cuya consideración lo dispuso así el testador, hacen una declaración nula, lo mismo que si nada hubiesen dispuesto, porque tal cláusula no puede insertarse en un testamento. Pero si hubiesen aclarado que su disposición se refería a los hijos, a los descendientes, a los libertos, a los herederos o algunas personas, su voluntad debe ser respetada, pero siempre que no suponga fraude para los acreedores, ni para el fisco, porque si se vendieron los bienes del heredero para poder pagar a los acreedores del testador, los fideicomisarios seguirán la misma suerte"[20].

Del examen del rescripto de los emperadores Severo y Antonino se destaca el papel relevante de la causa como requisito de validez de la prohibición[21]. En el derecho del Bajo Imperio, ante el debilitamiento de las formas *ad solemnitatem,* crece al mismo tiempo el hecho de que los actos jurídicos obedezcan a una justa causa. A la causa se la da una importancia tal, que viene a suplir la forma. Esta importancia conllevaba que la falta de expresión de la causa que determinó la instauración de la prohibición de disponer testamentaria determinaba la nulidad de la misma. La no expresión de la causa origina la nulidad de la disposición, carecía de validez, viniendo a ser como un *quasi nudum praceptum*[22].

No obstante, señala Martínez Sarrión que la expresión "nisi invenitur persona: liberis, posteris, heredibus aut libertis" pudiera pensarse que no es necesaria la expresión de la justa causa (al igual que sucede en la actualidad)[23]. La sola determinación del beneficio en favor de una persona ya dota de eficacia a la prohibición, al ser ésta considerada como causa suficiente. Si bien, lo que

19 Roca Sastre, R.M., y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* cit., p.703.

20 "Divi Severus et Antoninus rescripserunt, eso, qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprmunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momento scripturam, quasi nudum praceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere. Quod si liberis, aut posteris, aut libertis, aut heredibus, aut allis quibusdam personis consulentes eiusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse; sed haec neque creditoribus, neque fisco fraudi ese, nam si heredis propter testatoris creditores ona veni bona venierunt, fortunam communem fideicommisarii quoque sequuntur", García del Corral, I.L.: *Cuerpo del,* tomo II, cit., pp.508-509.

21 Betti, E.: "Causa del negozio giuridico", en AA.VV.: *Novissimo Digesto italiano* (Dir. A. Azara y E. Eula), tomo III, UTET, Torino, 1957, p.34.

22 Cecchini Rossell, X.: *Eficacia de las prohibiciones de disponer. Causa y derechos de terceros.,* Aranzadi, Cizur-Menor, 2003, pp.36-37.

23 Martínez Sarrión, A.: "Las obligaciones", cit., p.94.

se establece más que una presunción causal en favor de sujeto determinado, es un abanico de posibles causas para admitir la validez de la prohibición, lo que a su vez justificaría el carácter restrictivo de este instituto[24]. Por tanto, siempre que se acredite la existencia de persona favorecida con la prohibición, el negocio devendría causal siguiendo la teoría de presunción de la causa. En este sentido, es difícil encontrar las reglas que nos permitan identificar si nos situábamos en supuestos que se integraban en el objetivo perseguido por el causante al instaurar la prohibición de disponer testamentaria, o bien, nos encontrábamos en una excepción a la regla general. Para salvar esta disquisición, se entendía que aquellas disposiciones testamentarias en las que se prohibía disponer del fundo familiar para procurarla a las futuras generaciones[25], el requisito de la justa causa se entendía cumplido.

Resulta evidente que la causa tiene un papel ya no solo de validez de la prohibición de disponer, sino que es fundamento de la protección del patrimonio familiar. De tal forma, que el instituyente de la prohibición, el *pater familia*s, con esta figura jurídica impedía la disposición de la casa familiar. Se evitaba así su dispersión y con ello su mantenimiento en el seno de la familia.

Llegados a este momento cabe preguntarse ¿Qué aplicaciones prácticas al principio enunciado en el Digesto podemos encontrar? Resulta difícil localizar un texto de referencia en el que poder localizar un concreto paradigma en la que se aplica la prohibición de disponer testamentaria. Se ha destacado en la doctrina[26] como exponentes aplicativos de la prohibición de disponer D.31,69,3 (retracto gentilicio)[27] y D. 31,77,27 (disposición sobre la cosa común)[28], pero

24 *Ibidem*, p.94. Lo expresa en los siguientes términos: "Más que ante una ampliación de fronteras se está en presencia de una determinación de circunstancias (…) se siente con ello un marcado criterio restrictivo en lo que afecta a las causas de las prohibiciones de disponer".

25 Cortese, E.: "Divieto di alienazione (diritto intermedio)", en AA.VV.: *Enciclopedia del diritto* (Dir. F. Calaso.), tomo XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p.386, quien destaca: "Quanto alla causa prevalente nella prassi (a parte il caso di particolari animosità del de cuius per uno o più soggeti) è facile individuarla nell'obbiettivo, richiamo con insistenza nel Digesto, di immobilizzare il patrimonio entro la cerchia della familia, assicurandolo alle sucessive generazioni dei suoi componenti".

26 Marqueño De Llano, M.: *Prohibiciones testamentarias de disponer,* Bosch, Barcelona, 2003., p.91 y Martínez Sarrión, A.: "Las obligaciones", cit., p.96.

27 Digesto 31,69,3 (Papiniano, Libro XIX, *Quaestiones*): "Habiendo uno instituido heredero a su hermano, le pidió que no enajenase una casa, sino que la dejase en la familia; si el heredero no hubiere obedecido a lo mandado, sino que hubiere enajenado la casa, o hubiere fallecido habiendo instituido heredero a un extraño, pedirán el fideicomiso todos los que hubiera en la familia. ¿Qué se dirá, pues, si no fueran del mismo grado? El caso se debe acomodar de modo, que se considere invitado en primer lugar cada uno de los que estén próximos; pero no por esto se debe lesionar para lo futuro por causa de los que estén más próximos el derecho de los que siguen, sino que cada uno de los que estén próximos ha de ser admitido de este modo, si estuviera dispuesto a dar caución de que él restituirá la casa a la familia. Pero si no se le hubiere pedido caución al que fue admitido en primer lugar, no nacerá ciertamente por este motivo ninguna acción de condición, sino que si la casa fuere en algún caso a poder de un extraño, le compete a la familia la petición del fideicomiso; pero opino que con justicia se reclama la caución por razón de la excepción de dolo malo, aunque de la familia no quede otro ninguno más lejano", García del Corral, I.L.: *Cuerpo del,* tomo II, cit., pp.531-532.

28 Digesto 31,77,27 (Papiano, Libro VIII, *Responsorum*): "Dejó un predio a los libertos, y pidió que no lo enajenasen, y que lo retuviesen en la familia de los libertos. Si excepto uno los demás hubieran vendido

verdaderamente, en la fuente romana donde podemos hallar un supuesto en el que se incardina la figura de la prohibición de disponer testamentaria sin duda lo es el D. 33,1,18 (Scaevola, Libro XIV, Digestorum): "En codicilos confirmados por testamento legó uno un fundo a sus libertos, y prohibió que fuese enajenado; pero quiso que perteneciera también a los hijos de los libertos, o a los nacidos de ellos; después añadió estas palabras: "por quienes quiero que de la renta de este fundo se le den diez a mi heredero cada año, hasta treinta y cinco años después del día de mi muerte"; se preguntó, si, habiendo fallecido el heredero instituido por Ticio dentro de los treinta y cinco años de su edad, se le deberá también al heredero en virtud de las antes transcritas palabras el fideicomiso del tiempo restante. Respondió, que se le debe, a no ser que se pruebe por los libertos que el testador se refirió al trigésimo quinto año del heredero"[29].

Lo que nos quiere referir esta limitación, es la imposición de un gravamen de renta durante el plazo de treinta y cinco años a contar de la muerte del testador. La prohibición suple la función que cumpliría una hipoteca en garantía de prestaciones periódicas o rentas. Un verdadero supuesto de prohibición de disponer testamentaria donde concurre justa causa, procurar rentas con la no disposición del fundo por los libertos para sus propios hijos. Nos encontramos ante una sustitución fideicomisaria que conlleva prohibición de disponer, el causante fideicomitente deja a los fiduciarios (libertos) el fundo con la obligación de conservar el bien para sus hijos o descendientes de estos (fideicomisarios). A poco que se reflexione, vemos que entra de lleno la prohibición de disponer más en el campo de las sustituciones fideicomisarias que en el propio de las prohibiciones de disponer. El resultado que se logra de forma indirecta es el no reconocimiento de efectos a la disposición por estar establecida la sustitución fideicomisaria.

B) Derecho histórico.

Cae en decadencia durante las invasiones bárbaras la constitución de prohibiciones de disponer en testamentos, en atención a que la única forma germánica de sucesión *mortis causa* es la sucesión legítima familiar[30]. Con esa dificultad de disponer de los bienes del patrimonio familiar en favor de extraños, se logra el objetivo que perseguían muchas de las prohibiciones de disponer

sus partes, el que no la vendió pedirá integras las partes de los demás, a quienes no les dio consentimiento para enajenarlas; porque se considera que invitó al fideicomiso a los que obedecieron a su disposición, pues de otra suerte será muy absurdo, que recíprocamente se deduzca petición, esto es, que uno le pido al otro la parte enajenada, cuando enajenándola hubiera perdido su parte. Pero esto puede ser así procedente, si juntamente las hubieren enajenado; pero según cada cual la hubiera enajenado primero, no formará parte con los posteriores, y el que la vendió más tarde, se entiende que formó parte en las porciones de los anteriores con el que no la vendió; mas si ninguno la hubiere vendido, y el último hubiere fallecido sin hijos, no subsistirá la petición del fideicomiso", *Ibidem,* pp.538-539.

29 *Ibidem*, pp.598-599.

30 Sobre el particular, Bernad Mainar, R.: "De la legítima romana a la reserva familiar germánica", *Revista Internacional de Derecho Romano,* abril, 2015, pp.1-63.

testamentarias: la conservación del patrimonio dentro del seno de la familia. De tal forma que no existía riesgo de dispersión de los bienes. Por ello, no tenía sentido el instituto que analizamos durante este periodo. Será ya en época de los glosadores cuando se empiece a ver la necesidad de que la prohibición de disponer necesite la expresión de una causa para admitirlas.

Afirma Martínez Sarrión[31] que únicamente se ha recogido un caso verdaderamente curioso de prohibición causal de disponer en el derecho histórico. Este caso lo constituye el estudio de los Fueros que integran la familia del de Cuenca. La Ley 38, del Fuero latino de Cuenca bajo la rúbrica "De filio qui misericordiam cum patre (egeno non fecerit)" **32**. La ley establece que "si un hijo que sea rico no tiene piedad de su padre o de su madre necesitados, y el necesitado se queja al Juez o a los alcaldes, éstos cójanlo con todos sus bienes y pónganlo bajo la patria potestad; no obstante, el padre o la madre, viva de los bienes de su hijo con moderación, durante todos los días de su vida, de modo que no tenga derecho a malgastar, donar, vender o legar en testamento aquellos bienes, sino únicamente a vivir de ellos sobriamente. Después de la muerte del padre o de la madre, el hijo tenga pleno dominio y poder sobre las cosas que hayan quedado, de manera que no sean dadas en modo alguno para repartir con los demás herederos"[33].

Se trata de una prohibición de disponer que afecta al hijo, que fue impuesta en testamento y que puede obedecer a su conducta reprochable en relación con sus progenitores y genéricamente a un comportamiento no diligente en cuestiones patrimoniales. Mismo criterio siguen el Códice Valentino del mismo fuero (Ley 38,

31 Martínez Sarrión, A.: "Las obligaciones", cit., p.97.

32 "Si filius diues super parentem egenum misericordiam non habuerit, et pauper iudici et alcadibus conquestus fuerit, capitant illum cum tota substancia sua, et mittant eum in potestate patris: pater uero, seu mater uiuat in bonis filij illius modeste omnibus diebus uite sue. Ita quod non habeat ius malemittendi, donandi, uendendi, testandi, substancian illam, set tantum in ea uiuere parce. Post mortem illius parentis filius habeat dominium et potestatem super ea que remanserint, ita quod alijs heredibus nequequam particioni tradantur", De Ureña y Smenjaud, R.: *Fuero de Cuenca (formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf),* Tipografía de archivos Olózaga, Madrid, 1935, pp.292 y 294.

33 Valmaña Vicente, A.: *El fuero de Cuenca,* 2° ed., Editorial Tormo, Cuenca, 1978, p.103.

capítulo X)[34]; el de Iznatoraf (ley 216)[35]; el de Zorita de los Canes (Ley 220) [36]; el de Zamora (Ley 24)[37] y el de Baeza (Ley 219)[38].

No obstante ello, el fragmento señalado anteriormente del D.30, 114, 14 informa al *ius commune* siendo el primer antecedente significativo sobre el instituto de las prohibiciones de disponer el que encontramos en sede de Partidas, concretamente en la Partida 5,5,44: "En su testamento defendiendo algún ome, que su castillo, o torre, o casa, o viña, o otra cosa de su heredad, non lo pudiessen vender, nin enajenar; mostrando alguna razón guisada por que lo defendía, como si dixesse: quiero que tal cosa (nombrándola señaladamente) non sea enagenada en ninguna manera, mas que finque siempre a mi fijo, o a mi heredero, porque sea siempre más honrado e más tenido; e si dixesse, que la non enagenase fasta que fuese de edad el heredero, o fasta que fuese venido al lugar, su fuese ydo a otra parte: por qualquier destas razones, o por otra que fuese guisada semejante dellas, non la pueden enagenar. Mas si dixesse simplemente, que la non vendiesen, non mostrando razon guisada por que; o non señalando persona alguna, o cosa

34 Ley 38, Capítulo X (Códice Valentino del Fuero de Cuenca): "Si el fijo rrico sobre el padre menguado non oviere misericordia, ꝛ aquel padre se querellare al juez ꝛ alos alcaldes, prendenlo con todos sus bienes ꝛ ponganlo en poder del padre; ꝛ o la madre biua en los bienes del fijo en toda su vida mesurada mente, asi que non aya derecho de lo mal meter, njn de lo dar, njn de lo vender, njn fazer testamento dello, saluo beuir en los bienes tenprada mente; ꝛ depues de la muerte del padre o de la madre, que el fijo aya senorio ꝛ poder sobre lo que fincare", De Ureña y Smenjaud, R.: *Fuero de,* cit., pp.293 y 295.

35 Ley 216 (Del fijo que non oviere piedat del padre): "Si el fijo rrico non oujere piedat del padre pobre o dela madre. E el pobre pariente al juez ꝛ alos alcaldes se querellare, préndale con toda su riqueza ꝛ metanle en poderio de su padre. Mas el padre o la madre enel aver del fijo biuan muncho mesurada mente en todos los dias de su vida. E asi que non ayan poder de vender, njn de dar, njn de fazer testamento de aquella riqueza, mas beuir en ella escassa mente. E después dela muerte del padre o dela madre, el fijo aya sennorio ꝛ poder sobre todas las cosas que rremanesçieren, asi que alos fijos otros herederos non den njnguna cosa a partiçion", *Ibidem*, pp.293 y 295.

36 Ley 220 (Del fijo que misericordia sobre su padre non ouiere): "Siel fijo rico sobre su padre menguado misericordia no ouiere, et el padre al iuez et alos alcaldes lo querellare, prendan al fijo con toda su subera et métanle en poderio del padre. El padre ola madre biua en los bienes de aquel su fijo temprada mente todos los días de su uida, asi que no aya poderío de malmeter, ni de dar, ni de uender, ni de testamentar aquella subera, mas que biua en ella temprada mente. Despues dela muerte del padre, el fijo aya sennorio et poderio sobre aquellas cosas que fincaren, asi que alos otros herederos non sean traydas aparticion", De Ureña y Smenjaud, R.: *El fuero de Zorita de los Canes. Según el códice 247 de la biblioteca nacional (siglo XIII al XIV) y sus relaciones con el fuero latino de Cuenca y el Romanceado de Alcázar,* Establecimiento tipográfico de Fortanet, Madrid, 1911, pp.134-135.

37 Ley 24 (De fiyo que sal' de mandado): "Homme que hobier' fiyo que salga de mandado de padre o de madre, e fur'jogador o homme malo, e pasar' el padre o la madre del sieglo, el que fi(n)car' viva enno haber. E non pueda vender nin engayar nen malmeter, e sos parientes non ge lo dexen fazer. Et se por aventura elo vendir' o lo malmetir', non sea estable, e non le den herencia ninguna hata que sea hombre bono. E esto sea por fiyos e por fiyas", Majada Neila, J.: *Fuero de Zamora, introducción, transcripción y vocabulario,* Librería Cervantes, Salamanca, 1983, pp.26-27.

38 Ley 219 (Del fijo que non oujere merce del padre pobre): "Si el fijo rico non oujere piadat del padre pobre o de la madre, el pobre parient al iuez a los alcaldes se querellare, prendan le con toda su riqueza metanle en poder del padre. Maes el padre o la madre uiua en el auer del fijo mesurada mientre todos los dias que uisquiere, assi que nono aya poder de uender, nin dar, nin malmeter, nin fazer ningun testamento de aquel auer, maes ueuir en ello escassa mientre. Maes después de la muerte del padre, aya el fijo poder sobre todo lo que ro-/maniere, assi que a los otros herederos non dé nada a partir", Roudil, J.: *Fuero de Baeza,* Servicio de publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 2010, pp.213-214.

cierta, porque la fazia; si la vendiesse, valdría la vendida, maguer el lo hubiese defendido"[39].

Observamos de su lectura, que se vuelve a la necesidad de la expresión de mostrar una *razón guisada* o justa causa. Solamente encontramos dos únicas excepciones a la necesidad de expresión de la causa. Estos supuestos vienen a conformarlos aquellos en los que el testador prohíbe la enajenación de su castillo como casa familiar. Atendiendo a la cualidad de la cosa se presume que el testador se propuso que se quedara para siempre en el poder de su familia, teniéndose por expresada la causa. El otro supuesto, es al hacer referencia a la alienación de los vasallos, si el testador prohibió enajenar simplemente a los vasallos, sin expresión de la causa, subsistirá la disposición de no enajenarlos por el interés de ellos mismos[40]. Conviene señalar que el concepto que emplea Las Partidas "*enagenar*", ha de interpretarse siguiendo a Gregorio López con necesaria amplitud, asimilando dicho acto jurídico a negocios que conllevan actos dispositivos[41].

Ciertamente, Las Partidas continúan el criterio iniciado por el derecho romano introduciendo como elemento novedoso la razonabilidad de la causa y su expresión (razón guisada), que se había abandonado en el periodo de las invasiones germánicas. A diferencia del Digesto que pone el acento en la sustitución fideicomisaria, las Partidas ya distinguen el instituto de la sustitución y el de la prohibición. Reflejo de ello es la ubicación sistemática de ambos en el texto (la sustitución fideicomisaria se encuentra en la Partida 6.5.14). Como puede observarse, el criterio de colocación sistemático es diverso: mientras el texto romano considera fundamentalmente la figura jurídica en torno a la cual surge la prohibición de disponer, el fideicomiso, la comentada Ley de Partidas presta su atención en el efecto que produce, es decir, impedir la venta o enajenación. Lo que señala Caballero Lozano[42] que nos encontremos en presencia de una prohibición testamentaria de vender o enajenar en sede no de sucesiones, sino de compraventa, lo que da una perspectiva mucho más dinámica al realzar el aspecto garantista del instituto.

39 AA.VV.: *Colección de Códigos y Leyes de España* (Dir. E. Pinel y A. Aguilera y Velasco), tomo III, Imprenta de R. Labajos, Madrid, 1866, p.402.

40 Santponts y Barba, I., Marti De Eixala, R. y Ferrer y Subirana, J.: *Las siete partidas del sabio Rey D. Alfonso el IX, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M.; vertida al castellano y estensamente adicionadas con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna, hasta su actual estado,* Tomo III, Imprenta de Antonio Bergnes, Barcelona, 1843, p.100.

41 En este sentido se expresa Gregorio López en sus Glosas a Las Partidas cuando analiza la P.7, 33, 10 bajo la rúbrica "del declaramiento de otras palabras dudosas" el concepto "enagenar" en los siguientes términos "Enagenar, es vna palabra que pusimos en muchas leyes deste nuestro libro, e vusamos poner en los privillejos de nuestras donaciones. E porende queremos aqui demostrar, que quiere decir; e dezimos, que aquel a quien es defendido de non enagenar la cosa, que la non puede vender, nin camiar, nin empeñar. Nin puede poner servidumbre en ella, nin darla acenso a ninguna de aquellas personas a quien es defendido de la enagenar", Santponts y Barba, I., Marti De Eixala, R. y Ferrer y Subirana, J.: *Las siete,* Tomo IV, cit., p.438.

42 Caballero Lozano, J.M.: *Las prohibiciones de disponer. Su proyección como garantía de las obligaciones,* Bosch, Barcelona, 1993, p.77.

Por último, previo al proceso codificador español que se inicia en los albores del siglo XIX, se manifiesta una tendencia contraria a la validez de las prohibiciones de disponer. La corriente tendente a la liberalización de la propiedad vinculada supone la inherencia legislativa a prohibir que se funden mayorazgos, y perpetuar la enajenación de bienes raíces sin Real licencia. Así lo atestigua la Novísima Recopilación en su Ley XII, título XVII, libro X (Carlos III por Decreto de 28 de abril y Cédula del Consejo de 14 de mayo de 1789) en los siguientes términos: "Teniendo presente los males que dimanan de la facilidad que ha habido en vincular toda clase de bienes perpetuamente, abusando de la permisión de las leyes, y fomentando la ociosidad y soberbia de los poseedores de pequeños vínculos o patronatos, y de sus hijos y parientes, y privando de muchos brazos al exército, marina, agricultura, comercio, artes y oficios; he resuelto, que desde ahora en adelante no se puedan fundar mayorazgos, aunque sea por vía de agregación, o de mejora de tercio y quinto, o por los que no tengan herederos forzosos, ni prohibir perpetuamente la enagenación de bienes raíces o estables por medios directos o indirectos, sin proceder licencia mía, o de los Reyes mis sucesores'[43].

Este acervo normativo, es el que sirve de base para la resolución de la STS 6 febrero 1884[44], la única que se tiene constancia sobre esta materia antes de la entrada en vigor del Código Civil. En este caso el Tribunal Supremo analizaba una cláusula testamentaria que prohibía vender la mitad indivisa de una finca legada por testamento de fecha 3 de octubre de 1870, en el número 6 de la Rambla de Capuchinos de Barcelona (procedente del suprimido convento de Trinitarios Descalzos). La testadora impuso la prohibición de vender la finca a sus hijos, hasta el fallecimiento de su sirvienta Ana María, ya que había afectado la finca al pago de una pensión vitalicia de 14 reales diarios en favor de ésta. Años más tarde, la mitad indivisa de la casa se vende a un extraño con la expresa obligación del pago de la renta vitalicia. Los condueños no se pusieron de acuerdo en la administración, y al surgir diferencias, uno de ellos solicita el ejercicio de la *actio communi dividundo* para que fuese la finca vendida a terceros, y se le entregara a cada participe la parte del precio que correspondiera. Parte de los condueños se oponen a esta pretensión, alegando la nulidad de la venta por la existencia de una prohibición de disponer por la testadora sobre la mitad indivisa de la finca vendida ya que la cuidadora aún vivía.

Las sentencias de instancia y apelación fallan a favor de la parte actora ordenando la subasta del bien. Formalizado el recurso de casación, éste es desestimado en la sentencia citada por cuanto la prohibición "no se estableció como condición, ni como fideicomiso, ni con expresión de causa, ni en tal

43 *Novísima recopilación de las Leyes de España, mandada formar por el señor don Carlos IV,* tomo V, Madrid, 1805, pp.114-115.

44 STS 6 febrero 1884 (ECLI:ES:TS:1884:133)

concepto puede invocarse la voluntad del testador, que no es libre, sino en cuanto no se oponga a las prescripciones legales" (1º considerando). En esta línea, el Tribunal Supremo sostuvo que no hay causa suficiente para mantener la eficacia de la prohibición porque, para que pudiera sostenerse sería indispensable que se hubiera establecido como condición en el sentido contemplado en el D.31,7,27 para que en el caso de que uno de los herederos vendiese su parte, ésta podría ser exigida por aquellos que cumplieran la voluntad de la testadora, que es, posiblemente, la referencia un poco vaga e imprecisa contenida en el motivo primero del recurso al hablar de falta de sanción penal. Es decir, no se estableció la consecuencia ante la vulneración de la prohibición, y que la sentencia en casación recoge con la expresión de no venir determinada como condición[45]. En definitiva, la justa causa no quedaba suficientemente acreditada.

3. Estado actual de la justa causa en nuestro ordenamiento.

Los textos fundamentales en materia de prohibiciones de disponer testamentaria (arts.26.3 LH y 781 y 785.2 CC) se centran en el elemento temporal de la prohibición de disponer. Evidentemente, ello responde a la preocupación del legislador de impedir el establecimiento de vinculaciones perpetuas, olvidándose de la justa causa como requisito orientado a la protección del patrimonio familiar, y que se venía exigiendo su expresión desde el *ius commune* tal y como atestigua el fragmento de Marciano en el D.30, 114, 14 como hemos observado. La falta de positivización de este elemento requiere el obligado estudio de la justa causa o interés legítimo, por cuanto hemos de reflexionar si se trata de un requisito adicional y expreso, y de ser esta consideración afirmativa, determinar si es obligatoria su expresión o no, es decir, si basta su presunción.

Ciertamente, los antecedentes de los arts.781 y 785 CC se encuentran en la Real Orden de 24 de noviembre de 1818, que estableció la nulidad de los fideicomisos temporales que se extendieran a más de la segunda generación, a no ser que se hubieran hecho con autorización de la Audiencia del territorio. Esta Real Orden informa al art.636 del proyecto García Goyena de 1851 y el art.786 del proyecto de 1882[46]. Por tanto, esto es lo único que dice la legislación común (limitación temporal), no aludiendo a la justa causa o interés legítimo en ningún momento. Sin embargo, aun a pesar del silencio, sí que podemos deducir del principio general de causalidad de los negocios jurídicos (arts.1261.3 y 1274 CC), y de que estos conforme al art.1255 CC no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público, que las prohibiciones estén fundamentadas o basadas en un interés legítimo o justa causa como requisito de licitud.

45 Martínez Sarrión, A.: "Las obligaciones", cit., p.99.

46 De Bofarrull, M.: *El Código Civil Español,* tomo I, Madrid, Imprenta de Antonio Pérez Dubrull, 1889, p.250, nota 3 y nota 4 p.249.

Esta laguna en torno a la expresión o no de la justa causa ha sido suplida en buena medida por la doctrina y la jurisprudencia. Tanto con tesis favorables a la necesaria fundamentación e incluso expresión de la justa causa y contrariamente, con tesis que postulan la presunción de la causa en el negocio jurídico (art.1277 CC) aplicadas a las prohibiciones. Éstas últimas se han centrado exclusivamente en el elemento temporal como requisito de validez, negándole a la justa causa su consideración de requisito independiente o adicional por cuanto la norma jurídica guarda silencio sobre ella.

A) Posiciones que defienden que la prohibición de disponer se fundamente en una justa causa.

La práctica totalidad de la doctrina[47] y la jurisprudencia mantienen que las prohibiciones de disponer testamentarias exigen su fundamentación causal, si bien es una exigencia presuntiva que no conlleva su expresión, cuestión esta última bien diferente.

Toda prohibición de disponer ha de responder a un interés digno de tutela, a una causa lícita. Ciertamente, el ordenamiento jurídico vigente no exige la expresión escrita de la causa, sino que la presume. Esta última consideración refuerza la exigencia de fundamentar la prohibición de disponer en una justa causa o interés legítimo, ya que de no estarlo, la prohibición sería contraria al espíritu informador de nuestra legislación, según el cual el dominio debe ser en principio libre y sus restricciones han de estar como señala De Buen fundamentas en motivos razonables[48].

47 Albaladejo García, M.: *Derecho Civil III, Derecho de bienes,* 12º ed., Edisofer, Madrid, 2016, p.178; Alpañés Domínguez, E.: "Aportación al", cit., p.74; Amorós Guardiola, M.: "Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente. Comentario a la STS de 12 de noviembre de 1963", *Anuario de Derecho Civil*, fasc.4, 1965, p.965; Cano Martínez De Velasco, J.I.: *Las prohibiciones de disponer o la fuerza constitutiva del registro,* Bosch, Barcelona, 2006, p.23; Badía Salillas, A.: "Las limitaciones a la facultad de transmitir el contenido del dominio y demás derechos reales impuestos al titular por acto jurídico. Examen crítico de nuestro Derecho", en AA.VV.: *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral,* tomo II, Centro de estudios registrales, Madrid, 1985, p.1191; Cánovas Coutiño, G.: "Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de enero de 1963", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm.420-421, mayo-junio, 1963, p.415; Cañizares Laso, A.: "Eficacia de", cit., p.1467; Cecchini Rosell, X.: "Eficacia de*",* cit., p.47; Moxó Ruano, A.: "Propiedad limitada: Prohibiciones de disponer", en AA.VV.: *Propiedad y matrimonio. Conferencias de los cursillos de los años 1948 y 1949* (Dir. Colegio Notarial de Barcelona)*,* Barcelona, 1956, p.38; Domenege Amer, B.: *Las prohibiciones voluntarias disponer,* Civitas, Madrid, 1996, p.196; Montés Penadés, V.L.: "El modo testamentario y las prohibiciones de disponer", *Anuario de Derecho Civil,* 1975, p.324; Martín Briceño, M.R.: "Interés económico y social de las prohibiciones voluntarias de disponer: su validez y eficacia jurídica", *Actualidad Civil,* nº6, marzo, 2010, p.13; Mateo Sanz, J.: "Artículo 26", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (Dir. A. Domínguez Luelmo), 3º ed. Aranzadi, Cizur-Menor, 2019, pp.576-577; Roca Sastre, R.M. y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* tomo II, cit., p.735; López Maza, S.: *Prohibiciones de disponer: cuestiones generales y alguna que otra particular,* Aranzadi, Navarra, 2019*,* p.56.

48 De Buen, D.: *Curso Elemental de Derecho Civil. Traducción de la segunda edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Con notas sobre el Derecho Civil Español, notas a Colin-Capitant,* Tomo II, vol.II, Reus, Madrid, 1971, p.291.

Evidentemente, la presunción de justa causa no debe confundirse, ni servir de pretexto en ningún caso respecto a la ausencia de obligatoriedad en la expresión mediante forma escrita de la causa a la que obedece la prohibición de disponer testamentaria. En una figura como la que analizamos mediante la cual se sustraen del tráfico jurídico determinados derechos o bienes, los requisitos deben ser cumplidos estrictamente y no ser objeto de presunciones, tal y como sucede en la actualidad respecto de la justa causa por las razones que más adelante se exponen.

De esta forma y a mayor abundamiento, las prohibiciones de disponer sólo serán válidas cuando sean establecidas en beneficio de alguien, que puede ser determinado (un sujeto concreto con nombre y apellidos) o determinable (por ejemplo, un nieto o hijo que aún no ha sido concebido). En estos supuestos producirán plenos efectos, siendo nulas por el contrario aquellas se respondan a un interés aleatorio o caprichoso. Ha de subsistir y quedar supeditada la prohibición de disponer a una causa motivadora y justa. Argumenta Ceres[49] en apoyo de esta tesis que "el derecho de disposición es una de las facultades integrantes del dominio; un dominio que no lleva consigo el *ius disponendi* es un dominio incompleto por prohibirse al dueño la facultad dispositiva en beneficio de alguien; en este caso no existe el ius disponendi a favor del dueño, porque se viene a reservar este derecho al servicio o beneficio del favorecido por la prohibición. En cambio, no se concibe que exista un dominio sin disposición a favor de alguien; el ius disponendi lo ha de tener el dueño o le ha de estar negado en beneficio de alguna persona porque en el mundo jurídico, lo mismo que en el físico, nada tiene que perderse y, por consiguiente, la limitación más insignificante debe traducirse en ventaja o incremento patrimonial del otro". La limitación, evidentemente ha de responder a un motivo o interés

La noción de causa ha de entenderse en la prohibición de disponer, como la razón y la causa típica que encauza la autonomía privada y alumbra el negocio, la causa no protege un interés aleatorio o caprichoso, persigue un objetivo, un interés respecto al cambio del estado de hecho y se dirige a funciones dignas de tutela[50]. Asimismo, contraria al principio de vinculación perpetua, la exigencia de justa causa se erige en requisito inexcusable junto con la temporalidad para la tutela del orden público.

49 Ceres, L.: "Valor de las prohibiciones de disponer en el Derecho español", *Revista de Derecho Privado,* 1946, pp.183-184.

50 Betti, E.: "Causa del ", cit., p.34, cuando señala "La causa del negozio non è causa nè concausa dell' effetto giuridico, naturalisticamente inteso, bensì ragione e causa típica che indirizza l'autonomia privata nel porre in essere il precetto del negozio. Il diritto (e già prima del diritto la coscienza sociale) approva e protege l'autonomia privata non in quanto segue il capriccio momentaneo, ma in quanto persegue un oggetivo e tipico interesse al social degne di tutela".

Asimismo, en el plano de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJYFP), observamos una unanimidad en la exigencia de la concurrencia de una justa causa, expresada o no, como requisito inexcusable para su validez en las RRDGRN 21 abril 1949[51], 18 enero 1963[52], 17 marzo 2017[53], 31 julio 2018[54], 2 noviembre 2018[55], 27 febrero[56] y 26 noviembre 2019[57] y las RRDGSJYFP 5 enero[58], 16 febrero[59], 8 junio[60] y 20 julio 2022[61]. En idéntica línea a nivel jurisprudencial, las SSTS 25 junio 1945[62] o 13 diciembre 1991[63].

Tampoco debemos pasar por alto la casuística de que la existencia de la justa causa o interés legítimo, ha de existir no solo en el momento de configurar e instaurar la prohibición de disponer, sino durante toda la vigencia de la figura[64]. Paradigma de ello lo constituye la STS 26 julio 1993[65]. En un contrato de compraventa, el adquirente (Ayuntamiento) acepta la adquisición de unos terrenos que se han de destinar a un uso deportivo. Transcurridos 50 años, la corporación municipal vende los terrenos y los causahabientes de los vendedores exigen una indemnización por daños y perjuicios al incumplir la obligación negativa de disponer. El Tribunal Supremo arguye que el transcurso del plazo agota el fin causal ínsito en el negocio jurídico celebrado. Esta razón, nos lleva a entender que el interés lícito no sólo decae por el transcurso del espacio temporal, sino que ya no existe un interés legítimo a titular como elemento causal exigible a la prohibición de disponer no teniendo cabida el fin espurio del vendedor de que no se destinasen los terrenos a la construcción de viviendas, lo que constituye un fin irracional e insostenible, no digno de tutela jurídica.

Otra cuestión a dilucidar en coherencia con la línea doctrinal y jurisprudencial mayoritaria que postula la exigencia de la justa causa, es determinar cuáles son las consecuencias en los supuestos de inexistencia de causa, o bien, ésta sea ilícita. En

51 RDGRN 21 abril 1949 (RJ 1949, 546).

52 RDGRN 18 enero 1963 (RJ 1963, 2073).

53 RDGRN 17 marzo 2017 (RJ 2017, 1383).

54 RDGRN 31 julio 2018 (RJ 2018, 5202).

55 RDGRN 2 noviembre 2018 (RJ 2018, 5211).

56 RDGRN 27 febrero 2019 (RJ 2019, 963).

57 RDGRN 26 noviembre 2019 (RJ 2019, 5460).

58 RDGSJYFP 5 enero 2022 (RJ 2022, 1210).

59 RDGSJYFP 16 febrero 2022 (JUR 2022, 112535).

60 RDGSJYFP 8 junio 2022 (JUR 2022, 266756 y JUR 2022, 266758).

61 RDGSJYFP 20 julio 2022 (RJ 2022, 1210).

62 STS 25 junio 1945 (RJ 1945, 722).

63 STS 13 diciembre 1991 (RJ 1991, 9713).

64 García Rubio, M.P.: "Comentario a la STS de 26 de julio de 1993», *CCJC,* sep./dic., 1993, sent. nº886, p.998, "ese interés debe existir no sólo en el momento de constitución de la obligación sino también a lo largo del desenvolvimiento de la misma".

65 STS 26 julio 1993 (RJ 1993, 6318). También resulta interesante a este fin la SAP Málaga 5 febrero 1996 (AC 1996, 275) en la que se emplea la cláusula *rebus sic stantibus*.

los citados supuestos, hemos de defender la nulidad de estas, no teniendo ningún efecto conforme al art.1275 CC. Idéntica consecuencia es aplicable en los casos de indeterminación o no imposición en beneficio de un sujeto. Ante ello, nos caben dos remedios, considerarlas como no puestas con fundamento en su nulidad[66], o como sugiere el derecho civil catalán (art.428-6, 6 CCCat.) que sean consideradas como una recomendación sin valor jurídico y sin fuerza obligatoria[67]. Esta última posición, consideramos que podría ser positivizada por el legislador común, para integrar posibles lagunas. Evidentemente, huelga decir que la ausencia de justa causa impedirá la validez de la cláusula testamentaria que establece la prohibición, subsistiendo el resto del negocio jurídico, a excepción de que la constitución de la controvertida prohibición de disponer sea determinante para todo el negocio jurídico, de conformidad con el principio de conservación de los negocios. En conclusión, se adopte la posición que se adopte la característica es la invalidez de la disposición testamentaria con la consecuencia de que se priva a la prohibición de disponer de toda eficacia vinculante, pues el heredero o legatario gravado no tiene que seguir la voluntad testamentaria expresada a través de la prohibición.

Por último, hemos de cuestionarnos el ámbito de la calificación del registrador en materia de justa causa. Es decir, si su función calificadora abarca el examen de la constancia o suficiencia de ésta, lo que puede ulteriormente determinar la no inscripción de la prohibición de disponer y negar efectos frente a terceros como consecuencia de su nota de calificación fundamentada en la ausencia de causa.

Navarro Viñuales a propósito de la no invocación de ningún texto legislativo, ni siquiera analógicamente, para fundamentar la existencia de justa causa, ni mucho menos su expresión, ha entendido que la justa causa no es objeto de la calificación registral. Lo hace sobre dos cuestiones distintas a propósito de una donación en la que se establece una prohibición de disponer. Entiende que la causa se presume al amparo del art.1277 CC solo en el ámbito procesal y que, por tanto, debe constar en el título (entendido este como documento). De tal forma que debe constar la causa de la donación, pero no la hipotética causa de la prohibición de disponer que se impone. Lo hace sobre la base de entender que la prohibición es una mera cláusula que modaliza los efectos de la voluntad dispositiva del donante, equiparándola a una condición o termino. De tal forma que niega a la prohibición

66 Montés Penadés, V.L.: "El modo", cit., p.326, significa que "cuando una prohibición de enajenar no reúne los requisitos de validez, es simplemente nula, y no se convierte en una obligación de no enajenar". En ningún caso se trataría de un supuesto de anulabilidad Cañizares Laso, A.: "Eficacia de" cit., p.1483 y Martín Briceño, M.R.: "Interés económico", cit., p.13.

67 Esta referencia ya se hallaba presente en el derogado art.117 Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña "La prohibición o limitación de disponer sólo será eficaz si es temporal y responde a una razón lícita o al designio de beneficiar o tutelar a alguien, aunque sea al afectado por la prohibición; en caso contrario constituirá mera recomendación", Vid. Puig Ferriol, L., y Roca Trías, E.: *Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña,* Tomo III-2, Bosch, Barcelona, 1980, p.140. Referencia que fue mantenida en el también derogado art.166 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, "Las simples recomendaciones de no disponer no tendrán eficacia jurídica" y cuya referencia llega a nuestros días positivizada en el art.428-6, 6 CCCat.

una causa propia entendida como causa negocial, sino que sería el negocio en su conjunto (todas las cláusulas de la donación, incluso la prohibición), el que tiene una causa *donandi.* Es la causa del título la que es objeto de la función calificadora[68].

Nosotros no participamos de esta opinión por cuanto las prohibiciones de disponer en puridad si seguimos el criterio del art.26 LH serían aquellas que tienen publicidad registral de la que se deriva su eficacia *erga omnes.* Lo que a primera vista puede ser no necesario (justa causa) por aplicación de las normas que regulan las prohibiciones de disponer (cfr. arts.781, 785 CC y 26 y 27 LH), la inscripción de títulos en el Registro de la Propiedad que contengan prohibiciones de disponer implica que estos deberán ajustarse a los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para su inscripción. Es por esta razón que es necesaria la expresión de la causa en los títulos que se vayan a inscribir. Tal y como señala Gómez Gálligo a propósito de la presunción de causa del art.1277 CC que esta tiene un alcance puramente procesal de inversión de la carga de la prueba en favor del adquirente, pero sin que ello excluya "la necesidad de expresión de la causa en el título inscribible en el Registro de la Propiedad". Lo que implica que sería necesaria la expresión de la justa causa de la prohibición de disponer como requisito para el ejercicio de la función registral calificadora. De esta forma se cumplirían con las exigencias formales de la inscripción que conlleva la expresión de la causa en la inscripción del título, es decir, la naturaleza del acto jurídico a inscribir[69]. Igualmente, en la jurisprudencia registral se viene exigiendo como requisito la concurrencia de la justa causa, no su expresión tal y como hemos apuntado.

Por tanto, no cabe entender la justa causa de la prohibición, como una causa a integrarse en la del negocio en la que se establece, sino que es autónoma y necesaria respecto a la causa negocial. Lógicamente, ello conlleva que sea presupuesto para la inscripción de la prohibición de disponer testamentaria y con ello de la función calificadora. De tal manera que su ausencia, puede determinar una nota de calificación negativa al entender que la prohibición no reúne uno de los requisitos para ser válida. En síntesis, cabe concluir que la justa causa se encuentra sometida al juicio del Registrador en su función calificadora.

B) Posiciones que defienden la innecesariedad de fundamentar la prohibición de disponer en una justa causa.

68 Navarro Viñuales, J.M.: "La justa causa como requisito de validez en la prohibición de disponer", en AA.VV.: *Revista la notaría, 150 años (1858–2008)* (Coord. M., Garrido Melero, J. Fugardo Estivill, y A. Serrano de Nicolás), tomo III, Derecho General, Civil, Mercantil y Fiscal, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp.662-663.

69 Gómez Gálligo, F.J.: *Las prohibiciones de disponer en el derecho español,* Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992, pp.61-62.

La gran mayoría de los tratadistas que cultivaron esta materia tras la codificación no incluyen a la justificación causal de la prohibición y su expresión en el negocio jurídico constitutivo, sobre la base del silencio respecto al elemento causal que hace el art.785.2 CC. De esta forma Sánchez Román recogía que el deseo de evitación de las vinculaciones perpetuas de la propiedad que sirve de guía al legislador en la normativización de las sustituciones fideicomisarias, motivó que el apartado segundo del art.785 CC incluyera la validez de aquellas disposiciones que contengan prohibición absoluta de enajenar dentro del límite del segundo grado. De otra forma, la prohibición de enajenar produciría la consecuencia de sujetar el patrimonio al orden legítimo de sucesión "los herederos legítimos y la vinculación sería un hecho"[70] . Valverde y Valverde por su parte transcribe el art.785 CC al que acompaña de ciertos apuntes jurisprudenciales, quedándose en el literal del artículo y con ello solamente con el elemento temporal de la prohibición de disponer[71].

Otra perspectiva como la de Mucius Scaevola significaba la diferencia de la propia sustitución fideicomisaria con la figura de la prohibición de disponer testamentaria, por cuanto no hay designación de sustituto, pero lo son impropiamente, porque implican el paso de los bienes a los herederos legítimos del fiduciario. Así, decía que "por la misma razón, si no sustituciones directas lo son indirectas, puesto que, sin imponer terminantemente la obligación de restituir, la llevan de una manera implícita contenida, con carácter de mandato (…) con el tiempo, y merced a la evolución de la sustitución fideicomisaria, la cláusula de no enajenar quedó perfectamente autorizada como una manera natural de crear un mayorazgo, y de establecer implícitamente el orden de la ley de Partidas para la sucesión en los bienes"[72]. Al aludir a figuras históricas de la propiedad vinculada, enfatiza el elemento temporal de forma indirecta sin preguntarse la causa que fundamenta la instauración de la prohibición testamentaria, quizá influido por el sistema de la propiedad anterior al Código. Igualmente, en esta línea son las reflexiones de Manresa a propósito de las prohibiciones de disponer testamentaria quien también niega la sustitución fideicomisaria expresa en estos casos, pero que de la misma disposición testamentaria puede resultar que si el heredero no puede disponer durante ochenta años, surge la consecuencia de conservación de los bienes y su transmisión a los sucesores legítimos. Eso sí, siempre dentro de los límites marcados en el art.781 CC[73].

70 Sánchez Román, F.: *Estudios de Derecho Civil,* tomo 6, vol. 1º, Establecimiento Tipográfico de Rivadeneyra, Madrid, 1910, p.700

71 Valverde y Valverde, C.: *Tratado de Derecho Civil Español,* tomo V, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1916, p.202. Cita las STS de 22 de mayo de 1904, 6 de febrero de 1903, 3 de junio de 1906 y 21 de marzo de 1910.

72 Mucius Scaevola, Q.: *Código Civil Comentado,* tomo 13, Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1895, pp.555 y 556.

73 Manresa y Navarro, J.M.: *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VI, ed. Tomás Ogáyar, Reus, Madrid, 1951, p.207.

A través de la negación de instaurar prohibiciones de disponer testamentarias de carácter perpetuo, se incide una vez más en el elemento temporal, olvidándose la justa causa y su exigencia. Ciertamente, Isábal y Morell y Terry admiten la validez de las prohibiciones de disponer siempre que dentro de los límites señalados en los arts.781 y 785.2 CC, es decir, la limitación es válida, será inscribible, negándose efectos a aquellas que los superen[74]. Estos autores quizá en una interpretación literal de los artículos del Código y su silencio[75], prescinden de la fundamentación causal de la figura como señala Lasarte respondiendo a una posible utilización fraudulenta que burlase los límites del artículo 781 del CC[76].

No logramos comprender como el recelo sociopolítico al trasfondo vinculador presente en las sustituciones fideicomisarias y las prohibiciones de disponer, no motivó al legislador en materia de prohibiciones testamentarias, a exigir la justa causa otro elemento adicional y específico en el plano de la validez de la prohibición de disponer. De haberlo exigido, reforzaría este recelo y su restricción a ser instauradas. Quizá una obsesión desmedida con el elemento temporal, a propósito de las vinculaciones perpetuas, le hizo olvidar este planteamiento al considerar que no era suficiente regular la causa. Hacemos esta reflexión al hilo de la STS 6 febrero 1884[77], dictada años antes a la entrada en vigor del Código, en la que sí se atendía a la existencia de una justa causa como fundamento de la prohibición, y su correlativa y necesaria expresión.

Con la aprobación de la vigente Ley Hipotecaria se incorporaron los arts.26 y 27 LH que regulan en la actualidad las prohibiciones de disponer. Aquí el legislador lejos de ser sensible al derecho histórico y a la tradición romanística, obvió una vez más la referencia a la causa. En referencia a ésta algún autor de la comisión redactora del texto, dudó del requisito de la justa causa en el tiempo en que fue promulgada la reforma de la Ley Hipotecaria en 1944, afirmando que teniendo en cuenta los antecedentes históricos sí es exigible, pero de conformidad con la

74 Isábal Bada, M.: *Enciclopedia jurídica,* tomo 26, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910, p.26; Morell y Terry, L., *Comentarios a la Legislación Hipotecaria,* tomo I, Reus, Madrid, 1926, p.442. Otros autores, sencillamente guardan silencio remitiéndose al comentar el art.785 CC a la Ley Hipotecaria de 1869 vid. Galindo y de Vera, L., y De la Escosura y Escosura, R.: *Comentarios a la legislación hipotecaria de España,* 4ºed, Establecimiento tipográfico de Antonio Marzo, Madrid, 1903.

75 El silencio del Código Civil con respecto al requisito de la justa causa supone una suerte de suposición, atendiendo a la razón de que la amortización de la propiedad privada se evita mediante la exigencia de duración temporal de la prohibición con los límites establecidos para las sustituciones fideicomisarias. El elemento temporal, resulta de más fácil comprobación, si bien puede dar resultados injustos pues cabría pensar en prohibiciones de disponer con justa causa, pero con vencimiento temporal frente a otra que siga desplegando sus efectos de gravamen desapareciendo la justa causa que motivó su instauración, Caballero Lozano, J.M.: *Las prohibiciones,* cit., p.122.

76 Lasarte Álvarez, C.: "La fundamentación causal de las prohibiciones testamentarias de disponer", *La Ley*, nº1, 1983, pp.1122-1126.

77 STS 6 febrero 1884 (ECLI:ES:TS:1884:133).

literalidad de los preceptos que disciplinan las prohibiciones de disponer no es precisa la expresión de estas circunstancias[78].

Esta dificultad podría haberse salvado incorporando en el art.26.3 LH la referencia a la justa causa cuando se permite el acceso al Registro de las prohibiciones voluntarias de disponer. De este modo, se perdió una importante ocasión para corregir y armonizar la institución con la tradición aludida. Así se podría haber dado otra redacción que podría ser el acceso al Registro de estas prohibiciones con la incorporación en el inciso final del actual art.26.3 LH de la expresión "siempre que respondan a una justa causa que habrá de ser expresada, nunca ser presunta y además, la legislación reconozca su validez".

Es decir, no sólo ha de ser necesaria la justa causa como requisito independiente, sino que el interés, la razón, ha de ser expresada por cuanto la prohibición sustrae del tráfico jurídico determinados bienes. Hemos de ser exquisitos en la exigencia y claridad de los requisitos con una figura que mutila a la propiedad, ésta última naturalmente libre. No cabe admitir como hace la RDGRN 13 octubre 2005[79] que el interés pueda ser determinado o determinable, sin que esto último suponga inexistencia.

La instauración de prohibiciones debe obedecer a una causa seria, lícita y legítima que en ningún caso ha de ser presumida, y además necesitaría ser expresada, en especial en el ámbito testamentario para interpretar mejor la voluntad, o deseos e intenciones del testador con su instauración. Y es que como bien señala Cañizares Laso, si las prohibiciones no responden a este interés legítimo o justa causa, si no existe ningún beneficio para nadie, nuestro ordenamiento no debe protegerlas[80]. Evidentemente, la justa causa puede ser el beneficio o tutela de una persona, cuyo legítimo interés es el que justifica el establecimiento de la prohibición. Además, la interpretación restrictiva de las prohibiciones se fundamenta precisamente por ser una limitación al dominio. De forma que la causa motivadora y la exigencia de su expresión, reforzaría esta consideración. Desafortunadamente, en la norma vigente la causa no ha de ser expresada, y por tanto cabe su presunción. Es decir, es necesaria su existencia, pero no su expresión.

Esta última observación, lleva a que una minoritaria posición doctrinal niegue que la justa causa. Entre éstas encontramos a Martínez Sarrión y Navarro Viñuales. Para este último autor, la voluntad del disponente a la hora de establecer

78 Sánz Fernández, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario,* Tomo II, Reus, Madrid, 1953 p.463, para quien "es dudoso si además será requisito necesario la existencia de una justa causa o que tengan por fin favorecer, bien al propio instituido con la limitación, bien a terceras personas. Los antecedentes históricos y el lugar en que está emplazado el artículo 785 CC., parecen llevar a la contestación afirmativa; pero en todo caso es indudable que no es precisa la expresión de estas circunstancias".

79 RDGRN 13 octubre 2005 (RJ 2005, 7452).

80 Cañizares Laso, A.: "Eficacia de", cit., p.1527

la prohibición no tiene que cumplir otro requisito que el de la licitud. Por ejemplo, no cabría imponer una prohibición perpetua, pero no porque carezca de justa causa sino sencillamente porque está prohibida. Por tanto, la justa causa a su juicio desaparece como requisito autónomo y adicional, pasando a integrarse en el requisito general de la licitud (al igual que ocurriría si se establece un modo, termino o condición sobre la atribución hecha al beneficiario). Estas afirmaciones son conectadas con la idea de causa en los negocios lucrativos (art.1274 CC), en las que la liberalidad es causa de la atribución, y tal liberalidad existe con independencia de que incluya o no una prohibición de disponer[81].

Por tanto, tras lo expuesto se infiere que ni en los redactores del Código Civil, ni en la doctrina más próxima a este momento, existe un ánimo de la inclusión y expresión del elemento causal de las prohibiciones de disponer. Ello contrariamente a lo que había exigido la legislación tradicional española. De tal manera que las prohibiciones de disponer llegan hasta nuestros días en un sitio no muy adecuado si observamos la sistemática en el Código, así como llegan mutiladas en cuanto a sus requisitos. Ciertamente y con arreglo a lo prescrito en nuestro Código Civil, las prohibiciones de disponer no requieren para su validez la expresión de una causa, extremo sobre el que consideramos debiera operar una reforma en los términos expuestos[82].

En la jurisprudencia registral y de la Sala 1º del Tribunal Supremo tras el desacierto del legislador de no exigir la expresión de la justa causa, se ha dado lugar a resoluciones registrales y fallos judiciales en los cuales se expresa la no necesidad de justificar la razón de la prohibición. Afirma el Tribunal Supremo que la simple inscripción de la prohibición, es constitutiva de un elemento suficiente y justificador de la misma, que sea evidente o notoria y si no lo es, que pueda llegar a conocerse mediante la interpretación del negocio jurídico que configura la prohibición de disponer, siendo ilustrativas las STS 13 diciembre 1991[83] y 11 diciembre 2001[84] en esta última no se exige como requisito necesario que conste el interés legítimo al no exigirlo el ordenamiento jurídico, así en el FD 2º: "El recurrente invoca la interpretación restringida que ha de tener toda prohibición de disponer. Efectivamente, así se ha de operar para determinar su alcance y extensión, pero no para anularla cuando respeta el límite temporal del art. 785.2º CC. Se dice que no consta la razón o motivo por el que se establece la prohibición,

81 Navarro Viñuales, J.M.: "La justa causa", cit., p.659.

82 Martínez Sarrión, A.: "Las obligaciones", cit., p.103.

83 STS 13 diciembre 1991 (RJ 1991, 9713).

84 STS 11 diciembre 2001 (RJ 2001, 9996). Hay autores que ven en esta expresión dos tipos de conclusiones diversas; la no exigencia de interés legítimo por el ordenamiento jurídico (que no conste) o bien, que no se exige la expresión en el acto constitutivo de la prohibición de disponer, Vid. Cecchini Rosell, X.: *Eficacia de,* cit., p.51.

pero ello no es exigido por el Código Civil, que no siguió en este punto el derecho histórico".

También es interesante a estos efectos citamos la RDGRN 23 marzo 1926[85] en línea con la presunción de la causa del art.1277 CC. La resolución reconoce la ruptura del ordenamiento en la exigencia escrita de una justa causa, tal y como sucedía en el periodo anterior a la codificación: "Considerando que, sean cualesquiera las dudas originadas por los textos romanos, algunos de los cuales admitían la validez de los pactos unidos a la tradición y de las cláusulas testamentarias prohibitivas, mientras otros declaraban ineficaces las prohibiciones de disponer, y por mucha importancia que se conceda al rescripto de los emperadores Severo y Antonino sobre la necesidad de designar las personas a quienes favorece una prohibición, que ha encontrado eco en la Ley 44, título quinto de la Partida quinta, a cuto tenor no valdría la enajenación prohibida si el testador no manifestase razón, persona alguna o cosa cierta porque lo fazía, y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es innegable que el número segundo del artículo 785 del Código Civil, solamente declara nulas las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar o la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781 y de un modo implícito admite las que se refieren a la vida del heredero o legatario, sin otorgar a la expresión de la causa el valor decisivo que en la doctrina anterior tenía".

4. Reflexiones en torno a la justa causa y sobre la necesidad de su expresión en el acto constitutivo de la prohibición.

A las prohibiciones de disponer testamentarias, y a las prohibiciones de disponer en general, les será de aplicación el planteamiento general de que la causa lícita es requisito de todo negocio jurídico[86], debiendo de ser más rigurosa e incisiva que en los derechos reales o de obligación en los que se requiere la justa causa, pero no se exige su expresión concreta al caber su presunción (art.1277 CC). La exigencia y expresión de la justa causa en las prohibiciones de disponer, deriva fundamentalmente de la restricción al poder de disposición como significativa ablación del derecho de propiedad, fundamentalmente. Cabe recordar

85 "RDGRN de 23 de marzo de 1926" en Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral,* tomo VI, 1925-1929, Bosch, Barcelona, 1953, p.237.

86 Existe quien propugna la aplicación a las prohibiciones de disponer voluntarias (y con ello las testamentarias) del planteamiento general de que la causa licita es un requisito de todo negocio jurídico, contractual o no, incluidos los no patrimoniales como los familiares y, tal vez, los sucesorios sugiriéndose la aplicabilidad de los arts. 1275 y 1276 CC. por vía del artículo 4.1 CC a aquellos negocios no contractuales e incluso no patrimoniales. Se exceptúan aquellos supuestos en los que una razón fundada o explicita disposición legal lo impidiera Vid. Domenege Amer, B.: *Las prohibiciones,* cit., p.195. En contra, Cecchini señala que no puede admitirse en materia de causa justificativa de las prohibiciones de disponer, la misma doctrina existente para la causa de los contratos o de los derechos reales, ya que, en estos casos, al atribuirse un derecho correlativo a otro sujeto, se permite un control más directo de los abusos de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, en las prohibiciones de disponer la falta de atribución de un derecho real correlativo al gravamen impuesto es abusivo y poco justificado por lo que su admisión vendrá limitada, debiéndose justificar cuando exista un interés que se sitúe a la altura de la limitación del poder de disposición Vid. Cecchini Rosell, X.: *Eficacia de,* cit., p.49.

en este momento que la autonomía de la voluntad no es absoluta, tiene límites (art. 1255 CC), y no podemos acoger cualquier capricho o mero deseo personal que fundamente la instauración de una prohibición de disponer testamentaria, así como desechar su instauración como sanción subjetiva o personal contra un descendiente determinado[87]. Insistimos, la atribución de la plena propiedad mutilada de la facultad dispositiva será admitida cuando la justa causa o el interés legítimo que fundamenta y persigue la prohibición de disponer de disponer testamentaria exista. Es por ello por lo que no debería de admitirse la presunción de causa contractual del art.1277 CC.

El fundamento para inadmitir la presunción de existencia y licitud *iuris tantum* de la justa causa, radica en que impone una carga probatoria al afectado por la indisponibilidad, quien ha de acreditar la no existencia de ningún interés digno de protección y que, en caso de existir, tiene que probar que sea ilícito el citado interés. Pensamos que es al testador a quien ha de imponérsele la carga de expresar la justa causa y no la configuración probatoria actual, la cual conlleva la innecesaria expresión de la misma, y en su caso la acreditación por parte del gravado. La sanción en caso de acreditarse la falta de justa causa o de la ilicitud en la prohibición testamentaria de disponer nos llevaría a la regla del art.1275 CC, el cual sanciona la nulidad de aquellos contratos sin causa, o con causa ilícita con la correlativa ausencia en la producción de sus efectos, siendo ilícita la cláusula que se oponga las leyes o la moral. Sin duda, ello constituye un supuesto de ineficacia negocial total, radical y automática[88], en síntesis, de nulidad que afectará a la cláusula testamentaria de indisponibilidad, subsistiendo el resto del negocio jurídico en la que se hallase inserta, salvo que la inalienabilidad determine y sea la causa base del negocio jurídico.

Además de la concurrencia de la justa causa otro debate tal y como hemos observado, gira en torno a la necesidad de su expresión ya que ésta fundamenta la instauración de la prohibición de disponer testamentaria, podemos pensar que, si bien *ope legis* no es necesaria expresarla, pueden concurrir situaciones donde del negocio testamentario no sea posible deducir la causa. La doctrina más autorizada entiende que si bien es necesario que la justa causa o razón exista, no es necesaria su expresión[89]. En algunos supuestos puede deducirse la causa de forma sencilla, más en otros puede ser difícil o compleja su deducción o puramente responder a una causa aleatoria e injustificada. De ahí la importancia de resaltar, contrariamente

87 *Ibidem*, p.48.

88 Cañizares Laso, A.: "Eficacia de", cit., p.1483.

89 Roca Sastre, R.M., y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* tomo II, cit., p.732, cuando establece "Para que la validez de la prohibición de disponer que nos ocupa, se requiere que sea temporal y que responda a una razón lícita o causa razonable, aunque ello no se manifieste de un modo explícito; o bien que sea impuesta en consideración a alguna persona, mirando por ella, aunque sea la misma que se halle afectada por la prohibición".

a lo sostenido por la doctrina y la no exigencia legal, la necesidad de expresar obligatoriamente la justa causa que permite gravar los bienes de los llamados a la sucesión. Una figura tan restrictiva ha de reunir por su naturaleza, una serie de requisitos extraordinarios por el significativo gravamen que supone para el poder de disposición de los herederos respecto de los bienes afectos por la prohibición. Ello requiere la inexistencia de dudas en la voluntad del testador, sin que pueda deducirse de otros elementos presentes del testamento y que impliquen una posible interpretación. Lo cual, nos llevaría predicar la nulidad de la prohibición en estos casos de presunción de causa, contrariamente a lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

Tampoco resulta actualmente adecuado imponer en caso de ausencia de expresión de la causa de la prohibición de disponer, la alegación y prueba de su existencia y licitud al afectado por el gravamen que tiene que probar un hecho negativo que le afecta. Entendemos que en todo caso deberían ser los que quieren hacer valerla, los interesados, a quien corresponda la carga de la prueba conectando con la interpretación restrictiva ya predicada.

En ese sentido, un modelo a seguir podría ser el ofrecido en su momento por algún que otro derecho autonómico. Con este planteamiento se pronunciaba el ya derogado artículo 186.3 de la Compilación de Aragón contemplado en la Ley 1/1999, de 24 de febrero, sobre sucesiones por causa de muerte, si bien no regulaba *ex profeso* las prohibiciones de disponer, si exigía para el establecimiento de gravámenes la concurrencia de justa causa cuando señalaba que la misma permitía gravar bienes incluso de los herederos legitimarios, siempre y cuando se expresara en el titulo sucesorio o documento público. El vigente Código de Derecho Foral de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo (CDFA), parece reproducir la regulación pretérita en la línea que propugnamos cuando en el artículo 498 CDFA fija la imposibilidad de gravar la legitima, si bien el artículo 501.3 CDFA admite posibles gravámenes "Los establecidos con justa causa, que esté expresada en el título sucesorio o en documento público"[90]. Como verificamos, entre estos gravámenes se encuentran las prohibiciones de disponer testamentarias a las que les impone el transcrito art. 501.3 CDFA, la obligatoriedad de expresar la justa causa al testador. Una fórmula legal que perfectamente podría extrapolarse al derecho común, conforme con la tesis de la obligatoriedad de la expresión escrita de la justa causa que hemos manifestado.

Otra solución destacada fue la que ofrecía el artículo 117 de la Compilación Catalana de 1960[91]. Recogía una exigencia para que la prohibición de disponer

90 Sánchez-Rubio García, A.: "Artículo 501", en AA.VV.: *Comentarios al Código de Derecho Foral de Aragón. Doctrina y jurisprudencia* (Dir. J. Delgado Echeverría), Dykinson, Madrid, 2015, pp.686-687.

91 Vid. Roca Trías, E.: "Comentario al artículo 117 de la Compilación catalana", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart), t. XXVIII, vol.1º, EDERSA,

testamentaria gozase de eficacia: ésta tenía que responder a una razón lícita o al designio de beneficiar o tutelar a alguien, aunque sea el afectado por la prohibición, lo que conllevaba su necesaria expresión[92]. La finalidad primigenia fue preservar los bienes dentro del entorno familiar, razón desechada en la actualidad por el desarrollo de la propiedad vinculada que no tiene cabida actualmente, de ahí la exigencia de límites temporales en la vinculación de bienes. Sin embargo, la actualización del Derecho Civil catalán hizo desaparecer la exigencia del artículo 117, subsistiendo como única mención sobre la justa causa la efectuada por el artículo 428-6.5º CCCat. en sede de prohibiciones de disponer testamentarias. Este precepto aborda la autorización judicial para disponer en el supuesto de que concurra una justa causa sobrevenida, aspecto sobre el que incidiremos posteriormente.

Asimismo, el Fuero Nuevo de Navarra aprobado por Ley 1/1973, de 1 de marzo prescribe en su Ley 481 la exigencia de establecer la prohibición de disponer en favor de personas determinadas o determinables, lo cual supondría la existencia de un interés o justa causa. Se admite, por tanto, que la prohibición de disponer se haga en beneficio de una determinada persona que habrá de designarse.

En todo caso, la causa de las prohibiciones de disponer son la finalidad jurídica propia de cada una de ellas que a su vez las justifica, en base a la cual además no solamente gozan de legalidad, en tanto que reúnan los presupuestos que el ordenamiento jurídico requiere para su instauración, sino que serán además justas[93]. Cada prohibición de disponer posee su causa propia y autónoma, fruto de una labor interpretativa, que a nuestro juicio debería ser explícita dado el carácter restrictivo de la figura. Su expresión ha de ser necesaria en aras de la seguridad jurídica[94], porque si la causa es esencial también ha de serlo su expresión, no tendría sentido exigir la causa si no es expresada, por lo que debería ser un requisito esencial para que gocen de validez en nuestra legislación vigente[95]. Asimismo, la causa no ha de identificarse con el interés del sujeto configurador de la prohibición, ya que en materia testamentaria el causante buscará evitar el acto dispositivo que ha prohibido. La causa es más bien la finalidad jurídica que el testador pretende

Madrid, 1982, pp.286 y ss.

92 Borrell Y Soler, A.M.: *Derecho Civil vigente en Cataluña,* tomo I, Bosch, Barcelona, 1944, p.237, "las prohibiciones impuestas al favorecido y hasta pactadas sin expresar la causa, que no tengan por objeto favorecer a alguien son nuda praecepta y no obligan en derecho".

93 Cano Martínez De Velasco, J.I.: *Las prohibiciones,* cit., pp.104-105.

94 Moxó Ruano, A.: "Propiedad limitada", cit., p.38, señala "de la causa o finalidad apreciable, caballo de batalla de las prohibiciones, estimamos que debe aceptarse su prueba por los interesados. Esto es que no se admite la presunción de causa contractual del artículo 1277 del Código Civil, y se está a los límites del 1275. Son pues, las prohibiciones negocios esencialmente causales, con causa muy subjetiva o motivada, como en todos los negocios gratuitos". Por su parte también es exigible para Gómez Gálligo, F.J.: *Las prohibiciones*, cit., p.62.

95 García Pastor, J.A.: "Comentario a la RDGRN de 22 de febrero de 1989", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm.599,* 1990, p.276.

conseguir con la prohibición. Así es posible que la causa sea en beneficio de quien instauró la prohibición (testador/donante) o también por ejemplo proteger a determinados sujetos de su inmadurez (prohibición de disponer bienes inmuebles durante la menor edad del representado). Por tanto, existe un beneficiado y con ello un motivo justo, no caprichoso, a proteger que puede ser diverso. De otra forma estaríamos ante una prohibición sin interés tutelable por el derecho y sería nula (*iocandi causa, docendi causa)*[96].

Podemos concluir que la justa causa actualmente puede presumirse, si bien entendemos que ha de ser necesaria su expresión. No alberga duda que la limitación al poder de disposición que realiza la prohibición ha de tener un motivo o causa racional y justificada, no obedecer nunca al capricho. Sea como fuere, el vigente régimen normativo no exige su expresión escrita. Cabría proponer en este sentido rescatar fórmulas legislativas como las del antiguo art.117 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960 o la del art. 501.3 CDFA[97]. Es decir, expresar en el título constitutivo de la prohibición, la causa o interés legítimo que llevó al testador a imponer la prohibición. No podemos estar más que en desacuerdo sobre la abstracción que el ordenamiento jurídico realiza sobre la justa causa, toda vez que estamos en presencia de un cercenamiento de la facultad de disponer del derecho subjetivo que es contraria a los principios económicos y jurídico-patrimoniales (principio de libertad de circulación de bienes). Esta consecuencia tan restrictiva, exige ser cautos a la hora de interpretar y determinar el alcance de sus requisitos. Finalmente, la presunción de causa siempre que se imponga una prohibición de disponer, impone un gravamen probatorio a quien quiera impugnar aquélla.

IV. PARADIGMAS.

Tras las posiciones doctrinales y jurisprudenciales anteriores, se hace necesario analizar aquellos paradigmas en los que la justa causa de la prohibición de disponer testamentaria desempeña una función de protección del patrimonio familiar.

1. La perpetuación del patrimonio familiar.

Las facultades excepcionales a la hora de ordenar prohibiciones de disponer al testador se deben, en parte, como hemos estudiado a que siempre han sido

96 Cano Martínez De Velasco, J.I.: *Las prohibiciones,* cit., p.105.

97 Como ya señalaba Díez-Picazo a propósito de las sustituciones fideicomisarias cuyo fundamento es extensible *mutatis mutandis* al paradigma de las prohibiciones de disponer "no cabe duda que la regulación de la Compilación de Cataluña es, en esta materia, mucho más completa, y mucho más ordenada que la de nuestro Código civil. Los fideicomisos y las sustituciones fideicomisarias tienen en Cataluña una tradición histórica y una aplicación práctica muy superior a la que se poseen en el resto de los Derechos peninsulares. Por ello, no parece que sea aventurado sostener que muy bien puede la Compilación, aun siendo un Derecho especial, servir de pauta para integrar las lagunas de Derecho común", Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Dictámenes Jurídicos,* Civitas, Madrid, 1981, pp.413-414.

autorizadas por nuestro derecho histórico, sobre todo para mantener la riqueza inmobiliaria amortizada dentro del núcleo familiar. De tal manera que se evita la dispersión que resultaría de su enajenabilidad.

Como ejemplos de prohibiciones de disponer testamentarias tendentes a la perpetuación del patrimonio familiar, destacamos la RDGRN 28 agosto 1907[98]. En este supuesto, el testador asegura por periodo de cien años la casa solariega del marquesado de Pickman en Sevilla, a fin de preservarla en el acervo patrimonial de la familia. Así se denegó la inscripción de compraventa de la casa familiar por parte de una de sus hijas en favor de la madre "porque la mitad de la finca que se enajena, procedente de la testamentaría del excelentísimo señor don Carlos Pickman, Marqués de Pickman, se halla afecta a la limitación impuesta por éste, aceptada por su viuda y herederos, al que le suceda en el título, para que éste, a su vez, la establezca a su fallecimiento, que dicha finca no se puede enajenar a fin de que sea la casa solariega del Marquesado de Pickman durante un periodo de cien años, vencederos en el de 1999".

Por su parte la STS 29 octubre 1968[99] recoge un caso en el que D. Augusto expresa en testamento ológrafo, que su único hijo es heredero universal del testador sin otra limitación que la de que los bienes raíces de la herencia y en particular la casa y Coto de Villabona, no puedan ser enajenados por el heredero, hasta que haya contraído matrimonio, tenga hijos legítimos y éstos hayan cumplido la edad de quince años. Mientras no concurran estos hechos, la prohibición de enajenar que se declara, deberá constar debidamente anotada en las inscripciones correspondientes a las fincas en el Registro de la Propiedad. Se desestima el recurso de casación interpuesto por el hijo. Éste entendía que la prohibición era de carácter perpetuo y afectaba a la legitima, pero al cumplir la prohibición con el requisito de la temporalidad, y se expresaba la causa por parte del testador de forma expresa, se ha de respetar la voluntad del testador (art.675 CC).

Igualmente, la SAP Las Palmas 24 marzo 2008[100] recoge una prohibición de disponer en testamento ológrafo otorgado por D. Marco Antonio, que persigue la finalidad de impedir la entrada en la sucesión a los herederos de los hijos del causante, que premueran a la esposa de éste, la usufructuaria. A juicio de las apelantes, se trataba de una prohibición de disponer que conculca el art.792 CC estableciendo una condición de imposible cumplimiento legal, la condición por la que la propiedad del bien legado correspondería a los hijos sobrevivientes a la usufructuaria del testador es nula de pleno derecho, por lo que a su juicio la

98 "RDGRN 28 de agosto de 1907" en Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral,* tomo IV, 1906-1916, Bosch, Barcelona, 1953, pp.264-268.

99 STS 29 octubre 1968 (RJ 1968, 4852).

100 SAP Las Palmas 24 marzo 2008 (AC 2008, 992).

propiedad objeto de discordia debe corresponder a los hijos que hayan sobrevivido al testador sin excepción.

La *iudex a quo* expresó que la finalidad establecida por el testador fue la de mantener la propiedad de la "casa de la Florida" entre sus hijos, sin disgregar y sin participación de extraños, hasta llegar al último de ellos. Cláusula testamentaria con un límite temporal representado por su mantenimiento hasta el fallecimiento del último de los hijos herederos del causante, sin que se incluya a su descendencia, y de otro que únicamente podía haber traspasos de propiedad entre los mismos hermanos de modo que el hermano adquirente por venta, testamento o intestato viniera a ser dueño absoluto del bien como el propio causante lo fue. Y en efecto en la cláusula cuestionada el testador legaba a su esposa Dª Ángeles el usufructo vitalicio del inmueble y anejos descritos en la misma (Casa de la Florida) recayendo su nuda propiedad tras su fallecimiento en los hijos que les sobrevivieran, al testador y a su cónyuge. El testador utiliza la expresión "que nos sobrevivan" indicando con ello que sólo los hijos que sobrevivan al testador y a su esposa, podrían adquirir primero la nuda propiedad y después la plena propiedad, una vez fallecida su esposa, de la referida finca. Además, el testador estableció como condición que ninguno de sus hijos pudiera enajenar a extraños su parte, pues únicamente podría haber traspasos entre los hermanos. Por tanto, como D. Marco Antonio falleció antes que su madre, Dña. Ángeles no podía disponer válidamente por testamento de sus derechos hereditarios sobre la finca objeto de litigio a favor de sus sobrinas. En este supuesto señala el FD 4º de la citada sentencia "la prohibición de disponer que perseguía un fin lícito, de carácter familiar, preservar la Casa de la Florida en poder de los hijos del testador, y que no pasara a extraños y no conculcándose los límites legales (arts. 785.2 y 781 CC) por lo que la voluntad del testador debe ser respetada ex. art. 675.2 CC".

2. La aseguración para los descendientes de bienes suficientes para subsistir.

Otras de las razones que llevan al testador a instaurar prohibiciones de disponer es asegurar un patrimonio suficiente para sus descendientes. De tal forma, que con los bienes gravados se evite en el futuro la penuria económica de los herederos. Si el causante logra evitar los actos de disposición, pretende garantizar que el heredero que no puede disponer, a través de los actos de administración genere rentas que le permitan subsistir.

Para lograr esta finalidad, se han establecido cláusulas testamentarias de no disponer que establecen diferentes coeficientes de disposición sobre el patrimonio en función de la edad. Paradigma de ello es el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 26 marzo 2019[101]. El testador, impone a su hijo que una vez

101 AAP Barcelona 26 marzo 2019 (JUR 2019, 121405).

repartidos los legados de la herencia y nombrado heredero éste, se establecen las siguientes disposiciones de disponer "1) El hijo podrá disfrutar y administrar los bienes heredados, pero no podrá disponer de ellos, a título lucrativo, ni oneroso, inter vivos, más que de un 25% del total y sólo en caso de enfermedad grave, debidamente diagnosticada, hasta la edad de 50 años. 2) Cuando el hijo tenga 50 años podrá disponer hasta el 50% de los bienes 3) Cuando el hijo tenga 60 años podrá disponer de hasta el 75% de los bienes. 4) Cuando el hijo tenga 75 años podrá disponer de todos sus bienes. 5) Si los bienes pasan a los herederos del hijo, éstos podrán disponer sin límites. 6) El hijo podrá disponer de un porcentaje mayor de bienes, con autorización judicial, si justifica la necesidad de hacerlo y 7) Igualmente podrá disponer de los bienes de la herencia con mayor libertad o en mayor porcentaje, si el Juez lo considere oportuno, en caso de necesidad, o cuando medien circunstancias que lo justifiquen".

Mediante este sistema de cuotas o coeficientes, el testador logra de forma progresiva asegurar bienes a su hijo, y sólo cuando este ya tenga una avanzada edad le permite disponer de todos ellos.

Con este propósito también es interesante el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 15 octubre 2020[102]. En este supuesto, las testadoras (madre y tía) impusieron una prohibición de disponer sobre varias fincas a su sobrino D. Isaac, cuto propósito señala el FJ 2º tenía como propósito la salvaguarda del patrimonio, evitando su disposición para fines espúreos o que malbarataran el patrimonio familiar. Así, las testadoras conseguían que el patrimonio familiar "sirviera al heredero pero que garantizara su supervivencia bien para los descendientes o bien en favor de aquél a quien nombrara heredero el Sr. Isaac en disposición testamentaria".

3. La protección al heredero por su inexperiencia o madurez.

Son diversas las situaciones en las que acontece que los sucesores por razón de su madurez e inexperiencia, o por el contrario atendida su longevidad, generan dudas razonables en el testador sobre la administración futura de los bienes por éstos. Razón que les motiva a instaurar una prohibición de disponer.

En este sentido se pronunció la SAP Salamanca 9 marzo 2008[103]. D. Fulgencio otorgó testamento abierto por el que instituyó heredera universal de todos sus bienes a su hermana Dña. Herminia, estableciendo en la cláusula 2º de su testamento de forma interlineada y manuscrita, una prohibición de disponer con un plazo de 70 años. D. Fulgencio falleció en 2008 en estado de soltero y su

102 AAP Barcelona 15 octubre 2020 (JUR 2020, 334098).

103 SAP Salamanca 9 marzo 2008 (JUR 2009, 208789).

heredera contaba en aquel momento con 97 años, con una única hija (sobrina del causante) de 45 años por entonces. Dña. Herminia interpone demanda solicitando la nulidad de la cláusula, demanda que es desestimada íntegramente por cuanto quedó clara la voluntad inequívoca del testador de instituir como única heredera, sin más llamamientos, a su hermana Doña Herminia y consciente de su avanzada edad, establece una prohibición de disponer por un plazo de 70 años, sin duda con una finalidad de protección del patrimonio. Es decir, se trataba de evitar la disposición del patrimonio por su longeva hermana.

El recurso de apelación es desestimado, confirmándose la sentencia de instancia, de tal manera de manera que se ha de estimar que el testador emitió su voluntad con el conocimiento necesario de las circunstancias temporales que afectarían a la prohibición de disponer, por lo que señala el FJ 3º "se ha de estar a esa voluntad testamentaria respetando la legalidad que al respecto la sostiene, en tanto que no consta vicio que pudiera invalidar la emisión de tal voluntad ante el fedatario público que estimó en el testador la capacidad legal necesaria en derecho para hacerlo".

Esta finalidad protectora se vislumbra igualmente en la SAP Málaga 21 mayo 2020[104]. En el supuesto resuelto por la sentencia, el testamento ordena que hasta que cada uno de los herederos no alcancen la edad de veinticinco años, estos no podrán disponer y/o gravar ninguno de los bienes procedentes de la herencia, salvo autorización expresa de los administradores que luego se citan. Esta fórmula se recogía testamentariamente en la siguiente cláusula "Es deseo del testador que mientras sus citados hijos no cumplan la edad de veinticinco años, la administración de los bienes procedentes de esta herencia no corresponderá en ningún caso a Doña Valle, dadas las acciones judiciales ejercidas por la misma así como las difamaciones que ha realizado contra su persona, sino que esta será ejercida solidariamente por los hermanos del testador Don Isaac, Don Jacinto, Don Hugo y Doña María Luz, cuya administración se regirá por las normas aplicables a la Patria Potestad. En caso de fallecimiento renuncia o incapacidad de alguno de los administradores designados la administración será ejercitada por el resto de los administradores nombrados de forma solidaria". La madre de los menores considera que esta estipulación además de privar de la legitima a los herederos conforme al art.813 CC, también infringe el art.164 CC en cuanto a la administración de los bienes de los hijos menores y la mayoría de edad, toda vez que impone la administración de los citados hermanos del testador más allá de la mayoría de edad de los herederos. La Audiencia desestima ambos motivos por cuanto estamos en presencia de una prohibición de disponer valida, claramente impuesta si bien omite la expresión de la causa, esta no invalida la disposición,

104 SAP Málaga 21 mayo 2020 (JUR 2020, 272204).

que se identifica con la apreciación de un interés jurídicamente tutelable de índole familiar.

Así la Audiencia al aplicar la teoría de las prohibiciones de disponer testamentarias al supuesto de hecho concluye que no hay una afección a la legitima, pero si una limitación de disponer por cuanto sujeta la disposición a los administradores designados. Es aquí donde se acredita que la limitación "responde a un interés legítimo o justa causa cual es proteger el patrimonio de sus hijos ya que como mantuvieron los testigos, amigos del testador en el acto del juicio y el propio Sr. Gustavo, albacea testamentario designado por el testador, lo que más preocupaba a este era asegurar el bienestar de sus hijos. Es temporal, por lo que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 785.2 del CC. Y no vulnera el artículo 813.2 del CC" (FJ 4º).

En idéntico sentido y con análoga finalidad, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 24 octubre 2019[105]. En el supuesto citado los promotores del expediente jurisdicción voluntaria adquieren una serie de legados que el abuelo de aquéllos les transmite por testamento, con prohibición de disponer mientras los mismos no cumplan la edad de 25 años. La cláusula trata de proteger a los jóvenes por su inexperiencia. Sin embargo, éstos alegan junto a los administradores de la herencia, también nombrados por el testador, sobre la conveniencia de vender algunas piezas de tierra, dado que el pago de las cuotas de una póliza de crédito que forma parte del pasivo del caudal relicto puede perjudicar una explotación ganadera que también forma parte de la herencia. De forma que interesan del juzgado que autorice la venta de dos fincas rústicas. El juzgado de 1º instancia inadmite la demanda porque los interesados no son menores de edad ni personas con discapacidad que precisen de apoyos. Presentado recurso de apelación por los interesados en el expediente de jurisdicción voluntaria, se estima el recurso al objeto de poder disponer los bienes sometidos a prohibición al concurrir una justa causa sobrevenida con lo que se logra en segundo lugar la protección de los herederos.

4. El beneficio a determinados familiares durante un periodo de tiempo.

Sucede en ocasiones que el testador impone a los legatarios una prohibición de disponer durante el tiempo en que aquéllos vivan por el beneficio patrimonial que conlleva la recepción del legado.

Así, la SAP Murcia 23 octubre 2006[106] resuelve el conflicto generado por la prohibición de vender contenida en el testamento de Dña. Maite, otorgado el

105 AAP Barcelona 24 octubre 2019 (JUR 2019, 313775).

106 SAP Murcia 23 octubre 2006 (JUR 2006, 285599).

16 de septiembre de 1926. La controvertida cláusula exponía literalmente "era voluntad de la testadora que ni el legatario D. Alberto ni sus hijos puedan vender de los bienes legados las dos casas de La Alberca, ni tampoco los huertos, ni las casas que existan en ellos". De tal forma que, tras el fallecimiento del citado legatario, heredaron sus dos hijos, Alberto y Elena por partes iguales. La primera mitad indivisa, tras el óbito de Alberto, pasó a sus hijos (los hermanos Carlos José, Elvira, Erica y Gabriel), los cuales la vendieron sin problema alguno, pues ya se había extinguido la prohibición testamentaria, a Adolfo y otros. La segunda mitad es la problemática: doña Elena donó su cuota a los hermanos Elvira, Erica, Gabriel y Carlos José en escritura pública que fue inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente, no obstante lo cual se establece en el asiento que queda sujeta a la prohibición de vender establecida en el testamento. La controversia surge cuando estos últimos adquirentes venden en escritura pública dicha mitad a Adolfo y otros. En este punto, el Registrador de la Propiedad denegó la inscripción al entender que la última transmisión no debía acceder al Registro, pues estaba vigente la prohibición.

Los hermanos interpusieron además del correspondiente recurso gubernativo contra la nota negativa de calificación que fue desestimado. A su vez, presentaron recurso frente a la resolución del centro directivo. En 1º instancia fue estimada la demanda revocando la desestimación de la RDGRN cuya inscripción había sido denegada. La sentencia de primer grado estima la demanda exponiendo que la reñida cláusula debe ser objeto de interpretación restrictiva, que la voluntad de la testadora no fue que los aludidos bienes de su herencia no pasaron a extraños a la familia durante dos generaciones, pues ni aquélla impuso la prohibición de transmitir por cualquier título que no fuera la venta ni tampoco prohibió que se vendieran en vida del legatario o sus hijos, sino que ni aquél ni éstos la vendieran, que es distinto. Por tanto, se trata de una obligación personal y relativa: la finca podía enajenarse por título de donación, como ha sucedido, y los subadquirentes ya pueden vender sin obstáculos.

La Abogacía del Estado interpuso recurso de apelación frente a la sentencia de instancia que es estimado. La sentencia de apelación se centra en el elemento del negocio jurídico donacional llevado por Dña. Elena (hija del legatario) a sus sobrinos que finalmente enajenan. Entiende la Audiencia que la intención de la testadora al establecer la prohibición no pudo ser que los legatarios no pudiesen vender, pero sí donar o transmitir por cualquier otro título. No parece razonable que la testadora, implícitamente, dejase una puerta abierta al fraude de su propia voluntad, posibilitando eludir la prohibición siempre que el título traslativo fuese la donación.

V. REFLEXIONES FINALES.

La restricción que implica sobre el poder de disposición del sujeto gravado la instauración de prohibiciones de disponer testamentarias siempre ha de obedecer una justa causa. Esta es la finalidad jurídica propia que justifica a cada una de ellas, lo que a su vez fundamenta su instauración. La finalidad se concreta en el interés a tutelar por quien la impone, que no puede obedecer a un puro capricho.

Una justificación de carácter histórico que surge en el derecho romano postclásico como mecanismo y fundamento de protección del patrimonio familiar. Si bien es cierto que cae en desuso durante el periodo de las invasiones germánicas, es recuperado de nuevo en el derecho histórico como sanción a determinadas conductas de los hijos. Posteriormente, serán las prohibiciones de disponer el elemento central que discipline el sistema de transmisión de la propiedad hasta la codificación, a través de las vinculaciones perpetuas (fideicomisos y mayorazgos).

En la actualidad, son diversos los fines que persigue el testador con las prohibiciones de disponer testamentarias, estos van desde la aseguración de bienes futuros para los descendientes y así garantizar su subsistencia, como la protección del heredero por su inexperiencia o madurez respecto de los bienes heredados, entre otros. De la combinación de finalidades se puede extraer en las prohibiciones de disponer testamentarias que tienen una base tendente a la protección del patrimonio familiar.

Es por este motivo que las prohibiciones de disponer testamentarias se han revelado como un mecanismo eficaz para la preservación del patrimonio de la familia, evitando cualquier acto dispositivo por parte de los herederos con fines espúreos. Al mismo tiempo la permanencia del bien en el seno familiar, en función de cómo se haya constituido la prohibición, posibilita que los miembros de la familia puedan ejercer actos de administración o constituir otros derechos reales sobre el bien que puedan generar un beneficio económico. De esta forma, se consiguen medios suficientes para la subsistencia de los descendientes.

Asimismo, la prohibición de disponer testamentaria requiere de una justa causa, pero no que se exprese en el negocio jurídico en el que se instaure. De ello se colige que cabe su presunción, cuestión con la que no estamos de acuerdo. Una figura de naturaleza restrictiva del dominio ha de ser mirada con reservas, razón por la cual abogamos por la expresión de la finalidad, causa o interés a tutelar del instituto en el negocio en que se insertan. Si bien es cierto, que el codificador y el legislador hipotecario en su momento estaban más centrados en el elemento temporal para romper con el precedente sistema de las vinculaciones perpetuas, razón por la cual abandonaron la exigencia de expresar la justa causa que estaba vigente antes de la codificación.

Por ello, se hace necesaria una reforma de la legislación hipotecaria en materia de prohibiciones de disponer que exija la expresión de la causa.

Para esta labor ya contamos con experiencias jurídicas previas como la del antiguo Cabría proponer en este sentido el rescate de fórmulas legislativas como las del antiguo art.117 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960 o la del art. 501.3 CDFA, o bien, una nueva redacción del art.26.3 LH en el que se exprese que para la validez de la prohibición será necesaria la expresión de una justa causa en la que, a su vez, se encuentran fundamentadas. Y es que, la causa en las prohibiciones no es típica, cada prohibición posee la suya propia que es considerada especialmente por quien la instaura. No puede dejarse su descubrimiento a merced de una labor interpretativa, pues una prohibición sin interés tutelable sería nula. Al igual que las impuestas en procedimientos judiciales o administrativos que tienen un fundamento causal expresado en la correspondiente resolución, no alcanzamos a entender porque en las voluntarias esto no se exige.

Finalmente, la inscripción de títulos en el Registro de la Propiedad que contengan prohibiciones de disponer implica que estos deberán ajustarse a los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para su inscripción. Por este motivo se hace necesario la expresión de la causa en los títulos que se vayan a inscribir. La presunción de causa del art.1277 CC tiene un alcance puramente procesal de inversión de la carga de la prueba en favor del adquirente, pero sin que ello excluya la necesidad de expresión de la causa en el título inscribible en el Registro de la Propiedad. No basta que se exprese la causa del negocio jurídico en el que se inserta la prohibición, ambas causas son autónomas. La causa de las prohibiciones no es típica, en concreto, cada una poseer la suya propia tenida particularmente por quien la impone y no debe ser fruto de una labor interpretativa. Lo que implica que sería necesaria la expresión de la justa causa de la prohibición de disponer como requisito para el ejercicio de la función registral calificadora. Al mismo tiempo, se traduce en mayor seguridad jurídica para la interpretación de la cláusula testamentaria en la que se impuso la prohibición. También, para el caso de que sea necesaria su revocación por una justa causa sobrevenida, no tener el interesado que tener la carga de acreditar la originaria causa de la prohibición.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Colección de Códigos y Leyes de España* (Dir. E. Pinel y A. Aguilera y Velasco), tomo III, Imprenta de R. Labajos, Madrid, 1866.

Albaladejo García, M.: *Derecho Civil III, Derecho de bienes,* 12ºed., Edisofer, Madrid, 2016.

Alpañés Domínguez, E.: "Aportación al estudio de las prohibiciones de disponer", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto, 1950.

Amorós Guardiola, M.: "Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente. Comentario a la STS de 12 de noviembre de 1963", *Anuario de Derecho Civil*, fasc.4, 1965.

Badía Salillas, A.: "Las limitaciones a la facultad de transmitir el contenido del dominio y demás derechos reales impuestos al titular por acto jurídico. Examen crítico de nuestro Derecho", en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral,* tomo II, Centro de estudios registrales, Madrid, 1985.

Bernad Mainar, R.: "De la legítima romana a la reserva familiar germánica", *Revista Internacional de Derecho Romano,* abril, 2015.

Betti, E.: "Causa del negozio giuridico", en AA.VV.: *Novissimo Digesto italiano* (Dir. A. Azara y E. Eula), tomo III, UTET, Torino, 1957.

Borrell y Soler, A.M.: *Derecho Civil vigente en Cataluña,* tomo I, Bosch, Barcelona, 1944.

Caballero Lozano, J.M.: *Las prohibiciones de disponer. Su proyección como garantía de las obligaciones,* Bosch, Barcelona, 1993.

Cano Martínez De Velasco, J.I.: *Las prohibiciones de disponer o la fuerza constitutiva del registro,* Bosch, Barcelona, 2006.

Cánovas Coutiño, G.: "Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de enero de 1963", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm.420-421, mayo-junio, 1963.

Cañizares Laso, A.: "Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias", *Anuario de Derecho Civil*, 1991.

Cecchini Rossell, X.: *Eficacia de las prohibiciones de disponer. Causa y derechos de terceros.,* Aranzadi, Cizur-Menor, 2003.

Ceres, L.: "Valor de las prohibiciones de disponer en el Derecho español", *Revista de Derecho Privado,* 1946.

Clavería Gosálbez, L.H.: "Comentario a los artículos 1261 a 1280 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* (Dir. M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart), tomo XVII, vol. 1, EDERSA, Madrid, 1993.

Cortese, E.: "Divieto di alienazione (diritto intermedio)", en AA.VV.: *Enciclopedia del diritto* (Dir. F. Calaso.), tomo XIII, Giuffrè, Milano, 1964.

De Bofarrull, M.: *El Código Civil Español,* tomo I, Madrid, Imprenta de Antonio Pérez Dubrull, 1889.

De Buen, D.: *Curso Elemental de Derecho Civil. Traducción de la segunda edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Con notas sobre el Derecho Civil Español, notas a Colin-Capitant,* Tomo II, vol.II, Reus, Madrid, 1971.

De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico,* Civitas, Madrid, 1985.

De la Cámara Álvarez, M.: "En torno al concepto de la causa en los contratos" en *Estudios de Derecho Civil* (Dir. M. De la Cámara Álvarez), Montecorvo, Madrid, 1985.

De los Mozos y de los Mozos, J.L.: "La causa del negocio jurídico", *Revista de Derecho Notarial,* tomos 33-34, 1961.

De Ureña y Smenjaud, R.: *El fuero de Zorita de los Canes. Según el códice 247 de la biblioteca nacional (siglo XIII al XIV) y sus relaciones con el fuero latino de Cuenca y el Romanceado de Alcázar,* Establecimiento tipográfico de Fortanet, Madrid, 1911.

De Ureña y Smenjaud, R.: *Fuero de Cuenca (formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf),* Tipografía de archivos Olózaga, Madrid, 1935.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil,* núm.1, 1963.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Dictámenes Jurídicos,* Civitas, Madrid, 1981.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III, 5º ed., Civitas, Madrid, 2009.

Domenege Amer, B.: *Las prohibiciones voluntarias disponer,* Civitas, Madrid, 1996.

Galindo y de Vera, L. y De la Escosura y Escosura, R.: *Comentarios a la legislación hipotecaria de España,* 4ºed, Establecimiento tipográfico de Antonio Marzo, Madrid, 1903.

García del Corral, I.L.: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Lex Nova, Valladolid, 1988.

García Pastor, J.A.: "Comentario a la RDGRN de 22 de febrero de 1989", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm.599,* 1990.

García Rubio, M.P.: "Comentario a la STS de 26 de julio de 1993», *CCJC,* sep./dic., 1993, sent. nº886.

Gómez Gálligo, F.J.: "Comentario al artículo 26.1 de la Ley Hipotecaria", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart), Tomo VII, Vol.4º, EDERSA, Madrid, 1999.

Gómez Gálligo, F.J.: *Las prohibiciones de disponer en el derecho español,* Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992.

Gómez Marín, M. y Gil y Gómez, P.: *Cuerpo del Derecho Civil o sea Digesto, Código, Novelas* e *Instituta de Justiniano,* tomo I, Imprenta de Ramón Vicente, Madrid, 1872.

González Martínez, J.: "Prohibiciones de disponer", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm.9-10, septiembre-octubre, 1925.

Isábal Bada, M.: *Enciclopedia jurídica,* tomo 26, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910, p.26; Morell y Terry, L., *Comentarios a la Legislación Hipotecaria,* tomo I, Reus, Madrid, 1926.

Jordano Barea, J.B.: "La causa en el sistema del Código Civil español", en AA.VV.: *Centenario del Código Civil español,* Tomo I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

Ladaria-Caldentey, J.: *Legitimación y apariencia jurídica,* Bosch, Barcelona, 1952.

Landestoy Mendez, P.L., "¿De qué se habla cuando se alude a la causa del negocio jurídico?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm.16 bis, junio, 2022.

Lasarte Álvarez, C.: "La fundamentación causal de las prohibiciones testamentarias de disponer", *La Ley*, nº1, 1983.

López Maza, S.: *Prohibiciones de disponer: cuestiones generales y alguna que otra particular,* Aranzadi, Navarra, 2019.

Majada Neila, J.: *Fuero de Zamora, introducción, transcripción y vocabulario,* Librería Cervantes, Salamanca, 1983.

Manresa y Navarro, J.M.: *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VI, ed. Tomás Ogáyar, Reus, Madrid, 1951.

Martín Briceño, M.R.: "Interés económico y social de las prohibiciones voluntarias de disponer: su validez y eficacia jurídica", *Actualidad Civil,* nº6, marzo, 2010.

Martín Briceño, M.R.: *La prohibición testamentaria de dividir la herencia,* Dykinson, Madrid, 2008.

Martínez Sarrión, A.: "Las obligaciones de no vender y las prohibiciones de disponer", *Revista de Derecho Privado,* 1964.

Mateo Sanz, J.: "Artículo 26", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (Dir. A. Domínguez Luelmo), 3º ed. Aranzadi, Cizur-Menor, 2019.

Montés Penadés, V.L.: "El modo testamentario y las prohibiciones de disponer", *Anuario de Derecho Civil,* 1975.

Moxó Ruano, A.: "Propiedad limitada: Prohibiciones de disponer", en AA.VV.: *Propiedad y matrimonio. Conferencias de los cursillos de los años 1948 y 1949* (Dir. Colegio Notarial de Barcelona), Barcelona, 1956, p.38.

Mucius Scaevola, Q.: *Código Civil Comentado,* tomo 13, Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1895.

Murga Fernández, J.P.: "Prohibición legal de vender y ejecución hipotecaria", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* núm.29, 2012.

Navarro Viñuales, J.M.: "La justa causa como requisito de validez en la prohibición de disponer", en AA.VV.: *Revista la notaría, 150 años (1858–2008)* (Coord. M., Garrido Melero, J. Fugardo Estivill, y A. Serrano de Nicolás), tomo III, Derecho General, Civil, Mercantil y Fiscal, Marcial Pons, Madrid, 2008.

Puig Ferriol, L. y Roca Trías, E.: *Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña,* Tomo III-2, Bosch, Barcelona, 1980.

Rivero, N.M.: *La instituta de gayo, descubierta recientemente en un palimpsecto de la biblioteca capitular de Verona*, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845.

Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral,* tomo IV, 1906-1916, Bosch, Barcelona, 1953.

Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral,* tomo VI, 1925-1929, Bosch, Barcelona, 1953.

Roca Sastre, R.M., y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* tomo II, Bosch, Barcelona, 1979.

Roca Trías, E.: "Comentario al artículo 117 de la Compilación catalana", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart), t. XXVIII, vol.1º, EDERSA, Madrid, 1982.

Roudil, J.: *Fuero de Baeza,* Servicio de publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 2010.

Sánchez Román, F.: *Estudios de Derecho Civil,* tomo 6, vol. 1º, Establecimiento Tipográfico de Rivadeneyra, Madrid, 1910.

Sánchez-Rubio García, A.: "Artículo 501", en AA.VV.: *Comentarios al Código de Derecho Foral de Aragón. Doctrina y jurisprudencia* (Dir. J. Delgado Echeverría), Dykinson, Madrid, 2015.

Sancho Rebullida, F.: "Notas sobre la causa de la obligación", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1971.

Santponts y Barba, I., Marti De Eixala, R. y Ferrer y Subirana, J.: *Las siete partidas del sabio Rey D. Alfonso el IX, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M.; vertida al castellano y estensamente adicionadas con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna, hasta su actual estado,* Tomo III, Imprenta de Antonio Bergnes, Barcelona, 1843.

Sánz Fernández, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario,* Tomo II, Reus, Madrid, 1953.

Valmaña Vicente, A.: *El fuero de Cuenca,* 2º ed., Editorial Tormo, Cuenca, 1978.

VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil Español,* tomo V, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1916.

LAS POSICIONES CREDITICIAS DE LOS CÓNYUGES DURANTE Y DESPUÉS DE LA COMUNIDAD LEGAL ITALIANA Y LA TODAVÍA DIFÍCIL RECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE LA "COMUNIONE DE RESIDUO"

THE CREDIT POSITIONS OF SPOUSES DURING AND AFTER THE ITALIAN COMMUNITY OF PROPERTY REGIME AND THE STILL DIFFICULT DOGMATIC RECONSTRUCTION OF DEFERRED COMMUNITY OF PROPERTY ("COMUNIONE DE RESIDUO")

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1696-1723

Sara SCOLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Los derechos de crédito de los cónyuges en régimen de comunidad legal generan problemas de indudable complejidad tanto durante la vigencia del régimen de comunidad como en el momento de su disolución. El primer aspecto se refiere, en particular, a la posibilidad de incluir en el concepto de "acquisto" susceptible de entrar en la comunidad legal no sólo la res - y en general los derechos reales - sino también los derechos relativos, y en particular los derechos de crédito, con el problema adicional de identificar la disciplina aplicable a tal situación de cotitularidad. El segundo aspecto, sobre el que se centra esta contribución, se refiere a la cuestión largamente debatida del carácter real o crediticio del derecho del cónyuge, en el momento de la disolución de la comunidad, sobre los bienes del consorte objeto de la llamada comunione de residuo; una cuestión esta que, muy recientemente, ha sido examinada por las Secciones Unidas de la Corte di Cassazione italiana.

PALABRAS CLAVE: Comunidad legal; comunidad de residuo; posiciones crediticias de los cónyuges; naturaleza de la comunidad de residuo; disolución de la comunidad legal y derechos de los cónyuges; derechos reales y de crédito de los cónyuges.

ABSTRACT: *Credit rights of spouses under the community of property regime generate issues of undoubted complexity both during the community regime and upon its dissolution. In particular, the first aspect relates to the possibility of including in the concept of purchase ("acquisto") susceptible to enter into the community of property not only res - and more generally rights in rem - but also relative rights, namely credit rights. If the answer is affirmative, another problem concerns the identification of the regulation applicable to such a situation of co-ownership. The second aspect, on which the paper focuses, involves the long-debated issue of the real or credit nature of a spouse's right, at the time of the dissolution of the community of property, in respect to the spouse's assets that fall under deferred community of property (so-called comunione de residuo): an issue which, very recently, has found a landing place in an important ruling of the United Sections of the Italian Supreme Court.*

KEY WORDS: *Community of property; deferred community of property; credit rights of spouses; nature of the deferred community of property; dissolution of the community of property and rights of spouses; real rights and credit rights of spouses.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. LA COMUNIDAD *DE RESIDUO* EN EL SISTEMA JURÍDICO ITALIANO.- III. LA NATURALEZA DE LA COMUNIDAD DIFERIDA EN EL RÉGIMEN COMUNITARIO LEGAL Y LAS POSICIONES CREDITICIAS QUE DERIVAN DE ELLA.- IV. (CONTINUACIÓN) LOS DERECHOS DE LOS CÓNYUGES EN CASO DE DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD LEGAL, ENTRE DERECHOS DE CRÉDITO Y COTITULARIDAD DE BIENES.- V. CONCLUSIÓN.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

En el ordenamiento jurídico italiano, la *comunione legal*e constituye, como es sabido, el régimen económico matrimonial que se aplica automáticamente a los cónyuges en ausencia de un acuerdo distinto por el que hayan optado por un régimen diferente[1].

Ya tras la modificación legislativa, la redacción poco nítida del artículo 177, apartado 1, letra a), del Código Civil, que identifica el objeto de la comunidad en los bienes adquiridos por los cónyuges, sin precisar el concepto de "acquisti" que debe considerarse relevante en este contexto - abrió la puerta a un amplio debate doctrinal y, a veces, jurisprudencial, que no está llamado a extinguirse a corto plazo.

En particular, la cuestión de fondo se ha centrado sobre la posibilidad de considerar como parte de la comunidad no sólo las adquisiciones de derechos reales, sino también las relativas a los derechos de crédito, y a partir de esta premisa se han ido desgranando a lo largo del tiempo diferentes tesis sobre este punto[2].

1 Esto ha sido así desde la conocida reforma del derecho de familia italiano por la Ley nº 151 de 19 de mayo de 1975. Por otra parte, cabe señalar que la disciplina de la comunidad legal se aplica ahora también a las partes de las uniones civiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, apartado 13, de la Ley nº 76, de 20 de mayo de 2016.

2 Las posiciones adoptadas por la doctrina sobre el tema son múltiples, pero - aunque con cierta simplificación - se pueden atribuir mayormente a tres corrientes, a saber, una tesis claramente restrictiva, que excluye los derechos de crédito de la lista de bienes de la comunidad legal, otra, por así decirlo, intermedia, que subraya algunos elementos distintivos que llevarían a la inclusión en la comunidad de bienes de sólo ciertos créditos (especialmente los comprendidos en el concepto de "investimento"), y una última concepción, decididamente más extensiva, a favor de la inclusión de los créditos en el régimen comunitario. La jurisprudencia siempre ha oscilado entre las distintas reconstrucciones; en particular, las sentencias de la *Corte di Cassazione* siempre han mostrado mucha resistencia a admitir los derechos de crédito entre las adquisiciones de la comunidad legal, excepto una importante apertura, hace quince años (Cass. 9 ottobre 2007, n. 21098, publicada *ex multis* en *Fam. pers. succ*., 2008, pp. 69 ss., con nota de Scarano, L.A. y, en la misma revista, pp. 596 ss., con nota de Gorini, M.: "Diritti di credito e comunione legale"; *Corr. giur*., 2008, pp. 957 ss., con nota de Finelli, W.: "Un atteso *revirement* della Cassazione: i diritti di credito ricadono nella comunione legale degli acquisti *ex* art. 177, comma 1°, lett. a) c.c."; *Notariato*, 2008, pp. 148 ss., con nota de Scotti, R.: "Comunione legale e titoli di credito"; *Fam. e dir*., 2008, pp. 8 ss., con nota de Rimini, C.: "Cadono in comunione i diritti di credito acquistati durante il matrimonio?"), que sin embargo resultó ser menos incisiva de lo que cabía esperar: para el análisis, también en clave crítica, de las diferentes

• Sara Scola
Ricercatore in Diritto Privato nell'Università di Verona. E-mail: sara.scola@univr.it

Hay muchas razones para considerar que, en principio, los derechos de crédito adquiridos por cada cónyuge frente a un tercero durante la vigencia del régimen de comunidad pueden también formar parte de la misma, si bien ello debe hacerse conforme a determinados parámetros, tanto de inclusión como de exclusión, que permiten circunscribir las características que debe reunir el derecho de crédito para ser incluido en la comunidad legal[3].

Problemas no menos importantes se plantean, en cambio, para aquellas posiciones crediticias que surgen para los cónyuges, no durante la vigencia del régimen de comunidad, sino a partir de su disolución. Así en este contexto se presenta la difícil reconstrucción de los derechos de crédito que pueden surgir para los cónyuges al final del régimen comunitario como consecuencia de la aplicación de las normas sobre la llamada *comunione* de residuo, y sobre la que se centrarán las siguientes reflexiones.

II. LA COMUNIDAD *DE RESIDUO* EN EL SISTEMA JURÍDICO ITALIANO.

Conviene recordar, en primer lugar, a qué nos referimos cuando hablamos de comunidad *de residuo* en el derecho italiano y, sobre todo, qué régimen jurídico se aplica a los bienes que le pertenecen.

Como es sabido, en el marco de la comunidad legal, la comunidad *de residuo* identifica a aquella categoría de bienes, por cierto bastante aislada en el panorama

posiciones doctrinales y jurisprudenciales, sea permitido referirse a nuestra obra monográfica Scola, S.: *I crediti dei coniugi nella teoria degli acquisti in comunione legale. Regole e confini applicativi di un generale principio di inclusione «selettiva»*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2021, spec. pp. 36 y ss. y la bibliografía que allí se recoge.

3 Para el análisis de esta cuestión nos remitimos de nuevo a Scola, S.: *I crediti dei coniugi*, cit., *passim*.

europeo[4], que se sustraen a la comunidad inmediata, para ser en cambio objeto de comunidad sólo en el momento de su disolución[5].

El criterio en el que se basa tal categoría, que en su formulación puede parecer curioso y también contradictorio[6], responde a la concreta voluntad legislativa de

4 Es interesante observar, por ejemplo, que el artículo 1347 del c.c. español, relativo a los bienes que constituyen la sociedad de gananciales, antes de mencionar las adquisiciones realizadas por los cónyuges durante el matrimonio, señala entre los bienes de la comunidad legal: «1. Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges. 2. Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales», es decir, los bienes que, con pequeñas variaciones, constituyen en el sistema italiano (únicamente) la llamada comunione *de residuo*. Para un análisis completo del régimen jurídico español de comunidad legal, v., *ex multis*, Gonzáles Beilfuss, C.: *Property relationship between spouses-Spain*, 2008, pp. 10 ss., publicado en el sitio web de la *Commission on European Family Law* (www.ceflonline.net). Hay que considerar también los ordenamientos jurídicos en los que no se distingue entre los productos de la actividad separada de cada cónyuge (que en el sistema italiano constituye una de las categorías más importantes de la comunidad residual) y todos los demás bienes adquiridos por la pareja: es el caso, por ejemplo, del ordenamiento jurídico francés, en el que, al no existir actualmente ninguna norma que reserve una disciplina específica y diferente a los productos de la actividad separada de cada cónyuge, no cabe duda de que ellos forman parte de la comunidad legal, aunque en el pasado no han faltado discusiones sobre el punto y opiniones en sentido contrario (v. Mazeaud, H.: *La communauté réduite au bon vouloir des époux. Réflexion sur le nouveau projet de loi portant réforme des régimes matrimoniaux*, Paris, 1965, pp. 91 ss.). Por lo tanto, tampoco hay duda de que las adquisiciones realizadas con estos productos forman parte de la comunidad (v., por ejemplo, Cornu, G.: *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1997, p. 257). De verdad, antes de la reforma de 1985 (Ley nº 1372 de 23 de diciembre de 1985) existía una norma que consideraba los bienes adquiridos por la esposa en el ejercicio de una *profession séparée* como bienes *réservés*, en el sentido de que la gestión de los mismos estaba reservada a la esposa (art. 1401, apartado 2, c.c. fr., donde se especificaba: «les biens réservés de la femme, quoique soumis à une gestion distincte en vertu de l'article 224, font partie des acquêts»), pero esta disposición, ahora abrogada, no tenía ninguna repercusión en la determinación del compendio de la comunidad ya que estos bienes, al igual que hoy, se consideraban indudablemente bienes comunes y la norma sólo se refería al perfil de la administración, contemplando únicamente un «*régime spécifique de gestion*» (v., de nuevo, Cornu, G.: *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 257). Las peculiaridades que, desde este punto de vista, caracterizan al régimen italiano con respecto a los demás ordenamientos jurídicos europeos también son destacadas por la *Commission on European Family Law*: v. Boele-Woelki, K., Ferrand, F., González-Beilfuss, C., Jänterä-Jareborg, M., Lowe, N., Martiny, D., Pintens, W.: *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Cambridge, 2013, p. 227.

5 Se trata, por lo tanto, de un fenómeno de compartición diferida de dicho patrimonio, aunque es discutible si dicha compartición implica una cotitularidad de estos bienes, o sólo el surgimiento de posiciones crediticias de un cónyuge frente al otro (v. párrafos 3-4). De verdad, no han faltado diferentes reconstrucciones del fenómeno: v., por ejemplo, Restuccia, A.: "I beni destinati all'esercizio dell'impresa della comunione *de residuo* nella disposizione dell'art. 178 c.c.", *Riv. not.*, 2007, I, pp. 861 ss., según el cual la comunidad *de residuo* sólo haría referencia a un criterio diferente de administración de estos bienes. Además, con referencia a los productos de la actividad separada, no han faltado argumentos en el sentido de que estos formaría parte de la comunidad desde su percepción (así Maresca, A.: "Aspetti laburistici del nuovo diritto di famiglia", *Foro It.*, 1976, V, cc. 158 ss.; en la jurisprudencia v. la criticada sentencia Cass., 23 settembre 1997, n. 9355, comentada en diversas revistas (v., *ex multis*, Cipriani, N.: "I proventi dell'attività separata dei coniugi tra comunione immediata e comunione *de residuo*", *Giur. It.*, 1998, pp. 907 ss.; Gioia, G.: "Titolarità delle azioni tra fiducia germanistica e comunione legale", *Corr. giur.*, 1998, pp. 68 ss.; Scozzoli, C.: "Comunione legale tra coniugi e regime dei beni acquistati con i proventi separati", *Notariato*, 1998, pp. 317 ss.; Ruotolo, A.: "Comunione legale e proventi dell'attività separata dei coniugi", *Riv. not.*, 1999, pp. 670 ss.; Alleva, F.: "La natura giuridica dei proventi dell'attività separata dei coniugi in comunione legale e l'interazione di tale regime patrimoniale con la disciplina delle partecipazioni azionarie", *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, pp. 628 ss.; Leone, L.: "Regime patrimoniale della famiglia: comunione *de residuo*, acquisto di partecipazioni sociali con redditi di lavoro di uno dei coniugi, esercizio del diritto di opzione e proprietà dei titoli azionari gestiti da società fiduciarie, *Dir. fam. pers.*, 1999, pp. 537 ss.). Para un análisis completo de esta cuestión, v. Troiano, S.: "I proventi dell'attività separata nell'alternativa tra libera disponibilità e destinazione ai bisogni della famiglia", *Familia*, 2001, pp. 355 ss.; Busnelli, F.D.: "Linee di tendenza della dottrina nei primi anni di applicazione della riforma del diritto di famiglia" (Estratto), en AA.VV.: *Studi per Lorenzo Campagna*, *Vol. I - Scritti di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 89 ss., así como Dogliotti, M.: "L'oggetto della comunione legale tra coniugi: beni in comunione *de residuo* e beni personali", *Fam. e dir.*, 1996, pp. 385 s.

6 Al afirmar que tales bienes pasan a la comunidad en el momento de su disolución no pretendemos, de hecho, predicar una especie de *ultrattività* de la comunidad legal después de su disolución (tesis que, en verdad, ha sido defendida en algunos aspectos: cfr., por ejemplo, Mastropaolo, F., Pitter, P.: sub *art. 191 c.c.*, en *Commentario al diritto italiano della famiglia* [diretto da G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi], III, Cedam,

conciliar las exigencias solidaristas del régimen jurídico comunitario con la intención de salvaguardar una esfera de independencia para cada cónyuge, favoreciendo la iniciativa económica individual y la autonomía empresarial[7].

Esto permite al cónyuge beneficiario disfrutar de estos bienes como si fueran *beni personali* - o mejor dicho, *beni propri*[8] - y compartirlos con su cónyuge sólo en el momento de la disolución del régimen y sólo por lo que quede entonces[9].

Padova, 1992, p. 290). Esta expresión, por el contrario, indica que estos bienes deben ser compartidos por los cónyuges, aunque sólo en el momento de la disolución del régimen de comunidad de bienes (sobre los demás aspectos relativos al modo de compartición y, especialmente, a la naturaleza de la comunidad legal, v. *infra*, en el texto y en las notas siguientes).

7 Entre los muchos que resaltan este perfil, v. Quadri, E.: "Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi", *Giur. it.*, 1997, p. 229; v. también en relación à este punto Gorgoni, A.: "Acquisti con denaro personale, alienazione e tutela del coniuge in comunione legale", *Obbl. e contr.*, 2010, p. 844. En jurisprudencia, sobre estos aspectos, cfr. Cass., 1° febbraio 1996, n. 875.

8 El régimen de los bienes de la comunidad *de residuo* durante la vigencia del régimen comunitario sigue siendo diferente al de los bienes personales del art. 179 c.c. Entre los diversos elementos de diferenciación se encuentra, por ejemplo, el hecho de que si los bienes comunes *de residuo* se reutilizan para la adquisición de nuevos bienes, dichos bienes nuevos deben considerarse pertenecientes a la comunidad, mientras que la reutilización de bienes personales del artículo 179 c.c. para la adquisición de otros bienes permite, en determinadas condiciones, que la nueva adquisición se mantenga también personal (en la jurisprudencia v., por ejemplo, la conocida decisión Cass., 9 ottobre 2007, n. 21098, cit.). Sin embargo, no faltan opiniones en sentido contrario, según las cuales también las adquisiciones realizadas con los productos de la actividad separada deben entrar en comunión *de residuo* y quedar a la exclusiva disposición del cónyuge titular durante el periodo del régimen de comunidad, tenido en cuenta que, de lo contrario, la norma del artículo 177, apartado 1, letra c), c.c. seria «svuotata di contenuto» (en este sentido, v., por ejemplo, Scotti, R.: "Comunione legale e titoli di credito", cit., pp. 158 ss.).
Sobre el hecho de que, a la luz de las diferencias mencionadas, es apropiado hablar de bienes "propri" y no "personali", v., por ejemplo, Oberto, G.: "Comunione *de residuo* e tutela della parte debole: la Cassazione abbandona la teoria del «coniuge virtuoso»", *Corr. giur.*, 2006, pp. 816 s., así como Figone, A.: "Sulla natura della comunione *de residuo* la parola alle Sezioni Unite", *Ilfamiliarista.it*, f. 16 diciembre 2021. Por otra parte, este aspecto es recordado por el reciente pronunciamiento de las Secciones Unidas de la *Corte di Cassazione* sobre el tema (Cass., S.U., 17 maggio 2022, n. 15889, sobre la que v. párrafos 3-4).

9 Por otra parte, cabe señalar que la comunidad *de residuo* - especialmente la prevista en el artículo 178 c.c. - opera sobre la base de la efectiva destinación de los bienes, con independencia de cualquier declaración en el acto de adquisición y del cumplimiento de formalidades publicitarias: v., ya después de la reforma del derecho de familia, Jannarelli, A.: "Destinazione dei beni e pubblicità nella comunione «de residuo» ex art. 178 c.c.", *Foro it.*, 1987, I, cc. 810 s. e cfr. también ya Cass., 29 novembre 1986, n. 7060. Sobre este tema, v. además Benanti, C.: "Beni destinati all'esercizio dell'impresa di un coniuge in comunione dei beni e strumenti di tutela dei terzi", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, pp. 1379 ss.
De manera más general, cabe señalar que la jurisprudencia italiana tiende a excluir la posibilidad de que uno de los cónyuges pueda rechazar la coadquisición a su favor, precisando, en particular, que «nel caso di acquisto di un immobile effettuato dopo il matrimonio da uno dei coniugi in regime di comunione legale, la partecipazione all'atto dell'altro coniuge non acquirente, prevista dall'art. 179, comma 2, c.c., si pone come condizione necessaria, ma non sufficiente, per l'esclusione del bene dalla comunione, occorrendo a tal fine non solo il concorde riconoscimento, da parte dei coniugi, della natura personale del bene medesimo, richiesto esclusivamente in funzione della necessaria documentazione di tale natura, ma anche l'effettiva sussistenza di una delle cause di esclusione dalla comunione, tassativamente indicate dall'art. 179, comma 1, lett. c), d) ed f), c.c.»: así, por ejemplo, Cass., ord. 12 marzo 2019, n. 7027 (y en el mismo sentido también Cass., ord. 16 luglio 2021, n. 20336), que reitera lo ya afirmado por las Secciones Unidas (Cass., S.U., 28 ottobre 2009, n. 22755, publicada en diversas revistas, entre ellas *Obbl. e contr.*, 2010, pp. 739 ss., con nota de Gorgoni, A.: "Il rifiuto del coacquisto e l'estromissione dalla comunione legale", que muestra una razonable perplejidad sobre tal solución); en un sentido similar v. también Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954. *Contra*, Cass., 2 giugno 1989, n. 2688. Sobre este tema, v. además Trerotola, E.: "Comunione legale e parte contrattuale. Spunti critici. La posizione del coniuge non agente co-acquirente rispetto all'atto stipulato dal consorte (art. 177, lett. a, c.c.)", *Jus civile*, 2021, p. 499 ss. Por esta razón, probablemente, también en el reciente pronunciamiento de las S.U. sobre el tema de la comunidad *de residuo* (Cass., S.U., 17 maggio 2022, n. 15889, sobre la que v. los párrafos 3-4) fue superado el problema del hecho de que el cónyuge no empresario había realizado, en algunas de las escrituras de adquisición relativas a los bienes de la empresa del consorte, una declaración en virtud del artículo 179 c.c. destinada a excluir dichos bienes

En primer lugar, pertenecen a la comunidad *de residuo* los bienes contemplados en las letras b) y c) del artículo 177, apartado 1, c.c., que mencionan respectivamente los frutos de los bienes propios de cada cónyuge - tanto los naturales como los civiles -, así como el producto de la actividad separada de cada uno de los cónyuges, es decir, aquello que constituye para la mayoría de las parejas una de las fuentes más importantes (si no la más importante) de riqueza y sustento, siempre que no se hayan consumido en el momento de la disolución de la comunidad legal[10].

Igualmente están sujetos a la comunidad residual, en virtud del artículo 178 c.c., los bienes destinados a la actividad de la empresa de uno de los cónyuges[11] creada después del matrimonio y también los incrementos de la empresa creada antes del matrimonio, hipótesis que, como veremos, han alimentado un vivo debate, sobretodo por los controvertidos perfiles de aplicación que de ella se derivan[12].

También en relación con esta última categoría, dos aspectos merecen ser aquí mencionados. En primer lugar, se ha observado de forma convincente por varias voces que la finalidad de esta disposición legislativa es resaltar el perfil de la *gestión* de los cónyuges en la empresa; gestión que, si se ejerce conjuntamente, acciona el mecanismo de coadquisición inmediata propio de la comunidad legal, mientras que, si se ejerce por separado -como es el caso en las hipótesis aquí consideradas-, sólo justifica la compartición diferida de estos bienes, reavivando la necesaria ponderación de los distintos intereses en juego que está en la base de la comunidad residual[13].

Además, surge con la misma claridad la intención del legislador de aplicar la comunidad *de residuo* al cónyuge empresario y no al cónyuge que ejerce una actividad profesional; en este último caso, ha prevalecido la opción de preservar la autonomía y independencia del cónyuge titular, lo que hace que estos bienes sean intangibles para el consorte.

---

de la comunidad legal (sobre este aspecto v. también Scarano, N.: "La natura della comunione *de residuo ex* art. 178 c.c.", *GiustiziaCivile.com*, 22 agosto 2022).

10 Sin embargo, hay que recordar la doctrina según la cual sólo puede decirse que los frutos y los productos se han consumido si no dan lugar a un "incremento" del patrimonio de quien los ha recibido, de modo que el objeto de la comunidad *de residuo* no serían los bienes individuales que constituyen frutos (de bienes personales) o productos (de la actividad de uno de los cónyuges) todavía presentes en el patrimonio del cónyuge en el momento de la disolución, sino la totalidad del "incremento patrimoniale" resultante de la percepción de un "reddito" (ya sea en forma de frutos de bienes personales o en forma de productos de la propia actividad), valorada en el momento de la disolución de la comunidad: v. Rimini, C.: "Comunione legale fra coniugi e partecipazioni sociali", *Familia*, 2005, p. 673 ss. e Id.: sub *art. 177 c.c.*, en *Commentario breve al diritto della famiglia* (diretto da A. Zaccaria), Cedam-Wolters Kluwer, Padova-Milano, 2020, p. 469.

11 Lo que importa es que la destinación para la actividad empresarial esté presente en el momento de la adquisición (v., *ex multis*, Figone, A.: "Sulla natura della comunione", cit.; pero v. también Jannarelli, A.: "Impresa e società nel nuovo diritto di famiglia", *Foro it.*, 1977, V, c. 266, según el cual el art. 178 c.c. se aplicaría incluso si la destinación a la empresa no se produce al mismo tiempo que la adquisición sino después).

12 V. en particular parr. 3 y 4.

13 Sobre este aspecto v. Cass., S.U., 17 maggio 2022, n. 15889, cit.; en la doctrina, entre otros, Rimini, C.: sub *art. 177 c.c.*, cit., p. 470.

En verdad, no han faltado críticas a esta solución, que parecería *prima facie* incoherente y carente de justificación[14], del mismo modo que han surgido soluciones que apuntan a una interpretación extensiva de la norma dedicada a los bienes "profesionales" para considerar la actividad empresarial en el ámbito de aplicación del artículo 179, apartado 1, letra d), c.c.[15].

Sin embargo, a favor de la necesaria distinción entre ambas categorías se encuentra la obvia consideración de que las dos disposiciones aquí comparadas, es decir, el artículo 178 c.c., por un lado, y el artículo 179, apartado 1, letra d), c.c., por otro, presentan claramente dos ámbitos de actuación autónomos y distintos, el primero de los cuales se refiere únicamente a la actividad empresarial, y el segundo se aplica, en cambio, sólo a las llamadas profesiones liberales[16]. El respeto de esta clara línea de demarcación es imperativo, porque es la única manera de evitar que se vacíe de significado una o otra disposición.

Volviendo a la disciplina de la comunidad residual, hay que observar que la estrecha y algo desafortunada formulación de las normas fue desde el principio portadora de numerosos problemas, abriendo así la puerta a múltiples interpretaciones hermenéuticas bajo diversos perfiles.

Merece la pena mencionar aquí, aunque sea brevemente, la cuestión básica relativa, por un lado, a los derechos del cónyuge titular de los citados bienes y, por otro, a la posición del otro cónyuge durante la vigencia del régimen comunitario.

En efecto, se ha planteado la cuestión, especialmente en relación con los productos de la actividad separada de cada cónyuge, si *manente communione* el poder de disposición del cónyuge titular es casi ilimitado o, por el contrario, para él existen ciertas restricciones por el hecho de que esos bienes, aunque sean de su libre disposición, están destinados a entrar en la comunidad, aunque sólo de forma diferida.

14 Cfr., *ex multis*, Rimini, C.: "Comunione legale fra coniugi e partecipazioni sociali", cit., pp. 673 ss., así como Detti, M.: "Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi", *Riv. not.*, 1976, I, pp. 1159 s.

15 *Ex multis* v. Paladini, M.: "Una ricostruzione alternativa all'illogica distinzione tra beni aziendali e beni professionali nel regime di comunione legale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 940, según el cual «pur dovendo essere confermata la tassatività dell'elencazione dei beni personali, contenuta nell'art. 179 cod. civ. - la lett. d) deve essere estensivamente intesa come comprensiva dei beni strumentali *sia* all'esercizio della professione *sia* all'esercizio dell'impresa». También profundiza en el tema Cerdonio Chiaromonte, G.: "Beni della professione e beni dell'impresa nel regime di comunione legale: alla ricerca di uno spazio residuo per un'anacronistica differenza", *Riv. dir. civ.*, 2012, I, pp. 565 ss.

16 Así, por ejemplo, Cass., 19 settembre 2005, n. 18456, donde se intentó delinear el ámbito de aplicación de las normas afirmando que las dos hipótesis deben mantenerse bien diferenciadas, ya que «i beni destinati all'esercizio dell'impresa non rientrano tra quelli professionali-personali, dovendosi ritenere questi ultimi, anche in virtù della separazione sempre operata dal legislatore codicistico tra attività imprenditoriale e "professione", come quelli strumentali alle professioni c.d. liberali». V. también Trib. Udine, 27 gennaio 2007, n. 116.

En efecto, este último argumento se ha defendido, sobre todo en el pasado, basándose en la observación de que, durante la existencia de la comunidad de bienes, los productos de la actividad separada de cada cónyuge seguirían estando sujetos a una restricción que exige su utilización en interés de la familia[17].

Sin embargo, tal reconstrucción no merece ser avalada, no sólo porque no existen referencias normativas que autoricen una conclusión en esta dirección, sino también porque, de aceptarse dicha interpretación, se correría el riesgo de alterar radicalmente el delicado equilibrio en el que se basa el régimen de la comunidad, y del que la masa de los bienes comunes residuales (y las normas aplicables a los mismos) es ciertamente un componente esencial. Se acabaría, de hecho, imponiendo a los cónyuges un deber constante de comunicación reciproca, anulando por completo la finalidad propia de la comunidad *de residuo*, como correctivo al efecto general de la coadquisición previsto por la ley para salvaguardar específicamente la autonomía y la iniciativa económica individual de cada cónyuge[18].

Por el contrario, es preferible reconocer al titular la facultad de disponer libremente de los bienes comprendidos en la comunidad *de residuo*, no sólo para la adquisición de nuevos bienes, que, como se ha dicho, entrarán normalmente en la comunidad inmediata[19], sino también para cualquier otro fin, incluidos los de carácter puramente personal[20].

17 V., en particular, Cass., 10 ottobre 1996, n. 8865, publicada en *Fam. e dir.*, 1996, pp. 515 ss. con nota de Schlesinger, P.: "Comunione *de residuo* e onere della prova circa la sussistenza o meno di redditi di un coniuge «non consumati»", y en *Corr. giur.*, 1997, pp. 36 ss., con nota de Barbiera, L.: "Oggetto della comunione *de residuo* e onere della prova", donde se lee: «sono oggetto della c.d. *comunione de residuo*, al momento dello scioglimento della comunione legale, tutti i redditi percetti e percipiendi rispetto ai quali il titolare dei redditi stessi non riesca a dare la prova che sono stati consumati o per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia o per investimenti già caduti in comunione». En el mismo sentido, Cass., 17 novembre 2000, n. 14897.

18 En esta dirección también Troiano, S.: "I proventi dell'attività separata", cit., pp. 355 ss., que señala tanto las dificultades de aplicación práctica como las incoherencias que tal enfoque puede conllevar desde un punto de vista sistémico, dado que la obligación de rendir cuentas supondría un obstáculo inadmisible para el desarrollo regular de la vida conyugal, al exigir a cada cónyuge la elaboración de un verdadero "balance" familiar, y que, además, esto introduciría, para dichos bienes, una norma aún más estricta que la aplicable a los bienes de la comunidad inmediata (los cuales, según la opinión generalizada, pueden ser utilizados por los cónyuges, respetando las normas de administración, también para fines distintos de la satisfacción de las necesidades familiares).

19 V. arriba, nota 8.

20 En este sentido Schlesinger, P.: "Comunione *de residuo* e onere della prova circa la sussistenza o meno di redditi di un coniuge «non consumati»", cit., p. 517; v. además Ruotolo, A.: "Comunione legale e proventi dell'attività separata", cit., pp. 670 ss. La jurisprudencia también se ha fijado en esa reconstrucción: v. Cass., 7 febbraio 2006, n. 2597, in *Riv. not.*, 2007, II, pp. 148 ss., con nota de Carlini, G.: "Non è sindacabile il fine dell'atto dispositivo del coniuge titolare dei proventi di attività separata che li consumi prima dello scioglimento della comunione", que, con respecto a los productos de cada cónyuge, establece claramente que éstos, hasta la disolución de la comunidad «appartengono in via esclusiva al singolo coniuge, che ne potrà liberamente ed autonomamente disporre»; de hecho la comunidad *de residuo* «si realizza al momento dello scioglimento della comunione, limitatamente a quanto effettivamente sussista nel patrimonio del singolo coniuge e non a quanto avrebbe potuto ivi rinvenirsi ritenendo a essa destinati *ex lege* i proventi personali che non siano stati provatamente impiegati per il soddisfacimento dei bisogni familiari»; este principio fue reafirmado recientemente por Cass., ord. 12 febbraio 2021, n. 3767. V. también, *ex multis*, Trib. Trento, 29 settembre 2011.

El cónyuge titular está, por tanto, exento del escrutinio del otro cónyuge, pero, por supuesto sujeto al cumplimiento del deber de contribución impuesto por el llamado régimen primario[21], cuyo incumplimiento creemos que puede ser requisito para que el otro cónyuge solicite la disolución judicial de la comunidad conforme al artículo 193, apartado 2, c.c.[22].

III. LA NATURALEZA DE LA COMUNIDAD DIFERIDA EN EL RÉGIMEN COMUNITARIO LEGAL Y LAS POSICIONES CREDITICIAS QUE DERIVAN DE ELLA.

Igualmente envueltas en la oscuridad están las cuestiones sobre la naturaleza de la comunidad *de residuo* y, en consecuencia, sobre las modalidades concretas a través de las cuales opera la misma, dado que las ambiguas - e incluso diversas[23] - formulaciones de las normas no aclaran si ellas generan un fenómeno de cotitularidad - aunque diferida - de derechos o, a la inversa, determinan la creación de derechos de crédito a favor de un cónyuge (que no es el titular original) respecto del otro.

Y es precisamente en este segundo escenario donde surge el problema del que partimos, es decir de las posiciones crediticias de los cónyuges en el momento de la disolución de la comunidad legal, con la advertencia, sin embargo, de que aquí nos referimos a una situación diferente a la, ya mencionada, de los créditos adquiridos por los cónyuges durante el régimen de comunidad legal[24].

En efecto, si bien es cierto que durante la vigencia del régimen de comunidad opera el mecanismo de la coadquisición automática de los derechos adquiridos por un cónyuge frente a terceros, y por tanto hay que preguntarse si se trata únicamente de la adquisición de derechos reales o si también comprende a los

21 Art. 143 c.c.

22 Se considera que el otro cónyuge sólo tiene una expectativa de hecho (v. Cass., 7 febbraio 2006, n. 2597, cit., así como Trib. Monza, Sez. IV, 26 marzo 2015, comentada por Scola, S.: "Scioglimento della comunione legale, conti bancari cointestati e investimenti dei coniugi: il sottile confine tra «acquisto» di nuovi beni e «conservazione» di beni già acquisiti", *Dir. Civ. Cont.*, 22 febbraio 2016, y Trib. Ascoli Piceno, 22 agosto 2017). En doctrina, v. Balestra, L.: *Attività d'impresa e rapporti familiari*, Cedam, Padova, 2009, p. 61. V. también Ruotolo, A.: "Comunione legale e proventi dell'attività separata", cit., p. 670 ss., así como Donato, A.: "Titolarità dei proventi dell'attività lavorativa separata dei coniugi, accantonati su conto corrente bancario cointestato", *Fam. pers. succ.,* 2010, p. 429. Además, la posición del cónyuge no titular presenta «numerosi profili di affinità con quella dell'acquirente di un diritto alienato sotto una condizione sospensiva che dipende dalla *mera volontà* dell'alienante, ed è quindi una situazione non assistita da alcuna tutela giuridica attuale»: Troiano, S.: "I proventi dell'attività separata", cit., p. 355 ss. Por lo tanto, no podrá interponer remedios como la *azione revocatoria*, la *azione surrogatoria* o el *sequestro conservativo* para proteger sus derechos, sino sólo solicitar la separación judicial de bienes si el cónyuge que recibe los productos no cumple sus obligaciones de contribución.

23 Como también observaremos a continuación, el legislador adopta formulaciones diferentes, utilizando, por un lado, la expresión «costituiscono oggetto della comunione» para los bienes del art. 177, apartado 1, letras b) y c), c.c. y, por otro, la expresión «si considerano oggetto della comunione» para los bienes del art. 178 c.c.

24 V. *sub* par. 1

derechos de crédito, en la fase de disolución de la comunidad este fenómeno deja de operar y ya no se plantea el problema de la posible transmisión de la adquisición (sea esa de carácter real o de obligación) al otro cónyuge. En cambio, se trata de identificar los derechos (reales o de crédito) que surgen para los cónyuges en esta fase, observando que, con referencia a estos últimos, se puede hablar no sólo de los créditos contra terceros (como en la primera hipótesis), sino también de los que surgen entre los cónyuges, es decir, de las posiciones crediticias dentro de la pareja[25].

Ahora bien, el problema de la naturaleza de la comunidad *de residuo* ha dividido durante mucho tiempo a la doctrina, mientras que parece haber encontrado recientemente una solución - aunque no del todo resolutiva - dentro de la jurisprudencia.

Recurriendo a alguna simplificación inevitable, podemos afirmar que las principales reconstrucciones pueden remontarse a tres posiciones básicas diferentes[26].

La primera opinión, basada en el contenido literal general de las disposiciones relativas a esta categoría - que no menciona la creación de derechos de crédito entre los cónyuges -, así como en otros argumentos, considera que el fenómeno en cuestión implica para el cónyuge no titular la constitución de un derecho real sobre los bienes comprendidos en la comunidad residual, para los cuales se establecería, por tanto, una comunidad de bienes ordinaria (de conformidad con los art. 1100 ss. c.c.) con el otro cónyuge[27].

Por otro lado, según otro enfoque, una serie de críticas inherentes a la primera perspectiva, entre las que se encuentra la razonable consideración de que parece ilógico constituir una cotitularidad de derechos (aunque sea según el modelo de

25 Sin olvidar, por supuesto, de que las aquí consideradas no son las únicas posiciones crediticias que surgen con ocasión de la disolución de la comunidad legal, si pensamos, en particular, en los créditos que surgen a favor de los cónyuges como consecuencia del sistema de "rimborsi e restituzioni" previsto en el artículo 192 c.c.

26 Para una síntesis eficaz de las diferentes opiniones, cfr. Auletta, T.: "La comunione legale: oggetto", en AA.VV.: *I rapporti patrimoniali fra coniugi*, III (a cura di T. Auletta), en *Il diritto di famiglia*, IV, *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), Giappichelli, Torino, 2011, pp. 318 ss. Por último, ofrece un panorama de las diferentes tesis, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, también Sorge, A.C.: "Sulla natura della comunione *de residuo*", *Notariato*, 2022, pp. 378 ss.

27 En esta dirección, aunque con matices diferentes, v. por ejemplo: Detti, M.: "Oggetto, natura", cit., p. 1173, e cfr. Id.: "Impresa ed azienda nella comunione legale dei coniugi e impresa familiare", *Riv. not*., 1975, I, pp. 780 ss.; De Biase, P.: "Comunione *de residuo* sui beni d'impresa: una situazione giuridica variabile", *Dir. fam. pers*., 2013, pp. 678 ss.; Jannarelli, A.: "Impresa e società", cit., p. 270; Dogliotti, M.: "L'oggetto della comunione legale", cit., p. 386; Tanzi, M.: "Beni destinati all'esercizio dell'impresa del coniuge in regime di comunione legale", en AA.VV.: *La comunione legale* (a cura di C.M. Bianca), Giuffrè, Milano, 1989, pp. 292 ss. V. también Benanti, C.: "Scioglimento della comunione legale e operatività della comunione differita", *Familia*, 2005, I, pp. 1079 ss., que observa que la tesis contraria crearía una discontinuidad entre la cotitularidad de la comunidad inmediata y lo que se crea en la comunidad diferida (v., sin embargo, también las reflexiones más recientes de la A. en Ead: "Beni destinati all'esercizio", cit., pp. 1383 ss.); De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, Giuffrè, Milano,1995, 457 s.

comunidad ordinaria) precisamente en la fase de disolución de la comunidad, que suele coincidir con la crisis matrimonial, debería llevar a afirmar que la comunidad *de residuo* determina el surgimiento (únicamente) de derechos de crédito para el otro cónyuge frente al consorte[28].

Finalmente, en una posición más o menos mediana, se encuentran las reconstrucciones - que, como diremos, parecen las más aceptables, aunque con algunas oportunas precisiones - de quienes, subrayando las diferencias entre las hipótesis del artículo 177, letr. b) y c), c.c. y las del artículo 178 c.c.[29], proponen, para las primeras, la tesis de la constitución de un derecho real sobre los bienes de la comunidad *de residuo* y, para las segundas, la de la creación de derechos exclusivamente de crédito dentro de la pareja[30].

El animado debate en el ámbito doctrinal no ha ido acompañado, sin embargo, del mismo interés por parte de la jurisprudencia italiana, que, aunque ha sido llamada en varias ocasiones a resolver cuestiones jurídicas que, de forma más o menos directa, giraban en torno al problema de la naturaleza de la comunidad *de residuo*, siempre ha dudado en proponer una solución inequívoca y efectiva sobre el tema[31].

28 Cian, G., Villani, A.: "La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)", *Riv. dir. civ.*, 1980, I, pp. 346 ss.; Oberto, G.: *La comunione legale tra coniugi*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2010, pp. 871 ss.; Spitali, E.: "L'oggetto della comunione legale", en AA.VV.: *Regime patrimoniale della famiglia* (a cura di F. Anelli e M. Sesta), en *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), Vol. III, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 188 ss.

29 Existen numerosas diferencias entre las hipótesis del art. 177, apartado 1, letras b) y c), c.c. y la de l'art. 178 c.c., como el hecho de que las dos primeras sólo se refieren a los bienes muebles mientras que la otra también a los bienes inmuebles (sobre este punto v. también Sorge, A.C.: "Sulla natura della comunione", cit., p. 378).

30 En particular v. la solución propuesta por Auletta, T.: *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 110 s., que se inclina por la tesis de la cotitularidad, salvo en el caso de los bienes a los que se refiere el art. 178 c.c., en los que puede excluirse la cotitularidad para no restringir la libertad del cónyuge empresario y para salvaguardar la integridad y la autonomía de su organización; en un sentido similar también Russo, T.V.: *Le vicende estintive della comunione legale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, pp. 20 s., así como Prosperi, F.: *Sulla natura della comunione legale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983, pp. 149 ss. V. también Schlesinger, P.: sub *art. 177-178 c.c.*, en *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (a cura di L. Carraro, G. Oppo e A. Trabucchi), I, 1, Cedam, Padova, 1977, pp. 383 ss. (que, sin embargo, excluye la cotitularidad de los créditos).

31 Así, por ejemplo, en la dirección de la naturaleza crediticia (por lo menos por los bienes de l'art. 178 c.c.) se pone Cass., 20 marzo 2013, n. 6876, que, al precisar que en caso de disolución de la comunidad, el cónyuge de un socio de una *società di persone* tiene derecho a la mitad del valor de la participación del consorte, parece aceptar implícitamente esta solución (también señala este aspecto Falconi, A.: "Società di persone, diritti di credito e comunione legale", *Fam. e dir.*, 2013, p. 670); en el mismo sentido v. Cass. pen., 10 novembre 2010, n. 42182, que declaró legítima la *confisca* de todo el complejo empresarial adquirido en régimen de comunidad legal solamente por el cónyuge empresario luego condenado si la actividad empresarial se sigue ejerciendo incluso después de la disolución de la comunidad, ya que se trata de un bien "strumentale" comprendido en la denominada comunidad *de residuo*; en motivación, la *Cassazione* precisó que, al disolverse la comunidad legal, el cónyuge no empresario sólo tiene derecho a un crédito de carácter personal equivalente a la mitad del valor de los bienes que forman parte de la comunidad *de residuo*; cfr. también Cass., 29 novembre 1986, n. 7060, cit., y Trib. Camerino, 5 agosto 1988, comentada por Parente, F.: "Struttura e natura della comunione residuale nel sistema del codice riformato", *Foro it.,* 1990, I, cc. 2333 ss. Pero en la dirección contraria v. Cass., 9 marzo 2000, n. 2680 y Cass. 14 aprile 2004, n. 7060, según las cuales, en régimen de comunidad legal, el *fallimento* de uno de los conyuges determina la comunidad *de residuo* sobre los bienes destinados *post nuptias* al ejercicio de la empresa sólo con respecto a los bienes que

Sin embargo, el mencionado silencio de los tribunales fue remediado hace unos meses por las Secciones Unidas de la *Corte di Cassazione* italiana. La sentencia Cass. Civ., S.U., 17 de mayo de 2022, n. 15889[32], en efecto, al tratar del destino de los bienes destinados a la actividad empresarial de uno de los cónyuges en el momento de la disolución de la comunidad legal, ha afirmado, con un *iter* argumentativo en su mayor parte aceptable pero al mismo tiempo no del todo exento de ambigüedad, la naturaleza crediticia de la comunidad *de residuo*, cerrando las puertas, al menos por el momento, a diferentes interpretaciones, especialmente en referencia a las hipótesis contempladas en el art. 178 c.c., que, como se ha dicho, constituyeron el objeto del litigio[33].

En particular, la decisión de las S.U., tras repasar las principales líneas doctrinales sobre las que ha fluctuado el debate a lo largo del tiempo, así como los pronunciamientos jurisprudenciales más significativos que se han dictado - aunque de forma parcial y no resolutiva - sobre la materia, recuerda la *ratio* y los objetivos de la comunidad legal, tanto en su globalidad, como específicamente en lo que se refiere al microsistema de la comunidad residual[34], y a continuación ilustra las razones que sustentan la tesis de la naturaleza crediticia de los derechos derivados de la comunidad *de residuo*[35].

Destacan entre ellas las notables observaciones fundadas en los objetivos de la disciplina comunitaria en cuestión, orientada a garantizar un sabio balance entre la necesidad de preservar una esfera de autonomía e independencia para el cónyuge empresario y la de salvaguardar la solidaridad conyugal que debe caracterizar a la comunidad legal, aunque sea en la fase de su disolución. Es un delicado equilibrio que correría el riesgo de romperse bruscamente al adherirse a la tesis "real", según la cual el otro cónyuge, inicialmente ajeno a la actividad empresarial de su

queden tras el cierre del procedimiento. V. también Cass., 16 luglio 2008, n. 19567 y Cass., 3 luglio 2015, n. 13760, sobre las cuales v. nota 50.

32 La sentencia, emitida tras la *ordinanza* de remisión Cass., ord. 19 ottobre 2021, n. 28872, está publicada en numerosas revistas entre las cuales *Riv. not.*, 2022, pp. 201 ss., con nota de Di Tuoro, A.R.: "Il rapporto tra impresa e famiglia nell'ambito del regime patrimoniale e la natura della comunione *de residuo*", en *Notariato*, 2022, pp. 365 ss., con nota adherente a la solución de las S.U. de Sorge, A.C.: "Sulla natura della comunione", cit., así como en *Foro it.*, 2022, I, cc. 2382 ss., con nota también adherente de Grimaldi, R.

33 El principio de derecho enunciado por las S.U. es, de hecho, el siguiente: «nel caso di impresa riconducibile ad uno solo dei coniugi costituita dopo il matrimonio, e ricadente nella cd. comunione de residuo, al momento dello scioglimento della comunione legale, all'altro coniuge spetta un diritto di credito pari al 50% del valore dell'azienda, quale complesso organizzato, determinato al momento della cessazione del regime patrimoniale legale, ed al netto delle eventuali passività esistenti alla medesima data».

34 Se destaca, en particular, la necesidad de salvaguardar una esfera de autonomía conyugal, sin perjudicar el principio de solidaridad que caracteriza el régimen de la comunidad legal (así como, más generalmente, la vida conyugal). V. también *infra*, en el texto.

35 Además de lo que se comentará a continuación, cabe señalar que las S.U. recuerdan la importancia de la protección de los terceros y los problemas que se crearían si se considerara que los bienes, que antes pertenecían íntegramente al empresario, pasaran en el momento de la disolución de la comunidad a pertenecer también a su cónyuge.

consorte, se convertiría en cotitular de la empresa y podría interferir, incluso de forma significativa, en la actividad empresarial de su cónyuge[36].

Por no hablar de que el vínculo entre los cónyuges se reforzaría de manera por así decirlo forzada, precisamente en la fase de disolución de la comunidad, a menudo caracterizada por una importante conflictividad conyugal.

Sin embargo, los mencionados argumentos van ser acompañados por otras observaciones que, junto con el tenor de la sentencia, arrojan una decisión que, en nuestra opinión, es ampliamente compartible, pero que no resuelve plenamente la cuestión que se plantea.

IV. (CONTINUACIÓN) LOS DERECHOS DE LOS CÓNYUGES EN CASO DE DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD LEGAL, ENTRE DERECHOS DE CRÉDITO Y COTITULARIDAD DE BIENES.

La solución a la que ha llegado la jurisprudencia italiana con el citado pronunciamiento de las Secciones Unidas ha sido vista por gran parte de la doctrina como una adhesión total a la tesis de la naturaleza únicamente crediticia de la comunidad *de residuo*, como de hecho puede suponerse de los numerosos pasajes en los que la *Cassazione* expresa la intención de ofrecer un criterio unitario y unívoco para todas las categorías de bienes que forman parte de la comunidad diferida[37].

De hecho, existen numerosos argumentos que nos llevan a pensar que las S.U. en realidad querían cerrar el debate sólo en referencia a los bienes inherentes a la actividad empresarial, dejando abierto un resquicio a otras interpretaciones para los bienes indicados a las letras b) y c) del artículo 177, apartado 1, c.c. [38].

Además, como ya se ha señalado, en este caso las S.U. debían resolver, aunque en el marco del problema de la naturaleza de la comunidad *de residuo* a nivel general, la cuestión más específica de la naturaleza de los bienes del artículo 178 c.c., como se desprende tanto de la decisión *interlocutoria* como de la sentencia

36 V. *punto* 7.3 del pronunciamiento para las demás cuestiones prácticas críticas relacionadas con este problema.

37 En particular, el *punto* 8 de la sentencia, justo antes del principio de derecho, establece que: «la questione oggetto dell'ordinanza di rimessione deve quindi essere decisa optando per la tesi della natura creditizia del diritto nascente dalla comunione de residuo, riconoscendo un diritto di compartecipazione sul piano appunto creditizio, pari alla metà dell'ammontare del denaro o dei frutti oggetto di comunione de residuo, ovvero del controvalore dei beni aziendali e degli eventuali incrementi, al netto delle passività».

38 De hecho, la duda surge fugazmente en Scarano, N.: "La natura della comunione", cit.; *contra* Sorge, A.C.: "Sulla natura della comunione", cit., p. 386, según la cual las S.U. ofrecen una interpretación armoniosa y homogénea de la comunidad *de residuo*.

aquí comentada[39]; de modo que es en este aspecto en el que se centró de hecho todo el pronunciamiento.

Es de suponer que ésta es la razón por la que los argumentos empleados por la *Cassazione* en apoyo de la solución ofrecida se refieren únicamente a los bienes e incrementos de la empresa (*ex* art. 178 c.c.) y a los inconvenientes que se encontrarían al adherirse a la tesis de la naturaleza real, sin que se diga nada sobre los elementos que apoyarían la tesis de la naturaleza crediticia para las otras dos categorías.

Por otra parte, la formulación de las disposiciones sobre la comunidad residual - que, como es sabido, es uno de los principales argumentos aducidos por los defensores de la tesis de la naturaleza real - es analizado por las S.U. sólo con referencia a la redacción del artículo 178 c.c., cuando en cambio las diferencias entre esta norma y la del artículo 177 c.c. es el elemento que bien podría haber justificado soluciones distintas para las dos hipótesis diferentes[40].

En todo caso, si en el pronunciamiento de las Secciones Unidas se pudiera vislumbrar una velada apertura hacia la posición mediana, no debería rechazarse, siempre que se cuide de configurar el criterio reconstructivo de la comunidad residual mediante ciertas aclaraciones y algunos añadidos que permitan una solución eficaz del problema.

A este respecto, hay que tener en cuenta, en primer lugar, un malentendido fundamental que a menudo se percibe en el debate sobre la naturaleza de la comunidad *de residuo*.

En efecto, muchas veces se establece una comparación entre, por un lado, la tesis de la naturaleza real - es decir, la perspectiva según la cual, al disolverse el régimen, se atribuye al otro cónyuge, junto con su consorte, el dominio sobre la cosa objeto de la comunidad residual según el régimen de la comunidad ordinaria (*ex* art. 1100 ss. c.c.) -y, por otro lado, la tesis de la naturaleza crediticia, que, como ya se ha dicho, conlleva el surgimiento de derechos de crédito en la pareja.

En verdad, la contraposición que conviene prever no es tanto la que existe entre los derechos reales y los derechos de crédito, sino la que existe entre un fenómeno de cotitularidad sobre los bienes de la comunidad residual y el de la constitución únicamente de derechos de crédito entre los cónyuges.

39 En particular, en el pronunciamiento de las S.U. se recuerda que la *ordinanza interlocutoria* (Cass., ord. 19 ottobre 2021, n. 28872, cit.) «ha rimesso il ricorso al Primo Presidente in vista della eventuale rimessione alle Sezioni Unite della questione di massima importanza concernente la natura del diritto vantato dal coniuge non titolare dell'azienda sui beni dell'azienda stessa ex art. 178 c.c.».

40 V. *infra*, nel testo.

La aclaración puede parecer a primera vista superflua, pero resulta oportuna y encuentra su fundamento en la misma naturaleza del régimen de comunidad legal.

Es bien sabido, en efecto, que la comunidad legal italiana no es construida por el legislador como una entidad jurídica autónoma[41], sino como un fenómeno de cotitularidad de derechos[42]. Una cotitularidad que, por muchos motivos, difiere de aquella de la comunidad ordinaria, y que debe en cambio considerarse una cotitularidad conjunta y solidaria de ambos cónyuges[43]; esto también sobre la onda de la compartible reconstrucción de la comunidad legal ofrecida hace muchos años por la *Corte Costituzionale* italiana[44] y que, a pesar de algunas resistencias, también ha sido seguida a lo largo de los años por la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione*[45].

Ahora bien, en este escenario, una tesis que identifique el derecho derivado de la comunidad *de residuo* únicamente con un derecho real ha de quedar radicalmente descartada porque dejaría fuera de su ámbito los derechos de crédito de la comunidad residual, es decir, los créditos que uno de los cónyuges tiene a la fecha de disolución de la comunidad frente a terceros en relación con las

41 Entre muchos, v. Auletta, T.: "La comunione legale: oggetto", cit., pp. 219 ss.; v. también Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 74, el cual remarca que «la corrente espressione "beni della comunione" vale semplicemente a indicare i beni comuni dei coniugi, non essendo riscontrabile un centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive»; entre las contribuciones recientes v. Rimini, C.: "Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia: la ridistribuzione della ricchezza fra coniugi e le fragilità del sistema italiano", *Riv. dir. civ.*, 2020, pp. 422 ss., que señala las diferencias que, también a este respecto, existen entre el sistema italiano y otros sistemas europeos (como, por ejemplo, el francés y el español); sobre este tema, v. también Fadda, R.: *I poteri rappresentativi dei coniugi in regime di comunione legale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, pp. 99 ss., Prosperi, F.: *Sulla natura della comunione*, cit., pp. 20 ss., así como Benanti, C.: "Scioglimento della comunione", cit., pp. 1068 ss.

42 Nos referimos, más precisamente, a una cotitularidad *sostanziale* de ambos cónyuges sobre los bienes de la comunidad legal, independientemente de que la titularidad «formale» pueda ser para uno solo de ellos. De hecho, hay quienes consideran que, en lugar de cotitularidad, sería más correcto hablar, por un lado, de titularidad (conjunta o exclusiva) del derecho y, por otro, de legitimación (disjunta o conjunta) para ejercer las facultades que constituyen el contenido de ese derecho. Así, las normas sobre la administración de la comunidad legal servirían para «designare la legittimazione di ciascun coniuge al compimento di atti giuridici sui beni della comunione legale, pur in difetto di titolarità formale su ogni singolo elemento del complesso patrimoniale» (Bruscuglia, L.: "La comunione legale: amministrazione e responsabilità", en AA.VV.: *I rapporti patrimoniali fra coniugi* [a cura di T. Auletta], cit., p. 485).

43 En esta dirección cfr., por ejemplo, Paladini, M.: "La comunione legale come «proprietà solidale»: le conseguenze sistematiche e applicative", *Fam. e dir.*, 2008, pp. 685 ss., así como Russo, T.V.: *Le vicende estintive*, cit., pp. 14 s.

44 V. Corte Cost., 17 marzo 1988, n. 311, comentada también en *Giust. Civ.*, 1988, I, pp. 2482 ss., con nota de Natucci, A.: "Alienazioni immobiliari e annullabilità nella disciplina della comunione legale", donde se aclaró que «dalla disciplina della comunione legale risulta una struttura normativa difficilmente riconducibile alla comunione ordinaria. Questa è una comunione per quote, quella è una comunione senza quote; nell'una le quote sono oggetto di un diritto individuale dei singoli partecipanti (arg. ex art. 2825 cod. civ.) e delimitano il potere di disposizione di ciascuno sulla cosa comune (art. 1103); nell'altra i coniugi non sono individualmente titolari di un diritto di quota, bensì solidalmente titolari, in quanto tali, di un diritto avente per oggetto i beni della comunione (arg. ex art. 189, secondo comma)».

45 V., *ex multis*, Cass., 11 aprile 2002, n. 5191; Cass., 19 marzo 2003, n. 4033; Cass., 7 marzo 2006, n. 4890; Cass., S.U., 24 agosto 2007, n. 17952, cit.; Cass., 9 ottobre 2007, n. 21098; Cass., ord. 25 ottobre 2011, n. 22082; Cass., 24 luglio 2012, n. 12923.

citadas categorías de la comunidad diferida[46]. De hecho, la comunidad *de residuo*, al igual que la comunidad inmediata[47], puede referirse tanto a los derechos reales como a los derechos de crédito[48].

Además, la jurisprudencia que suele citarse en apoyo de la naturaleza real de la comunidad *de residuo* - inherente a la comunidad de una cuenta bancaria que ya está a nombre de uno de los cónyuges y sobre la que se ha transferido los productos de su actividad separata - se refiere a la cotitularidad que se genera sobre la cuenta bancaria tras la disolución de la comunidad, dado que el otro cónyuge, como consecuencia de la comunidad diferida, no adquiere la propiedad del dinero depositado en la cuenta, que pertenece al banco[49], sino una cotitularidad de la relación bancaria, cuyo objeto es, por regla general, el crédito relativo a la devolución de las sumas depositadas en la cuenta[50].

Por lo tanto, es necesario investigar si se puede contemplar un fenómeno de cotitularidad sobre los bienes de la comunidad diferida, tesis que, bien mirado, es ciertamente preferible para los bienes del artículo 177, letr. b) y c), c.c., y no también para los indicados en el artículo 178 c.c.

El tenor literal de las disposiciones sobre la comunidad residual, que, como se ha dicho, las Secciones Unidas han subrayado sólo con referencia al artículo 178 c.c., pivota de nuevo en el sentido aquí indicado.

46 Sobre el hecho de que los derechos de crédito también forman objeto de la comunidad diferida v., aunque con matices diferentes, Oberto, G.: *La comunione legale tra coniugi*, cit., pp. 894 ss., así como Auletta, T.: *Diritto di famiglia*, cit., pp. 108 ss.

47 V. nota 3.

48 De hecho, el perfil de la cotitularidad de los derechos de crédito objeto de la comunidad *de residuo* está bien subrayado por Auletta, T.: *Diritto di famiglia*, cit., pp. 110 s.

49 Cfr. art. 1834 c.c. Como es sabido, es controvertido si el depósito bancario es imputable al *deposito irregolare* o al *mutuo*, pero en todo caso ambas disciplinas se sobreponen en virtud del art. 1782 c.c. (para una profundización de la cuestión v. Campobasso, G.: *Deposito, III - Deposito bancario*, en *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, pp. 2 ss., Criscuolo, F., Mazzotta, S.: "Il deposito bancario", en AA.VV.: *I contratti bancari* (a cura di E. Capobianco), en *Trattato dei contratti* (diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli), Utet giuridica, Torino, 2016, pp. 766 ss., así como Molle, G.: *I contratti bancari*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni), Giuffrè, Milano, 1981, pp. 114 ss., que defiende la calificación del depósito bancario como contrato *sui generis*). En lo que respecta al *conto corrente bancario* v. Guglielmucci, L.: *Deposito bancario*, en *Digesto comm.*, IV, Torino, 1989, p. 261, así como Cavalli, G.: *Conto corrente*, II, *Conto corrente bancario*, en *Enc. Giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, pp. 1 ss.

50 V. en particular Cass., 16 luglio 2008, n. 19567, donde se adfirma que «il saldo attivo di un conto corrente bancario, intestato – in regime di comunione legale dei beni – soltanto ad uno dei coniugi e nel quale siano affluiti proventi dell'attività separata svolta dallo stesso, se ancora sussistente entra a far parte della comunione legale dei beni, ai sensi dell'art. 177, primo comma, lett. c), cod. civ., al momento dello scioglimento della stessa, determinato dalla morte, con la conseguente insorgenza, solo da tale epoca, di una titolarità comune dei coniugi sul predetto saldo; lo scioglimento attribuisce invero al coniuge superstite una contitolarità propria sulla comunione e, attesa la presunzione di parità delle quote, un diritto proprio, e non ereditario, sulla metà dei frutti e dei proventi residui, già esclusivi del coniuge defunto». Cfr. también Cass., 3 luglio 2015, n. 13760, en *Giur. it.*, 2016, pp. 1102 ss., con nota de Piemontese, M.: "Attività bancarie e comunione *de residuo*", que (como señala Cass., S.U., 17 maggio 2022, n. 15889, cit.) no se pronuncia expresamente sobre el tema, sino que se remite a Cass., 23 febbraio 2011, n. 4393; en todo caso, en dicha sentencia se remarca la oposición entre la tesis de la cotitularidad, por un lado, y la tesis de la naturaleza crediticia, por otro.

La diferente redacción de ambas disposiciones hace que, en el primer caso, se prefiere la tesis de la cotitularidad y, en el segundo, la del carácter crediticio[51].

De hecho, el apartado 1 del artículo 177 c.c. comienza afirmando que las cuatro categorías de bienes allí indicadas constituyen el objeto de la comunidad de bienes, incluyendo tanto los bienes de la comunidad inmediata como los de la comunidad *de residuo.*

Si negáramos que la expresión «costituiscono oggetto della comunione» que figura al principio de esta norma determina un fenómeno de cotitularidad de derechos, tendríamos que poner en duda, absurdamente, también el fenómeno de cotitularidad que afecta a los bienes de la comunidad inmediata, es decir, el mecanismo de automaticidad y gratuidad de la coadquisición que caracteriza la comunidad de bienes italiana y sobre el que no parece posible dudar[52].

La intención del legislador, que ha reunido en una sola norma y con una única formulación introductoria todas estas diferentes categorías de bienes, sin ninguna especificación en cuanto a la diferente reconstrucción hermenéutica que debe distinguir las unas de otras, parece así muy clara en el sentido de identificar para todas estas hipótesis un único fenómeno de cotitularidad de derechos.

Lo que hay que destacar, en cambio, es que la mencionada cotitularidad adquirirá matices y connotaciones diferentes según se refiera a la comunidad inmediata o a la comunidad *de residuo.*

En el primer caso, en efecto, la cotitularidad será, como se ha dicho, solidaria, es decir, se referirá a la totalidad del derecho que se adquiera y se regirá por las normas de la comunidad legal, así como por las demás disposiciones que, en función del caso, complementen esta disciplina[53].

Por otra parte, en el caso de la comunidad residual, en la que la cotitularidad se produce en una fase en la que ya no existe la comunidad de bienes, no puede contemplarse la cotitularidad solidaria, ni la aplicación de las normas de

51 Cfr. las reflexiones sobre el punto de Balestra, L.: *Attività d'impresa*, cit., pp. 66 ss. *Contra* pero v., por ejemplo, Benanti, C: "Scioglimento della comunione", cit., pp. 1084 s., según la cual la diferenciación terminológica no es suficiente para establecer una distinción entre los dos casos.

52 Ya en los comentos al proyecto de reforma del derecho de familia leemos que «il regime della comunione (...) importa che i beni acquistati da ciascun coniuge dopo il matrimonio cadano in proprietà comune» (así Bianca, C.M.: "Prospettive di riforma del diritto di famiglia", *Dir. pers. fam.*, 1974, II, p. 1143). Sobre el fenómeno de la coadquisición, véase, también para perspectivas históricas, Oberto, G.: *La comunione legale tra coniugi*, cit., pp. 711 ss.

53 Así, por ejemplo, cuando la cotitularidad de los bienes de la comunidad inmediata se refiere a los derechos de crédito, las normas de la comunidad legal serán integradas por las de las obligaciones solidarias (v. Scola, S.: *I crediti dei coniugi*, cit., pp. 167 ss.).

la comunidad legal, cuya pervivencia tras la disolución del régimen no parece justificada[54].

Por el contrario, se tratará de una cotitularidad por partes, que se regirá por las normas de la comunidad ordinaria en lo que respecta a los derechos reales, y según el régimen de las obligaciones parciarias en lo que respecta a los derechos de crédito, con la consecuencia de que, para esta última categoría, cada cónyuge no tendrá derecho a reclamar la totalidad - como es en el caso, por regla general, de la cotitularidad sobre los bienes de la comunidad inmediata -, sino que sólo podrá reclamar al deudor la parte que le corresponde[55].

La situación, en cambio, es diferente en lo que se refiere a los bienes empresariales del artículo 178 c.c., donde una serie de argumentos, entre los que sigue estando el basado en el tenor literal de dicho precepto, llevan a la conclusión de que para ellos sólo surge una relación obligatoria entre los cónyuges.

De hecho, no parece casual que el legislador haya querido mencionar estos bienes en una norma distinta a la del artículo 177, apartado 1, c.c., utilizando una redacción diferente – o sea que tales bienes «si considerano oggetto della comunione» - que, aunque no sea cristalina, permite ciertamente una interpretación en el sentido de la naturaleza crediticia de los derechos que en ella se contemplan, como también ha sido sabiamente remarcado por las Secciones Unidas[56].

A esto hay que añadir otras notables observaciones.

En primer lugar hay que señalar que, según la interpretación hermenéutica que nos parece más convincente, en el art. 178 c.c. el legislador se refiere a los bienes, individualmente considerados, inherentes a la actividad empresarial - *rectius* a los derechos sobre dichos bienes - y no a la *azienda*[57] en su conjunto, por lo que no debería entrar en juego aquí la aplicación del art. 2560 c.c., una norma que conlleva el riesgo, temido por los partidarios de la tesis crediticia, de que la adhesión a la

54 V. arriba, nota 6.

55 Esto al menos como regla general, según el criterio del art. 1314 c.c. En tema, v., *ex multis*, ya Gangi, C.: *Le obbligazioni*, *Concetto-obbligazioni naturali-solidali-divisibili* e *indivisibili*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 276 ss., Rubino, D.: *Delle obbligazioni*, *Obbligazioni alternative-obbligazioni in solido-obbligazioni divisibili e indivisibili*, en *Commentario del Codice civile* (a cura di A. Scialoja e G. Branca), Zanichelli ed.-Soc. ed. Foro it., Bologna-Roma, 1961, pp. 331 ss., así como, entre los estudios más recientes, D'adda, A.: *Le obbligazioni plurisoggettive*, en *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo* (già diretto da L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, V. Roppo e F. Anelli), Giuffrè, Milano, 2019, pp. 279 ss. Sobre el problema del derecho de crédito de la comunidad *de residuo* y de los derechos de los cónyuges en relación con el mismo, v. Auletta, T.: "La comunione legale: oggetto", cit., pp. 323 s.

56 V. en particular el punto 7.4 de la sentencia.

57 La *azienda* está definida por el Código civil italiano al art. 2555 c.c. como «il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa». De este modo, el legislador italiano valoriza la relación de *strumentalità* que liga estos bienes a la empresa (v. por todos Cian, M.: sub *art. 2555 c.c.*, en *Commentario breve al Codice civile* (a cura di G. Cian), Cedam-Wolters Kluwer, Padova-Milano, 2020, p. 3258.

opinión sobre la naturaleza real de la comunidad de bienes pueda arrastrar al cónyuge no empresario a una responsabilidad empresarial ilimitada[58].

Por lo demás, la ley también revela una elección terminológica que no es casual, si tenemos en cuenta que allí donde el legislador quiso referirse a la *azienda*, lo hizo con una indicación normativa expresa en ese sentido, como se desprende del art. 177, apartado 1, letra d), c.c. y del art. 177, apartado 2, c.c.; por el contrario, el art. 178 c.c. contempla los bienes individuales destinados a la actividad de empresa que, aunque formen parte de la *azienda* considerada en su conjunto, pueden ser objeto de relaciones jurídicas autónomas[59].

Pasando a los argumentos que militan en favor de la naturaleza crediticia de los derechos derivados de la comunidad *de residuo*, cabe mencionar en primer lugar que no hay rastro en las normas del régimen comunitario legal del hecho de que, con la previsión de la comunidad diferida, el legislador quiso contemplar una comunión de empresa - aunque sólo de forma residual - entre los dos cónyuges[60], y puede considerarse al menos probable que, en caso contrario, se hubiera preocupado de regular otros aspectos más específicos en cuanto a las consecuencias jurídicas y a las modalidades concretas de ejercicio de dicha atípica comunión empresarial.

A esto se añade la consideración, tantas veces mencionada, de que si la *ratio* de la comunidad *de residuo* es, efectivamente, preservar una esfera de autonomía para el cónyuge empresario, parece muy incoherente que esta independencia quede completamente anulada al disolverse de la comunidad, para dejar espacio a una cotitularidad con el otro cónyuge[61]. Cotitularidad, además, que a menudo se introduciría en la pareja precisamente en la fase de crisis matrimonial, como la que suele, muchas veces, caracterizar el momento de la disolución de la comunidad. Sin olvidar, por último, la no menos importante consideración de la carga, cuando no la paralización, que dicha cotitularidad podría llevar a la actividad empresarial[62], así como el perjuicio que podría sufrir el patrimonio de la empresa, en contraste con aquellas instancias legislativas que, en cambio, revelan la intención de privilegiar la

58 Cfr. en esta dirección también De Biase, P.: "Comunione *de residuo*", cit., p. 680.

59 De hecho, independientemente de la cuestión de la naturaleza jurídica de la *azienda*, los bienes individuales de la misma no pierden autonomía (sobre este punto ya Ferrari, G.: *Azienda (dir. priv.)*, en *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 698; v. también Cian, M.: sub *art. 2555 c.c.*, cit., p. 3259).

60 Ya se pueden encontrar argumentos en este sentido en los estudios inmediatamente posteriores a la Ley 151 de 19 de mayo de 1975: v., por ejemplo, Schlesinger, P.: sub *art. 178 c.c.*, en *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (a cura di L. Carraro - G. Oppo - A. Trabucchi), I, 1, Cedam, Padova, 1977, pp. 391 s.; cfr. también Finocchiaro, A., Finocchiaro, M.: *Riforma del diritto di famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 519 ss.

61 En definitiva, la *ratio* del art. 178 c.c. es no hacer particularmente gravosa para el cónyuge empresario la actividad empresarial (aspecto también subrayado por Cass., S.U., 17 maggio 2022, n. 15889, cit.; sobre este punto también Sorge A.C.: "Sulla natura della comunione", cit., p. 377).

62 Cfr. por ejemplo Bianca, C.M.: *Diritto Civile*, 2.1, cit., pp. 93 s. que señala las dificultades inherentes a la cotitularidad de los bienes *aziendali*, entre las que se encuentra la imposibilidad, según el art. 1112 c.c., de solicitar la división porque pondría fin al uso al que están destinados.

integridad de la empresa sobre el interés de otras partes en la obtención de la cotitularidad[63].

También desde esta perspectiva, parece por tanto evidente que la razón de ser de la comunidad *de residuo* es - con miras al reequilibrio patrimonial - permitir al cónyuge no titular compartir parte de las fortunas adquiridas y no consumidas por el consorte durante el régimen, y no imponer a la pareja una co-gestión diferida de la empresa.

En cuanto a la comunidad residual de los incrementos de la empresa, la solución de la naturaleza crediticia parece verdaderamente obligada, ya que la referencia al concepto de «incremento» se refiere al mayor valor que tiene la empresa en el momento de la disolución de la comunidad respecto al momento de su constitución[64], es decir, una diferencia de valor en aumento; concepto que excluye *ab origine* cualquier forma de cotitularidad[65].

Aquí, pues, una vez más, se vuelve, por los derechos inherentes a la empresa del cónyuge, a tomar partido por una comunidad residual en forma únicamente de relación obligatoria entre los cónyuges, que dejará intangible la empresa del esposo empresario, salvaguardando al mismo tiempo los derechos de su consorte que son manifestación de los rasgos solidaristas propios del régimen conyugal legal.

V. CONCLUSIÓN.

Las observaciones anteriores han tratado de poner de manifiesto algunas de las hipótesis en las que se crean posiciones crediticias para los cónyuges en la comunidad legal italiana, tanto durante la vigencia del régimen como en el momento de su disolución.

En particular, el marco irregular de las normas sobre la comunidad *de residuo* y la escasa y poco clara disciplina que entre ellas se establece, dan como resultado un sistema que sigue siendo profundamente incierto en su aplicación, a pesar de los recientes esfuerzos reconstructivos de la jurisprudencia que, sin embargo, todavía parecen parciales y no del todo resolutivos.

63 La referencia es al art. 768 *bis* c.c. en tema de *patto di famiglia* (que también menciona Cass., S.U., 17 maggio 2022, n. 15889, cit.; en doctrina v. Auletta, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 111).

64 V. Auletta, T.: "La comunione legale: oggetto", cit., p. 314; sobre la cuestión también De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, cit., p. 467, y Benanti, C.: "Scioglimento della comunione", cit., pp. 1095 ss.

65 A esto hay que añadir la observación de que no sería nada fácil para los incrementos determinar los "bienes" objeto de cotitularidad. Son probablemente estas dificultades las que llevan a algunos partidarios de la tesis de la naturaleza "real" (*rectius*, de la cotitularidad) a admitir una excepción a favor de la tesis crediticia precisamente para los incrementos: así por ejemplo De Biase, P.: "Comunione *de residuo*", cit., p. 692.

Estos son probablemente, junto a otros, los núcleos aún no resueltos que están en la base de las conocidas críticas que caracterizan al régimen de comunidad legal en el ordenamiento jurídico italiano y que - hay que reconocerlo - han contribuido a determinar su progresivo abandono por parte de las parejas italianas en favor del régimen más nítido de la separación de bienes[66].

66 V. también sobre este punto Rimini, C.: "Assegno divorzile e regime patrimoniale", cit., pp. 438 s.

BIBLIOGRAFÍA.

Alleva, F.: "La natura giuridica dei proventi dell'attività separata dei coniugi in comunione legale e l'interazione di tale regime patrimoniale con la disciplina delle partecipazioni azionarie", *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, pp. 628 ss.

Auletta, T.: "La comunione legale: oggetto", en AA.VV.: *I rapporti patrimoniali fra coniugi*, III (a cura di T. Auletta), en *Il diritto di famiglia*, IV, *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), Giappichelli, Torino, 2011, pp. 203 ss.

Auletta, T.: *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2022.

Balestra, L.: *Attività d'impresa e rapporti familiari*, Cedam, Padova, 2009.

Barbiera, L.: "Oggetto della comunione *de residuo* e onere della prova", *Corr. giur.*, 1997, pp. 36 ss.

Benanti, C.: "Beni destinati all'esercizio dell'impresa di un coniuge in comunione dei beni e strumenti di tutela dei terzi", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, pp. 1379 ss.

Benanti, C.: "Scioglimento della comunione legale e operatività della comunione differita", *Familia*, 2005, I, pp. 1063 ss.

Bianca, C.M.: "Prospettive di riforma del diritto di famiglia", *Dir. pers. fam.*, 1974, II, pp. 1139 ss.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2017.

Boele-Woelki, K., Ferrand, F., González-Beilfuss, C., Jänterä-Jareborg, M., Lowe, N., Martiny, D., Pintens, W.: *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Cambridge, 2013.

Bruscuglia, L.: "La comunione legale: amministrazione e responsabilità", en AA.VV.: *I rapporti patrimoniali fra coniugi*, III (a cura di T. Auletta), en *Il diritto di famiglia*, IV, *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), Giappichelli, Torino, 2011, pp. 481 ss.

Busnelli, F.D.: "Linee di tendenza della dottrina nei primi anni di applicazione della riforma del diritto di famiglia" (Estratto), en AA.VV.: *Studi per Lorenzo Campagna*, *Vol. I - Scritti di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 87 ss.

Campobasso, G.: *Deposito, III - Deposito bancario*, en *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, pp. 1 ss.

Carlini, G.: "Non è sindacabile il fine dell'atto dispositivo del coniuge titolare dei proventi di attività separata che li consumi prima dello scioglimento della comunione", *Riv. not.*, 2007, II, pp. 156 ss.

Cavalli, G.: *Conto corrente*, II, *Conto corrente bancario*, en *Enc. Giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, pp. 1 ss.

Cerdonio Chiaromonte, G.: "Beni della professione e beni dell'impresa nel regime di comunione legale: alla ricerca di uno spazio residuo per un'anacronistica differenza", *Riv. dir. civ.*, 2012, I, pp. 565 ss.

Cian, G., Villani, A.: "La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)", *Riv. dir. civ.*, 1980, I, pp. 337 ss.

Cian, M.: sub *art. 2555 c.c.*, en *Commentario breve al Codice civile* (a cura di G. Cian), Cedam-Wolters Kluwer, Padova-Milano, 2020, pp. 3258 ss.

Cipriani, N.: "I proventi dell'attività separata dei coniugi tra comunione immediata e comunione *de residuo*", *Giur. It.*, 1998, pp. 907 ss.

Cornu, G.: *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1997.

Criscuolo, F., Mazzotta, S.: "Il deposito bancario", en A.A.V.V.: *I contratti bancari* (a cura di E. Capobianco), en *Trattato dei contratti* (diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli), Utet giuridica, Torino, 2016, pp. 761 ss.

D'adda, A.: *Le obbligazioni plurisoggettive*, en *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo* (già diretto da L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, V. Roppo e F. Anelli), Giuffrè, Milano, 2019.

De Biase, P.: "Comunione *de residuo* sui beni d'impresa: una situazione giuridica variabile", *Dir. fam. pers.*, 2013, pp. 676 ss.

De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, Giuffrè, Milano,1995.

Detti, M.: "Impresa ed azienda nella comunione legale dei coniugi e impresa familiare", *Riv. not.*, 1975, I, pp. 775 ss.

Detti, M.: "Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi", *Riv. not.*, 1976, I, pp. 1155 ss.

Di Tuoro, A.R.: "Il rapporto tra impresa e famiglia nell'ambito del regime patrimoniale e la natura della comunione *de residuo*", *Riv. not.*, 2022, pp. 218 ss.

Dogliotti, M.: "L'oggetto della comunione legale tra coniugi: beni in comunione *de residuo* e beni personali", *Fam. e dir.*, 1996, pp. 384 ss.

Donato, A.: "Titolarità dei proventi dell'attività lavorativa separata dei coniugi, accantonati su conto corrente bancario cointestato", *Fam. pers. succ.*, 2010, pp. 426 ss.

Fadda, R.: *I poteri rappresentativi dei coniugi in regime di comunione legale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.

Falconi, A.: "Società di persone, diritti di credito e comunione legale", *Fam. e dir.*, 2013, pp. 660 ss.

Ferrari, G.: *Azienda (dir. priv.)*, en *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 680 ss.

Figone, A.: "Sulla natura della comunione *de residuo* la parola alle Sezioni Unite", *Ilfamiliarista.it*, f. 16 diciembre 2021.

Finelli, W.: "Un atteso *revirement* della Cassazione: i diritti di credito ricadono nella comunione legale degli acquisti *ex* art. 177, comma 1, lett. a) c.c.", *Corr. giur.*, 2008, pp. 960 ss.

Finocchiaro, A., Finocchiaro, M.: *Riforma del diritto di famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 1975.

Gangi, C.: *Le obbligazioni, Concetto-obbligazioni naturali-solidali-divisibili e indivisibili*, Giuffrè, Milano, 1951.

Gioia, G.: "Titolarità delle azioni tra fiducia germanistica e comunione legale", *Corr. giur.*, 1998, pp. 68 ss.

González Beilfuss, C.: *Property relationship between spouses-Spain*, 2008, p. 10 ss., publicado en el sitio web de la *Commission on European Family Law* (www.ceflonline.net).

Gorgoni, A.: "Acquisti con denaro personale, alienazione e tutela del coniuge in comunione legale", *Obbl. e contr.*, 2010, pp. 836 ss.

Gorgoni, A.: "Il rifiuto del coacquisto e l'estromissione dalla comunione legale", *Obbl. e contr.*, 2010, pp. 739 ss.

Gorini, M.: "Diritti di credito e comunione legale", *Fam. pers. succ.*, 2008, pp. 596 ss.

Grimaldi, R.: *Nota a Cass. Civ., S.U., 17 maggio 2022, n. 15889*, *Foro it.*, 2022, I, cc. 2398 ss.

Guglielmucci, L.: *Deposito bancario*, en *Digesto comm.*, IV, Torino, 1989, pp. 255 ss.

Jannarelli, A.: "Destinazione dei beni e pubblicità nella comunione «de residuo» ex art. 178 c.c.", *Foro it.*, 1987, I, cc. 810 ss.

Jannarelli, A.: "Impresa e società nel nuovo diritto di famiglia", *Foro it.*, 1977, V, cc. 264 ss.

Leone, L.: "Regime patrimoniale della famiglia: comunione *de residuo*, acquisto di partecipazioni sociali con redditi di lavoro di uno dei coniugi, esercizio del diritto di opzione e proprietà dei titoli azionari gestiti da società fiduciarie, *Dir. fam. pers.*, 1999, pp. 537 ss.

Maresca, A.: "Aspetti laburistici del nuovo diritto di famiglia", *Foro It.*, 1976, V, cc. 158 ss.

Mastropaolo, F., Pitter, P.: sub *art. 191 c.c.*, en *Commentario al diritto italiano della famiglia* (diretto da G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi), III, Cedam, Padova, 1992, pp. 285 ss.

Mazeaud, H.: *La communauté réduite au bon vouloir des époux. Réflexion sur le nouveau projet de loi portant réforme des régimes matrimoniaux*, Paris, 1965.

Molle, G.: *I contratti bancari*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni), Giuffrè, Milano, 1981.

Natucci, A.: "Alienazioni immobiliari e annullabilità nella disciplina della comunione legale", *Giust. Civ.*, 1988, I, pp. 2482 ss.

Oberto, G.: "Comunione *de residuo* e tutela della parte debole: la Cassazione abbandona la teoria del «coniuge virtuoso»", *Corr. giur.*, 2006, pp. 813 ss.

Oberto, G.: *La comunione legale tra coniugi*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2010.

Paladini, M.: "La comunione legale come «proprietà solidale»: le conseguenze sistematiche e applicative", *Fam. e dir.*, 2008, pp. 685 ss.

Paladini, M.: "Una ricostruzione alternativa all'illogica distinzione tra beni aziendali e beni professionali nel regime di comunione legale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, pp. 936 ss.

Parente, F.: "Struttura e natura della comunione residuale nel sistema del codice riformato", *Foro it.,* 1990, I, cc. 2333 ss.

Piemontese, M.: "Attività bancarie e comunione *de residuo*", *Giur. it.*, 2016, pp. 1104 ss.

Prosperi, F.: *Sulla natura della comunione legale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983.

Quadri, E.: "Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi", *Giur. it.*, 1997, pp. 229 ss.

Restuccia, A.: "I beni destinati all'esercizio dell'impresa della comunione *de residuo* nella disposizione dell'art. 178 c.c.", *Riv. not.*, 2007, I, pp. 857 ss.

Rimini, C.: "Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia: la ridistribuzione della ricchezza fra coniugi e le fragilità del sistema italiano", *Riv. dir. civ.*, 2020, pp. 422 ss.

Rimini, C.: "Cadono in comunione i diritti di credito acquistati durante il matrimonio?", *Fam. e dir.*, 2008, pp. 8 ss.

Rimini, C.: "Comunione legale fra coniugi e partecipazioni sociali", *Familia*, 2005, pp. 673 ss.

Rimini, C.: sub *art. 177 c.c.*, en *Commentario breve al diritto della famiglia* (diretto da A. Zaccaria), Cedam-Wolters Kluwer, Padova-Milano, 2020, pp. 464 ss.

Rubino, D.: *Delle obbligazioni*, *Obbligazioni alternative-obbligazioni in solido-obbligazioni divisibili e indivisibili*, en *Commentario del Codice civile* (a cura di A. Scialoja e G. Branca), Zanichelli ed.-Soc. ed. Foro it., Bologna-Roma, 1961.

Ruotolo, A.: "Comunione legale e proventi dell'attività separata dei coniugi", *Riv. not.*, 1999, pp. 670 ss.

Russo, T.V.: *Le vicende estintive della comunione legale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004.

Scarano, L. A.: *Nota a Cass. Civ., Sez. I, 9 ottobre 2007, n. 21098*, *Fam. pers. succ.*, 2008, pp. 69 ss.

Scarano, N.: "La natura della comunione *de residuo ex* art. 178 c.c.", *GiustiziaCivile.com*, 22 agosto 2022.

Schlesinger, P.: sub *art. 177-178 c.c.*, en *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (a cura di L. Carraro, G. Oppo e A. Trabucchi), I, 1, Cedam, Padova, 1977, pp. 368 ss.

Schlesinger, P.: "Comunione *de residuo* e onere della prova circa la sussistenza o meno di redditi di un coniuge «non consumati»", *Fam. e dir.*, 1996, pp. 515 ss.

Scola, S.: *I crediti dei coniugi nella teoria degli acquisti in comunione legale. Regole e confini applicativi di un generale principio di inclusione «selettiva»*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

Scola, S.: "Scioglimento della comunione legale, conti bancari cointestati e investimenti dei coniugi: il sottile confine tra «acquisto» di nuovi beni e «conservazione» di beni già acquisiti", *Dir. Civ. Cont.*, 22 febbraio 2016.

Scotti, R.: "Comunione legale e titoli di credito", *Notariato*, 2008, pp. 148 ss.

Scozzoli, C.: "Comunione legale tra coniugi e regime dei beni acquistati con i proventi separati", *Notariato*, 1998, pp. 317 ss.

Sorge, A.C.: "Sulla natura della comunione *de residuo*", *Notariato*, 2022, pp. 375 ss.

Spitali, E.: "L'oggetto della comunione legale", en AA.VV.: *Regime patrimoniale della famiglia* (a cura di F. Anelli e M. Sesta), en *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), Vol. III, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 113 ss.

Tanzi, M.: "Beni destinati all'esercizio dell'impresa del coniuge in regime di comunione legale", en AA.VV.: *La comunione legale* (a cura di C.M. Bianca), Giuffrè, Milano, 1989, pp. 277 ss.

Trerotola, E.: "Comunione legale e parte contrattuale. Spunti critici. La posizione del coniuge non agente co-acquirente rispetto all'atto stipulato dal consorte (art. 177, lett. a, c.c.)", *Jus civile*, 2021, pp. 493 ss.

Troiano, S.: "I proventi dell'attività separata nell'alternativa tra libera disponibilità e destinazione ai bisogni della famiglia", *Familia*, 2001, pp. 355 ss.

ACUERDOS PRENUPCIALES

PRENUPTIAL AGREEMENTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1724-1751

Simona
SCUDERI

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il lavoro propone una riflessione sul tema degli accordi prematrimoniali che, negli ultimi tempi, è tornato al centro del dibattito giuridico alla luce del mutato contesto culturale e dottrinale del diritto di famiglia. La forte tensione dialettica tra i modelli giuridici tradizionali e la nuova realtà sociale ha suscitato nuove riflessioni da parte della dottrina nella prospettiva di un adeguamento ai principi del diritto europeo. Tuttavia, la giurisprudenza mantiene un retaggio storico non al passo con le nuove esigenze e il mutato approccio in ordine all'ammissibilità degli accordi conclusi dai coniugi in sede di separazione o di divorzio, anche se, negli ultimi decenni, la Corte di legittimità ha manifestato un'apertura sul riconoscimento di una maggiore autonomia dei coniugi.

PALABRAS CLAVE: Accordi prematrimoniali; autonomia dei coniugi all'interno della famiglia; diritti e doveri dei coniugi derivanti dal matrimonio; separazione dei coniugi; divorzio; rinuncia all'assegno di mantenimento.

ABSTRACT: *The work proposes a reflection on the theme of prenuptial agreements that, in recent times, has returned to the center of the legal debate in the light of the change in the cultural and doctrinal context of family law. The strong dialectical tension between traditional legal models and the new social reality has given rise to new reflections on the part of the doctrine with a view to adapting to the principles of European law. However, the jurisprudence maintains a historical legacy that is not in tune with the new needs and the change of approach on the admissibility of agreements concluded by spouses in the phase of separation or divorce, even if, in recent decades, the Supreme Court has shown an openness in the recognition of greater autonomy of the spouses.*

KEY WORDS: *Prenuptial agreements; autonomy of spouses within the family; rights and obligations arising from marriage; separation of spouses divorce; waiver of alimony.*

SUMARIO.- I. PREMESSA - II. I PRENUPTIAL AGREEMENTS: CENNI DI DIRITTO COMPARATO.- III. LA "PRIVATIZZAZIONE" DELLA DISCIPLINA DEI RAPPORTI DI FAMIGLIA - IV. GLI ACCORDI TRA I CONIUGI IN VISTA DELLA CRISI MATRIMONIALE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO - V. LE QUESTIONI SUGLI ACCORDI PREMATRIMONIALI: POSIZIONI DELLA DOTTRINA E DELLA GIURISPRUDENZA A CONFRONTO - VI. CONCLUSIONI

I. PREMESSA.

Gli accordi prematrimoniali stipulati in previsione dell'eventuale fallimento del matrimonio, rientrano nella più ampia categoria dei *prenuptial agreements*[1], ai quali, nei paesi di *common law* – ma ormai sempre più frequentemente anche nei paesi di *civil law* –, i *partners* ricorrono per stabilire le condizioni di un'eventuale crisi coniugale, al fine di regolamentare autonomamente i propri rapporti, sia sul piano personale che patrimoniale, dopo la separazione.

Nell'ordinamento italiano, la diffidenza da parte del mondo giuridico all'ingresso dei patti in vista della crisi del matrimonio[2], è ancorata ad una serie di ragioni di ordine storico – che si intrecciano con aspetti di natura sociologica – e, altresì, di carattere sistematico.

Il repentino passaggio da una concezione istituzionale-pubblicistica della famiglia ad uno schema familiare basato sull'accordo, ha sollevato tra gli studiosi

1 Per una compiuta ed esaustiva analisi sul tema degli accordi prematrimoniali nei paesi di *common law* e di *civil law,* cfr. Oberto G.: "I prenuptial agreements in contemplation of divorce e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale", *Rivista di diritto civile*, 1999, n. 2, pp.220 ss.; Las Casas, A.: "Accordi prematrimoniali, status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica", *I contratti*, 2013, n. 10; Fusaro A.: "La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio", in AA.VV.: *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari* (a cura di S. Landini e M. Palazzo), Giuffrè, Milano, 2018, 7 ss.

2 Senza pretesa di esaustività, per gli studi condotti sul tema, si rinvia a Oberto, G.: "Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale", *Famiglia e diritto*, 2012, pp. 69 ss.; Centrale rilievo, riveste la trattazione di Oberto, G.: *I contratti della crisi coniugale*, Vol. I e Vol. II, Giuffrè, Milano, 1999; Barba V.: "Patti matrimoniali in previsione della crisi", in AA.VV.: *Quale diritto di famiglia per la società del XX secolo* (a cura di U. Salanitro), *Quaderni di familia* (diretti da S. Patti), Pisa, Pacini, 2020, n. 8, pp.151 ss.; Palazzo, M.:, "Contratti in vista del divorzio e assegno prematrimoniale", in AA.VV.: *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, (a cura di M. Palazzo, S. Landini), Giuffrè, Milano, 2018, pp. 255 ss.; Gorgoni, A.: "Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti", *Persona e Mercato*, 2018, n. 4, pp. 256 ss.; Rimini, C.: "I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari", *Studi in onore di Giorgio De Nova*, tomo IV, Milano 2015, pp. 2590 ss.; De Vellis, A., Tagliaferri V.: *I patti prematrimoniali*, Giuffrè, Milano, 2015; Amagliani, R.: "Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità", *I contratti*, 2014, n. 6, pp. 582; Russo, T.: "Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia", *Rassegna di Diritto civile*, 2014, n. 2, pp. 459 ss.; Auletta, T.: "Gli accordi sulla crisi coniugale", *Familia*, 2003, n. 1, pp. 45-66; Quadri, E.: "Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare", *Familia*, 2005, n. 1, pp. 1 ss.;

• Simona Scuderi
Assegnista di ricerca SSD IUS/01 -discipline privatistiche-, Università degli Studi di Messina. E-mail: simona.scuderi@unime.it

notevoli perplessità e resistenze nei confronti del nuovo modello di famiglia che si è andato delineando all'alba dell'entrata in vigore della riforma del '75 e della legge sul divorzio.

L'ingresso di forme contrattuali nelle trame dei rapporti familiari ha sovvertito il sistema e ha snaturato l'idea del matrimonio fino ad allora sostenuta e difesa, quale strumento posto a garanzia dell'unità e della stabilità familiare, impostato su regole predeterminate dal legislatore e inderogabili (si pensi alle condizioni per le quali era possibile addivenire allo scioglimento del matrimonio o alle previsioni in tema di regime patrimoniale), per giungere ad un nuovo modello di matrimonio "personalizzato" dai coniugi[3], di cui gli accordi prematrimoniali ne rappresentano la massima espressione.

Peraltro, sotto un profilo strettamente sociologico, nella morale collettiva, sul retaggio della concezione cattolica, non è mai stata accolta l'idea di ricondurre alla categoria contrattuale un istituto, quale il matrimonio, che si compone di legami affettivi e sentimentali, sebbene poi sia volto anche a definire aspetti di carattere economico[4].

Sul piano normativo, l'istituto non trova una facile collocazione nel sistema proprio a causa della continua tensione dialettica tra carattere pubblicistico e privatistico delle regole sulla famiglia che neanche il legislatore, nonostante gli svariati interventi normativi, è riuscito ad attenuare. Tale circostanza ha rappresentato, almeno in una fase iniziale, la giustificazione della contrarietà della dottrina maggioritaria ad ammettere la validità degli accordi prematrimoniali. Le argomentazioni a sostegno di tale affermazione si fondano sull'operatività dell'art. 160 c.c. anche nella fase patologica del rapporto di coniugio, che sancisce l'inderogabilità dei diritti e dei doveri riconosciuti dalla legge per effetto del matrimonio posti a presidio del principio di uguaglianza tra i coniugi e del valore di solidarietà familiare[5]. Tale disposizione si è posta al centro del dibattito sugli accordi prematrimoniali e ha rappresentato lo strumento più forte per osteggiare lo sconfinamento dell'autodeterminazione dei coniugi oltre i limiti posti a garanzia

3 Sul tema, cfr. Scalisi, V.: "Concorso e rapporto nella teoria del matrimonio civile", *Rivista di Diritto civile*, 1990, n.1, pp. 155 ss.; Amadio, G.: "Teoria del negozio e interessi non patrimoniali", *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, pp. 27 ss.; Paradiso, M.: *I rapporti personali tra i coniugi*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 209 ss.

4 È stato osservato, al riguardo, che il matrimonio continua a rivestire il valore di "istituzione" e che sul piano sociale non si sradica la concezione che riconduce la famiglia al luogo in cui «si forma il senso fondamentale dell'esistenza per ciascun essere umano». In tal senso, v. Rescigno, P.: "Diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma", *Rivista di Diritto civile*, 1998, fasc. I, pp. 109 ss.; Bivona, E.: "Libertà e responsabilità dei coniugi negli accordi personali", *Rivista di Diritto civile*, 2020, n. 4, pp. 848 ss.; Quadri, E.: "Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare", cit., pp. 8 ss.

5 Doria, G.: *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione e del divorzio*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 70 ss.; di contrario avviso, Tommasini, R.: "I rapporti personali tra i coniugi", in AA.VV.: *Famiglia e matrimonio*, (a cura di T. Auletta), *Trattato Bessone*, IV, *Il diritto di famiglia*, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 466 ss.

dell'unità familiare. La norma, infatti, stride fortemente con qualsiasi forma di contrattazione che si inserisca nel contesto familiare e che abbia ad oggetto la negoziazione e la rimodulazione dei valori portanti della famiglia, che, a prescindere dall'evoluzione sociale e dalla maggiore libertà riconosciuta ai coniugi, non poteva – e, a dir vero, non può – diventare terreno per il perseguimento di scopi egoistici e individuali dei suoi membri[6].

Se da una parte l'ingresso dello strumento negoziale nelle trame familiari ha agevolato l'autonomia contrattuale dei coniugi nelle scelte successive alla decisione di separarsi, è anche vero che, come è stato osservato in dottrina, procedendo per questa via, si corre inevitabilmente il rischio che le condizioni della separazione si cristallizzino in un'intesa frutto di una vera e propria trattativa privata[7]. Proprio con riguardo a tale aspetto, sorge spontaneo chiedersi fino a che punto la famiglia possa essere "costretta" all'interno della materia contrattuale.

II. I PRENUNPTIAL AGREEMENTS: CENNI DI DIRITTO COMPARATO.

In virtù della forte interdipendenza tra il diritto di famiglia e il contesto sociale e culturale nell'ambito del quale le regole si applicano, l'evoluzione degli istituti giuridici ha risvolti differenti negli ordinamenti dei diversi paesi di *common law* e *civil law*.

L'ingresso dei *prenuptial agreements* è avvenuto per la prima volta intorno agli anni '70 negli Stati Uniti, ove sul formante dottrinale e giurisprudenziale veniva riconosciuto valore giuridico agli accordi aventi ad oggetto la regolamentazione di un'eventuale separazione[8], considerati un valido strumento di tutela degli interessi patrimoniali ed economici dei coniugi.

Com'è noto, sebbene con alcune differenze, negli Stati Federali vige un'impostazione liberale dei rapporti privatistici e già da tempo, si era manifestata una notevole attenzione verso forme di autonomia dei coniugi nel contesto

6 Bivona, E.: "Libertà e responsabilità dei coniugi negli accordi personali", cit., p. 5. L'art. 160 c.c. si riferisce, infatti, ai doveri di contribuzione di ci agli artt. 143 c.c. e 148 c.c. che non possono essere assoggettati alla libera disponibilità dei coniugi né, tantomeno, oggetto di rinunzia. In tal senso, v. in dottrina, Santosuosso, F.: *Delle persone e della famiglia, il regime patrimoniale della famiglia,* Utet, Torino, 1983, pp. 46 ss.; Finocchiaro, M.: *Diritto di Famiglia*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 722 ss.; Sacco, R.: "Sub Art. 60", in AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia*" (a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi), Vol. III, Cedam, Padova, 1992, pp. 15 ss.; Patti, S.: "Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata", *Familia*, 2002, pp. 289 ss.

7 Anelli, F.: "Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale", *Studi in onore di Pietro Rescigno*, *Il Diritto Privato*, tomo I, *Persone, famiglia, successioni e proprietà*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 20 ss.

8 Originariamente erano considerati invalidi dalla giurisprudenza ma negli anni '70 hanno iniziato ad essere riconosciuti dalle Corti a seguito dell'introduzione nei diversi stati del *no-faul divorce* che ha consentito lo scioglimento consensuale del matrimonio. Per una ricostruzione storica e comparatistica, cfr. Ventura, L.: "Gli accordi prematrimoniali, tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale, all'esame della *feminist relational contract theory*", *Contratto e impresa*, 2022, n. 1, pp. 321 ss.; Maietta, A.: "Accordi prematrimoniali, contratti di convivenza e diritti delle parti. L'ordinamento italiano e gli ordinamenti stranieri a confronto: certezze e dubbi", *Comparazione e diritto civile*, 2019, n. 2, pp. 2 ss.

familiare, considerato anche il fatto che dalla fine del XIX secolo il matrimonio veniva ricondotto nell'ambito delle discipline privatistiche e configurato quale *civil contract* [9].

Anche in Australia, negli stessi anni, i *prenuptial agreements* venivano pienamente riconosciuti a seguito dell'introduzione del divorzio avvenuta con la *Family Law Act* del 1975[10].

Nell'ordinamento inglese, per lungo tempo invece, gli accordi prematrimoniali sono stati ritenuti inefficaci sul piano giuridico poiché si ravvisava la contrarietà al *public policy* di patti che potessero da una parte incentivare i coniugi al divorzio e, peraltro, privare le corti della competenza -esclusiva- nella definizione dei rapporti patrimoniali dei coniugi dopo la separazione. Il pieno riconoscimento della validità dei *prenuptial agreements in Inghilterra* è avvenuto con una decisione della Corte Suprema del 2010 che ne ha ammesso la validità sul presupposto che vengano conclusi liberamente da entrambe le parti e con piena consapevolezza dei loro effetti giuridici.

In Germania l'autonomia privata gode di ampi spazi in materia familiare. I coniugi, infatti, possono decidere sulla regolamentazione dei propri rapporti dopo lo scioglimento del matrimonio, e dispongono liberamente – questo è il profilo più interessante – del diritto all'assegno di divorzio, del diritto a rinunziare alla liquidazione delle aspettative pensionistiche e possono scegliere di variare l'importo del mantenimento allorché si verifichino sopravvenienze di carattere economico[11].

In Catalogna, è il *Codigo civil de Cataluna* che contempla espressamente gli accordi prematrimoniali, prevedendo uno specifico assetto normativo per i patti con i quali regolamentare lo scioglimento del rapporto coniugale[12]. In particolare, agli artt. 231-20 il legislatore prevede che tali accordi possano essere stipulati sia durante il matrimonio che nella fase precedente alla sua celebrazione. In quest'ultimo caso, tuttavia, impone alle parti che la stipulazione avvenga almeno 30 giorni prima della celebrazione per scongiurare il rischio che il consenso di uno dei coniugi possa essere il frutto di una scelta affrettata e poco meditata. Inoltre, il matrimonio, se preceduto dall'accordo prematrimoniale, deve essere celebrato entro un anno dalla stipulazione, pena l'inefficacia della stessa. È agevole rilevare

9 Jesser, O.: "Gli accordi prematrimoniali negli ordinamenti di *common law*", *www.corsodirittofamiglia.itIcontributi.btml*, 2006, pp. 3 ss.; Al Mureden, E.: "I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano, *Famiglia e diritto*, 2005, n. 5, pp. 552 ss.

10 Bivona, E.: "Libertà e responsabilità dei coniugi negli accordi personali", cit. pp. 3 ss.

11 Fusaro, A.: "I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparatistica", *Diritto privato europeo*, Padova, 2006, pp. 53 ss.

12 Per un'analisi approfondita, cfr. Garcia Rubio, M. P.: "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en Código civil", *ADC*, 2003, pp. 1653 ss.

come l'ordinamento della Catalogna abbia recepito la rilevanza giuridica e i vantaggi degli accordi prematrimoniali, senza rinunciare, al contempo, a predisporre una disciplina sul piano normativo per apprestare in ogni caso, adeguata tutela in una materia ove, sebbene non si possa negare la libertà decisionale dei coniugi, si configura l'esigenza di tutela e, soprattutto la necessità di individuare degli argini all'autonomia privata.

Nell'ordinamento francese, invece, vige una situazione più simile a quella che si configura in Italia. L'art. 232 del *Code Civil*, infatti, prevede che il giudice possa negare l'omologazione di un accordo nel caso in cui ritenga che le disposizioni in esso contenute non offrano adeguata tutela a uno dei coniugi. Sembra, quindi, che le parti non possano scegliere liberamente di regolare l'*an* o il *quantum* di prestazioni post-divorzili, sebbene godano di un'ampia autonomia nel regolamentare i rapporti patrimoniali nel contesto familiare e di definire, per esempio, in ordine ai trasferimenti patrimoniali in caso di divorzio[13].

Alla luce delle brevi osservazioni sul fronte comparatistico, appare evidente come nei paesi in cui gli accordi hanno trovato ingresso, la tradizionale impostazione della famiglia sia stata di gran lunga superata così come anche gli argomenti relativi al principio dell'ordine pubblico sono stati scardinati dalla nuova visione del diritto di famiglia che, innegabilmente, ha subito una notevole trasformazione con l'introduzione del divorzio con il quale si è passati dalla concezione sacrale del matrimonio – che per tale ragione era considerato indissolubile – ad una visione quasi opposta, considerato che, alla luce dell'analisi svolta, sembrerebbe assumere i connotati della fattispecie contrattuale.

III. LA "PRIVATIZZAZIONE" DELLA DISCIPLINA DEI RAPPORTI DI FAMIGLIA.

"La famiglia è come un'isola che il mare del diritto può solo lambire"[14]. Le parole del celebre giurista esprimono, in una sintesi perfetta, il rapporto tra il diritto e l'istituzione della famiglia che, da sempre, cammina sul filo del rasoio in una permanente tensione tra l'esigenza di garantire la saldezza dell'istituto familiare e l'irrinunciabilità della libertà della persona[15].

13 La riforma introdotta dalla legge del 26 maggio 2004, n. 439, entrata in vigore nell'anno 2005 ha autorizzato i coniugi a concludere convenzioni per regolamentare tutti gli aspetti del divorzio. Tuttavia, l'intesa deve essere negoziata al momento dell'istanza di divorzio e deve comunque essere sottoposta al vaglio del giudice.

14 Ancora attuale è l'espressione è di Jemolo, C. A.: *La famiglia e il diritto*, Giuffrè, Milano, 1949.

15 Anelli, F.: "Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale", cit., pp. 15 ss. Con riguardo al dibattito sul principio di eguaglianza dei coniugi introdotto con la Costituzione, cfr. Moscarini, L. V.: *Governo della famiglia, in Sulla riforma del diritto di famiglia. Seminario diretto da F. Santoro Passerelli*, Cedam, Padova, 1973, pp. 122 ss.; Bessone, M.: Commento agli artt. 29-31 Cost., in AA.VV.: *Commentario alla Costituzione* (a cura di G. Branca), Zanichelli, Bologna, 1976, pp. 52 ss.

La famiglia, infatti, si identifica con quella "porzione della realtà sociale" caratterizzata prevalentemente da legami di natura personale e affettiva che, chiaramente, sfuggono alle regole razionali del diritto.

Com'è noto, la famiglia rappresenta l'espressione di valori culturali, sociali, religiosi che si manifestano in un determinato contesto sociale e che si evolvono e si rinnovano, in simbiosi con il mutare delle esigenze e dei bisogni delle persone che vivono in quel contesto.

Negli ultimi decenni, si è assistito ad un significativo processo di trasformazione della famiglia, sia da un punto di vista sociale che, inevitabilmente, sul piano normativo, in una prospettiva di adeguamento a valori e bisogni inediti al tempo dell'emanazione del codice de '42, che ha preso avvio con la riforma del diritto di famiglia nel 1975, con la quale il legislatore è intervenuto in modo particolare sulla regolamentazione del rapporto tra i coniugi.

Nel sistema previgente, così come impostato nel codice civile del '42, la famiglia era caratterizzata da una rigida struttura patriarcale ove il marito rivestiva una posizione preminente sia rispetto alla moglie che ai figli.

Tale impostazione non consentiva un armonico bilanciamento tra i due valori fondamentali dell'unità della famiglia e della libertà della persona. Infatti, l'interesse del gruppo era considerato preminente rispetto a quelli individuali dei singoli membri, sicché questi ultimi potevano anche essere sacrificati e annullati al fine di garantire la realizzazione della stabilità e dell'unità familiare. Sul piano pratico ciò si traduceva nella rinuncia, da parte dei coniugi, ai propri desideri, ambizioni, progetti – anche attinenti alla dimensione lavorativa – per un interesse superindividuale, ovvero quello della comunità familiare[16].

Con la Costituzione repubblicana del 1948 si è assistito ad un radicale cambiamento di prospettiva alla luce delle istanze del mutato contesto politico, sociale e culturale. La famiglia è diventata un luogo privilegiato ove i suoi membri possono esprimere appieno la propria personalità ai sensi dell'art. 2 Cost., e all'interno della quale si sono affermati il principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi – art. 3 Cost. -[17] e il principio di solidarietà, anche se la concezione

16 La dottrina dominante inquadrava il diritto di famiglia nell'ottica di salvaguardia delle esigenze della società e dello Stato, alla tutela dell'interesse distinto e superiore della famiglia, intesa come monade, come unità organica che trascende i singoli interessi dei suoi membri. Per tale ragione si attribuiva all'istituto una funzione sociale. In tal senso, cfr. Ventura, L.: "Gli accordi prematrimoniali, tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale, all'esame della *feminist relational contract theory*", cit., pp. 332 ss.; Sesta, M.: "Profili di giuristi italiani e contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1976, pp. 443 ss.

17 Sul principio costituzionale della parità giuridica dei coniugi, cfr. Corte Cost., 26 giugno 1974, n. 187, in *Foro. Italiano*, 1974, I, c. 2248.

pubblicistica della famiglia, alla quale si associava principalmente una funzione sociale, è rimasta per lungo tempo ancora viva nell'impostazione del sistema.

Successivamente, nel 1970, è intervenuta la legge sul divorzio[18], con la quale è venuto meno uno dei valori tradizionali ai quali si ancorava la concezione "patriarcale" della famiglia, ovvero l'indissolubilità del matrimonio. Ma la vera svolta, si è avuta con la riforma del '75 che ha introdotto un nuovo strumento per la definizione dei rapporti tra i coniugi e verso la prole: l'accordo.

Da questo momento ha preso avvio il c.d. "processo di privatizzazione" che ha aperto una nuova fase che vede la famiglia non più aggregata intorno ad un'autorità – il *pater familias* –, ma fondata sul consenso e, quindi, sull'autodeterminazione dei coniugi nel cercare l'intesa[19].

Espressione della "privatizzazione" della famiglia sono le norme del codice civile modificate dalla legge di riforma che riconoscono ampi spazi di autonomia decisionale ai coniugi con riguardo all'organizzazione del *menage* familiare. Agli artt. 143 c.c. e 144 c.c. viene stabilito che i coniugi hanno il dovere di contribuire ai bisogni della famiglia in relazione alla propria capacità lavorativa e alle proprie sostanze e che concordano insieme l'indirizzo della vita familiare secondo le proprie esigenze e quelle del gruppo[20].

Inoltre, alla luce del combinato disposto degli artt. 159 c.c., 162 c.c. e 215 c.c., ai coniugi viene consentito di scegliere anche sul piano dei rapporti patrimoniali se concordare un regime di comunione o di separazione dei beni, secondo le regole predisposte dal legislatore. L'ampio spazio riconosciuto all'autonomia negoziale nel contesto familiare[21] si evince dal riconoscimento della validità delle convenzioni stipulate in ordine ad alcuni profili attinenti sempre ai rapporti patrimoniali, si pensi alla comunione convenzionale ex art. 210 c.c., con la quale i coniugi possono optare per un regime di comunione discostandosi dal modello predisposto dal legislatore e, ancora, alla costituzione di un fondo patrimoniale ai sensi dell'art. 167 c.c., con cui decidono di assoggettare determinati beni, da destinare ai bisogni della famiglia, ad una disciplina particolare per sottrarli ad eventuali e future pretese creditorie.

18 Legge 01 dicembre 1970, n. 88 "Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio".

19 È stato osservato in dottrina che l'evoluzione del diritto di famiglia è stata rintracciata proprio nella privatizzazione e nella contrattualizzazione, ormai accreditate come "nuove parole d'ordine" in materia. Sul punto, cfr. Paradiso, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", *Rivista di Diritto civile*, 2016, pp. 1308 ss.

20 Ferrari, M.: "Gli accordi relativi ai diritti e doveri reciproci dei coniugi", *Rassegna di diritto civile*, 1994, pp. 777. In dottrina, si discuteva sulla individualizzazione del matrimonio. In tal senso, cfr. Busnelli, F.: "La famiglia nella cultura giuridica europea", *Rassegna di diritto civile*, 1986, pp. 149 ss.

21 Il diritto di famiglia entrava «nella cornice dell'autonomia negoziale» e ciò viene considerato come un progresso dell'ordinamento dalla dottrina. Al riguardo, Rescigno, P.: "Appunti sull'autonomia negoziale", *Persona e comunità*, tomo II, Padova, 1988, pp. 472 ss.

In linea con il principio di uguale libertà e uguale responsabilità dei coniugi, l'accordo entra nelle trame familiari e, peraltro, non concerne solo la scelta sulla residenza o sul regime patrimoniale della famiglia, ma investe anche profili personalissimi come le decisioni sull'accoglienza di figli, sul ricorso all'adozione o alla procreazione medicalmente assistita, sulle modalità di coabitazione, sull'organizzazione lavorativa[22].

L'indagine sin qui svolta, sollecita la riflessione sulla efficacia che tali accordi possano esplicare sul piano giuridico e se sussistono dei limiti oltre i quali i coniugi non possono estendere la propria autonomia decisionale[23].

È chiaro che l'operatività delle intese sul funzionamento della vita della comunità familiare è rimessa alla volontà dei coniugi e perdura sin quando sussiste una comunione e condivisione di intenti e di progetti.

Tuttavia, vi sono alcuni aspetti che vengono audacemente sottratti dal legislatore alla disponibilità dei coniugi e cioè quelli attinenti alla disciplina dei diritti e dei doveri matrimoniali, per i quali viene posto un espresso divieto di derogabilità nell'art. 160 c.c.[24].

La norma rappresenta uno dei capisaldi più importanti del diritto di famiglia e pone un principio di importanza fondamentale poiché non consente ai membri del gruppo di trascendere da quei valori in assenza dei quali ci si dovrebbe sforzare a riconoscere persino un progetto di famiglia. Ci si riferisce al dovere di contribuzione, di assistenza morale e materiale, di solidarietà coniugale, che esplicano la loro efficacia non solo nella fase fisiologica del matrimonio, ma altresì nella fase patologica del rapporto coniugale[25].

22 Rescigno, P.: "Diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma", *Rivista di diritto civile,* 1998, fasc. I, pp. 109 ss.; Quadri, E.: "Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare", cit., pp. 8 ss.; Scalisi, V.: "Consenso e rapporto", cit., pp. 155 ss.; Angeloni, F.: *Autonomia privata e potere di disposizione dei rapporti familiari*, Cedam, Padova, 1997, pp. 552 ss.

23 La riflessione diventa centrale nel dibattito sui limiti dell'autonomia privata dei coniugi che, ancora oggi, è verosimilmente attuale. La questione sull'individuazione dei confini del potere decisionale dei coniugi è stata affrontata da Rodotà, S.: "Politica familiare: dalla riforma del diritto alle riforme sociali", *La famiglia oggi tra "referendum" e riforma del diritto*, *Relazioni sociali*, 1974, pp. 65 ss.

24 Sacco, R.: "Sub Art. 60", in AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia*, (a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi), Vol. III, Cedam, Padova, 1992, pp. 15 ss. La giurisprudenza, al riguardo, ha osservato che dall'art. 160 c.c. emerge non già il divieto per i coniugi di far valere nella materia familiare la propria autonomia, ma piuttosto il divieto di porre in essere accordi che deroghino ai diritti e ai doveri previsti dalla norma. Cfr. Cass. civ., 28 luglio 1997, n. 7029; Cass. civ., 18 settembre 1997, n. 9287; Cass. civ., 11 giugno 1998, n. 5829.

25 Sul tema, cfr. De Nova, G.: "Disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniale e autonomia negoziale", *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Vol. II, *Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 259 ss.

IV. GLI ACCORDI TRA I CONIUGI IN VISTA DELLA CRISI MATRIMONIALE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.

Notevoli problematiche si sono poste con riguardo alle negoziazioni familiari relative alla determinazione delle condizioni e delle conseguenze patrimoniali della separazione e del divorzio[26].

La fase patologica del matrimonio trova sullo sfondo un contesto particolarmente delicato e complesso in quanto, il venir meno della relazione affettiva si riflette, inevitabilmente, sul piano dei rapporti personali e - soprattutto - patrimoniali della famiglia. Ciò, implica, in seno alle pattuizioni stipulate in vista della crisi, il coinvolgimento di diritti indisponibili dei coniugi. Per tale ragione la dottrina e la giurisprudenza hanno mostrato sempre una certa ritrosia a riconoscere la libertà *tout court* dei coniugi a stipulare accordi volti a regolamentare aspetti personali ed economici per il periodo successivo allo scioglimento della relazione, nel timore dell'inevitabile declinazione contrattuale di diritti fondamentali della persona.

Tuttavia, la riforma del '75 e i successivi interventi legislativi in materia[27], hanno legittimato i coniugi ad esercitare un potere sempre più penetrante nella gestione della crisi. In tal senso l'art. 158 c.c. consente ai coniugi di predisporre liberamente l'accordo di separazione consensuale da sottoporre al giudice ai fini dell'omologazione ai sensi dell'art. 711 c.p.c., il quale potrà attribuire efficacia alle negoziazioni raggiunte, con il solo limite di intervenire sulle determinazioni relative all'affidamento e al mantenimento dei figli, qualora in contrasto con l'interesse di questi.

Nel solco del processo di affermazione del valore di autodeterminazione individuale in materia familiare, si sono poste una serie di questioni che trovano fondamento nell'esigenza (inderogabile) di tutela del coniuge debole a vedersi riconosciuti il diritto di difesa – nel procedimento di separazione e divorzio – e il diritto al mantenimento, in una prospettiva di continuità con il principio di solidarietà coniugale e con il dovere di contribuzione previsto dall'art. 143 c.c.[28]

26 In dottrina, si rinvia a Patti, S.: "La rilevanza del contratto nel diritto di famiglia", *Famiglia, persone e successioni*, 2005, pp. 198 ss.; Amagliani, R.: "Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negoziabilità", *Contratti*, 2014, pp. 582 ss.; Santoro Passerelli, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Diritto e giurisprudenza*, 1975, pp. 3 ss.

27 In epoca successiva alla riforma, si sono avuti una serie di interventi settoriali in risposta alle pressioni sociali, che hanno, verosimilmente, contribuito a scindere il tradizionale binomio famiglia-matrimonio. In tal senso, cfr. Zatti, P.: "Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia", *Trattato di Diritto di fam*iglia (a cura di P. Zatti), tomo II, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 5 ss.;

28 D'Amico, G.: "L'accordo tra i coniugi (art. 144 c.c.)", *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1980, pp. 139 ss.

In tal senso, la giurisprudenza[29] ha distinto tra contenuto essenziale dell'accordo, che include le determinazioni relative alla volontà di vivere separati, all'affidamento dei figli e all'assegno di mantenimento, e un contenuto eventuale della separazione che atterrebbe a tutti i profili connessi al regime di vita separata, concludendo che solo il primo necessiterebbe dell'omologazione ex art. 710 c.p.c. ai fini dell'efficacia[30].

Quindi, fermo restando il controllo giudiziale sugli aspetti essenziali dell'accordo, è stata riconosciuta ai coniugi la possibilità di definire autonomamente il contenuto dell'accordo di separazione, secondo i propri bisogni e le proprie disponibilità, decidendo, per esempio, a soddisfazione del diritto al mantenimento, per un'attribuzione *una tantum* a favore del coniuge in stato di bisogno. Peraltro, In più occasioni la giurisprudenza si è espressa in merito, affermando che la separazione consensuale rappresenta uno dei momenti più importanti di emersione della negoziabilità nel diritto di famiglia"[31]

Significativa, al riguardo, è stata l'evoluzione giurisprudenziale sulla questione dell'ammissibilità dei trasferimenti patrimoniali disposti in occasione della separazione[32] a favore del coniuge avente diritto al mantenimento o dei figli[33], che per lungo tempo si è posta al centro del dibattito considerato che nel nostro ordinamento non si rinviene una regolamentazione normativa specifica che disciplini compiutamente la materia delle attribuzioni patrimoniali effettuate in sede di separazione[34]. Tuttavia, è stato osservato in dottrina, nella prospettiva dell'autonomia privata riconosciuta anche in una fase delicata come quella della separazione e del divorzio, che, i coniugi, al fine di risolvere le complessità legate al profilo economico, hanno la necessità di regolare i propri rapporti anche

29 Cfr. Cass, 5 maggio 1997, n. 4306, *Nuova giurisprudenza civile*, 1999, I, pp. 278 ss.; Cass., 19 agosto 2015, n. 16909; Cass., 7 maggio 2019.

30 In merito al contenuto eventuale dell'accordo, la giurisprudenza ha affermato che, in questo caso, si tratterebbe di accordi atipici ai sensi dell'art. 1322 c.c. e soggetti integralmente alla disciplina contrattuale comune, validi ed efficaci senza necessità di omologa.

31 Cfr. Cass. 22 gennaio 1994, n. 657, in *Giustizia civ*ile, 1994, 912, e alla sentenza della Cass. 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Corriere giuridico*, 1993, 820.

32 Oberto, G.: *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra i coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 3 ss.; Doria, G.: *Autonomia privata e «causa familiare». Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 5 ss.

33 In giurisprudenza, cfr. le sentenze della Cass. 23 marzo 2004, n. 5741; Cass. 14 marzo 2006, n. 5473; Cass.12 aprile 2006, n. 8516.

34 È possibile individuare alcune norme che fanno riferimento alla fattispecie in esame, come ad esempio l'art. 5, comma 8, L. n. 898/1970, che nel disciplinare le modalità di corresponsione dell'assegno di mantenimento, prevede che i coniugi possono accordarsi anche per l'adempimento della prestazione in un'unica soluzione. A ben vedere, tuttavia, la norma in esame prende in considerazione solo le attribuzioni aventi ad oggetto una somma di denaro. La dottrina, rinviene il fondamento normativo degli accordi in esame nell'art. 711 c.p.c., ove il legislatore fa riferimento alle "condizioni della separazione consensuale" e nell'art. 4, comma 13, L. n. 898/1970 ove il riferimento è alle condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici". Sul punto, v. Oberto, G.: *I contratti della crisi coniugale*, cit., pp. 1211 ss. In merito, la giurisprudenza osserva come tali disposizioni attribuiscano ai coniugi il diritto di condizionare il proprio consenso alla separazione personale ad un soddisfacente assetto dei propri interessi economici, salvo che lo stesso non si traduca in una lesione di diritti inderogabili. Al riguardo, cfr. Cass. 5 luglio 1984 n. 3940, in *Diritto di famiglia*, 1984, p. 922.

attraverso la realizzazione di atti traslativi, ovvero atti mediante i quali la proprietà, o altro diritto reale su beni immobili, viene trasferita da un coniuge all'altro o ai figli, al fine di regolamentare i rapporti patrimoniali della famiglia in relazione ad una crisi coniugale[35]. Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto che tali accordi assolvono ad una funzione solutoria-compensativa dell'obbligo di mantenimento[36].

In quest'ottica, si colloca quell'indirizzo giurisprudenziale che afferma la validità degli accordi a *latere*[37], ovvero quegli accordi che trovano fondamento nel principio di autonomia privata sancito dall'art. 1322 c.c. relativi a quegli aspetti non essenziali della separazione e che, pertanto, non necessitano dell'omologazione per spiegare la propria efficacia[38]. In tal senso, si suole distinguere tra patti coevi e patti successivi alla separazione: i primi sono trasfusi nel provvedimento di omologa e la loro validità è subordinata solo al principio contenuto nell'art. 160 c.c.; gli accordi successivi[39], volti a modificare o integrare le condizioni del verbale di separazione omologato nonché i provvedimenti emessi dal giudice della separazione giudiziale, saranno validi allorché assicurino una maggiore vantaggiosità dell'interesse protetto dalla norma – ad esempio quando prevedano che la misura dell'assegno di mantenimento sia superiore a quella sottoposta ad omologazione – o quando non interferiscano con l'accordo omologato e, quindi, siano con questo compatibili[40].

Appare evidente come l'ingresso dello strumento negoziale nella fase patologica del matrimonio, consenta di delineare il nuovo volto della famiglia, ove il pieno dispiegarsi dell'autonomia privata rappresenta l'emblema dell'evoluzione dagli

35 Carbone, P.: "I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio", *Notariato*, 2005, pp. 622 ss.; Bergamini, A.: "Appunti sull'autonomia dei coniugi di disporre l'assetto dei loro rapporti patrimoniali in concomitanza della separazione consensuale ed in vista del divorzio", *Giustizia civile*, 1974, pp. 173 ss.; Russo, E.: "Negozio giuridico e dichiarazione di volontà relative ai procedimenti matrimoniali di separazione, di divorzio, di nullità, *Diritto di famiglia*, 1989, 1079 ss.

36 In particolare, la giurisprudenza di legittimità qualifica la fattispecie come "contratto atipico con propri presupposti e finalità", destinato a regolare i rapporti patrimoniali tra i coniugi in vista della separazione personale. La causa di tale contratto verrebbe ad identificarsi nell'adempimento di un'obbligazione di mantenimento, realizzando una "funzione satisfattiva dell'obbligo di assistenza coniugale". Sul punto, cfr. Cass., 24 marzo 1976, n. 1008, in *Rep. Foro Italiano, voce* «Contratto in genere», n. 261; Cass, civ., Sez. II, 23 dicembre 1988, n. 7044, con nota di Zoppini, A.: "Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi", *Giurisprudenza italiana*, 1990, n. 1, p. 1319 ss. In tal senso v. anche Cass. 23 settembre 2013, n. 21736.

37 Cfr. Cass. civ., 24 febbraio 1993, n. 2270; Cass. civ., 22 gennaio 1994, n. 675.

38 In tema di separazione consensuale, le modificazioni pattuite dai coniugi successivamente all'omologazione, trovando fondamento nell'art. 1322 c.c., devono ritenersi valide ed efficaci, a prescindere dal procedimento di cui all'art. 710 c.p.c., purché non varchino il limite di derogabilità consentito dall'art. 160 c.c. In tal senso, cfr. Cass. civ., 24 febbraio 1993, n. 2270. In dottrina, Sala, M.: "Accordi di separazione non omologati: un importante riconoscimento dell'autonomia negoziale dei coniugi", *Giustizia civile*, I, 1994, pp. 213 ss.; Ferrari, M.: "Ancora in tema di accordi fuori dal verbale di separazione", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, pp. 710 ss.

39 Doria, G.: "Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati", *Giustizia Civ*ile, 194, I, pp. 213 ss.; in giurisprudenza, v. Cass. 22 gennaio 1994, n. 657.

40 Cfr. Cass. civ., 08 novembre 2006 n. 23801. In dottrina, si rinvia a Alpa, G. - Ferrando, G.: "Efficacia degli accordi verbalizzati e non omologati", *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1989, pp. 505.

status al contratto[41], ovvero del passaggio dalla fase in cui i rapporti familiari erano regolati dalla legge senza alcuna possibilità per i coniugi di interferire con le proprie decisioni in forza dell'interesse superiore della famiglia trascendente da quello delle parti, ad una fase in cui, invece, il diritto arretra e l'autodeterminazione dei coniugi si afferma con maggiore convinzione, alla luce di una nuova interpretazione dell'interesse della famiglia visto non più quale interesse preminente ma coordinato e collegato con quelli dei singoli membri del gruppo familiare.

Infine, a confermare l'avvenuta contrattualizzazione della crisi coniugale è stata la riforma che ha introdotto, nel 2014, la negoziazione assistita[42], un procedimento che consente ai coniugi, con l'ausilio dei propri legali di fiducia, di addivenire ad un accordo sulle conseguenze della separazione che non avrà bisogno di essere omologato dal giudice in quanto spiega la stessa efficacia della sentenza.

In ogni caso, il quadro delineato va corredato con i margini di cautela imposti dalle esigenze di giustizia sostanziale e perequativa a tutela della solidarietà coniugale e del coniuge debole[43] e, pertanto, restano fermi i limiti sulle determinazioni relative alla sistemazione della prole[44] e il divieto di rinunciare al diritto al mantenimento previsto dall' artt. 156 c.c.[45], in funzione di controllo e difesa di valori personali non sacrificabili[46].

41 Questa espressione riassume la c.d. "legge del Maine", esposta in *Smaine, Ancient law: Its Connection whit earlyhistory of society and is relations to modern ideas*, *London*, 1906 secondo la quale ai privati viene riconosciuta la capacità di determinare rapporti contrattuali con i terzi, ritenendosi superate le limitazioni che in passato derivavano dall'appartenenza e dalla posizione di ciascun individuo nell'ambito di comunità organiche determinate. Per approfondimenti sul tema, si rinvia a Zoppini, A.: "Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi", cit., pp.1127 ss.

42 Dlgs 12 settembre 2014 n. 13 convertito in legge 10 novembre 2014, n, 162. Sul tema, v. in dottrina, Ballerini, L.: "Gli accordi preventivi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo l d. l. n. 132 del 2014", *Rassegna di diritto civ*ile, 2016, pp. 1 ss.; Rimini, C.: "I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari", *Diritto di famiglia*, 2015, pp. 207 ss.

43 Cfr. Cass. civ., 20 agosto 2014, n. 18066, ove si legge che: "tradizionalmente, gli accordi negoziali in materia familiare, erano ritenuti del tutto estranei alla materia e alla logica contrattuale, affermandosi che si perseguiva un interesse della famiglia trascendente quello delle parti, e l'elemento patrimoniale, ancorché presente, era strettamente collegato e subordinato a quello personale. Oggi, escludendosi in genere che l'interesse della famiglia sia superiore e trascendente rispetto alla somma di quelli, coordinati e collegati, dei singoli componenti, si ammette sempre più frequentemente un'ampia autonomia negoziale, e la logica contrattuale, seppur con qualche cautela, là dove essa non contrasti con l'esigenza di protezione dei minori o comunque dei soggetti più deboli, si afferma con maggior convinzione".

44 Cfr., Cass. Civ., 01 febbraio 1983, n. 858; Cass. Civ., 15 maggio 1986, n. 3168. In dottrina, si rinvia a Amadio, G.: *Teoria del negozio e interessi non patrimoniali*, cit., p. 41 ss.

45 È stato osservato in dottrina ce comunque, per le prestazioni alimentari, si ammette, entro determinati limiti, la quantificazione convenzionale. Al riguardo, v. Anelli, F.: "Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale", cit., pp. 44. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 22 aprile 1982, n. 2481, secondo cui i patti modificativi delle condizioni economiche previste in sede di separazione consensuali, sono validi ed efficaci anche senza l'omologazione del tribunale, purché non siano lesivi del diritto di mantenimento o di alimenti, che sono riconducibili al diritto-dovere di assistenza, avente ai sensi dell'art. 160 c.c. natura inderogabile. Nello stesso senso, Cass. civ., 24 febbraio 1993, n. 2277.

46 Roppo, E.: *Il giudice nel conflitto coniugale*, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 300 ss.

V. LE QUESTIONI SUGLI ACCORDI PREMATRIMONIALI: POSIZIONI DELLA DOTTRINA E DELLA GIURISPRUDENZA A CONFRONTO.

Diversa è l'ipotesi in cui i coniugi decidano di regolare i propri rapporti in caso di crisi prima che questa si manifesti o, addirittura, nella fase precedente alla celebrazione del matrimonio. In questo caso non si tratterebbe di convenzioni matrimoniali né di accordi di separazione o di divorzio, ma dei c.d. accordi prematrimoniali.

L'istituto attualmente non trova spazio all'interno dell'ordinamento italiano ma il tema, da tempo al centro del dibattito, è tornato recentemente all'attenzione degli studiosi, alla luce del confronto con gli ordinamenti degli altri Stati europei che ne riconoscono appieno la legittimità e, soprattutto, in virtù dell'evoluzione che ha interessato la famiglia sia sul piano sociale che giuridico – considerati i numerosi interventi normativi degli ultimi decenni che hanno ampliato gli spazi riconosciuti all'autonomia privata all'interno delle relazioni familiari -, di fronte alla quale anche la giurisprudenza di legittimità ha "ammorbidito" la rigidità dell'approccio all'argomento[47], sebbene non guardi con favore all'espandersi della negozialità nella famiglia, tanto più se volta a disciplinare le condizioni della fine di un matrimonio non ancora celebrato.

Principalmente, le ragioni poste a fondamento della rigidità della posizione assunta dalla Corte di legittimità, si rintracciano nella contrarietà di tali pattuizioni al principio enunciato dall'art. 160 c.c., nonché nella violazione dell'ordine pubblico delle intese con le quali le parti dispongono dello *status* personale di coniuge[48], e nell'illiceità della causa derivante dalla negoziazione di diritti indisponibili, quali l'assegno di divorzio previsto dall'art. 5, comma 6, della l. 898/1970.

Secondo tale impostazione, condivisa in un primo momento anche nel panorama dottrinale, la norma contenuta nell'art. 160 c.c., consacra il principio portante della famiglia, ovvero quello di inderogabilità dei diritti e dei doveri riconosciuti dalla legge per effetto del matrimonio, posti a presidio del principio di uguaglianza tra i coniugi e del valore di solidarietà familiare e, pertanto, riveste un'importanza centrale anche nella fase di scioglimento del matrimonio. Infatti, nella prospettiva post-coniugale, il dovere di solidarietà si esplicherebbe nell'obbligazione di mantenimento a favore del coniuge debole e della prole. Ne

47 Si segnalano, in particolare: Cass. civ., 3 maggio 1984, n. 2682; Cass. Civ., 14 giugno 2000, n. 8109; Cass. civ., 21 dicembre 2012, n. 23713; Cass. civ., 21 agosto 2013, n. 19304; Cass. civ., 30 gennaio 2017, n. 2224.

48 Cf. Cass. civ. 3 gennaio1993, n. 348 in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1993, I, p. 950. In dottrina, Spatafora, A.: "Lo status coniugale e gli *status* paraconiugali tra legge e autonomia privata", *Diritto di famiglia*, 2017, pp. 1092 ss.

consegue che gli effetti del divorzio sono – anche se indirettamente - effetti del matrimonio e, pertanto, non possono formare oggetto di negoziazione[49].

Con riguardo al principio dell'ordine pubblico[50], per lungo tempo, la dottrina e la giurisprudenza hanno sostenuto l'invalidità degli accordi preventivi in quanto vere e proprie "transazioni sullo *status*"[51], allorché si era diffusa la concezione secondo la quale i vantaggi patrimoniali a favore di uno dei coniugi ivi previsti, altro non rappresentavano se non il "prezzo del consenso"[52]del divorzio. Per tale ragione, tali pattuizioni risultavano contrarie all'ordine pubblico in quanto realizzavano un "commercio di *status*"[53].

È evidente che il dibattito, che si era già acceso in ordine agli atti di autonomia privata in termini generali, in questo contesto assume toni decisamente più accesi.

Infatti, sebbene sembri profilarsi un coordinamento con le questioni già ampiamente illustrate con riguardo agli accordi che in generale accedono alla fase patologica, nel quadro degli accordi prematrimoniali i limiti diventano ancora più stringenti, probabilmente anche alla luce della circostanza -poco felice – che tali pattuizioni intervengono in un momento precedente alla celebrazione del matrimonio o alla crisi, elemento che verosimilmente accentua la natura contrattuale dell'intesa. Tuttavia, già in quegli anni, emergevano tra gli studiosi inedite riflessioni sulla sussistenza di spazi, all'interno della famiglia, per l'autodeterminazione dei coniugi (anche se con le opportune cautele) e si andava delineando la nozione di negozio giuridico familiare[54].

Dopo un primo *impas*se, si è registrata un'apertura da parte della dottrina che ha sconfessato gli argomenti addotti dalla giurisprudenza a sostegno della tesi della nullità degli accordi prematrimoniali.

49 L'orientamento era sostenuto dalla dottrina tradizionale, tra cui si richiamo, senza pretesa di esaustività: Trabucchi, A.: "Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati", *Giurisprudenza i*taliana, 1981, I, 1, pp. 1153; Liserre, A.: "Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato", *Rivista trimestrale diritto processuale civile,* 1975, pp. 474 ss.

50 In merito al principio dell'ordine pubblico in tema di diritto di famiglia, Irti, N.: *Digressioni intorno* al mutevole "concetto" di ordine pubblico", *Nuova giur. civ. comm*., 2016, pp. 1765 ss.; Smaniotto, E.: "Contratti prematrimoniali e tutela di interessi meritevoli e non contrari all'ordine pubblico e al buon costume", *I Contratti*, 2013, n. 3, pp. 225 ss.; Zoppini, A.: "Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi", cit., pp. 1126 ss.

51 Cfr. Cass civ., 4 giugno 1992, n. 6857

52 Si rimanda a Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Foro Italiano*, 1982, I, c. 184; Cass., 7 settembre 1995, n. 9416, in *Diritto di famiglia*, 1996, n. 931; Cass., 20 marzo 198, n. 2955, in *Foro Italiano*, 1999, I, p. 1306; lo stesso indirizzo si riscontra anche nella giurisprudenza più recente. Cfr., Cass, 30 gennaio 2017, n. 2224, in *Nuova giurisprudenza civ*ile, 2017, p. 955.

53 Ventura, L.: "Gli accordi prematrimoniali, tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale, all'esame della *feminist relational contract theory*", cit., p. 333.

54 Santoro Passerelli, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Diritto e giurisprudenza*, 1945, pp. 4 ss.

Con riguardo alla norma di cui all'art. 160 c.c., è stato osservato che la ragionevole applicazione della suddetta disposizione, implica che qualsiasi pattuizione volta a definire le conseguenze della crisi del matrimonio, sia sottoposta al controllo giudiziale sulle disposizioni riguardanti la prole mentre[55], per quanto attiene al profilo patrimoniale, si configurano il limite tradizionale dell'ordine pubblico e dell'irrinunziabilità delle prestazioni alimentari[56].

Peraltro, anche il principio dell'ordine pubblico non sarebbe pregiudicato, poiché, è verosimile che i coniugi, attraverso le intese in esame, non dispongono dello *status coniugalis* ma, piuttosto, delle conseguenze che scaturiscono dalla perdita o dalla modifica del loro *status* di coniuge che in ogni caso avviene a monte, considerato che è necessario che intervenga una pronuncia del giudice in tal senso[57].

Più complesso, invece, appare il percorso seguito dalla giurisprudenza verso un'apertura, seppur lieve e appena percettibile, alla legittimità di tali accordi.

Le posizioni assunte dalla Corte di legittimità si snodano lungo un blando riconoscimento dell'autonomia privata nelle trame familiari, che avviene gradatamente, quasi a delineare, alla fine, un "mosaico" di decisioni che, a volte, non sembrano seguire una linea di continuità.

Le questioni di maggiore rilevanza si sono poste con riferimento alle convenzioni prematrimoniali con le quali i coniugi dispongano condizioni e regole in tema di assegno di divorzio.

L'introduzione dell'istituto processuale del divorzio su domanda congiunta ha sollecitato la giurisprudenza ad intervenire a più riprese in materia di accordi dei coniugi diretti a fissare, in sede di separazione, i reciproci rapporti economici in relazione al futuro ed eventuale scioglimento dell'unione, al fine di scongiurare il rischio di tramutare l'istituto in un divorzio "consensuale"[58]. Il problema, non è di poco conto, se si pensa che il divorzio comporta lo scioglimento del rapporto coniugale e determina il sorgere di una serie di situazioni giuridiche soggettive indisponibili nel quadro della tutela del coniuge debole. In tale prospettiva, l'art. 5, comma 6, della legge 01.12.1970, n. 898, prevede il diritto all'assegno di

55 Amagliani, R.: "Patti prematrimoniali", *Enciclopedia del diritto*- I Tematici I, 1990, pp. 779 ss.

56 In dottrina si affermava che l'accordo determinativo degli assegni di separazione o di divorzio non poteva trovare, dato il carattere alimentare delle attribuzioni, limiti maggiori di quelli che incontrano gli accordi sugli alimenti: l'irrinunciabilità del diritto come tale. Sul punto, v. Barbiera, L.: *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 2001, pp. 63 ss.

57 In dottrina, sul punto, v. Barba, V.: "Patti in previsione della crisi familiare. Proposta per una riforma", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2020, pp. 407 e ss.; Palazzo, M.: "I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio", *Giustizia Civile*, 2017, n. 1, pp. 93 ss.

58 Anelli, F.: *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale*, cit., p. 47

divorzio, che rappresenta la sintesi dei principi di solidarietà post-coniugale[59] e di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi[60]. Per tale motivo, tali accordi venivano considerati nulli per illiceità della causa in quanto vertevano su diritti indisponibili, quali l'assegno di divorzio[61].

Tuttavia, anche nel formante giurisprudenziale, si sono registrate negli ultimi decenni, timide aperture verso i patti prematrimoniali.

In particolare, con una decisione del 2012[62], la Corte di legittimità si è pronunciata in merito alla validità di un accordo intervenuto tra due coniugi, in un momento antecedente alla crisi, secondo il quale il marito si impegnava a trasferire alla moglie, in caso di fallimento del matrimonio, la proprietà di un immobile, a fronte dei sacrifici affrontati da quest'ultima per la sistemazione dell'abitazione adibita a casa coniugale. In questo caso i giudici decidevano a favore della legittimità di tale previsione, precisandone l'estraneità alla categoria degli accordi prematrimoniali e inquadrando l'intesa, piuttosto, nei contratti atipici stipulati in forza del principio generale dell'autonomia negoziale dei coniugi di cui all'art. 1322 c.c.[63]. Appare evidente che la Corte, con una pronuncia più blanda con la quale configura, nel caso in esame, una *datio in solutum*, abbia glissato con eleganza l'analisi di questioni che non potevano già allora essere più proposte quale impedimento al riconoscimento della validità di simili intese, considerato peraltro che, in questo determinato contesto, il contratto verteva solo ed esclusivamente su un aspetto dei rapporti patrimoniali - senza implicare l'assegno di divorzio - e, quindi, su diritti disponibili. Il profilo più significativo della decisione in esame sta nel fatto che i giudici abbiano ammesso per la prima volta l'efficacia di un accordo relativo al regime patrimoniale stipulato in previsione di un eventuale divorzio, erigendo la crisi del matrimonio quale condizione sospensiva del negozio[64] e smentendo, quindi, la sua riconducibilità all'elemento causale[65].

59 L'obbligo di corrispondere l'assegno di divorzio a favore del coniuge debole è espressione emblematica del dovere di solidarietà post-coniugale.

60 Per una compiuta analisi sull'assegno di divorzio, alla luce delle SS.UU. dell'11 luglio 2018, n. 18287, si rinvia a Astone, M.: "I provvedimenti nella fase presidenziale del giudizio di divorzio tra assegno di mantenimento e assegno di divorzio", in AA.VV.: *L'udienza presidenziale nel procedimento di separazione e divorzio*, (a cura di M. Astone, G. Basilico), Giuffrè, Milano, 2022, pp. 257 ss.

61 Cass, 18 febbraio 2000, n. 1810; Cass., 10 marzo 2006, n. 5302; Cass., 9 ottobre 2003, n. 1564.

62 Cass. civ., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Corriere giuridico*, 12, 2013

63 I giudici osservano che "si tratterebbe in definitiva di un accordo tra le parti, libera espressione della loro autonomia negoziale, estraneo alla categoria degli accordi prematrimoniali (ovvero effettuati in sede di separazione consensuale) in vista del divorzio, che intendono regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione di assegno), con possibili arricchimenti o impoverimenti. Nella specie, dunque, un accordo caratterizzato da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali". Cass. civ., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Corriere giuridico*, 12, 2013

64 Sul punto cfr. anche Cass. civ., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, I, pp. 55 ss.

65 Più precisamente il fallimento del matrimonio sarebbe stato «degradato» dai coniugi a condizione sospensiva dell'accordo, reputata dalla Corte né meramente potestativa né illecita. Ciò consente di ritenere, nella specie, l'accordo quale "contratto atipico, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi, sicuramente

In questo contesto, significativa appare anche una decisione della giurisprudenza di merito, intervenuta sempre nel 2012, che rappresenta un tassello eclatante in materia, in quanto veniva esplicitamente riconosciuta la validità di un accordo con il quale la moglie rinunciava all'assegno di divorzio[66].

Di notevole pregio risulta l'orientamento consolidatosi dagli anni duemila in poi, secondo il quale la nullità dei patti in vista del divorzio discende dalla indisponibilità preventiva dell'assegno predisposto a favore del coniuge debole che, pertanto, sarebbe l'unico soggetto legittimato a far valere l'invalidità dell'accordo[67]. Appare evidente come la regola della nullità in questi termini, viene intesa quale strumento di protezione a favore della parte debole, il che conferma l'ulteriore passo in avanti verso la possibilità di negoziare sulla fase patologica del matrimonio. Infatti, se il coniuge che sceglie di rinunziare all'assegno mantiene tale decisione anche una volta verificatasi la crisi, l'accordo andrà a produrre pacificamente i suoi effetti.

Sulla stessa linea, si pone una decisione del 2017, con la quale la Corte di Cassazione nega che il trasferimento da parte del marito a favore della moglie di una consistente somma di denaro, possa incidere sulla quantificazione dell'assegno di divorzio, essendo stato stabilito da entrambi precedentemente al divorzio, che i rapporti debito-credito che intercorrevano tra i due sarebbero stati regolarizzati solo nell'eventualità della fine dell'unione[68]. Anche in questo caso, quindi, i coniugi, pattuivano in tempi prematuri, in ordine ad un aspetto attinente ai propri rapporti economici.

Ma la risoluzione della questione più controversa, ovvero quella relativa all'indisponibilità dell'assegno di divorzio, è avvenuta con la sentenza delle SS.UU. del 2018[69], con la quale si assiste ad un *revirement* della giurisprudenza sul carattere dell'assegno, al quale, oltre alla componente assistenziale, vengono riconosciute anche funzioni di natura compensativa e perequativa[70]. Sembrerebbe, pertanto, configurabile la possibilità di negoziare, quanto meno, sulla componente compensativa dell'assegno.

---

diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela". Cfr. Cass civ., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Corriere giuridico*, 12, 2013.

66 Venura, L.: "Gli accordi prematrimoniali, tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale, all'esame della *feminist relational contract theory*", cit. p 335.

67 Cass. 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Foro Italiano,* 2013, I, pp. 864 ss.

68 Cass. civ., 30 gennaio 2017, n. 2224

69 Cass., SS.UU., 11 luglio 2018, n. 18287

70 In dottrina, v. Bianca, M.: "Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale", *Famiglia e diritto*, 2018, pp. 955 ss.; Rimini, C.: "Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio", *Famiglia e diritto*, 2018, pp. 1041 ss.; Fusaro, A.: "La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?", *Famiglia e diritto*, 2018, pp. 1031 ss.

Il percorso di apertura sin qui delineato, sembra subire una battuta d'arresto con una recente ordinanza della Corte di Cassazione, con la quale i giudici proclamano la regola della nullità assoluta di tutti gli accordi stipulati in vista della separazione, sia precedenti alla celebrazione del matrimonio che coevi al sorgere della crisi[71].

Soluzione, questa, alquanto discutibile poiché, appare evidente, come si ponga in aperto contrasto con il nuovo contesto sociale e normativo in cui si inserisce.

La decisione sconfessa l'orientamento sulla nullità relativa degli accordi, consentendo la possibilità di impugnare i patti prematrimoniali anche al coniuge forte. Inoltre, nega con fermezza qualsiasi spazio all'autonomia privata dei coniugi nella fase patologica del matrimonio, persino per quegli accordi stipulati al momento della separazione quando la crisi è già in atto.

A sostegno delle proprie argomentazioni, la Corte richiama il principio di diritto secondo il quale tali accordi sarebbero nulli "per illiceità della causa perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale di cui all'art. 160 c.c.". Peraltro, l'ordinanza in commento nega alle parti la disponibilità del diritto all'assegno di divorzio, riconducendo l'istituto nell'alveo degli effetti indisponibili del matrimonio ai sensi dell'art. 160 c.c.

Appare evidente come, nell'attuale quadro sociale e ordinamentale, la preclusione all'ingresso degli accordi prematrimoniali delinea una visione distonica rispetto al sistema che, alla luce degli ultimi interventi da parte della giurisprudenza di legittimità e delle recenti riforme legislative in materia, propone una nuova concezione della famiglia fondata essenzialmente sul principio consensualistico. Si osserva, infatti, come non possa non riconoscersi all'accordo – che ormai domina l'intera materia del diritto di famiglia – rilevanza centrale nel contesto familiare poiché consente ai coniugi di modellare profili personali ed economici nel modo più congeniale ai propri bisogni e, altresì, ai propri rapporti successivi alla separazione con eventuali soggetti terzi.

Peraltro, l'acclarata indisponibilità dell'assegno di divorzio appare una vera e propria contraddizione in termini ove si concepisca la possibilità di presentare domanda congiunta di divorzio, ai sensi dell'art. 5 e quindi, si riconosca piena legittimità di decidere con riguardo alla regolamentazione dei rapporti patrimoniali -compreso l'assegno di divorzio – successivi allo scioglimento della relazione coniugale, così come si ammetta la possibilità di concordare le condizioni della separazione e del divorzio ai sensi dell'art. 12 dl. 132/2014, mentre le stesse

71 Cass. civ., 26 aprile 2021, n. 11012. In dottrina, con riguardo all'analisi della decisione in esame, cfr. Rimini, C.: "I patti in vista del divorzio: la Cassazione rimane ancorata alla nullità", *Famiglia e diritto*, 2021, n. 10, pp. 886 ss.

determinazioni non possano essere raggiunte in altra sede, ovvero nel contesto degli accordi prematrimoniali. Sostanzialmente sussisterebbe solo una mera differenza temporale, verificandosi in entrambe le ipotesi la determinazione dell'assetto dei rapporti prima che venga adottata in via definitiva la decisione giudiziale[72].

Sarebbe auspicabile, pertanto, affidare all'autonomia privata la regolamentazione di profili particolarmente delicati che emergono nel contesto patologico del matrimonio ove, peraltro, considerato che il *ménage* familiare non presenta caratteri omogenei nei diversi gruppi familiari, è notevolmente difficile che operino regole universali[73].

VI. CONCLUSIONI.

Il dibattito sugli accordi prematrimoniali è di viva attualità, sia nel contesto nazionale che nello scenario sovranazionale.

Nell'ordinamento italiano, l'evoluzione del contesto familiare avvenuta sul piano sociale e ordinamentale, ha portato la dottrina e la giurisprudenza ad assumere posizioni divergenti sul tema. Se gli interpreti, al passo con i tempi, hanno colto l'opportunità della negoziazione della crisi del matrimonio, la giurisprudenza resta ancorata ai principi tradizionali di un sistema che, verosimilmente, ha radicalmente mutato i suoi connotati.

Nel contesto attuale, l'espressione "contratto di famiglia", non dovrebbe più suscitare tanto scalpore.

Infatti, se da un lato una posizione centrale in tema di accordi prematrimoniali è rivestita dal principio della libertà contrattuale contenuto nell'art. 1322 c.c., è evidente come l'argomento dell'indisponibilità dei diritti non regge più l'impostazione che nega l'ammissibilità di tali accordi. I coniugi negoziano, infatti, rapporti che sono già nella loro piena disponibilità in costanza del rapporto coniugale. E peraltro, si osserva come sarebbe più conveniente determinare la divisione dei propri beni in vista di un eventuale divorzio in un momento in cui la famiglia vive una fase di serenità e di complicità, piuttosto che tentare l'accordo in un momento di tensione e di crisi del rapporto. In tal senso i patti prematrimoniali potrebbero rendere la fase del divorzio meno conflittuale e ciò, rappresenterebbe senza dubbio un vantaggio per i coniugi e, soprattutto, per la prole. Peraltro, si deve altresì riconoscere che tali accordi potrebbero coadiuvare la macchina

72 Pazzaglia, M.: "Riflessioni sugli accordi economici preventivi del divorzio", *Vita notarile*, 2001, pp. 1017 ss.

73 A favore di un'apertura da parte del legislatore in tal senso, v. Oberto, G.: "Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi della crisi della famiglia", in AA.VV.: *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari* (a cura di M. Palazzo, S. Landini), Giuffrè, Milano, 2018, 33 ss.

della giustizia riducendo i tempi della fase giudiziale e consentendo, quindi, un procedimento molto più snello.

In dottrina è stato osservato che, in un ordinamento in cui è ammessa la revisione giudiziale degli accordi conclusi al tempo della crisi ove sopravvengano giustificati motivi, non sembrano configurarsi ostacoli ad operare in egual modo anche per gli accordi conclusi in una fase precedente alla celebrazione del matrimonio, fermo restando che il giudice dovrà verificare secondo equità la rilevanza delle sopravvenienze[74].

In merito all'esplicarsi dell'autonomia nella definizione delle conseguenze economiche del divorzio, interessante appare il rilievo di autorevole dottrina che ha individuato il limite precipuo dell'autodeterminazione dei coniugi nella tutela della seconda famiglia eventualmente formatasi successivamente al divorzio. Più precisamente, se è vero che sussistono doveri inderogabili in forza della solidarietà post-coniugale, non può, in ogni caso, non tenersi conto per un altro verso, che indebite elargizioni patrimoniali da parte di un coniuge potrebbero comportare una compressione ingiustificata delle risorse da destinare alla seconda famiglia di questi[75]. È chiaro, quindi, che rimane viva l'esigenza di un controllo giudiziale per garantire una giustizia sostanziale e perequativa.

In tal senso, si impone la necessità di preservare dalla privatizzazione i soggetti deboli, ai quali andrebbero riservati speciali procedimenti di contrattazione che garantiscano un controllo giudiziale sul contenuto del contratto[76]. Il negozio che si andrebbe a stipulare, pertanto, non potrebbe essere assoggettato *tout court* alla disciplina generale della materia contrattuale, a causa delle peculiarità che caratterizzano l'istituto familiare e che implicano la necessità di predisporre una categoria di negozi ove, la crisi del matrimonio non assurgerebbe al rango di requisito causale, ma andrebbe intesa quale condizione sospensiva, in una prospettiva dinamica che sia idonea a contenere gli interessi (nel loro divenire, sia in positivo che in negativo) che sono posti alla base della famiglia[77].

74 Al riguardo, cfr. Salanitro, U.: "Accordi prematrimoniali e sopravvenienze", *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2020, n. 3, pp. 645 ss.

75 Al Mureden E.: "Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi", *Famiglia e Diritto*, 2021, n. 1, pp. 23 ss.

76 Las Casas, A.: "Accordi prematrimoniali, status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica", *Contratti,* 2013, pp. 913 ss.

77 Amagliani, R.: "Patti prematrimoniali", cit., p. 784.

BIBLIOGRAFIA

Al Mureden E.: "Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi", *Famiglia e Diritto*, 2021, n. 1, pp. 23 ss.

Al Mureden, E.: "I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano, *Famiglia e diritto*, 2005, n. 5, pp. 552 ss.

Amagliani, R.: "Patti prematrimoniali", *Enciclopedia del diritto*- I Tematici I, 1990, pp. 779 ss.

Alpa, G. - Ferrando, G.: "Efficacia degli accordi verbalizzati e non omologati", *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1989, pp. 505.

Amadio, G.: "Teoria del negozio e interessi non patrimoniali", *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, pp. 27 ss.

Anelli, F.: "Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale", *Studi in onore di Pietro Rescigno*, *Il Diritto Privato*, tomo 1, *Persone, famiglia, successioni e proprietà*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 20 ss.

Amagliani, R.: "Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità", *I contratti*, 2014, n. 6, pp. 582.

Angeloni, F.: *Autonomia privata e potere di disposizione dei rapporti familiari*, Cedam, Padova, 1997, pp. 552 ss.

Astone, M.: "I provvedimenti nella fase presidenziale del giudizio di divorzio tra assegno di mantenimento e assegno di divorzio", in A.A.V.V.: *L'udienza presidenziale nel procedimento di separazione e divorzio*, (a cura di M. Astone, G. Basilico), Giuffrè, Milano, 2022, pp. 257 ss.

Auletta, T.: "Gli accordi sulla crisi coniugale", *Familia*, 2003, n. 1, pp. 45-66.

Bianca, M.: "Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale", *Famiglia e diritto*, 2018, pp. 955 ss.

Ballerini, L.: "Gli accordi preventivi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo l d. l. n. 132 del 2014", *Rassegna di diritto civ*ile, 2016, pp. 1 ss.

Barbiera, L.: *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 2001, pp. 63 ss.

Bergamini, A.: "Appunti sull'autonomia dei coniugi di disporre l'assetto dei loro rapporti patrimoniali in concomitanza della separazione consensuale ed in vista del divorzio", *Giustizia civil*e, 1974, pp. 173 ss.

Bessone, M.: Commento agli artt. 29-31 Cost., in AA.VV.: *Commentario alla Costituzione* (a cura di G. Branca), Zanichelli, Bologna, 1976, pp. 52 ss.

Barba V.: "Patti matrimoniali in previsione della crisi", in AA.VV.: *Quale diritto di famiglia per la società del XX secolo* (a cura di U. Salanitro), *Quaderni di familia* (diretti da S. Patti), Pisa, Pacini, 2020, n. 8, pp.151 ss.

Bivona, E.: "Libertà e responsabilità dei coniugi negli accordi personali", *Rivista di Diritto civil*e, 2020, n. 4, pp. 848 ss.

Busnelli, F.: "La famiglia nella cultura giuridica europea", *Rassegna di diritto civ*ile, 1986, pp. 149 ss.

Carbone, P.: "I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio", *Notariato*, 2005, pp. 622 ss.

D'Amico, G.: "L'accordo tra i coniugi (art. 144 c.c.)", *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1980, pp. 139 ss.

De Nova, G.: "Disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniale e autonomia negoziale", *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Vol. II, *Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 259 ss.

De Vellis, A., Tagliaferri V.: *I patti prematrimoniali*, Giuffrè, Milano, 2015.

Doria, G.: *Autonomia privata* e *causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione* e *del divorzio*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 70 ss.

Doria, G.: "Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati", *Giustizia Civ*ile, 194, I, pp. 213 ss.

Ferrari, M.: "Gli accordi relativi ai diritti e doveri reciproci dei coniugi", *Rassegna di diritto civ*ile, 1994, pp. 777.

Ferrari, M.: "Ancora in tema di accordi fuori dal verbale di separazione", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, pp. 710 ss.

Finocchiaro, M.: *Diritto di Famiglia*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 722 ss.

Fusaro, A.: "I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparatistica", *Diritto privato europeo*, Padova, 2006, pp. 53 ss.

Fusaro A.: "La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio", in AA.VV.: *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari* (a cura di S. Landini e M. Palazzo), Giuffrè, Milano, 2018, 7 ss.

Fusaro, A.: "La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?", *Famiglia e diritto*, 2018, pp. 1031 ss.

Garcia Rubio, M. P.: "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en Código civil", *ADC*, 2003, pp. 1653 ss.

Gorgoni, A.: "Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti", *Persona e Mercato*, 2018, n. 4, pp. 256 ss.

Irti, N.: *Digressioni intorno* al mutevole "concetto" di ordine pubblico", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 1765 ss.

Jemolo, C. A.: *La famiglia e il diritto*, Giuffrè, Milano, 1949.

Jessep, O.: "Gli accordi prematrimoniali negli ordinamenti di *common law*", www.corsodirittofamiglia.itlcontributi.btml, 2006, pp. 3 ss.

Las Casas, A.: "Accordi prematrimoniali, status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica", *I contratti*, 2013, n. 10.

Liserre, A.: "Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato", *Rivista trimestrale diritto processuale civile,* 1975, pp. 474 ss.

Maietta, A.: "Accordi prematrimoniali, contratti di convivenza e diritti delle parti. L'ordinamento italiano e gli ordinamenti stranieri a confronto: certezze e dubbi", *Comparazione e diritto civile*, 2019, n. 2, pp. 2 ss.

Moscarini, L. V.: *Governo della famiglia, in Sulla riforma del diritto di famiglia. Seminario diretto da F. Santoro Passerelli*, Cedam, Padova, 1973, pp. 122 ss.

Oberto G.: "I prenuptial agreements in contemplation of divorce e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale", *Rivista di diritto civile*, 1999, n. 2, pp.220 ss.

Oberto, G.: "Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale", *Famiglia e diritto*, 2012, pp. 69 ss.

OBERTO, G.: *I contratti della crisi coniugale*, Vol. I e Vol. II, Giuffrè, Milano, 1999.

OBERTO, G.: *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra i coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 3 ss.

PALAZZO, M.: "Contratti in vista del divorzio e assegno prematrimoniale", in AA.VV.: *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, (a cura di M. PALAZZO, S. LANDINI), Giuffrè, Milano, 2018, pp. 255 ss.

PALAZZO, M.: "I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio", *Giustizia Civile*, 2017, n. 1, pp. 93 ss.

PARADISO, M.: *I rapporti personali tra i coniugi*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 209 ss.

PARADISO, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", *Rivista di Diritto civile*, 2016, pp. 1308 ss.

PATTI, S.: "La rilevanza del contratto nel diritto di famiglia", *Famiglia, persone e successioni*, 2005, pp. 198 ss.

PAZZAGLIA, M.: "Riflessioni sugli accordi economici preventivi del divorzio", *Vita notarile*, 2001, pp. 1017 ss.

QUADRI, E.: "Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare", *Familia*, 2005, n. 1, pp. 1 ss.

RESCIGNO, P.: "Diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma", *Rivista di Diritto civile*, 1998, fasc. 1, pp. 109 ss.

RESCIGNO, P.: "Appunti sull'autonomia negoziale", *Persona e comunità*, tomo II, Padova, 1988, pp. 472 ss.

RIMINI, C.: "I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari", *Studi in onore di Giorgio De Nova*, tomo IV, Milano 2015, pp. 2590 ss.

RIMINI, C.: "Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio", *Famiglia e diritto*, 2018, pp. 1041 ss.

RIMINI, C.: "I patti in vista del divorzio: la Cassazione rimane ancorata alla nullità", *Famiglia e diritto*, 2021, n. 10, pp. 886 ss.

Rodotà, S.: "Politica familiare: dalla riforma del diritto alle riforme sociali", *La famiglia oggi tra "referendum" e riforma del diritto*, *Relazioni sociali*, 1974, pp. 65 ss.

Roppo, E.: *Il giudice nel conflitto coniugal*e, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 300 ss.

Russo, T.: "Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia", *Rassegna di Diritto civil*e, 2014, n. 2, pp. 459 ss.

Russo, E.: "Negozio giuridico e dichiarazione di volontà relative ai procedimenti matrimoniali di separazione, di divorzio, di nullità, *Diritto di famiglia*, 1989, 1079 ss.

Santoro Passerelli, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Diritto* e *giurisprudenza*, 1975, pp. 3 ss.

Sacco, R.: "Sub Art. 60", in AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia*, (a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi), Vol. III, Padova, 1992, pp. 15 ss.

Sala, M.: "Accordi di separazione non omologati: un importante riconoscimento dell'autonomia negoziale dei coniugi", *Giustizia civile*, I, 1994, pp. 213 ss.

Salanitro, U.: "Accordi prematrimoniali e sopravvenienze", *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2020, n. 3, pp. 645 ss.

Santosuosso, F.: *Delle persone* e *della famiglia, il regime patrimoniale della famiglia,* Utet, Torino, 1983, pp. 46 ss.

Scalisi, V.: "Concorso e rapporto nella teoria del matrimonio civile", *Rivista di Diritto civil*e, 1990, n.1, pp. 155 ss.

Sesta, M.: "Profili di giuristi italiani e contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1976, pp. 443 ss.

Smaniotto, E.: "Contratti prematrimoniali e tutela di interessi meritevoli e non contrari all'ordine pubblico e al buon costume", *I Contratti*, 2013, n. 3, pp. 225 ss.

Spatafora, A.: "Lo status coniugale e gli *status* paraconiugali tra legge e autonomia privata", *Diritto di fam*iglia, 2017, pp. 1092 ss.

Tommasini, R.: "I rapporti personali tra i coniugi", in AA.VV.: *Famiglia* e *matrimonio*, (a cura di T. Auletta), *Trattato Bessone*, IV, *Il diritto di famiglia*, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 466 ss.

Trabucchi, A.: "Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati", *Giurisprudenza it*aliana, 1981, I, 1, pp. 1153.

Ventura, L.: "Gli accordi prematrimoniali, tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale, all'esame della *feminist relational contract theory*", *Contratto* e *impresa*, 2022, n. 1, pp. 321 ss.

Zatti, P.: "Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia", *Trattato di Diritto di fam*iglia (a cura di P. Zatti), tomo II, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 5 ss.

Zoppini, A.: "Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi", *Giurisprudenza italiana*, 1990, n. 1, p. 1319 ss.

LA COMPARECENCIA ANTE EL NOTARIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD TRAS LA LEY 8/2021

THE APPERANCE BEFOR THE NOTARY OF PEOPLE WITH DISABILITES AFTER LEY 8/2021

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1752-1779

Esther ALBA
FERRÉ

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La Ley 8/2021 ha reforzado la figura del notario como prestador de apoyo institucional a la persona con discapacidad y como autoridad que vela por la existencia de salvaguardias que impidan abuso e influencia debida y que, a su vez, garanticen el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad o en su caso, su interés superior. Entre todas sus funciones de apoyo y asesoramiento, el juicio de capacidad se ha convertido en un juicio de discernimiento, subjetivo y circunstancial al caso concreto que se debe adaptar ante la existencia de apoyos. El actuar del notario variará según que las personas se hayan adaptado o no a la reforma o tengan medidas de apoyo voluntarias, informales o judiciales.

PALABRAS CLAVE: Apoyo institucional; juicio de capacidad; medidas de apoyo; notario; personas con discapacidad.

ABSTRACT: *Law 8/2021 has reinforced the figure of the notary as a provider of institutional support to people with disabilities and as an authority that ensures the existence of safeguards that prevent abuse and due influence and that, in turn, guarantee respect for the will and preferences of the person with disabilities or, where appropriate, their best interests. Among all its support and advisory functions, the judgment of capacity has become a judgment of discernment, subjective and circumstantial to the specific case that must be adapted to the existence of support. The act of the notary will vary depending on whether or not people have adapted to the reform or have voluntary, informal or judicial support measures.*

KEY WORDS: *Institutional support; judgment of capacity; notarial; support measures; people with disabilities.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL NOTARIO COMO APOYO Y AUTORIDAD INSTITUCIONAL.- III. EL JUICIO DE CAPACIDAD.- 1. EL RECONOCIMIENTO LEGAL.- 2. LOS CARACTERES Y LA NECESIDAD DE REELABORACIÓN. IV. LAS DISTINTAS ACTUACIONES DEL NOTARIO Y LA DISCAPACIDAD.- 1. ANTE PERSONAS SIN MEDIDAS DE APOYO.- 2. ANTE PERSONAS CON MEDIDAS DE APOYO. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021), produce una verdadera revolución en nuestro ordenamiento jurídico en lo que se refiere a la capacidad jurídica y a su ejercicio y supone el cumplimiento del art. 12 de la Convención de la Organización de Naciones Unidas de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York (en adelante, CNY), relacionado con el igual reconocimiento de estas como persona ante la ley, e implica la asunción por parte del Derecho Civil de un modelo social de discapacidad, abandonando un modelo médico y de representación de las personas con discapacidad[1]. De esta forma, se protege al más débil a la hora de ejercer sus derechos y sus obligaciones, potenciando la autonomía en su toma de decisiones o si fuese necesario el apoyo en las mismas, superando las instituciones de sustitución[2].

Por lo tanto, como indica De Verda y Beamonte, se observa "… un claro cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, la cual ya no se contempla desde un punto de vista negativo o restrictivo de la capacidad de obrar: se contempla en positivo, es decir, propugnándose la creación de un sistema de apoyos y salvaguardas en favor de las personas con discapacidad, que les permita el ejercicio, por sí mismas, de los derechos de que son titulares en virtud de su capacidad jurídica"[3].

1 La Ley 8/2021se ha publicado en BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021, entrando en vigor el 3 de septiembre de ese mismo año. El instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, se publicó en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

2 El paso de un modelo de representación a uno social basado en el acompañamiento, apoyo y asistencia de las personas con discapacidad conlleva la eliminación de instituciones tan tradicionales como la patria potestad prorrogada o rehabilitada, la tutela de personas incapacitadas al ser sustituida la incapacidad por la discapacidad o pérdida de capacidades intelectuales y volitivas. Véase, Gómez Valenzuela, M. A.: "Del sistema paternalista de la patria potestad prorrogada y rehabilitada al sistema de apoyo en relación al hijo mayor de edad con discapacidad. Debate en torno a la subsunción del cuidado en la arquitectura de las medidas de apoyo: a propósito de la SAP de Cantabria de 14 de febrero de 2022 (JUR 2022, 88324), *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio de 2022, pp. 198-251.

3 De Verda y Beamonte, J. R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021 de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario la Ley*, núm. 10021, Sección Dossier, 3 de marzo de 2022. En relación

• Esther Alba Ferré
Profesora acreditada contratada doctor, Eserp Business & Law School. Correo electrónico: prof.ealba@eserp.com

Las medidas de apoyo voluntarias, informales y judiciales son las novedades legislativas más importantes como garantes de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, al desaparecer la incapacidad y reconocer que estas personas tienen capacidad jurídica en igual condiciones que los demás en todos los aspectos de la vida. Sin olvidar que el principio de proporcionalidad es el criterio fundamental en el que se centra la determinación de las medidas de apoyo, porque como exige el art. 12.4 CNY, todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deberán ser "… proporcionales y adaptadas a las circunstancias de las personas"[4]. El art. 249. I in fine CC establece que las medidas de apoyo "deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad". De Verda y Beamonte considera que esto significa que las medidas "deben ser estrictamente necesarias para garantizar que, en el caso concreto, la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica"[5] y en este mismo sentido, el art. 268. I CC prevé que "Las medidas de tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetando siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias". Esto lleva a este mismo autor a considerar "la posibilidad de acudir al principio constitución de dignidad para adoptar decisiones contrarias a los deseos de la persona a quien se quiere proteger, cuando la misma tenga gravemente afectada su capacidad de discernimiento"[6].

Como indica Castro-Girona Martínez, no podemos olvidar que "… para tener capacidad jurídica en condiciones de igualdad es necesario que las personas con discapacidad no solo sean titulares de derechos y obligaciones sino que se articulen mecanismos que permitan su ejercicio y que se reconozca la validez y eficacia de los derechos ejercitados y de los actos otorgados en igualdad de condiciones que los demás"[7].

---

con si subsiste la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar frente a las consideraciones del Comité en sus Observaciones de 19 de mayo de 2014 donde parece rechazar esta distinción, este autor se pregunta adecuadamente "hasta qué punto es conveniente abandonar una distinción (capacidad jurídica y capacidad de obrar), que tiene perfiles claros y precisos y ha sido unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, para sustituirla por otra (capacidad jurídica y ejercicio de la misma), que, en definitiva, con otras palabras, viene a decir, sustancialmente, lo mismo".

4 Sin perjuicio de que, como ya indicaba Pallarés Neila, J.: "La ineludible proporcionalidad y graduación de medidas de protección de adultas", *Actualidad Civil*, núm. 11, noviembre 2018 , la proporcionalidad "… hace referencia a la dimensión cuantitativa de la modificación de la capacidad de obrar e intenta evitar que proliferen las *incapacitaciones totales*, absolutas para todo acto personal o patrimonial", mientras que la graduación de la medida de protección tiende a "… concretar las áreas de la persona en las que necesariamente debe intervenir el tutor o curador (actualmente sería exclusivamente curador)".

5 De Verda y Beamonte, J.R.: "Los principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021* (dir. por J. R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 88. El autor nos recuerda que estos principios de proporcionalidad y de necesidad ya han sido aplicados por la jurisprudencia anterior a la Ley 8/2021, plasmando la doctrina del "traje a medida".

6 Ibidem.

7 Castro-Girona Martínez, A.: "El notario, autoridad y apoyo institucional en el ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad", *Notario del Siglo XXI*, núm. 102, Marzo-abril 2022, p. 1.

La Relatora de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad en su informe presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 2017, titulado "El acceso de las personas con discapacidad a apoyo", opta en aras de conferir seguridad jurídica por un doble sistema de apoyos formales: la vía judicial y la vía extra judicial, ante el notario[8]. Junto a las medidas de apoyo judiciales existen medidas voluntarias en la que el notario va a asumir una labor fundamental ante la discapacidad y es por ello, que nos centraremos en el notariado al que la Ley 8/2021 va a colocarle en una posición de autoridad y garante de la autonomía de la voluntad de las personas que necesiten apoyo para que con las debidas condiciones de seguridad jurídica puedan ejercitar su capacidad jurídica.

El objetivo no sólo será analizar la nueva función del notario ante la reforma legislativa producida por la Ley 8/2021 como un verdadero apoyo extrajudicial, sino también ver cómo él mismo deberá valorar el juicio de capacidad de estas personas. Será importante tener en cuenta todas las reformas que en esta materia ha sufrido la Ley del Notariado (en adelante, LN) con la entrada en vigor de esta Ley 8/2021[9]. No habrá que olvidar las distintas situaciones con las que este profesional se va a encontrar ya que a la Notaría podrán comparecer personas con la capacidad modificada judicialmente según la anterior regulación que quieran ajustarse al nuevo modelo de la discapacidad o incluso habrá personas con discapacidad o sus familiares que no conozcan ni siquiera la reforma y deberán ser correctamente asesorados en este sentido. E incluso familiares que quieran iniciar la provisión de apoyos necesarios ante un pariente que no ha adoptado dichas medidas. También pueden comparecer personas que ya hayan adoptado las medidas voluntarias de apoyo, tengan medidas informales como la guarda de hecho o tengan ya concedidos apoyos judiciales.

Todo ello deberá ser desarrollado intentando combinar de manera adecuada la autonomía de voluntad de las personas con discapacidad y la seguridad jurídica para que esta persona pueda adoptar sus decisiones y que éstas generen consecuencias sin que su dignidad humana se vea atentada y con el apoyo necesario para actuar en la vida jurídica. La manera de lograr la solución adecuada a este dilema será reconociendo a las personas con discapacidad los apoyos o salvaguardas necesarias para que puedan actuar en la vida jurídica, entre las que podrá encontrarse la ayuda notarial.

8 Los informes temáticos anuales del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad están disponibles en https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-disability/annual-thematic-reports-special-rapporteur-rights-persons-disabilities (fecha de consulta: 11 de octubre de 2022).

9 La Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 publicado en Gaceta de Madrid núm. 149, de 29 de mayo de 1862, última actualización publicada el 10 de julio de 2021. En concreto, la Ley del Notariado se ve modificada por el art. primero de la Ley 8/2021 y en concreto, el art. 23 a, el art. 25 añadiendo un párrafo final, el art. 54.1, el art. 56.1, el art. 57.3, el art. 62.3, el art. 70.1 c y el art. 81.2.

II. EL NOTARIO COMO AUTORIDAD Y APOYO INSTITUCIONAL.

A la pregunta de quién será la autoridad que en el ámbito extrajudicial tiene consigo a la persona con discapacidad cuando se forma su voluntad y presta el consentimiento para ejercitar sus derechos y hacer nacer así los negocios jurídicos en lo que quiera verse involucrado, la respuesta claramente la tiene el art. 2 del Reglamento Notarial (en adelante, RN) cuando señala que le corresponde al Notariado íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública en cuantas relaciones de derecho privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial[10].

La Unión Internacional del Notariado (en adelante, UINL) ya en 2018 adoptó una serie de acuerdos entre los que destaca el relacionado con reforzar la figura del notario "… como prestador de apoyo institucional a la persona con discapacidad" y "… como autoridad que vela por la existencia de salvaguardias que impidan abuso e influencia indebida y que, a su vez, garanticen el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad"[11].

El notario se presenta como una verdadera autoridad y medida de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica tras la Ley 8/2021, y así se observa explícitamente en el art. 255 IV CC y en el art. 655 CC, como en la Disposición transitoria tercera. De tal forma que además del apoyo, en sentido formal, como indica Lora Tamayo Rodríguez "… la exigencia que las medidas voluntarias consten en escritura pública supone la consideración del notario como prestador de apoyo institucional a la persona con discapacidad. Efectivamente, los jueces, el Ministerio Fiscal y los notarios son tres instituciones básicas para el apoyo a las personas con discapacidad …"[12].

En este sentido, el art. 250 CC nos recuerda que las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Y todas las medidas voluntarias deben constar necesariamente en escritura pública, con clara intervención notarial. Y así el art. 255 V CC dispone que sólo en defecto o por insuficiencia de las medidas de naturaleza voluntaria y a falta de la guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras medidas supletorias o complementarias. Estos dos artículos dejan claros los campos de actuación de los notarios y del juez, como verdaderos operadores jurídicos esenciales.

10 El Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de organización y régimen del Notariado publicado en el BOE núm. 189, de 7 de julio de 1944.

11 El acuerdo que se comenta fue adoptado por la Asamblea de los 87 Notariados miembros de la UINL que se reunió en Buenos Aires, Argentina el 1 de noviembre de 2018 en sesión conjunta con el Consejo General.

12 Lora-Tamayo Rodríguez, I.: *Guía rápida Francis Lefebvre. Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad,* Lefebvre, 2021, Madrid, p. 23.

Centrando el estudio en la labor notarial, Castro-Girona Martínez considera que si existe una autoridad "… ante la cual se ejercitan por antonomasia derechos de muy diversa índole por parte de cualquier ciudadano es la autoridad notarial. Así, la intervención notarial permite a cualquier ciudadano, cualquiera que sea su procedencia y condición, ejercitar su capacidad jurídica, su capacidad de autorregulación y el ejercicio de su autonomía dentro del marco jurídico previsto por cada ordenamiento"[13].

Es cierto que hasta la Ley 8/2021 el notario debía denegar la intervención práctica de cualquier persona incapacitada o con la capacidad modificada judicialmente e incluso, se iniciaba el procedimiento de incapacitación o de modificación de la capacidad de obrar de estas personas ante la necesidad de que interviniese en un solo acto jurídico. Aunque ya la jurisprudencia desde la STS 29 abril 2009 había suavizado estas situaciones, teniendo siempre en cuenta la Convención y empezando a utilizar el principio del interés superior de la persona con discapacidad[14]. En este mismo sentido, la STS 27 septiembre 2017 considera que "… no procede su sometimiento a tutela, propia de la incapacitación total, sino a una curatela que complete su capacidad en el aspecto personal y patrimonial"[15] y en la STS 11 octubre 2017 es donde se reconoce que la persona goza de autonomía en su vida diaria[16]. Como dice De la Iglesia Monje, "… lo más importante es que ya se da el paso al término apoyo, como uno de los ejes centrales sobre el cuál va a girar el Anteproyecto (de la Ley 8/2021) .... Concretamente la jurisprudencia va de manera mecánica a señalar que la persona solo precisa de apoyos para garantizar su correcta atención médica, …"[17].

En la actualidad, esta incapacitación e imposibilidad de prestar consentimiento ha desaparecido y así el nuevo art. 1263 CC deja claro que las personas con discapacidad pueden prestar consentimiento contractual en el ejercicio de su capacidad jurídica y el respeto de su dignidad exige que la respuesta sea la provisión de apoyos necesarios para la toma de decisiones. Carrasco Perera muestra cierta inquietud ante este nuevo precepto y sus repercusiones en la estabilidad contractual, remitiéndonos al juicio de capacidad, que posteriormente será analizado, y trasladando el incremento del riesgo a la persona con discapacidad

13 Castro-Girona Martínez, A.: "El notario", cit., p. 2.

14 STS 29 abril 2009 (ROJ: STS 2363/2009) indicó que "La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (artículo 14 CE), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona".

15 STS 27 septiembre 2017 (ROJ: STS 3376/2017).

16 STS 11 octubre 2017 (ROJ: STS 3535/2017).

17 De la Iglesia Monje, M.ª I.: "Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa" en AA.VV.: *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad* (coord. por E. Muñiz Espada), La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 150-151.

al decir "… que la nueva ordenación afectará negativamente a la estabilidad de los contratos onerosos con terceros de buena fe"[18].

Esto lleva a la Circular informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad (en adelante, Circular informativa 3/2021) a considerar que "La discapacidad no es un estado civil, sino una situación de hecho que no impide el otorgamiento de una escritura pública"[19].

Por lo tanto, en sede notarial no pueden existir ya diferencias y las personas con discapacidad, como cualquier ciudadano, tendrán abierta "... la actuación notarial en igual condiciones con los demás sin que se les creen nuevas barreras jurídicas asadas en el régimen anterior, ni se les exija demostrar un plus de "aptitud" de forma distinta a la que se exige a cualquier ciudadano, bajo sospecha, propia del régimen anterior, que si bien la letra de la ley les reconoce el ejercicio de la capacidad jurídica en la realidad social, doctrinal o jurisprudencial no se les reconoce esa posibilidad"[20].

No se puede olvidar la doble condición del notario como funcionario público y profesional del Derecho y como fedatario público, que hará que siempre tenga en cuenta el interés superior de las personas con discapacidad. Esto no quiere decir que el notario se convierta en una autoridad judicial sino, como indica Castro-Girona Martínez, es autoridad del Estado que "… velará por el establecimiento de las debidas salvaguardias y propondrá en su caso el establecimiento de aquéllas que entienda necesarias para garantizar el respeto a sus deseos, voluntad y preferencias, así como para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida"[21].

La Guía de buenas prácticas para personas con discapacidad del notariado mundial nos recuerda que el notariado de raíz latino-germánica o de tradición jurídica romanista es "… ante todo, un elemento de seguridad jurídica preventiva, una autoridad que actuado como un profesional del Derecho, asesora, aconseja e informa a los particulares en el ámbito de sus relaciones jurídico privadas, configura

18 Carrasco Perera, A.: "Discapacidad personal y estabilidad contractual", Centro de Estudios de Consumo *(CESCO), Publicaciones jurídicas*, 12 de octubre de 2018, punto 7.

19 La Circular informativa 3/2021 está disponible en https://notin.es/wp-content/uploads/2021/10/Circular_3-2021_de_la_CP.pdf (fecha de consulta: 20 de octubre de 2022).

20 Castro-Girona Martínez, A.: "El notario", cit., p. 3.

21 Ibidem, p. 3. Es interesante cómo la Observación general núm. 1 (2014) del Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD/C/GC/1), en relación con el art. 12 titulado "Igual reconocimiento como persona ante la ley" de la Convención, en su apartado 22 considera que hay influencia indebida "… cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación" y recuerda a continuación que las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica "… deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores".

y da forma documental a los actos y contratos que regulan esas relaciones, convirtiéndoles en auténticos gracias a la fe pública que ostentan por delegación del Estado y dotándolos de una especial fuerza probatoria, en juicio y fuera de él, y un calor ejecutivo"[22].

El art. 249 CC deja claro que la función de las personas que presten apoyo, entre ellas, el notario, no es que la persona con discapacidad realice el negocio jurídico mejor, sino que lo haga conforme a su voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera, evitando influencias indebidas, desarrollando su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su compresión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Esto lleva a Álvarez Royo-Villanova a considerar que "El nuevo artículo 249 CC establece que el ejercicio de la capacidad debe ser en principio directo y que en el caso de requerir apoyo este debe prestarse atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Sin perjuicio, eso no hace desaparecer los problemas de ejercicio de esa capacidad, … no se trata de evaluar en general si una persona tiene capacidad en general, sino de si puede prestar un consentimiento válido para un acto concreto"[23].

Por ello, a la hora de valorar esa voluntad de la persona con discapacidad hay que tener presente la distinta capacidad mental de las personas que hará variar el apoyo y que por lo tanto, no siempre será posible lograr estas buenas intenciones legislativas y por ende, primar la voluntad de la persona con discapacidad, clave de la Ley 8/2021 sino aplicar prioritariamente el principio del interés superior de la persona con discapacidad. Ello hace que el notario deberá actuar, como ya lo dijo la STS 18 julio 2018, de manera flexible ante la discapacidad, elaborando una función notarial a medida de cada discapacidad y atendiendo a la graduación "… que puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Estamos, en definitiva, ante lo que esta sala ha calificado como traje a medida"[24], donde al notario se ha considerado como un verdadero sastre en atención a la discapacidad.

Si hemos propuesto una valoración del interés superior de la persona con discapacidad si ello le protege más que su voluntad, deseos y preferencias, sin embargo, sorprende que la Observación general núm. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su apartado 21 dice todo lo contrario

22 La Comisión De Derechos Humanos. Unión Internacional Del Notariado-UINL, *La Guía de buenas prácticas para personas con discapacidad del notariado mundial: el notario como apoyo institucional y autoridad pública* elaborada en 2020, disponible en https://www.notariado.org/portal/-/gu%C3%ADa-de-buenas-pr%C3%A1cticas-para-personas-con-discapacidad-del-notariado-mundial-1 (fecha de consulta: 15 de octubre de 2022), p. 23.

23 Álvarez Royo-Villanova, S.: "Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad", *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre 2022, núm. 105.

24 STS 18 julio 2018 (ROJ: STS 2805/2018).

e insiste en que "Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y preferencias de una persona, la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias".

Sin embargo, la STS 6 mayo 2021 ha hecho primar este interés superior de la persona con discapacidad considerando que es procedente someter a curatela a una persona que sufría esquizofrenia paranoide al provocar un grado parcial de autonomía limitada[25]. De Verda y Beamonte considera que "… cuando una persona tenga afectada su capacidad para formar libremente su voluntad, por sufrir una enfermedad que le impida tomar conciencia del estado en que se halla y comprender que necesita la ayuda que rechaza, será posible, en su interés, adoptar decisiones que contraríen sus deseos"[26]. Por ello, el notario cuando detecte esta situación y siempre en interés de la persona con discapacidad deberá hacerlo constar ante el juicio de capacidad.

Así mismo, el notario deberá informar a la persona con discapacidad y, en base a sus aspiraciones, a la finalidad perseguida y a su voluntad negocial, igual que lo hace con cualquier otro ciudadano, sobre los requisitos necesarios para la validez del negocio jurídico, su alcance y consecuencias, pero este deber de asesoramiento e imparcialidad es cierto que no impide, como indica la Guía de buenas prácticas antes mencionada, que "el fedatario habrá de prestar un 'plus' de asistencia, una información más completa y exhaustiva al contratado necesitado de asistencia especial ya sea porque la otra parte viene asesorada por abogado y ella no, ya sea por sus condiciones culturales, ya sea por las condiciones sociales o ya sea por razón de discapacidad"[27].

En este sentido, y si queremos concretar las funciones que realiza el notario ante las personas con discapacidad serían las siguientes según Lora-Tamayo Rodríguez: "1º. Apoyando a las personas en el establecimiento voluntario de las medidas de apoyo. 2º. Apoyando a la persona discapacitada en los otorgamientos que ante él se presenta. 3º. Apoyando tanto a la persona con discapacidades psíquica como físicas. 4º. Controlando en todos los otorgamientos que ante él se realiza que el otorgante puede ejercer su capacidad jurídica".

Es necesario tener en cuenta que la Ley 8/2021 ha añadido el art. 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) relacionado con los ajustes razonables para las personas con discapacidad permitiendo que "1. En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes

25 STS 6 mayo 2021(ROJ: STS 1894/2021).

26 De Verda y Beamonte, J. R.: "Primeras resoluciones", cit.

27 La Comisión de Derechos Humanos. Unión internacional del Notariado- UINL, *La Guía de buenas prácticas*, cit., p. 37.

que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad, …"[28]. Entre tales adaptaciones se deben tener en cuenta en sede notarial las que hagan referencia a la comunicación, la compresión y la interacción con el entorno, ya que las personas con discapacidad tienen derecho a entender y a ser entendidas en cualquier actuación. Este mismo artículo nos recuerda en su párrafo 2 que "Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán con un lenguaje claro, sencillo y accesible, de modo que tengan en cuenta sus características personales y sus necesidades, …". Así mismo se facilitará la asistencia y apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, incluyendo la interpretación en las lenguas de signos y las medidas de apoyo a la comunicación oral a las personas sordas con discapacidad auditiva y sordociegas. También se permite la participación de un profesional experto a modo de facilitador de tareas de adaptación y ajuste necesarias y el acompañamiento por una persona de su elenco desde el primer contacto con las autoridades o funcionarios. En este mismo sentido, el art. 7 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) resalta que los expedientes se tramitarán, según los casos, ante el juez, notario, letrado de Administración de Justicia y Registradores de la Propiedad y Mercantil.

Por todo ello, el art. 25 LN en su último párrafo insiste en que "Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso"[29].

La Guía de buenas prácticas del notariado mundial tiene como finalidad garantizar que los notarios y el personal de las notarías conozcan a fondo los derechos de las personas con discapacidad y asegurar así una comunicación efectiva y directa, incluso cuando vaya acompañada, procurándose los servicios de peritos intérpretes de lengua de signos, mediadores o incluso medios tecnológicos

28 Véase la reforma de la LEC y de la LJC que ha sido resumida por AA.VV.: *Reforma civil y procesal de apoyo a las personas con discapacidad. Todas las claves de la reforma efectuada en el Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio* (coord. por Departamento de Documento de Iberley), Colex, Galicia, 2021, pp. 14-16.

29 El art. 2 CNY establece conceptos importantes en este sentido como son la comunicación, el lenguaje y los ajustes razonables. En este sentido dicho artículo establece que a los fines de esta Convención "La «comunicación» incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso; Por «lenguaje» se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal; Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".

y haciendo especial hincapié en la utilización de un lenguaje sencillo, elaborando oraciones, cortas, evitando tecnicismos y con un formato que facilite la lectura y comprensión, evitando paternalismos y facilitando incluso la circulación y acceso a los espacios[30].

Es verdad que en relación con estos medios, estamos "… ante un derecho que se le concede a la persona afectada por discapacidad físicas o sensoriales para usar esos medios, pero concretándonos a la institución notarial es una obligación del notario admitirlos y conseguir la comunicación con el otorgante"[31]. Medios técnicos que no siempre están a disposición de los notarios y de las propias personas con discapacidad y que deben ser las asociaciones de dichas personas que en muchos casos sean los que presten dichos medios.

Entre todas las funciones notariales, el control de la capacidad de los otorgantes es una de las que se ha considerado esencial. Ese juicio de capacidad también deberá adecuarse a la Convención de Nueva York y a la Ley 8/2021, lo que puede que conlleve la necesidad de su reelaboración tanto formal como sustantivamente hablando.

III. EL JUICIO DE CAPACIDAD.

1. El reconocimiento legal.

El informe de la relatora para los derechos de las personas con discapacidad de la Asamblea General de Naciones Unidas de 2017 en el punto 77 señala expresamente que "en el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica", pero recalca que el notariado debe tener en cuenta el ejercicio de la capacidad jurídica y el paradigma de apoyo introducido por la Convención "para que su labor no se traduzca en una restricción de facto de la capacidad jurídica".

Otro de los acuerdos adoptados por UINL en 2018 es el que hace referencia al hecho de "reforzar el juicio de capacidad o juicio de discernimiento que realiza el notario en cada acto notarial que autoriza como medio para garantizar el ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad". Como se realiza ante cualquier ciudadano, el notario deberá comprobar jurídicamente en el momento de prestar el consentimiento la corrección del apoyo y la suficiencia de la voluntad o aptitud de la persona con discapacidad para emitir el juicio de capacidad, comprensión o discernimiento de su actuar.

30 Véase en relación con la expresión de la voluntad y a las recomendaciones para la accesibilidad jurídica, La Comisión de Derechos Humanos. Unión internacional del Notariado- UINL, *La Guía de buenas prácticas,* cit., p. 29-36.

31 Lora-Tamayo Rodríguez, I.: *Guía rápida,* cit., p. 25.

La Guía de buenas prácticas de 2020 nos recuerda que la capacidad se presume siempre y que el notario "… no realiza un juicio médico: lo "determinante" no es que la persona padezca o no y en qué grado una determinada patología, no es una valoración puramente médica pues influyen factores o circunstancias como en cualquier ser humano tales como los factores culturales, educacionales, sociales etc. Lo determinante para el notario es comprobar que la persona con discapacidad tiene una percepción clara con arreglo a su aptitud y discernimiento de las consecuencias del acto que está realizando y de que se han utilizado los sistemas de apoyo necesarios para ello en ausencia de influencia debida ni abuso de ningún tipo"[32].

Vista la importancia de este juicio de capacidad, nos podemos preguntar por su reconocimiento legal. El art. 17 bis LN ordena que "Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes". Así mismo, el art. 147 RN que dice "insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas … y prestará la asistencia especial al otorgante necesitado de ella". Ello lleva según Álvarez Royo-Villanueva a "… la necesidad de adaptar la información a cada otorgante"[33], de especial importancia en el caso de las personas con discapacidad, lo que lleva a considerar que aunque en el ámbito de consumidores es donde se desarrolla el concepto de consentimiento informado, "… no existe otro consentimiento que el informado, pues sin conocimiento/información sobre lo que se decide tampoco existe voluntad"[34], considerando que la actuación del notario debe ser igual que con el consumidor donde se pretende que comprenda un contrato complejo y la persona con discapacidad con mayores dificultades de comprensión llegue a prestar un verdadero consentimiento.

Si se trata de un testamento notarial, el art. 696 CC dispone "El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el art. 686. También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento". Como indica Alventosa del Río, la valoración que exige este nuevo artículo ha cambiado, ya que no se exige "probar la capacidad de la persona, como exigía la redacción anterior del precepto, sino que debe, según su propio criterio, constatar que la persona está en condiciones de conformar o expresar su

32 La Comisión de Derechos Humanos. Unión internacional del Notariado- UINL, *La Guía de buenas prácticas,* cit., p. 44.

33 Álvarez Royo-Villanova, S.: "Voluntad y consentimiento", cit.

34 Ibidem.

voluntad. Dicha valoración la realiza únicamente el Notario, pues se ha suprimido la presencia de los dos facultativos para determinar la capacidad del otorgante, que exigía la anterior redacción del precepto. Sin embargo, se ha señalado por la doctrina que, aunque no es preciso llamar a dichos facultativos, el Notario puede solicitar su dictamen si tiene dudas de la capacidad del testador"[35].

Conocida la trascendencia que tiene el juicio de capacidad, debemos analizar cuáles son sus verdaderos caracteres y si es necesario adaptar este juicio a las exigencias de la Ley 8/2021.

2. Los caracteres y la necesidad de reelaboración.

Parece ciertas las consideraciones que Valls i Xufré realiza del juicio de capacidad al considerarlo un juicio subjetivo porque la capacidad "… no es un concepto objetivo, depende de quién y para qué, así como del momento en que se ejecute el acto ya que puede variar súbitamente según el tipo de discapacidad"[36], lo que le lleva también a valorar su carácter circunstancial al depender del caso concreto.

En este mismo sentido, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 16 de diciembre de 2020 señala que el juicio de capacidad "expresa la consideración del notario de que concurre en el otorgante, al tiempo del otorgamiento, la suficiente capacidad de entender y querer el contenido del instrumento que está autorizando". Por ello, Durán Alonso atribuye a este juicio "… un carácter proactivo, ya que implica cierta actividad de información y asesoramiento, para que el discapacitado pueda emitir un verdadero consentimiento informado"[37].

Así la Circular informativa a la luz de la nueva legalidad considera que "este juicio de capacidad ha cobrado una nueva dimensión, pues supone la involucración del notario que no es ni puede ser un mero espectador". Y ello le lleva a afirmar que "ese juicio de capacidad jurídica no puede ser en adelante tan solo "una enérgica presunción", poco enérgica, si resulta destruible sin más mediante un dictamen médico forense, basado en juicios a posteriori sobre la racionalidad del sujeto objeto de diagnóstico o expresivo de su falta de conciencia respecto de sus deficiencias, desconocedor de la realidad del momento y de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, así como del apoyo prestado por el notario. Habrá que probar la imposibilidad de hecho, que en ese momento

35 Alventosa Del Rio, J.: "Reformas en Derecho de Sucesiones", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021* (dir. por J. R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 466.

36 Valls i Xufré, J. M.: "El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos" en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (coord. por M. Núñez Núñez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 101.

37 Durán Alonso, S.: "Capacidad de obrar en personas con deterioro cognitivo: el papel de los notarios en España a la luz de la Ley 8/2021", *Revista Boliviana del Derecho*, núm. 34, julio 2022, p. 58.

la persona no pueda expresar o conformar su voluntad ni aun con la ayuda de los medios o apoyos necesarios, entre ellos el prestado por el propio notario. Todo ello, lleva a pensar, que el juicio notarial de capacidad jurídica da lugar a una presunción legal iuris tantum muy cualificada".

Conocidos los caracteres de subjetividad y de proactividad del juicio de capacidad y la importancia de que es un verdadero juicio de discernimiento dando lugar a esa presunción, es necesario repensar la necesidad de reelaborar formalmente el juicio de capacidad. Lora-Tamayo Rodríguez demanda reelaborar esta expresión en el documento notarial sobre la capacidad de los otorgantes, pues conforme al art. 12 CYN las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igual condiciones que los demás, "… si ello es así, el juicio del notario formulado de esta forma no añadiría nada, sería como decir que los comparecientes son personas o tienen capacidad". Por ello, propone partir de una nueva fórmula que diría "A mi juicio los comparecientes pueden por sí solo ejercitar su capacidad jurídica en la presente escritura de … (el acto o negocio jurídico de que se trate)"[38].

Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica pero en el ejercicio de la misma puede que necesiten apoyos y en este caso, este mismo autor recomienda que la fórmula utilizada por el notario podría ser parecida a ésta "A mi juicio D. … puede ejercitar su capacidad jurídica en la presente escritura de … (acto o negocio de que se trate) asistido por D. …, aquí compareciente, persona designada para prestarle apoyo para contratos como los que se documentan en la presente, como curador mediante auto emitido por D. …, Juez de Primera Instancia de …, debidamente inscrita en el Registro Civil, testimonio del referido auto tengo a la vista y lo considero suficiente acreditándome igualmente mediante testimonio de aceptación por el curador de la medida de apoyo encomendada ante el Letrado de la Administración de Justicia el día …"[39]. Variando esta fórmula si la medida de apoyo se hubiese establecido en una escritura reguladora de su propia discapacidad como permite el art. 255 CC. Sin perjuicio de que si la medida de apoyo no requiera de la asistencia de una persona, el notario hará constar que la misma existe en el momento del otorgamiento. En este sentido, se puede poner como ejemplo el caso de alguien con personalidad bipolar "… que necesite de medida de apoyo, podría bastar para el acto de que se trate con un dictamen de un profesional especializado en el ámbito social o sanitario, que asegure que en esa etapa sufre alteración de personalidad"[40].

Tiene que quedar claro qué conlleva el juicio del notario porque el mismo no siempre será fácil y puede conllevar una gran responsabilidad. Lo cierto es que

38 Lora-Tamayo Rodríguez, I.: *Guía rápida,* cit., p. 30.

39 Ibidem.

40 Lora-Tamayo Rodríguez, I.: *Guía rápida,* cit., p. 30.

este juicio no recae sobre la capacidad de la persona sino sobre su aptitud para el ejercicio de su capacidad jurídica en un momento clave, en el del otorgamiento por sí solo o con los apoyos pertinentes. Ello lleva a Lora-Tamayo Rodríguez a considerar que no cabe "… que se pretenda con posterioridad al otorgamiento demostrar la discapacidad intelectual de la persona, pues se parte de que ello puede ocurrir, la presunción de validez del juicio del notario solo puede destruirse demostrando que en ese momento del otorgamiento la persona debidamente asistida no pudo emitir su consentimiento válidamente"[41].

Puede que no sólo sea necesario reelaborar la fórmula relacionada a la capacidad jurídico sino que sea necesario no tanto hablar de juicio de capacidad porque todas las personas, incluidas las personas con capacidad podrán ejercer la capacidad jurídica en igual condiciones que los demás, sino más de juicio de aptitud o discernimiento ya que el mismo no se refiere a la capacidad abstracta ni a la capacidad sobre cualquier acto de la vida, sino a un hecho o acto concreto en un momento determinado. Esto lleva a considerar que la Ley 8/2021 "… hace de la voluntad de la persona con discapacidad el eje de su actuación en la vida jurídica. Eso desplaza el problema de la idea de capacidad a la de consentimiento, pues el que toda persona tenga capacidad no significa que pueda prestar un verdadero consentimiento a un acto concreto. Esto convierte en esencial la actuación del notario, que no es simple evaluador del consentimiento sino que tiene que procurar participar en el proceso de formación del consentimiento"[42].

Ello lleva a la Circular informativa 3/2021 a recordar que "No hay que olvidar que ese apoyo notarial constituye un cauce para el ejercicio de un derecho fundamental como es la capacidad jurídica vinculado a la dignidad de la persona humana. Estamos ante una cuestión de derechos humanos".

Podemos por tanto, concluir que el notario deberá realizar una actuación de supervisión con una doble vertiente, positiva en relación con el juicio de capacidad o discernimiento para el acto concreto, respetando su voluntad, deseos y preferencias y negativa, dirigida a evitar cualquier tipo de influencia debida o abusos. Es el momento de concretar esta actuación notarial en la práctica ante los distintos supuestos según que la persona con discapacidad se haya adoptado o no a la Ley 8/2021.

IV. LAS DISTINTAS ACTUACIONES DEL NOTARIO Y LA DISCAPACIDAD.

El notario debe tener en cuenta que las personas con discapacidad que comparecen ante él pueden encontrarse en distintas situaciones que harán variar

41 Ibidem, p. 31.

42 Álvarez Royo-Villanova, S.: "Voluntad y consentimiento", cit.

su actuación o dar énfasis a algunas de sus funciones con mayor intensidad que en otras ocasiones, siempre atendiendo al interés superior de las personas con discapacidad, principio que como señala De La Iglesia Monje, en relación al que califica de nuevo modelo de protección suave, siempre debe aplicarse de forma proporcionada a su situación ya que el cambio gira en torno al mismo que "… manteniendo la personalidad, requiere un asesoramiento de su capacidad … e influye en la valoración de las condiciones personales del sujeto'[43].

Como indica Durán Alonso, una vez que el notario decide que el otorgante tiene capacidad suficiente para entender el alcance y consecuencias del negocio jurídico, su intervención diferirá según que el discapacitado concurra con o sin apoyos'[44] e incluso se podría añadir, concurra habiendo sido incapacitado o modificada judicialmente su capacidad según la legislación anterior.

1. Ante personas sin medidas de apoyo.

Muchas de las personas que ahora quieran comparecer en la notaría pueden que hayan visto modificada su capacidad de obrar conforme a la anterior normativa y por lo tanto, ver imposibilitado o limitada su capacidad de obrar, esto es, el actual ejercicio de su capacidad jurídica[45]. El notario en ese caso se encontrará con un doble reto, ya que tendrá que informarle de la nueva protección existente caracterizada por la provisión de apoyos y la supresión de instituciones tan tradicionales como la patria potestad prorrogada y rehabilitada[46], la incapacidad o la prodigalidad, y explicarle el procedimiento necesario o derecho transitorio para que su situación de incapacidad se acomode al nuevo sistema de provisión de apoyos basado ya no en la representación como regla general sino en la asistencia. En este sentido, la Ley 8/2021 ha concedido un plazo de 3 años para que a instancia de parte, o de oficio se revisen las medidas acordadas. Durante este plazo, todas las privaciones de los derechos de las personas con discapacidad quedarán sin

43 De la Iglesia Monje, M.ª I.: "Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa" en AA.VV.: *Contribuciones para una reforma,* cit., p. 168.

44 Durán Alonso, S.: "Capacidad de obrar en personas con deterioro cognitivo: el papel de los notarios en España a la luz de la Ley 8/2021", *Revista Boliviana del Derecho*, núm. 34, julio 2022, p. 61.

45 No hay que olvidar el carácter constitutivo de las resoluciones judiciales que modifican la capacidad reconocida expresamente por ejemplo en STS 28 septiembre 2018 (ROJ: STS 3268/2018), entre otras, cuando establece que "… la sentencia de incapacidad tiene carácter constitutivo y la declaración produce efectos *ex nunc* y no *ex tunc*, esto es, se produce a partir del momento de la firmeza de la sentencia de incapacidad y no con efectos retroactivos, entendiéndose válidos todos los actos del incapaz realizados antes de la declaración de incapacidad, sin perjuicio de la posible anulabilidad de los mismos a instancia de parte".

46 De Verda y Beamonte, J. R.: "Primeras resoluciones", cit., considera coherente la supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada con el nuevo tratamiento de la discapacidad, "… pues, suprimida la incapacitación, no es posible prorrogar o rehabilitar la patria potestad, que confiere a los progenitores la representación legal de los hijos y, por lo tanto, comporta una actuación sustitutiva en nombre de los mismos". En este sentido comenta la SAP Pontevedra 21 septiembre 2021 (ROJ: SAP PO 2086/2021) que ha sustituido la patria potestad rehabilitada por una curatela asistencial.

efecto y los tutores, curadores o defensores judiciales, que actuaban según la anterior normativa, deberán ejercer su cargo según la Ley 8/2021.

Los tutores de las personas con la capacidad modificada judicialmente serán ahora verdaderos curadores representativos desde la entrada en vigor de esta Ley, teniendo en cuenta la Disposición transitoria 2ª. Aunque como indica De vera y Beamonte "En materia de revisión hay que tener en cuenta que no toda tutela tendrá que transformarse necesariamente en curatela con facultad de representación, dado el reforzamiento de los principios de necesidad y proporcionalidad que inspiran la nueva regulación"[47]. Mientras la medida aún no sea revisada, podrán los curadores "… acudir a la oficina notarial a formalizar un acto o negocio jurídico, en nombre y representación de la persona discapacitada o necesitada de apoyo, en calidad de curador representativo, sin prejuicio de que es recomendable que acuda asimismo la persona discapacitada o necesitada de apoyos a los efectos de conocer su voluntad en relación al acto o negocio que se trate"[48], requiriendo autorización judicial en los actos o negocios así determinados en el art. 287 CC como enajenar o gravar bienes inmuebles, disposiciones a título gratuito, renuncias de derechos, aceptación o renuncia de herencias, entre otros.

En este mismo sentido según la Disposición transitoria 3ª de dicha Ley "las previsiones de autotutela se entenderán referidas a la autocuratela y se regirán por la presente Ley"[49].

No hay que olvidar que según la Disposición transitoria 5ª de la Ley 8/2021 las medidas ya acordadas con anterioridad al 3 de septiembre de 2021, fecha de la entrada en vigor de la Ley, podrán ser revisadas a instancia de parte y dicha revisión deberá ser realizada en el plazo máximo de un año o de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, para aquellos casos en que no haya existido dicha solicitud y la revisión se realizará por la autoridad judicial en un plazo máximo de 3 años.

Si la persona que se presenta no tiene constituido un régimen formal de apoyo o asistencia y tiene suficiente capacidad de discernimiento y comprensión, "… podrá prestar su consentimiento con el apoyo institucional del Notario y, en su caso, en el que le preste su guardador de hecho o asistente informal. En todo caso, la valoración del grado de discernimiento y las actuaciones realizadas por el Notario

47 De Verda y Beamonte, J.R.: "Los principios", cit., p. 58.

48 Benavides Lima, j.: "El juicio de capacidad de los notarios: ¡Más importante que nunca!, del 2 de febrero de 2022 disponible en https://www.google.es/search?q=juicio+de+capacidad+notarial&ie=UTF-8&oe=UTF-8&hl=es-es&client=safari (fecha de consulta: 13 de octubre de 2022).

49 Véase, De Verda y Beamonte, J. R.: "Primeras resoluciones", cit., cuando bajo el título "De la autotutela a la autocuratela" analiza la STS 19 octubre 2021 (ROJ: STS 3770/2021) donde se revoca la sentencia recurrida, que se había apartado de lo previsto en la disposición testamentaria en la que se había constituido la autotutela.

al respecto se podrán reflejar en un acta previa[50]. Si excepcionalmente, se requiere una actuación representativa del guardador de hecho, el mismo deberá obtener la correspondiente autorización judicial ad hoc"[51]. Es en esta fase en la que el notario debe hacer hincapié en su labor de comunicación y asesoramiento, para garantizar que esta persona entiende y asume todas las consecuencias de su actuar y que no está recibiendo influencias indebidas. Y siguiendo a Durán Alonso, "… el notario adoptará el rol de medida de apoyo del discapacitado intelectual. Para evitar impugnaciones ulteriores, debe hacer constar en la escritura que el compareciente padece un deterioro cognitivo -indicando si se lo ha manifestado o la ha percibió por sí mismo-, ya que si se deja constancia, impide que posteriormente se alegue que el notario no detectó la discapacidad"[52], haciendo constar que prestó el apoyo y facilitó la información adecuada y ayudándole en la toma de decisiones según su voluntad.

Ante la posibilidad de estas denuncias y con la Ley 8/2021, Valls i Xufré habla de una verdadera soledad del notario ya que considera que el panorama para el notario "… es ciertamente inquietante ante una legislación como la nuestra que no le atribuye más que responsabilidades en caso de error y que en muchos casos, además de no protegerle cómo funcionario público que es, abre demasiadas brechas a posibles denuncias maliciosas de contenido puramente económico"[53].

Es por ello por lo que hay que insistir, como lo hace Álvarez Royo-Villanova, que los notarios tienen un papel central en la aplicación de esta Ley, pues lo propio del notariado latino "… es por una parte el control de la legalidad, y por la otra el asesoramiento sobre las consecuencias del acto"[54].

A la hora de valorar por el notario la voluntad de personas con discapacidad, es importante recordar que por ejemplo en sede matrimonial y en relación con quienes deseen contraer matrimonio el art. 56 CC cita expresamente al notario, entre otras autoridades que, "… podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten

50 Véase las consideraciones que sobre el acta notarial previa de apoyo al consentimiento hace Valls i Xufré, J. M.: "El papel del notario", AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica,* cit., p. 106-107.

51 Ibidem. Este notario de Barcelona hace un estudio comparado con el Derecho Foral Catalán resaltando que en este primer caso el notario debería entrevistar previamente a la persona para determinar que si con el apoyo institucional del notario y el apoyo informal tiene capacidad de discernimiento suficiente, constando todo en el acta previa y si se desprende que tiene dicha capacidad, se procederá a firmar el documento notarial. Según los arts. 56, 57 y 62 LN ante la ausencia de apoyos y en determinadas actuaciones testamentarias como la declaración de herederos abintestado y la adveración de testamento cerrado u ológrafo, el notario deberá comunicar esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de defensor judicial.

52 Durán Alonso, S.: "Capacidad de obrar", cit., p. 62.

53 Valls i Xufré, J. M.: "El papel del notario", en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica,* cit., p. 88.

54 Álvarez Royo-Villanova, S.: "Voluntad y consentimiento", cit.

la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento". Este artículo por lo tanto de manera excepcional permite recabar un dictamen médico para valorar la aptitud. Consideramos que este artículo debería ser aplicable a todos los negocios jurídicos como medio de ayuda a la actuación notarial.

Así no hay que olvidar lo dicho en relación con el nuevo el art. 655 CC aunque en sede testamentaria, demandándose que se vea reflejada la función notarial no sólo en el ámbito testamentario, sino en todo tipo de actuación negocial que se vaya a hacer. Este mismo sentir lo encontramos en la Disposición transitoria 3ª en su párrafo tercero de la Ley 8/2021 donde resalta las funciones de ayuda del notario a la hora de la comprensión y razonamiento y al expresar su voluntad, deseos y preferencias.

Vista la labor informativa y de especial atención que presta el notario ante personas que no tengan adoptadas medidas de apoyo ni conozcan la reforma, hay que destacar cómo su actuar será diferente si dicha persona ya tiene apoyos.

2. Ante personas con medidas de apoyo.

Por ello, si la persona acude al notario con apoyos, no hay que olvidar la prevalencia de las medidas de apoyo voluntarias a las judiciales[55]. Las medidas de apoyo voluntarias o de autoregulación son la autocuratela, los poderes con cláusula de subsistencia, si en el futuro el poderdante precisa apoyo para el ejercicio de su capacidad y los poderes preventivos, dados solo para dicha voluntad. Si son voluntarias, "el notario autorizará el negocio jurídico si, una vez valorados dichos apoyos, entiende que son idóneos y suficientes para el acto concreto de que se trate"[56], sin perjuicio de que puedan ser modificados o renunciar a ellos según el art. 255 CC.

En este sentido, la persona que comparece ante el notario puede que quiera en previsión de la concurrencia de circunstancias que dificulten el ejercicio de su capacidad, elegir la autocuratela como medida de apoyo. Como indica De vera y

55 Véase en relación con las diversas hipótesis de intervención notarial en la constitución de apoyos voluntarios la clasificación que realiza Valls i Xufré, J. M.: "El papel del notario", en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica.,* cit., pp. 108-141 diferenciando según que el apoyo sea para ejecutar un acto concreto o para otorgar un acto de última voluntad, o bien se trate de una autorización de acuerdos genéricos de apoyos, sin olvidar que la asistencia del notario puede ser simple o de acompañamiento o colaborativa y por lo tanto, con carácter de complemento o verdaderamente representativa.

56 Durán Alonso, S.: "Capacidad de obrar", cit., p. 62.

Beamonte se ha producido un paso de la autotutela a la autocuratela[57]. El notario vuelve a tener un peso fundamental porque en escritura pública según el art. 271 CC se podrá proponer "el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador". Sin olvidar que el art. 272. CC nos recuerda que esta propuesta realizada en la autocuratela vinculará al Juez al constituir la curatela si bien se podrá apartar de ella "siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones".

Si la persona dispone de un poder preventivo, como verdadera medida de apoyo voluntario, habrá que atenderse a sus cláusulas. Aquí el notario ha podido ayudarle en la elaboración de este o si lo ha hecho otro compañero, deberá proceder de acuerdo con dicho poder para determinar si el apoderado puede o no actuar en su nombre en un negocio concreto. Como indica García Herrera, se contemplan dos tipos de poderes preventivos "con cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 256 CC); es el denominado poder continuado. … Y el poder preventivo puro, concedido únicamente para el supuesto de que el poderdante precise de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica; es el conocido como poder ad cautelam"[58].

Es cierto que la persona con discapacidad puede asistir acompañada del guardador de hecho y como indica De Verda y Beamonte, la Ley 8/2021 "… pretende una razonable desjudicialización, que pasa por el reforzamiento de la guarda de hecho"[59], la cual se convierte como indica la Exposición de Motivos, en una "… verdadera guarda de derecho, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo". Sin olvidar que según el art. 263 CC "Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función", por ello este mismo autor considera que "la constitución de la curatela es subsidiaria, exclusivamente, para el caso de que no existiera una guarda de hecho que funcionase correctamente"[60]. Pero el notario no tendrá que olvidar excepcionalmente este guardador podrá actuar con facultades representativas y requerirá para ello de autorización judicial según el art. 264 I CC salvo las excepciones marcadas en el apartado III de este mismo artículo en todas las prestaciones que solicite que no supongan un cambio significativo en la forma

57 De Verda y Beamonte, J.R.: "Los principios cit., p. 65.

58 García Herrera, V., "Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y de su articulación en torno a la figura contractual del mandato", AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica,* cit., p. 348.

59 De Verda y Beamonte, J. R.: "Primeras resoluciones", cit. Véase, Alba Ferré, E., "La nueva guarda de hecho como verdadera institución de apoyo", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, 2020, pp. 152-177.

60 De Verda y Beamonte, J.R.: "Los principios", cit., p. 69.

de vida de la persona o en relación con actos de escasa relevancia económico y que carezcan de significado personal o familiar.

Pero si la persona que acude al notario está sujeta a un régimen de apoyo de curatela, su comparecencia requiere de la asistencia del curador, debiéndose aportar la resolución judicial de dicho nombramiento donde se concretarán los actos que requieren de la asistencia de esta medida de apoyo formal[61]. El notario deberá realizar una entrevista pertinente que verifique que esta persona tiene capacidad de discernimiento suficiente para comprender las disposiciones del acto o documento que se pretende firmar. Si se desprende que tiene capacidad y que el curador está facultado para prestarle el apoyo en ese acto, se procederá a firmar el documento, junto con su curador y si no tuviese dicha capacidad requerida, el curador sólo podrá firmar el documento en nombre y representación de esa persona si tiene facultades representativas según el art. 249 CC en su párrafo tercero pero limitado a casos excepcionales[62]. Sin perjuicio de que se tendrá en cuenta el art. 287 CC en donde se exige que el curador representativo requerirá de autorización judicial para los actos antes mencionados.

No hay que olvidar ante los apoyos judiciales que, como indica Barrio Del Olmo, es posible que el notario recomiende la modificación de los apoyos adoptados, ya que puede producirse un cambio en la situación de la persona con discapacidad[63].

Todo ello ha demostrado que el notario debe ajustar sus funciones ante las diversas situaciones en que se van a encontrar las personas que comparezcan en sede notarial según que las mismas se hayan o no adaptado a la reforma realizada por la Ley 8/2021.

61 Véase, De Verda y Beamonte, J.R.: "Los principios", cit., p. 67- 68 cuando resalta la prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad respecto de la persona que ha de asumir la curatela y la necesidad de una especial motivación para apartarse de ella.

62 En relación con la curatela representativa, la SAP Santander 23 septiembre 2021 (ROJ: STS S 1083/2021) en relación con la interpretación de la Ley 8/2021 y de las distintas medidas de apoyo judicial y ante la imposibilidad de constituir una patria potestad rehabilitada, destaca que no cabe la privación plena de la capacidad de otorgar testamento y recomienda la constitución de una curatela "esencialmente representativa", recordando tanto la STS 8 septiembre 2021 (ROJ: STS 3276/2021) para el caso de persona afectada con síndrome de Diógenes, que descarta dicha curatela, confirmando la adopción judicial de medidas de apoyo contra la voluntad del interesado como la STS 6 mayo 2021 (ROJ: STS 1894/2021). En cuanto a la designación de los actos en que el curador representa a la persona con discapacidad se destaca que es específica y expresa en términos muy similares a la que se exige para un poder notarial, pero utilizando categorías generales, como todos "los actos de disposición, administración o gravamen, a salvo de la administración por el curatelado del dinero de bolsillo no superior a 20 euros semanales, …", y no enumerando cada uno de los actos concretos que se puedan integrar en esas categorías.

63 Barrio Del Olmo, C. P.: "La función notarial tras la entrada en vigor de la ley 8/2021" en AA.VV.: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual* (dir. por R. S.: Moreno Flórez), Dykinson, Madrid, 2022, p. 22.

V. CONCLUSIONES.

Debe lograrse una combinación adecuada entre la autonomía de voluntad de las personas con discapacidad y la seguridad jurídica para que estas personas puedan adoptar sus decisiones y actuar en la vida jurídica, sin que se vea alterada su dignidad. Para ello, la clave estará en las salvaguardas y apoyos que ha establecido nuestro ordenamiento jurídico y entre ellos, se encuentra los que puede ofrecer el notariado.

La Ley 8/2021 en su art. primero ha reformado la LN y ha reforzado la labor de asesoramiento, información y consejo, funciones esenciales del notario, al considerarlo como una autoridad y apoyo institucional extrajudicial para que las personas con discapacidad puedan manifestar su voluntad al ejercer su capacidad jurídica en igual condiciones que los demás, al ser funcionario público y profesional del Derecho. La discapacidad no es un estado civil, sino una situación de hecho que no impide el otorgamiento de una escritura pública como indica la Circular informativa 3/2021.

Por tanto, el notario es un verdadero garante de la seguridad jurídica preventiva, que asesora, aconseja e informa, y en la emisión de una voluntad libre e informada ejerce de prestador de ajustes razonables, siendo fundamental la comunicación directa para garantizar la accesibilidad física y jurídica.

El notario debe controlar y reforzar el juicio de capacidad o mejor dicho, de discernimiento, que realiza en cada acto notarial como medio para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, siempre en interés superior de ellas y en aplicación del principio constitucional de dignidad, sobre todo cuando la persona tenga gravemente afectada su capacidad de discernimiento pero siendo una imposibilidad de hecho sólo excepcional. En el ámbito notarial también se deberán tener en cuenta los principios de necesidad y proporcionalidad que inspiran la nueva regulación ante la discapacidad.

El juicio de capacidad deja de considerar a esta como abstracta y se convierte en un juicio de discernimiento para un acto o hecho jurídico concreto por lo que puede ser calificado de subjetivo y circunstancial e incluso proactivo, donde el notario está involucrado ante la discapacidad, sin ser un mero espectador. La supervisión notarial no solo tendrá una vertiente positiva relacionada con el juicio de capacidad sino también negativa, para evitar influencias debidas o cualquier tipo de abuso que estas personas puedan sufrir en el ejercicio de sus derechos.

Debe tenerse en cuenta la Guía de buenas prácticas para personas con discapacidad que realizo UINL en 2020 porque no solo trata de ajustarse al impacto que la nueva regulación iba a tener en la actividad notarial, sino también

incluye recomendaciones para la accesibilidad jurídica y el correcto deber de asesoramiento que se debe realizar ante la discapacidad.

Es necesario que el notario adecúe en el documento notarial la expresión sobre el juicio de capacidad de los otorgantes, adaptándose así a los mandatos del art. 12 CYN que reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igual condiciones que los demás y a los de la propia Ley 8/2021. De esta forma, se deberá incluir la expresión "los comparecientes pueden por sí solos ejercer su capacidad jurídica". Si estas personas necesitan medidas de apoyo ya sean adoptadas en auto o en escritura pública, correctamente identificados, requerirá que la fórmula identifique la persona que ejerza el apoyo aunque si ese apoyo no es asistencial, se deberá hacer constar el apoyo en el momento del otorgamiento.

Las funciones notariales se van a tener que adaptar a las distintas situaciones en las que se van a encontrar las personas con discapacidad, con o sin apoyos y siempre en interés superior de ellas.

Pueden comparecer en la oficina notarial personas que habían visto limitada su capacidad de obrar o modificada judicialmente su capacidad según la legislación anterior, lo que requerirá que el notario realice una doble función de información de la nueva regulación existente y de la derogación de instituciones tan tradicionales como la patria potestad prorrogada y rehabilitada, la tutela de las personas incapaces o con capacidad modificada judicialmente, y de apoyo para facilitar el tránsito al nuevo sistema, transmitiendo cierta tranquilidad a dicha persona al constar de un periodo amplio de 3 años. Ello requerirá una adaptación de los antiguos tutores, curadores o defensores judiciales al nuevo sistema de apoyos, siendo los más afectados los tutores que como tales se deben convertir en curadores representativos. El notario deberá asistir a dichas personas hasta que se adopte la provisión de apoyos. Se recomienda en esta situación siempre la comparecencia de la persona con discapacidad para que el notario pueda conocer su voluntad, deseos y preferencias, pueda recurrir a los medios o ajustes razonables o recomendar los apoyos necesarios, demostrando la inexistencia de cualquier tipo de influencia indebida o abusos.

Si la persona con discapacidad que comparece ante el notario tiene capacidad de discernimiento y acude ignorando la nueva reforma y por lo tanto, las medidas de apoyo existentes, el notario le deberá informar de cuáles son las medidas voluntarias y de su carácter preferente. Así la propia persona con discapacidad podrá elegir o excluir su propio curador gracias a la autocuratela donde el notario redactará la escritura pública correspondiente o podrá ayudarle en la redacción de los poderes preventivos.

Sin embargo, puede que simplemente asista al notario con el guardador de hecho o asistente que le ayude, la medida que ha sido calificada de informal. En este caso, se recomienda que el notario realice una entrevista a dicha persona para comprobar su capacidad de discernimiento y lo haga constar en el acta previa, así como que firme el documento notarial en presencia del guardador de hecho. Será necesaria que el notario explique el reforzamiento que se ha dado a esta figura.

Pueden comparecer en sede notarial personas con discapacidad que ya tengan la provisión de apoyos judiciales, siempre subsidiarios o supletorios. Si ya se ha nombrado un curador de la persona con discapacidad, deberán acudir la persona con discapacidad y el curador asistencial, con la resolución judicial del nombramiento que además detallará los actos concretos en que dicha persona requiere de asistencia. Es cierto que excepcionalmente este curador podrá asumir funciones representativas, requiriendo en determinados actos de autorización judicial para poder realizarlos ante notario. Sin perjuicio de la necesidad de asistencia del defensor judicial en caso de conflictos de intereses.

Podemos concluir que la Ley 8/2021 hace de la voluntad de la persona con discapacidad el eje de actuación en la vida jurídica, desplazando el problema de la idea de la capacidad a la del consentimiento, donde la actuación del notario es esencial, no sólo como evaluador de su consentimiento sino como partícipe de todo el proceso de formación. El apoyo notarial se ha convertido en un cauce para el ejercicio de un derecho fundamental, como es la capacidad jurídica, vinculado a la dignidad de la persona humana.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad* (coord. por E. Muñiz Espada), La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

AA.VV.: *Reforma civil y procesal de apoyo a las personas con discapacidad. Todas las claves de la reforma efectuada en el Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio* (coord. por Departamento de Documento de Iberley), Colex, Galicia, 2021.

AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (coord. por M. Núñez Núñez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

AA.VV.: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual* (dir. por R. S.: Moreno Flórez), Dykinson, Madrid, 2022.

AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021* (dir. por J. R. De Verda Y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Alba Ferré, E.: "La nueva guarda de hecho como verdadera institución de apoyo", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, 2020.

Álvarez Royo-Villanova, S.: "Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad", *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre 2022, núm. 105.

Benavides Lima, J.: "El juicio de capacidad de los notarios: ¡Más importante que nunca!, del 2 de febrero de 2022 disponible en https://www.google.es/search?q=juicio+de+capacidad+notarial&ie=UTF-8&oe=UTF-8&hl=es-es&client=safari (fecha de consulta: 13 de octubre de 2022).

Carrasco Perera, A.: "Discapacidad personal y estabilidad contractual", *Centro de Estudios de Consumo (CESCO), Publicaciones jurídicas*, 12 de octubre de 2018.

Barrio Del Olmo, C. P.: "La función notarial tras la entrada en vigor de la ley 8/2021" en AA.VV.: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2022.

Castro-Girona Martínez, A.: "El notario, autoridad y apoyo institucional en el ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad", *Notario del Siglo XXI*, núm. 102, Marzo-abril 2022.

Comisión De Derechos Humanos. Unión Internacional Del Notariado- UINL.: *La Guía de buenas prácticas para personas con discapacidad del notariado mundial: el notario como apoyo institucional y autoridad pública* disponible en https://www.notariado.org/portal/-/gu%C3%ADa-de-buenas-pr%C3%A1cticas-para-personas-con-discapacidad-del-notariado-mundial-1 (fecha de consulta: 15 de octubre de 2022).

De Verda y Beamonte, J. R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021 de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario la Ley*, núm. 10021, Sección Dossier, 3 de marzo de 2022.

De Verda y Beamonte, J.R.: "Los principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021* (dir. por J. R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Durán Alonso, S.: "Capacidad de obrar en personas con deterioro cognitivo: el papel de los notarios en España a la luz de la Ley 8/2021", *Revista Boliviana del Derecho*, núm. 34, julio 2022.

Gómez Valenzuela, M. A.: "Del sistema paternalista de la patria potestad prorrogada y rehabilitada al sistema de apoyo en relación al hijo mayor de edad con discapacidad. Debate en torno a la subsunción del cuidado en la arquitectura de las medidas de apoyo: a propósito de la SAP de Cantabria de 14 de febrero de 2022 (JUR 2022, 88324), *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio de 2022.

Lora-Tamayo Rodríguez, I.: *Guía rápida Francis Lefebvre. Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad,* Lefebvre, 2021, Madrid.

Pallarés Neila, J.: "La ineludible proporcionalidad y graduación de medidas de protección de adultas", *Actualidad Civil*, núm. 11, noviembre 2018.



CUESTIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DE LA LEY 8/2021, DE MEDIDAS DE APOYO, EN EL ÁMBITO FAMILIAR

RELATING QUESTIONS ABOUT THE IMPLEMENTATION OF LAW 8/2021, ON SUPPORT MEASURES, IN THE FAMILY FIELD

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1780-1797

Javier
BADENAS
BOLDÓ

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La controvertida, y más que conocida, Ley 8/2021 para el apoyo de las personas con discapacidad, alineó el ordenamiento jurídico español con la Convención Internacional de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006. La referida ley acabó con la tutela, además, y en adelante, la capacidad jurídica ya no puede suprimirse ni modificarse, basando su idea central del nuevo sistema en que, quienes tendrán derecho a tomar sus propias decisiones, serán las personas con discapacidad. No obstante, la nueva ley, no solo instaura un nuevo sistema, sino que, también promulga toda una serie de medidas discutidas, como la supresión del principio del interés superior del discapacitado o la sustitución de la capacidad de obrar por la capacidad jurídica, así como la supresión de la figura del tutor reservada a los menores de edad. Sin embargo, ¿existe realmente, en la práctica, un cambio con el sistema anterior?, ¿el legislador español ha observado detenidamente nuestro Derecho histórico?

PALABRAS CLAVE: Ley de medidas de apoyo; discapacidad; consejo de familia; capacidad de obrar; capacidad jurídica; tutela; curatela.

ABSTRACT: *The controversial and well-known Law 8/2021 for the support of persons with disabilities aligned the Spanish legal system with the 2006 New York International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The aforementioned law put an end to guardianship, moreover, and from now on, legal capacity can no longer be abolished or modified, basing its central idea of the new system on the fact that those who will have the right to make their own decisions will be the persons with disabilities. However, the new law not only establishes a new system, but also enacts a whole series of controversial measures, such as the suppression of the principle of the best interests of the disabled person or the substitution of the capacity to act for legal capacity, as well as the suppression of the figure of the guardian reserved for minors. However, is there really, in practice, a change from the previous system, and has the legislator taken the trouble to study our historical law?*

KEY WORDS: *Law on support measures; disability; family council; capacity to act; legal capacity; guardianship; curatorship.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.- III. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE NUEVA YORK SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Y SU ADECUACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.- IV. LA "CURATELA REPRESENTATIVA".- V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Antes de adentrarme en el tema central del presente trabajo, convendría realizar un breve excurso histórico sobre cual ha sido la evolución de la regulación de la protección de las personas discapacitadas en nuestro Derecho, con el fin de tener una visión más panorámica y, por tanto, con mayor perspectiva, respecto del Derecho vigente, constituido por la redacción que al Código Civil (en adelante, C.C.) dio la Ley la Ley 8/2021, de 2 de junio, a la que más tarde aludiré.

A este excurso me invito volver a ver una película dirigida por el valenciano Luis García Berlanga, cuyo guion es compartido con Rafael Azcona. Me refiero a "Patrimonio nacional"[1]. Como muchos recordarán, en esta comedia española se plantea el tema de la incapacitación de la Condesa de Santagón, interpretada por Mary Santpere. Su marido, el Marqués de Leguineche, interpretado por Luis Escobar, desea intervenir los bienes de su esposa, con el fin de mejorar su posición económica y así restaurar el palacio donde habita su mujer, en un lugar muy representativo de la ciudad de Madrid.

Con el fin de producir la incapacitación de la condesa, el Marqués de Leguineche, de acuerdo con el Derecho todavía vigente cuando se rodó la película en 1981, consigue formar el consejo de familia, regulado por los artículos 294 y siguientes de la versión original de nuestro Código Civil. Consejo formado, a falta de designación testamentaria del padre o de la madre, en su caso, del incapacitado, "por los ascendientes y descendientes varones, y de los hermanos y maridos de las hermanas vivas del menor o incapacitado" (según redacción literal del párrafo 1 del citado art. 294 del C.C. de 1889)[2].

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

El Consejo de Familia, tal y como resaltan los comentaristas de nuestro Código Civil original, fue introducido en el ordenamiento jurídico español desde el Derecho

1 Véase la referencia sobre la citada película en: https://www.imdb.com/title/tt0082888/.

2 Alcubilla, M.: *Código civil de España*, Madrid, 1890, p. 109 y Lalaguna Domínguez, E.: *El Código civil y sus reformas*, Madrid, 1984, p. 201.

• Javier Badenas Boldó
Abogado. Prof. Asociado de Derecho Civil de la Universidad Jaume I. badenasj@uji.es

francés, por medio del Anteproyecto de C.C. de 1851 (también conocido como "Proyecto de García Goyena"). Algunos autores han criticado el que se introdujera tal consejo familiar en nuestro Derecho, rompiendo, al parecer, con la tradición histórica patria basada, según ellos, en el principio de autoridad[3]. Si bien ello es contradicho por el propio García Goyena, como si quisiera anticiparse a las críticas que vinieron después, cuando sostiene que "por los dos códigos mencionados (Fuero Juzgo y Fuero Real) correspondía a los parientes el acto más importante que el francés atribuye al consejo de familia, a saber, el nombramiento de tutor; y correspondía también la intervención en otro acto de no menor importancia, cual es la formación de inventario"[4].

En efecto, Manresa, califica al Consejo de Familia como "institución novísima en el Derecho patrio"[5]. Este autor clasifica los sistemas tutelares en el Derecho moderno, siguiendo tres categorías: "a) en el primero podrían colocarse aquellas legislaciones que conciben la tutela como una magistratura parental, en la que tiene larga parte el Consejo de familia (…); b) en el segundo, aquellas que la conciben como institución pública, circundada de múltiples garantías, ejercida por cuerpos judiciales o administrativos en los que la autoridad tiene la parte preponderante; c) en el tercero, aquellas otras que contemporizando el elemento familiar con el estatal, sin despreciar el parentesco, dan a su lado injerencia a la autoridad judicial"[6].

A pesar de la introducción del principio familiar en la protección de los incapacitados por el C.C. en 1889, Sánchez Román consideraba que nuestro Código, sin embargo, no había prescindido por completo de la autoridad judicial, aunque, según él, "se ejercite de un modo incidental, accesorio y subsidiario"[7].

La redacción de a los artículos del C.C. relativos a la tutela, la curatela y la guarda de menores e incapacitados dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, acaso para evitar algunas situaciones trágico-cómicas como la descrita en la película de García Berlanga, renunció al principio de autoridad familiar de pretendida inspiración francesa y "retornó", de alguna manera, a la tradición patria. Cosa, desde mi punto de vista, discutible por las mismas razones que señala García Goyena. Tal pretendido retorno se verificó, como muchos recordarán (porque era Derecho vigente hasta hace poco más de un año), por medio de dos hechos: la supresión

3 Entre otros, Gutiérrez Calles, J. L.: *Antecedentes legislativos del Código Civil Español*, Dykinson, 2005.

4 Garcia Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español,* Madrid, 1852, tomos I-II, p. 186.

5 Manresa Y Navarro, J. M.: *Comentarios al Código civil español,* tomo II, Madrid, 1925, p. 199.

6 Manresa Y Navarro, J. M.: *Comentarios,* cit., pp. 199 y 200.

7 Al no haber podido acceder directamente a la obra de Sánchez Román, dejo a discreción del lector aceptar la referencia que hace de ella Manresa Y Navarro, J.M. en sus *Comentarios*, cit., p. 200.

del consejo de familia de nuestro Derecho positivo y la escisión de la tutela en dos figuras de protección de los menores e incapacitados: la misma tutela y la curatela[8].

Reconozco que la curatela es una figura de protección de fuerte raigambre jurídica, de manera que fue extraño que durante casi un siglo no la regulase nuestro ordenamiento jurídico[9]. Hoy, como veremos después, se ha convertido en la figura central que nuestro Derecho vigente establece para la protección continuada de quienes precisen medidas de apoyo por razones de discapacidad, desplazando así a la tutela que era la figura principal hasta junio de 2021 (septiembre, si tenemos en cuenta su entrada en vigor)[10].

La curatela forma parte del Derecho español por su recepción desde el Derecho romano. Sin embargo, quizá algunos hayan olvidado que, siguiendo escrupulosamente el citado Derecho romano, las Partidas prescribieron para la protección de los menores y de los incapacitados, separaron claramente entre la tutela, para los menores huérfanos y la curatela para los "locos o desmemoriados" (ley 5ª tit. 11, Partida 5ª), es decir los incapacitados, según el C.C. De manera que la tutela intervenía como un elemento de protección carente de ningún sesgo peyorativo, pues ser menor de edad nunca ha comportado ningún estigma social (todos hemos sido menores durante al menos dieciocho años). Mientras que la curatela, de acuerdo con su significado histórico, tenía que ver con los locos, dementes y orates. De manera que, hemos vuelto a lo mismo que antes de la entrada en vigor nuestro Código Civil en 1889: la tutela queda reservada para los menores y la curatela para las personas que por padecer una enfermedad o deficiencia física o psíquica no puedan gobernarse por sí mismas, como decía el art. 199 del Código civil en su versión original.

En mi opinión, a veces queriendo lo mejor legislativamente, se consigue lo peor. Si el legislador se hubiera tomado la molestia de estudiar nuestro Derecho histórico, se habrá dado cuenta de que peores connotaciones sociales podría tener (si es que las tiene) la curatela que la tutela, que siempre se ha considerado simplemente como una institución de protección y de complemento de capacidad para el que la necesita.

8 Martínez De Morentín Llamas, L.: "Tutela y curatela: derecho actual y perspectivas de futuro", *Boletín. Servicio de Estudios Registrales de Catalunya*, núm. 169, 2014, pp. 111-130.

9 A este respecto, parece interesante reproducir aquí la opinión de Manresa Y Navarro, J.M.: *Comentarios*, cit., p. 196, "siendo la principal innovación del Código en esta materia la de refundir en una sola institución los dos antiguos suplementos de capacidad, tutela y curatela, interesa hacer algunas observaciones a modo de crítica. Aunque muy bien acogida la reforma en un principio, por la simplificación que llevaba a nuestro Derecho, hoy se va reconociendo, como dice Valverde, que ni la unificación puede ser conveniente en muchos casos, ni el Código la ha conseguido del modo que se proponía".

10 Aguilar Ruiz, L.: "Nueva lectura jurisprudencial de la curatela como figura de administración de los bienes del incapaz: Comentario a la Sentencia del TS de 4 de abril de 2017" (RJ 2017, 1505), *Revista Aranzadi de derecho patrimonial,* núm. 44, 2017, pp. 359-369.

Finalmente, antes de entrar en el análisis de la cuestión principal del presente trabajo, se podría decir que, en el Derecho español del último siglo y medio aproximadamente, relativo a la protección de las personas necesitadas, por razones de tipo físico o psicológico, se pueden distinguir tres etapas

1ª. En la que predominó el principio de "autoridad familiar" (entre 1889 y 1983).

2ª. En la que impero el principio de "autoridad pública" (entre 1983 y 2021).

3ª. De fundamento en la voluntad y preferencias de la persona necesitada de protección, que podría denominarse, principio de "autoapoyo", si es que éste es posible o conveniente, tal y como advierte una parte de la doctrina reciente, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 8 de junio.

III. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE NUEVA YORK SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Y SU ADECUACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

Adentrándonos en materia, como por todos es conocido, el pasado 3 de septiembre de 2021 entró en vigor la Ley 8/2021, de 2 de junio, de medidas de apoyo a las personas con discapacidad, mediante la cual se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica[11]. Dicha reforma obedece a la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), realizada en Nueva York en diciembre del año 2006[12]. En su artículo primero, la CDPD establece como objetivo primordial el

11 La Ley 8/2021, de 2 de junio, de medidas de apoyo a las personas con discapacidad, mediante la cual se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, es (sin lugar a dudas) la de más profundo encaje entre todas aquellas que le han precedido. De ese modo se apunta en el preámbulo de la misma, en nuestro país se han publicado, hasta el momento, toda una serie de normas para adaptar nuestro ordenamiento jurídico al Tratado de las Naciones Unidas de 2006. En primer lugar, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas don discapacidad, y que asumió la modificación de diecinueve leyes de nuestro Derecho positivo. En segundo lugar, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social. En tercer lugar, la reforma del Código Penal realizada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En cuarto lugar, la Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, de jurisdicción voluntaria, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones. Por último, aquellas más recientes como, Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, y la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1885, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

12 Se aprueba el 9 de abril de 2008, en nuestro país, el instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, llevada a cabo en Nueva York en fecha 13 de diciembre de 2006. Entra en vigor en España mediante la publicación en el BOE el 21 de abril de 2008. En consecuencia, la CDPD forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por ello, es directamente aplicable. No obstante, no se lleva a cabo la Ley por la que se reforma la legislación española para el apoyo de las personas con discapacidad hasta el pasado año, destaca cierta doctrina la lentitud del legislador español para la

de "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, al igual que promover el respeto a su dignidad inherente". Igualmente, destaca por su trascendencia jurídica (como más adelante veremos) su art. 12 de la CDPD instaurando que, "las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los estados parte a adoptar medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica", aparece aquí, por primera vez, el término "apoyo" creando una gran confusión entre los Estados Partes que, debían de adoptar las medidas apropiadas para llevar a cabo el objeto de tal convención[13]. Con base en ello, y teniendo como finalidad erradicar dicha confusión, se publicó la Observación General núm. 1 de 2014, la cual analiza el alcance de las obligaciones establecidas en el mencionado precepto para los Estados presentes en la Convención[14]. En la Observación, en resumidas cuentas, se proclama (entre otras muchas cosas) que, las personas con discapacidad deben tomar sus propias decisiones para de ese modo ser iguales ante la ley, por lo que deben de ser respetadas sus voluntades[15].

incorporación de la CDPD, véase en tal sentido, Corvo López, F.M.: "La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro", *Revista Aranzadi Doctrinal,* num.8/2021, pp.1 y ss. Asimismo, véase: Ribot Igualada, J.: "La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento", en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad* (dir. S. De Salas Murillo y M.V. Mayor Del Hoyo), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 215-252; Rodríguez Cachón, T.: "5. Adaptación de los sistemas tutelares del Código Civil a una interpretación acorde a la Convención de Nueva York de 2006", *ADC*, tomo LXXIII, octubre 2020, fasc. IV, Sentencias, pp. 1829-1830"; Rubio Torrano, E.: "La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La convención de Nueva York", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.9/2009; Torres Costas, E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 293, 304 y 305.

13 Vid. Barba, V.: "El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. J.R. De Verda y Beamonte, coord. P. Chaparro Matamoros y A. Bueno Biot). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 23-52, "La Convención de Nueva York cambia radicalmente la perspectiva y no considera la discapacidad como una enfermedad, sino simplemente como interacción entre una circunstancia personal de una persona y factores del entorno que dan lugar conjuntamente a la discapacidad y afectan a la participación de ese individuo en la sociedad. El enfoque médico y de beneficencia se sustituye totalmente por un enfoque social basado en los derechos humanos". Mantiene la misma opinión que, Barrios Flores, L.F.: "La Convención, un cambio de paradigma jurídico. La Ley española frente a la Convención", en AA.VV.: *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*, Cuadernos de la Fundación Victor Grifols y Lucas, no 39, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2016, p. 44, "La CPDP ha generado muchas expectativas, pero podemos encontrarnos bien ante una nueva era o bien ante un falso amanecer. Para evitarlo segundo hay que tomar los derechos humanos en serio".

14 En el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º (período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014) observación general núm. 1, se establece que "La presente observación general refleja una interpretación del artículo 12 que se funda en los principios generales de la Convención expuestos en el artículo 3, a saber, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad". Disponible en: http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf

15 Así las cosas, se indica en el propio preámbulo de la mencionada Ley que, se ha implantado un cambio de régimen en nuestro ordenamiento jurídico en el que se sustituye una decisión que afecta a las personas

Sin embargo, en este texto se hacen ciertas afirmaciones cuya estricta aplicación deja desprotegidas a las personas con discapacidad severa, lo que es fuertemente criticado por gran parte de la doctrina[16]. En consecuencia, tal Observación alega que existen ciertas medidas que discriminan a las personas con discapacidad, como la aplicación de una tutela o la curatela. Por esa razón, las medidas de apoyo deben utilizarse en lugar de la tutela y la curatela para la toma de decisiones de las personas con discapacidad[17]. Asimismo, la propia Observación es crítica con las leyes que obligan a las personas con enfermedades mentales a recibir tratamiento sin consentimiento, insistiendo finalmente en que la capacidad mental no es razón suficiente para privar a una persona de la capacidad jurídica[18].

En lo relativo al acogimiento de la Observación por la legislación española, por fortuna[19], no ha contemplado muchos aspectos de la misma, manteniendo como principal medida de apoyo judicial de carácter asistencial, la curatela. Por otra parte, tampoco ha desaparecido la representación de las personas con discapacidad de nuestro ordenamiento, manteniéndose la misma, con carácter excepcional, con el término de "curatela representativa". Además, la Ley 8/2021 conserva las

con discapacidad por otra basada en, "el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones". Esta libertad de decisión autónoma de las personas con discapacidad es uno de los principios fundamentales de la reforma.

16 Rabanete Martínez. I.J.: "La curatela como mecanismo de protección general de las personas con discapacidad", *IDIBE*, Tribuna -mayo 8, 2019. Ver en: https://idibe.org/tribuna/la-curatela-mecanismo-proteccion-general-las-personas-discapacidad/. Asimismo, mantiene la autora que, "Aunque no podemos aquí profundizar en este aspecto, deberíamos tener en cuenta la importancia de tal afirmación: negar que médicamente se pueda evaluar la aptitud de una persona para saber si puede o no tomar decisiones, de forma que las entienda y actúe diligentemente, es muy arriesgado. Afirmar que la utilización de métodos médicos para adoptar una medida u otra de protección de las personas con discapacidad es discriminatoria, no sólo parece exagerado, sino que podría incluso atentar contra el propósito primordial de la Convención, que es la protección de las personas con discapacidad, puesto que esa protección también implica ayudarles para que no sean engañados por terceros; para que su patrimonio no sea malgastado en su perjuicio; para que no tomen decisiones que puedan suponer una violación de sus derechos fundamentales. Esto podría suceder si dejamos que personas que, por ejemplo, padezcan un grave desequilibrio mental, tomen las decisiones libre e independientemente".

17 De Verda Y Beamonte, J.R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de la discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. J.R. De Verda Y Beamonte, coord. P. Chaparro Matamoros y A. Bueno Biot), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 58

18 Observación general núm. 1, cit., "Todas las personas con discapacidad, incluidas las que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, pueden verse afectadas por la negación de la capacidad jurídica y la sustitución en la adopción de decisiones. No obstante, los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva y la negación de la capacidad jurídica han afectado y siguen afectando de manera desproporcionada a las personas con discapacidad cognitiva o psicosocial. El Comité reafirma que el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12. Todas las prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el artículo 12 deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás".

19 Nieto Pavía, R: "El valor internacional de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad", 18 *International Law; Revista Colombiana de Derecho Internacional,* núm. 18, enero-junio 2011, pp. 155-190. Véase en: https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13763. Argumenta el autor que "ha considerado que las "recomendaciones" de la CIDH tienen carácter obligatorio. Pero la ya larga jurisprudencia de la Corte Interamericana, órgano al que le corresponde con carácter exclusivo la interpretación judicial de la Convención, jamás ha dado a los informes de la CIDH carácter distinto al de "recomendaciones"". En resumen, afirma que las observaciones no tienen carácter obligatorio, al contrario que las recomendaciones.

valoraciones o dictámenes periciales (realizadas por expertos en enfermedades mentales) habida cuenta que, el paso de las medidas de apoyo voluntarias a las judiciales únicamente será posible por falta de voluntad de la persona en cuestión (de forma previa y siempre bajo el sometimiento de evaluación de las aptitudes mentales de la persona con discapacidad, aunque la ley no sea muy clara al respecto)[20].

En el preámbulo de la Ley 8/2021, como se ha indicado anteriormente, se aprecia un cambio de sistema, sustituyendo la representación en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad por otra basada en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona que, habitualmente, asume la responsabilidad de tomar sus propias decisiones. En este sentido, el legislador español ha mantenido el párrafo 21 de la Obligación de forma literal, el cual obliga a sustituir el "interés superior" de la persona con discapacidad por la "mejor interpretación de su voluntad y preferencias". Este principio superior ha sido el elemento clave sacrificado por la ley 8/2021, dado que de haberse mantenido se podía imponer cualquier medida de apoyo a la persona con discapacidad a pesar de su expresa oposición. Esto fue hasta que se publicó la ley. Sin embargo, muchos ya han vaticinado que este principio será restaurado por los Tribunales[21], como se vislumbra en la STS 19 octubre 2021[22] o en la STS de 8 de septiembre de 2021[23] utilizando el alto Tribunal la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que reconoce la posibilidad de acudir a un procedimiento contradictorio en el caso de oposición por parte de una persona con discapacidad a la adopción de medidas.

Asimismo, se debe tener presente que, para la constitución y ejercicio de la tutela en la anterior regulación se tenía en cuenta el beneficio del tutelado o, lo que es lo mismo, el "interés superior" del discapacitado que, tal y como se

20 Concretamente en la nueva redacción del art. 759.1.3. LEC, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 de 2 de junio, establece que, se acordará, si es necesario, por parte del Tribunal, los dictámenes en relación con las pretensiones de la demanda de solicitud de medidas de apoyo, no pudiéndose decidirse sobre las mismas sin el perceptivo dictamen.

21 De hecho, en la nueva redacción del art. 268 CC se desarrollan los requisitos que deben cumplir las medidas judiciales, "Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de la voluntad de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso su voluntad, deseos y preferencias. Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión que no podrá exceder de seis años. Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio de situación de la persona que pueda requerir de la modificación de medidas". Determinando que, serán en última instancia los propios Tribunales quienes modifiquen dichas medidas, en el caso de hallarse cambios en la situación de la persona necesitada de las mismas.

22 STS 19 octubre 2021(RJ 2021, 3770).

23 Véase También, el comentario de la sentencia realizado por el autor, Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario a la STS 589/2021, de 8 de septiembre (RJ 2021, 4002). Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021", *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil,* núm. 118, 2022, pp. 315-326.

establece en la STS 6 mayo 2021[24] "se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas". A saber, se configura como un concepto jurídico indeterminado sometido a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso, con la finalidad de velar perfectamente por el bienestar de la persona afectada, adaptándose las medidas que sean mas acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros[25].

Por consiguiente, con la entrada en vigor de la antedicha ley, en la nueva redacción del C.C. únicamente encontramos la tutela en referencia a los menores de edad, desapareciendo los términos o expresiones como "interés" o "beneficio del incapacitado" para sustituirlos por "la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad que precisa de medidas de apoyo"[26].

De nuevo, hallamos la explicación en el preámbulo de la Ley 8/2021 estableciéndose que, "Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro lado, basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones". La desaparición de cualquier referencia al interés superior de la persona con discapacidad ha suscitado grandes críticas por gran parte de la doctrina[27].

A mi parecer, el nuevo sistema se basa en respetar los deseos y preferencias de las personas con discapacidad y, por regla general, son ellas las responsables de tomar sus propias decisiones, lo que es una gran mejora. Sin embargo, es evidente que (estoy seguro de que a todos nos viene a la mente algún caso en concreto), las personas con discapacidad, al igual que los menores, en ocasiones toman decisiones que van en contra de sus intereses personales o patrimoniales. Por una parte, una cosa es que las personas con discapacidad gocen de la libertad de tomar

24 STS 6 mayo 2021(RJ 2021, 2381).

25 La misma opinión comparte, De Verda y Beamonte, J.R.: "Principios", cit. p. 82. Asimismo, opina el autor que "es claro que cuando una persona tenga afectada su capacidad para formar libremente su voluntad, por sufrir una enfermedad que le impida tomar conciencia del estado en que se halla y comprender que necesita la ayuda que rechaza, será posible, en su interés, adoptar decisiones que contraríen sus deseos. En definitiva, será necesario acudir a un parámetro objetivo, que obviamente, no estará basado en la "voluntad, deseos y preferencias de la persona" con discapacidad. Ahora bien, a estos efectos, en vez de recurrir a un principio que categoriza a una clase de personas, las que sufren una discapacidad, quizás, sería más conveniente invocar el principio de constitucional, de alcance general, de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) (de toda persona), que trasciende a su pura voluntad" en la p. 87.

26 Por ejemplo, véase la nueva redacción del art. 270 C.C.

27 Arnau Moya, F.: "Aspectos Polémicos de la Ley 8/2021 de Medidas de Apoyo a las Personas con Discapacidad", *Rev. Boliviana de Derecho,* núm. 33, 2022, p. 556, y Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad* (dir. S. De Salas Murillo y M.V. Mayor Del Hoyo), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 253-270.

decisiones hasta ahora negada, y por otra, es que no haya límite a su voluntad. Por ello, en mi opinión, es un desacierto por parte del legislador no respetar el principio del interés de las personas con discapacidad creando un mecanismo para evitar que se dañen a sí mismas. Corresponde ahora a la propia jurisprudencia determinar el criterio que debe seguirse cuando la decisión de una persona con discapacidad perjudique gravemente sus intereses personales y/o patrimoniales[28]. Sin embargo, el legislador ha dejado un pequeño hueco en el preámbulo con la finalidad de no abandonar ese "interés superior" del "discapaz" "las salvaguardias serán proporcionales al grado en el que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas".

Es difícil creer que el juez en una estricta aplicación de la ley, permita que predomine aquella voluntad de la propia persona con discapacidad sobre sus intereses personales y/o patrimoniales. Sobre todo cuando el alto Tribunal, en la STS 17 diciembre 2019[29], años antes de publicarse la polémica ley ya había manifestado que el principio de interés de la persona con discapacidad se encuentra recogido en la Convención de 2006, estableciendo "El interés superior del discapacitado impone el correlativo deber de velar preferentemente por su bienestar, adaptándose las medidas que sean mas acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros (…)".

Por un lado, desde mi punto de vista, la nueva ley ha introducido unos cambios terminológicos desproporcionados empleando la expresión "ejercicio de la capacidad jurídica" en perjuicio de la anterior "capacidad de obrar"[30]. El alcance de la "capacidad jurídica" a la que se refiere el mencionado art. 12 CDPD ha tenido también que ser aclarado en la Observación General núm. 1 (2014), estableciendo que; "las personas con discapacidad tienen la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica

28 A saber, antes de la publicación de la ley estudiada en el presente trabajo, el Tribunal Supremo manifestó que podemos encontrar el interés de la persona con discapacidad en la Convención de 2006, concretamente en la STS 17 diciembre 2019 (RJ 2019, 3610). Se establece en la mencionada sentencia que, se puede prescindir de la voluntad de la persona con discapacidad por la aplicación del interés superior del discapacitado. En este caso se prescinde su voluntad exteriorizada y preferente en la designación del tutor, desarrollándose de la siguiente manera: "El interés superior del discapacitado impone el correlativo deber de velar preferentemente por su bienestar, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son lo que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros. Comprende la obligación de que se utilice el patrimonio del discapacitado en su propio provecho, sin que sufra restricciones en su calidad de vida, con la finalidad de conservarlo y trasmitirlo mortis causa a sus herederos. Y supone también la elección de las personas más idóneas para prestarle las ayudas necesarias para el ejercicio de su capacidad jurídica o en su caso suplir su voluntad. Hemos declarado que dicho interés rector de la actuación de los poderes públicos, enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York (…) no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de sus derechos fundamentales de la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado" (SSTS 635/2015, 19 de noviembre; 403/2018, de 27 de junio; 458/2018, de 18 de julio.

29 STS 17 diciembre 2019 (RJ 2019, 3610).

30 De Verda Y Beamonte, J.R.: "Principios", cit., p. 62.

incluye la capacidad de ser titular de los derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de los derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin"[31].

Esta variación de expresiones a causa de la Convención ya fue introducida en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, apreciándose en su Preámbulo la intención de adaptar la nueva terminología y que "en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente"[32]. Sin embargo, esta expresión ahora también se considera inapropiada, debiéndose sustituir por la "persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica", en mi opinión (de acuerdo con la mayoría de la doctrina), se trata de una expresión muy respetuosa, pero nada práctica para los operadores jurídicos que tratan habitualmente estos temas. Es decir, nos sumamos a la propuesta una parte de la doctrina que sugiere el término "personas con ayudas" para denominar a tal colectivo, del mismo modo que, la de mantener la tradicional expresión de "capacidad de obrar" en nuestro ordenamiento[33].

31 Aclaración de la Observación general núm. 1 (2014) del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. 11° periodo de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Véase en: http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf

32 En la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria no es posible encontrar ninguna referencia a la capacidad de obrar, si bien es cierto que tampoco se utiliza la expresión "ejercicio de la capacidad jurídica". Se prefiere utilizar la expresión más neutra de "capacidad de una persona" como sucede en sus arts. 27.3 y 4 o incluso la de "capacidad para contratar" (art.110). Asimismo, en el Código Penal se utiliza la expresión "ejercicio de su capacidad jurídica", como consecuencia de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en cuyo preámbulo se establece que: "Las normas del Código Penal que sirven a este fin deben ser adecuadas a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que pretende prevenir las conductas discriminatorias que puedan impedirles el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones. Es preciso llevar a cabo una adecuación de la referida Convención a nuestro Código Penal, y ello exige una actualización de los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad". Asimismo, se emplea esta expresión en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Disposición adicional séptima). En Ley 49 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo) tras su modificación por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo; en el art. 59.4 de la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón. En incluso en el art. 3.h) de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

33 De Verda y Beamonte, J.R.: "Principios", cit., p. 65, establece, en base a ciertos ejemplos como son los contratos y su validez, que "será necesario distinguir entre la capacidad jurídica y su ejercicio; y ello, para explicar la razón por la cual los contratos celebrados por ciertas personas son inválidos (anulables). a) Los contratos celebrados por menores no emancipados (con las excepciones previstas en el art. 1265.1° CC) son, en efecto, anulables (art. 1302.2 CC), debiendo, en por ello, ser celebrados en su nombre por sus representantes legales (padres o tutores). b) Son también anulables los contratos celebrados por personas discapaces sin la intervención del curador, cuando esta sea necesaria para el ejercicio de su capacidad jurídica (por exigirlo, así, la sentencia constitutiva de la curatela) (arts. 267.II CC y 1302.3 CC); y, en el caso de que, excepcionalmente, se nombre un curador con facultades de representación (figura que guarda evidentes similitudes con el antiguo tutor de los incapacitados) (art. 267.III CC), por no ser posible averiguar cuál sea la voluntad, deseos y preferencias, será dicho curador quien, representado a la persona con discapacidad contrate en nombre de esta, necesitando, sin embargo, autorización judicial para los contratos de especial trascendencia económica previstos en el art. 287.2° CC. Cabe preguntase hasta qué

IV. LA "CURATELA REPRESENTATIVA".

Por otro lado, otra controversia que suscita la Ley 8/2021 es que, la única medida de apoyo que podrá ser aplicada a aquellas personas con discapacidad que necesiten ser sustituidos para la realización de ciertos actos jurídicos es la de la "curatela representativa". Una medida adecuada, según parte de la doctrina, para aquellas personas con una dependencia moderada, dado que, la curatela debe ser la medida de apoyo aplicada judicialmente por excelencia. Sin embargo, a nuestro juicio, esta acción de apoyo requiere una cierta comprensión de la persona con discapacidad, que le permita al curador apoyarla en unas ocasiones y representarla en otras. El problema aparece las personas con grandes dependencias, por ejemplo, las personas en estado vegetativo, que no pueden llevar a cabo acciones o manifestaciones con entidad suficiente para complementarlas. En tales circunstancias, creemos que no cabe ni siquiera una curatela representativa, dado que no existe voluntad que se pueda complementar. Es decir, que cuando se tiene que representar a una persona "incapaz"[34] en la totalidad o casi todos sus actos jurídicos, la fórmula a emplear debería ser la tutela. En consecuencia, parte de la doctrina establece que debería de haberse conservado la figura de la tutela en la Ley 8/2021, con carácter subsidiario de la curatela representativa, para los supuestos de personas que no pudieran reproducir su voluntad de forma efectiva en prácticamente todos los ámbitos de su vida[35].

punto es conveniente abandonar una distinción (capacidad jurídica y capacidad de obrar), que tiene perfiles claros y precisos y ha sido unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, para sustituirla por otra (capacidad jurídica y ejercicio de la misma), que, en definitiva, con otras palabras, viene a decir, sustancialmente, lo mismo. A mí, no me lo parece." De la misma opinión, el autor Martínez de Aguirre, C.: "La observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo), Bosch, Madrid, 2021, p. 105.

34 Término utilizado por el propio Tribunal Supremo en más de una ocasión, como puede apreciarse en la Sentencia de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 4958).

35 Arnau Moya, F.: "Aspectos", cit., p. 565. Asimismo, nos expone el autor que existen resoluciones ya por parte del Tribunal Supremo manifestándose a favor del mantenimiento de la tutela "por entender que no es contraria a los principios de la Convención, puesto que "la tutela es la forma más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas (…)" Añadiendo a lo anterior, numerosa jurisprudencia en este sentido: "Así se pronuncia la STS 16 mayo 2017 (RJ 2017, 2207) tras haber recordado previamente que "el sistema de apoyos a que alude la Convención [sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad] está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención", asimismo, tras recordar que la tutela debe de aplicarse cuando al persona con discapacidad no puede tomar decisiones, en asuntos de su incumbencia, manifiesta su apoyo al empleo de la curatela en otras circunstancias al decir que "Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts.287, 288 y 289 CC)". En parecidos términos se pronuncian la STS 3 diciembre 2020 (RJ 2020, 4815) al decir que "El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español, por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el "procedimiento de modificación de la capacidad" y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los

Opinamos que, el mantenimiento de la tutela para los casos comentados anteriormente podría haber encajado con la curatela, siento está el eje central del sistema de medidas de apoyo. Es más, existen resoluciones del Tribunal Supremo que han mantenido dicha hipótesis puesto que, la tutela no es incompatible con los principios de la Convención del 2006 por ejemplo, la STS 16 de mayo 2017[36] establece que "la tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por si misma ni tampoco por el apoyo de otras personas (…)".

Siguiendo en cuanto a la aplicación de la Convención que aplica la citada norma, supone un cierto avance respecto de la situación previa que tenían las personas con discapacidades "leves" o moderadas, en lo que respecta a atender su voluntad. Del mismo modo que se establece la curatela como medida de apoyo por excelencia, respetándose de esa forma, como se ha dicho anteriormente, la voluntad del discapacitado. Uno de los problemas lo encontramos en las personas con discapacidades "graves" o severas, teniendo en cuenta que la ley mencionada, no reporta ningún beneficio a este grupo de personas, habida cuenta que todos los actos jurídicos que no contempla la curatela representativa se tendrían que hacer teniendo en cuenta sus preferencias y voluntades[37]. Sin embargo, nuevamente, el Tribunal Supremo a través de la STS 19 febrero 2020[38] determina que, en aquellos casos que sea necesario, sería posible adoptar la figura de la tutela frente a la curatela, siguiendo lo dispuesto en la Convención. En mi opinión, la ley debería de haber permitido el nombramiento de un tutor, para este grupo de personas, siendo el curador representativo el elegido para esa labor. Podemos destacar en este sentido, la nueva redacción del art. 249 III C.C. al estableciendo las funciones representativas de las personas que presten apoyo "deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación". No obstante, si tenemos en cuenta que en este grupo existen personas que desde prácticamente su nacimiento o en edades muy tempranas son dependientes, es imposible reconstruir su voluntad, es decir, que la ley en este caso tampoco reporta ninguna ventaja a este conjunto de personas[39].

principios de la Convención." En sentido similar se habían pronunciado las SSTS 19 febrero 2020 (RJ 2020, 392) y 15 junio 2018 (RJ 2018, 2449)".

36 STS 16 mayo 2017 (RJ 2017,2207).

37 Alventosa Del Rio, J.: "El nuevo régimen legal de la curatela", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. J.R. De verda y Beamonte, coord. P. Chaparro Matamoros y A. Bueno Biot), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 201.

38 STS 19 febrero 2020 (RJ 2020,392).

39 Velarde D'amil, Y.: "Consideraciones críticas sobre la Ley 8/2021, de 2 de Junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Anuario de mediación y resolución de conflictos*, 2022, pp. 31-54.

Por lo tanto, se atendrá a la curatela representativa cuando, de no poderse conocer la voluntad de la persona discapacidad, no pueda complementarse, siendo, por esa razón, necesario llevar a cabo una actuación sustitutiva.

Sin embargo, resultará necesario constituir una curatela con facultades representativas, cuando la persona pueda expresar su voluntad, pero la misma no puede formarse libremente por sufrir una enfermedad que anule gravemente su facultad de discernimiento, y sea necesario acudir a ella para preservar su salud o patrimonio[40].

V. CONCLUSIÓN.

Para finalizar, tras exponer la nueva terminología jurídica introducida por la nueva Ley 8/2021, encontramos que, antes y después de la citada ley, las personas con discapacidad siguen necesitando complementar o sustituir su voluntad a la hora de realizar ciertos actos jurídicos, es decir, en comparación con nuestro anterior sistema, no existe un cambio en este sentido. Sin embargo, con la entrada en vigor de la nueva ley hemos entrado en una fase de confusión terminológica y, quien nos deberá guiar en este sentido serán, los propios tribunales y sobretodo, tienen que restablecer el principio de la prestación por invalidez, que en mi opinión no debería desaparecer. Además, la nueva ley nos despoja del sistema de tutela que, a mi parecer, debería reservarse para quienes tienen grandes dependencias y, de ese modo, no haber llevado a cabo la creación de la figura de la curatela representativa que, a mi modo de ver, no es más que una duplicidad de la tutela[41]. De la misma manera, si el legislador se hubiera molestado en revisar nuestro Derecho Civil histórico, se habrá percatado de que peores connotaciones sociales podría tener (si es que las tiene) la curatela que la tutela, dado que siempre se ha apreciado sencillamente como una institución de protección y de complemento de capacidad para el que necesita ser protegido.

En definitiva, deberán ser los Tribunales (una vez más) quienes encuentren una posición intermedia entre un sistema en el que, la voluntad de las personas con discapacidades apenas era tenida en cuenta, a otro en el que sus voluntades y preferencias se imponen a toda costa.

40 De Verda y Beamonte, J.R.: "Principios", cit., p. 91. Expone que, "de no hacerlo así, invocando el llamado "derecho a equivocarse" de la persona con discapacidad es desconocer la circunstancia de que, se quiera, o no, hay enfermedades, que comprometen la aptitud natural de entender y querer de quienes padecen, cometiendo -en palabras del TS- una "crueldad social", contraria al principio constitucional de la persona".

41 Sin embargo, no nos encontramos con una "tutela" que le ha sido cambiado el nombre únicamente, sino que, se deberá ejercitar esa representación de la persona con grandes dependencias "teniendo en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como, los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en el caso de no requerir de representación" (art. 249. III. C.C.). Tal afirmación es compartida por el autor, Castán Pérez-Gómez, S.: "La curatela: ¿una nueva institución?, en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. M. Pereña y Mª. M. Heras Hernandéz, coord. Mª. Nuñez Nuñez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 230.

BIBLIOGRAFÍA.

Aguilar Ruiz, L.: "Nueva lectura jurisprudencial de la curatela como figura de administración de los bienes del incapaz: Comentario a la Sentencia del TS de 4 de abril de 2017 (RJ 2017, 1505)", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial,* núm. 44, 2017, pp. 359-369.

Alcubilla, M.: *Código civil de España*, Madrid, 1890, p. 109.

Alventosa del Rio, J.: "El nuevo régimen legal de la curatela", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. J.R. De Verda y Beamonte, coord. P. Chaparro Matamoros y A. Bueno Biot), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 145-226.

Arnau Moya, F.: "Aspectos Polémicos de la Ley 8/2021 de Medidas de Apoyo a las Personas con Discapacidad", *Rev. Boliviana de Derecho,* núm. 33, 2022, pp. 534-573.

Barba, V.: "El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. J.R. De Verda y Beamonte, coord. P. Chaparro Matamoros y A. Bueno Biot), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 23-52.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario a la STS 589/2021, de 8 de septiembre (RJ 2021, 4002). Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021", *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil,* núm. 118, 2022, pp. 315-326.

Carrasco Perera, A.: "Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 978/2021.

Carrasco Perera, A.: "Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad", *Centro de Estudios de Consumo*, (12-octubre-2018), pp. 1-5.

Castán Pérez-Gómez, S.: "La curatela: ¿una nueva institución?", en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. M. Pereña y Mª Heras Hernandéz, coord. Mª. Nuñez Nuñez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 230.

Corvo López, F.M.: "La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro", *Revista Aranzadi Doctrinal,* num. 8/2021, pp. 1 y ss.

De Verda y Beamonte, J.R.: "¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?", *IDIBE*, septiembre 30, 21. Véase en: https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/.

De Verda y Beamonte, J.R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de la discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. J.R. De Verda y Beamonte, coord. P. Chaparro Matamoros y A. Bueno Biot), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 55-106.

Garcia Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español,* Madrid, 1852, tomos I-II, p. 186.

García Rubio, M. P.: "La persona en el derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas", *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico,* núm. 14, 2013, pp. 82-109.

González-Alegre Bernardo, M.: "Cuestiones sobre tutela", *R.G.D.,* Tomo II, 1955, pp. 855 y ss.

González Cervera, M.I., Maldonado Ramos, I. y Xiol Ríos, J.A.: "Incapacidad. La interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención de Nueva York de 2006. La incapacitación no altera la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí afecta a su ejercicio y se justifica por su finalidad protectora de la persona" [Crónicas TS (Sala 1ª) año 2008-2009]. *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Enero 2009. BIB 2009\4216.

Gutiérrez Calles, J. L.: *Antecedentes legislativos del Código Civil Español*, Dykinson, 2005.

Lalaguna Domínguez, E.: *El Código civil y sus reformas*, Madrid, 1984, p. 201.

Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad* (dir. S. De Salas Murillo y M.V. Mayor Del Hoyo), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 253-270.

Martínez De Morentín Llamas, L.: "Tutela y curatela: derecho actual y perspectivas de futuro", *Boletín. Servicio de Estudios Registrales de Catalunya*, núm. 169, 2014, pp. 111-130.

Manresa y Navarro, J. M.: *Comentarios al Código civil español,* tomo II, Madrid, 1925, p. 199.

Moreno-Luque Casariego, C.: *¿Tutela de familia o tutela de autoridad?*, La Ley, 1985, pp. .298 y ss.

Nieto Pavía, R.: "El valor internacional de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad", 18 *International Law; Revista Colombiana de Derecho Internacional,* núm. 18, enero-junio 2011, pp. 155-190.

Rabanete Martínez. I.J.: "La curatela como mecanismo de protección general de las personas con discapacidad", *IDIBE*, Tribuna -mayo 8, 2019. Ver en: https://idibe.org/tribuna/la-curatela-mecanismo-proteccion-general-las-personas-discapacidad/.

Ribot Igualada, J.: "La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento". En AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad* (dir. S. De Salas Murillo y M.V. Mayor Del Hoyo), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 215-252.

Rodríguez Cachón, T.: "5. Adaptación de los sistemas tutelares del Código Civil a una interpretación acorde a la Convención de Nueva York de 2006", *ADC*, tomo LXXIII, octubre 2020, fasc. IV, Sentencias, pp. 1829-1830.

Rubio Torrano, E.: "La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La convención de Nueva York", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.9/2009.

Torres Costas, E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 293, 304 y 305.

Velarde D'amil, Y.: "Consideraciones críticas sobre la Ley 8/2021, de 2 de Junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Anuario de mediación y resolución de conflictos*, 2022, pp. 31-54.

ASPECTOS PROCESALES DEL NUEVO SISTEMA ESPAÑOL DE PROVISIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO: DUDAS Y POSIBLES SOLUCIONES PRÁCTICAS

PROCEDURAL ASPECTS OF THE NEW SPANISH SYSTEM FOR THE PROVISION OF JUDICIAL SUPPORT MEASURES: DOUBTS AND POSSIBLE PRACTICAL SOLUTIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1798-1823

Rebeca
CASTRILLO
SANTAMARÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Una de las actuales fronteras del Derecho de familia español es la asimilación práctica del nuevo sistema de prestación de apoyos instaurado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. La norma ha eliminado el tradicional procedimiento de modificación de la capacidad de las personas físicas sustituyéndolo por un nuevo sistema de provisión judicial de apoyos en el que se impone el expediente de jurisdicción voluntaria y solo en determinados supuestos el proceso contradictorio. Partiendo de lo anterior, el objetivo general de este trabajo es reflexionar sobre las dudas procesales que presenta la novísima regulación de la provisión y adopción judicial de medidas de apoyo intentando ofrecer soluciones a su aplicación práctica.

PALABRAS CLAVE: Apoyos; discapacidad; expediente; judicial; provisión.

ABSTRACT: *One of the current frontiers of Spanish Family Law is the practical assimilation of the new support provision system established by Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation for the support of people with disabilities in the exercise of their legal capacity. The norm has eliminated the traditional procedure for modifying the capacity of natural persons, replacing it with a new system of judicial provision of support in which the voluntary jurisdiction file is imposed and only in certain cases the contradictory process. Based on the above, the general objective of this work is to reflect on the procedural doubts presented by the latest regulation of the provision and judicial adoption of support measures, trying to offer solutions to its practical application.*

KEY WORDS: *Props; disability; proceedings; judicial; provision.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. COMPARECENCIA EN JUICIO Y REPRESENTACIÓN.- III. AJUSTES PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 1. Adaptaciones y ajustes a los que se refiere el artículo 7 bis LEC y LJV.- 2. Competencia y capacidad para la decisión sobre las adaptaciones y ajustes.- 3. Adaptaciones y ajustes para los partícipes con discapacidad sin la condición de parte procesal.- 4. El profesional experto facilitador.- IV. PROCEDIMIENTOS PARA LA "PROVISIÓN" O "ADOPCIÓN" DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 1. El nuevo expediente de "provisión" de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad. A) Ámbito de aplicación. B) Competencia. C) Legitimación. D) Defensa y representación procesal. E) Procedimiento. F) Oposición. G) Resolución del expediente y revisión de las medidas judicialmente acordadas.- 2. El proceso de "adopción" de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. A) Ámbito de aplicación. B) Competencia. C) Legitimación e intervención procesal. D) Procedimiento. E) Resolución del proceso y revisión de las medidas judicialmente adoptadas.- 3. Medidas cautelares.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Si bien hace ya algunos años que el legislador español inició la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, la Convención)[1], la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, la Ley 8/2021), constituye una de las reformas más notables e innovadoras de nuestro ordenamiento jurídico[2]. Y no por la importantísima cantidad de preceptos y normas legales que han resultado afectados, sino porque material y procesalmente conlleva un cambio radical en el tratamiento -y entendimiento- del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

1 Esta adecuación comenzó con la Ley 26/2011, de 1 de agoto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, continuando con el posterior RD Legislativo 1/2003, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. A estas normas le sucedieron otras como la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, realizando ajustes terminológicos, la Ley 4/2017, de 24 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones, La LO 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, que garantizaba la participación en el Tribunal del Jurado de las personas con discapacidad; o la LO 2/2018, de 5 de diciembre, por la que se modificó la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para garantizar el derecho de sufragio de las personas con discapacidad.

2 En la doctrina civilista, García Rubio, M.P.: "La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, núm. 25, pp. 82, Vocal Permanente de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, la ha calificado como la reforma más importante del derecho civil desde la publicación de las Constitución Española.

• Rebeca Castrillo Santamaría
PAD Universidad del Atlántico Medio y Universidad Isabel I. Juez Sustituta del TSJ de Canarias. castrillo_santamaria_rebeca@hotmail.com

En el ámbito material, despojar a la persona con discapacidad[3] del manto de la tutela que hasta ahora se le imponía para el ejercicio de su capacidad jurídica, olvidando que el fundamento de las restricciones de su capacidad de obrar no ha sido otro que el de su protección[4] y orillando la figura del "interés superior de la persona con discapacidad"[5] en aras de su libertad para la toma de sus decisiones y el respeto máximo a su autonomía, no es tarea sencilla. En el ámbito procesal, más fácil cabía suponer una nueva forma de proceder. Sin embargo, pese a las numerosas alabanzas y congratulaciones que ha recibido la reforma en general[6], las críticas y dudas que suscita la nueva regulación procesal son muchas y de calado, habiendo llegado a ser calificada por la doctrina científica de ineficiente[7].

II. COMPARECENCIA EN JUICIO Y REPRESENTACIÓN.

La adaptación de nuestro ordenamiento procesal civil a los postulados de la Convención y, en definitiva, al nuevo régimen de tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, no podía limitarse a la eliminación del tradicional procedimiento de modificación de la capacidad de las personas físicas, sustituyéndolo por un nuevo sistema de provisión y, en su caso, adopción, judicial de apoyos. La propia y necesaria participación de las personas con discapacidad del sistema de Administración de Justicia y el derecho de acceso a la justicia que garantiza el artículo 24 de la Constitución española, exigía la eliminación de cuantas barreras –en el sentido más amplio de la palabra– hacían que tal participación no se diera en condiciones de igualdad respecto del resto de personas.

3 Especialmente, a las personas cuya discapacidad no es física sino mental, intelectual o sensorial, que se proyecta sobre la toma de decisiones y el ejercicio de la capacidad para realizar actos con eficacia jurídica.

4 De Verda Y Beamonte, J.R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, 2022, núm. 10021, p. 4.

5 Tal y como expone Arnau Moya, F.: "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho*, 2022, núm. 33, p. 554, el legislador español ha hecho desaparecer el "interés superior" de la persona con discapacidad, siguiendo, "al pie de la letra" la Observación general núm. 1 (2014) del Comité de las Personas con Discapacidad (parágrafo 21), que no teniendo carácter de tratado internacional y, por tanto, tampoco carácter vinculante, exige la sustitución del "interés superior" de la persona con discapacidad por la "mejor interpretación de su voluntad y preferencias". Sobre dicho principio, en la doctrina judicial española, véase la STS 18 julio 2018 (Roj: STS 2805/2018), que lo configura como "[…] rector de la actuación de los poderes públicos […] como la suma de los distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad […]". En cualquier caso, no debe perderse de vista la STS 8 septiembre 2021 (Roj: STS 3276/2021) que, aún sin traerlo a colación, evidencia que al fundamento de su decisión trasciende la prevalencia del "interés superior" de la persona con discapacidad.

6 Véase Perea González, A., García Rubio, P., Segarra Crespo, M.J., Cerrada Loranca, C., Labrador Gimeno, I., De Prada Rodríguez, M., Fuster BLay, M.: "Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, de 2 de junio, y la reforma de la capacidad civil", *Diario La Ley*, 2021, núm. 9980.

7 Al respecto, Calaza López, S.: "La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad (I)", *LA LEY Derecho de Familia*, 2021, núm. 31, p. 2, cuando afirma que "[…] la reforma sustantiva -impactante, rupturista, disruptiva- no se cohonesta con la reforma procesal -ineficiente, costumbrista, desfasada-.".

Para eliminar una de esas barreras se ha dado la reforma del artículo 7 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), dedicado a la "Comparecencia en juicio y representación" y que, con anterioridad a la Ley 8/2021, determinaba que solo podrían comparecer en juicio quienes estuvieran en el pleno ejercicio de sus derechos civiles para, a continuación, señalar que las personas que no estuvieran en el pleno ejercicio de sus derechos civiles habrían de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la habilitación o el defensor exigidos por la ley. Se trataba de una norma en blanco[8] que exigía acudir al Código Civil (en adelante, CC), para precisar que las personas físicas que tenían capacidad procesal eran los mayores de edad y los menores emancipados, exigiéndose en el resto de supuestos –que se entendían de capacidad de obrar limitada–, la intervención en el proceso a través de un representante, a los efectos de integrar la incompleta y, en su caso, total falta de capacidad. Conforme a lo anterior, los sujetos a tutela[9] eran representados y los sujetos a curatela[10] asistidos por su tutor o curador[11], respectivamente, de forma tal que la sentencia que declarara la incapacitación o la prodigalidad nombraba a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hubiera de representarlos o asistirlos y velar por ellos (art. 760.2 LEC, anterior a la reforma de la Ley 8/2021).

Así, de la misma manera que en el ámbito del derecho privado se exigía a los titulares de derechos la capacidad jurídica y de obrar, el ordenamiento procesal imponía la capacidad procesal, ligada al pleno ejercicio de los derechos civiles, de forma tal que solo quienes estuvieran en pleno ejercicio de los mismos gozarían de capacidad procesal y podrían comparecer válidamente en juicio.

En línea con el artículo 12 de la Convención, que proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, la Ley 8/2021 elimina el régimen de capacidad procesal anterior proclamando la posibilidad de que todas las personas puedan comparecer en juicio y equiparando la capacidad para ser parte (art. 6.1.1º LEC) con la capacidad procesal (art. 7.1 LEC); sin desconocer la realidad y existencia de personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, en cuyo caso deberá estarse al alcance y contenido de las que voluntariamente

8 Gimeno Sendra, V.: *Derecho Procesal Civil*, UNED-Colex, Madrid, 2012, p. 110.

9 Los menores no emancipados que no estuvieran bajo la patria potestad, los incapacitados, cuando la sentencia lo hubiera establecido, los sujetos a patria potestad prorrogada, al cesar esta, y salvo que procediera la curatela, y los menores en situación de desamparo (art. 222 CC, anterior a la reforma de la Ley 8/2021).

10 Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley, los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad y los declarados pródigos (art. 286 CC, anterior a la reforma de la Ley 8/2021).

11 Como señala, Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J.L., Barona Vilar, S., Calderón Cuadrado, M.P.: *Derecho Jurisdiccional II*, 2016, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 65, en el caso de la tutela no nos encontramos ante un supuesto de representación sino de asistencia por lo que la voluntad del curador no sustituye la del incapacitado precisándose la concurrencia de las dos voluntades.

haya determinado la propia persona con discapacidad y/o, en su defecto, al de las judiciales, cuya extensión debe venir determinada en la correspondiente resolución judicial (arts. 7.2 LEC y 250 CC).

De lo anterior se desprende que en aquellos supuestos en los que ni las medidas voluntarias de apoyo ni las que pudieran haberse establecido judicialmente se pronuncien sobre el ejercicio del derecho a comparecer en juicio, habrá de suponerse que la persona, incluidas aquellas con discapacidad, puede comparecer en el proceso por sí misma y sin necesidad de asistencia alguna. Cuestión distinta es la posibilidad de nombrar un defensor judicial, cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, es decir, para un concreto procedimiento, verificando previamente que no se ha otorgado documento público que contenga las medidas de apoyo que haya podido establecer la persona (art. 255 CC) y/o la subsistencia de poder o mandato preventivo (art. 260 CC) inscritos en el registro individual del poderdante del Registro Civil.

III. ADAPTACIONES Y AJUSTES PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

El artículo 13 de la Convención impone a los Estados Partes la obligación de asegurar en todos los procedimientos judiciales "[…] que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con la demás, incluso mediante ajustes de procedimiento […]".

Al cumplimiento de esta obligación se dirige el nuevo artículo 7 bis LEC y de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), titulado "Ajustes para personas con discapacidad", cuyo apartado 1º dispone que, a petición de las partes, del Ministerio Fiscal o de oficio por el Tribunal, en todas las fases y actuaciones de los procesos en los que participen personas con discapacidad "se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad"; declarando a continuación su apartado 2º el derecho que tienen las personas con discapacidad a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo, así como determinando las medidas que deberán adoptarse a tal fin.

1. Adaptaciones y ajustes a los que se refiere el artículo 7 bis.

Tal y como se desprende de la norma, la finalidad del artículo 7 bis no es otra que la de garantizar la participación en el proceso de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad respecto del resto de personas; finalidad esta que no será posible alcanzar sino mediante la remoción de todas aquellas barreras que condicionen tal participación.

Así, el artículo 7 bis impone la obligación de realizar las adaptaciones y ajustes que califica de "necesarios", pero que no identifica exhaustivamente. Se trata de una ambigüedad más que justificada si se tienen en cuenta los diferentes tipos de discapacidad y, por ende, la diversa naturaleza de los apoyos que se pueden necesitar, requiriendo individualización en el caso concreto[12].

Por tanto, sin perjuicio de los concretos ajustes y/o adaptaciones a los que se refiere el apartado 2º del artículo 7 bis, y cuya enumeración no puede entenderse sino con el carácter de ejemplificativa, debe tenerse presente que nos encontramos ante una norma de carácter abierto que impone la obligación de realizar cuantas adaptaciones –referidas a la comunicación, comprensión e interacción con el entorno– y ajustes sean necesarios para realizar el derecho de las personas con discapacidad a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo y, en definitiva, para garantizar la participación en el proceso de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad respecto del resto de personas.

2. Competencia y capacidad para la decisión sobre las adaptaciones y ajustes.

La misma ambigüedad, aunque no de la misma naturaleza, se aprecia en la identificación de la persona competente y capacitada para decidir si, en el caso concreto, deben realizarse adaptaciones y ajustes, y cuáles. En efecto, el artículo 7 bis no identifica la persona competente para resolver sobre la solicitud de adaptaciones y ajustes, limitándose a señalar que tales "adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal"[13]. No obstante, la anterior afirmación debe ser considerada a la luz del contenido de los artículos 42 bis a).5 LJV, en el ámbito del expediente de jurisdicción voluntaria, y 758.2 LEC, en el del proceso contencioso, que establecen que el/la Letrado/a de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ) "realizará las adaptaciones y los ajustes necesarios para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del expediente que le afecta, conforme a lo previsto en el artículo 7 bis de esta Ley" o "llevará a cabo las actuaciones necesarias para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámite del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 bis", respectivamente.

Sin embargo, una cosa es la persona que debe realizar o llevar a cabo las adaptaciones y ajustes que sean necesarios y otra muy distinta es a quien le

12 De Luchi López-Tapia, Y.: "Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (I)", *Práctica de Tribunales*, 2021, núm. 151, p. 14.

13 En el sentido más amplio del término "Tribunal" y, por tanto, referido tanto a la persona del juzgador como del Letrado de la Administración de Justicia.

corresponde decidir si se llevan a cabo y cuáles, sobre lo que no se pronuncia la norma. Esta omisión no parece ser fruto de la casualidad sino de la estrechez de miras con las que el legislador, pese a los términos del apartado 1º del artículo 7 bis, ha concebido las adaptaciones y ajustes necesarios, en la enumeración de su apartado 2º, con una relación de medidas cuya realización o bien no requiere una previa y expresa resolución judicial o bien dicha resolución ya se encuentra prevista, cual es el caso de la habilitación del intérprete de lengua de signos (art. 143 LEC).

Con todo, lo que no dejar de llamar la atención es que el legislador presuponga e, incluso, exija la capacidad del Tribunal -o del LAJ- tanto para determinar la concurrencia de la necesidad de realizar adaptaciones y ajustes como para identificar cuáles deben prestarse para alcanzar la garantía enunciada en el artículo 7 bis -la participación en el expediente/proceso en condiciones de igualdad-; identificando correctamente las barreras que se les presentan a las personas con discapacidad al interaccionar con el entorno jurídico y disponiendo de las medidas, adaptaciones y ajustes necesarios y pertinentes para superarlas.

Así, sin dejar de reconocer la necesidad de que la formación de los operadores jurídicos profundice en aspectos esenciales y básicos relativos al trato, comunicación y expresión con las personas con discapacidad así como en la comprensión adecuada de sus necesidades[14], en la correcta identificación y superación de las barreras a las que antes se ha aludido, el criterio, evaluación e intervención de otros profesionales, unos mayores medios de los que en la actualidad se disponen para la Administración de Justicia[15] y la planificación de las adaptaciones y ajustes a las necesidades variables de las personas con discapacidad se hacen imprescindibles. Especialmente, ante la multiplicidad de tipos de discapacidad que pueden darse y la diversidad de adaptaciones y ajustes que pueden requerirse, más allá de la utilización de un lenguaje claro y accesible, medios de lectura fácil y la habilitación de un intérprete; singularmente, en los supuestos de discapacidad intelectual no visibles para el ciudadano o profesional común y que pueden dar lugar a supuestos de falta de detección y, por tanto, de vulnerabilidad de la persona por falta de apoyos.

14 Como pudieran ser los que atañen a la determinación del tiempo necesario que habrá que proporcionarse para que una persona con discapacidad procese o elabore la información, o exprese al respecto lo que quiera, tener la habilidad de no requerir de la persona la repetición de sus manifestaciones o para comunicarse con quien no sabe leer o escribir o con un bajo nivel de comprensión lectora, la comprensión de las conductas desafiantes (gritos, conducta agresiva hacia otros, etc.) o de la falta de credibilidad de la que en ocasiones adolecen sus testimonios, o saber gestionar el impacto en su mirada de los prejuicios y estereotipos de la persona con la que actúan.

15 En dicho sentido, téngase en cuenta que, a los fines de la Convención, y conforme a su artículo 2: "La "comunicación" incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso".

3. Adaptaciones y ajustes para los partícipes con discapacidad sin la condición de parte procesal.

El artículo 7 bis, cuya ubicación sistemática permite afirmar su aplicación a todo tipo de procesos y expedientes y cualquiera que sea la fase en la que los mismos se encuentren, dispone que se realizarán las adaptaciones y ajustes que sean necesarios para garantizar la participación en los procesos de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad; sin distinguir la condición o calidad con la que intervengan en dichos procesos las personas con discapacidad.

Sin embargo, el artículo 7 bis no reconoce legitimación para solicitar las adaptaciones y ajustes que resulten necesarios a cualquier persona que participe en el proceso, pese a no ser este el espíritu de la Ley 8/2021 que, en el apartado V de su Exposición de Motivos, señala que en dicho precepto legal "[…] se regulan las adaptaciones y ajustes en los procedimientos en que participen personas con discapacidad, con independencia de si lo hacen en calidad de parte o en otra distinta".

Por tanto, debe afirmarse que, a pesar de que el artículo 7 bis no reconoce expresa legitimación para solicitar las adaptaciones y ajustes a las personas con discapacidad que participando en el proceso no ostenten la condición de parte, como pudiera ser el caso de un testigo, ello no supone que no tengan esa legitimación[16] que el legislador no ha sabido contemplar debidamente en la norma y cuyos efectos perniciosos, en cualquier caso, se podrían evitar mediante la mera puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal o del Tribunal de la necesidad de adaptaciones y ajustes, procediendo los mismos a solicitar o a acordar los que resulten pertinentes y necesarios para garantizar la participación en el proceso de la persona con discapacidad en condiciones de igualdad.

4. El profesional experto facilitador.

Una de las previsiones que mayor atención y crítica de la doctrina científica ha concitado[17] es la de ese "profesional experto facilitador" al que se refiere el apartado d) del artículo 7 bis, que puede realizar las tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida en el proceso.

16 A pesar del tenor de la norma y favor de la legitimación de las personas con discapacidad, se expresa Fernández De Buján, A.: "Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad", *LA LEY Derecho de familia*, 2022, núm. 33, p. 6.

17 En dicho sentido, De Luchi López-Tapia, Y.: "Ajustes procedimentales", cit., p. 16, cuando, destacando la esencialidad de la figura en la Administración de Justicia, afirma que "la regulación que de ella ha realizado la LEC desvirtúa la eficacia de la misma".

La norma no aclara a qué profesional se refiere, ni que capacitación profesional y experta debe poseer[18]. Sin embargo, no es esta cuestión la que ha suscitado las críticas actuales de la doctrina científica que no ha tardado en evidenciar que, pese al silencio de la disposición normativa, la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 afirma que la intervención de dicho profesional –a todas luces necesaria– será a costa de la persona con discapacidad, lo que resulta contrario al mandato del artículo 13 de la Convención, conforme al cual son los Estados parte los que deben garantizar los ajustes de procedimiento y no las personas con discapacidad[19].

Cierto es que la doctrina constitucional representada, entre otras, por la STC 20 abril 2009[20], ha negado el valor jurídico de las exposiciones de motivos, pero también es cierto que la eficacia que se atribuye a las mismas es la de un criterio interpretativo de las disposiciones normativas a las que acompañan, para la búsqueda de la voluntad del legislador que, en el caso, es meridianamente clara: la de no asumir el coste de los profesionales expertos que, a modo de facilitadores, realicen tareas de adaptación y ajuste necesarios.

Por tanto, en relación con la figura del profesional experto facilitador, lo que se puede afirmar es que será la propia persona con discapacidad, o sus allegados, quienes deberán procurarse ese profesional experto cuyo coste, además, deberán asumir. Circunstancia esta que, final y probablemente, dará lugar a la sustitución de dicho profesional por cualquier otra persona a la que la propia persona con discapacidad elija para su acompañamiento, tal y como así permite el apartado c) del artículo 7 bis.

IV. PROCEDIMIENTOS PARA LA "PROVISIÓN" O "ADOPCIÓN" DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La reforma operada por la Ley 8/2021 apuesta por la desjudicializacion de la discapacidad, imponiendo la guarda de hecho como medida de apoyo ordinaria del nuevo sistema. Y, para el caso de no ser posible tal desjudicialización, ante la necesidad de proveer a la persona con discapacidad de medidas judiciales de

18 Logopedas, trabajadores sociales, psicólogos forenses, etc., cuya función, como expone Plena Inclusión: "Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo", *Plena Inclusión España*, Madrid, 2018, pp. 76-77, serán las de preparar emocionalmente a la persona para el proceso, proporcionándola información sobre el propio proceso, duración, fases, eventualidades que se pueden producir, evaluación de su capacidad testifical, acompañamiento, aseguramiento del derecho a la información, asegurando que esta le resulte comprensible y pueda ejercer sus derechos y participación en el proceso, activación de recursos de apoyo terapéutico, etc.

19 Fernández De Buján, A.: "Jurisdicción voluntaria", cit., p. 7, afirma que la asunción del coste del facilitador por la persona con discapacidad no sólo contradice lo establecido por la Convención sino que "podría ser considerado como una discriminación por razón de discapacidad en la medida en que deje sin efecto, ante la posible insuficiencia de recursos, el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones que las demás personas".

20 STC 90/2009, de 20 de abril (ECLI:ES:TC:2009:90).

apoyo, suprime el proceso de incapacitación sustituyéndolo por un expediente de "provisión" de medidas judiciales de apoyo que la persona con discapacidad pueda necesitar y que supedita a la ausencia o insuficiencia de medidas voluntarias de apoyo, previstas o no por el propio interesado, y, para el caso de oposición en dicho expediente, por el de "adopción" de medidas judiciales de apoyo, en un proceso contradictorio.

1. El nuevo procedimiento de "provisión" de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad.

La Ley 8/2021 incorpora al Título II ("De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas") de la LJV un nuevo Capítulo III bis que se ocupa "Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad" y que comprende los artículos 42 bis a) a c). Según disposición del Preámbulo de la Ley 8/2021, para los supuestos en los que, de acuerdo con las normas civiles, sea pertinente la provisión de alguna medida judicial de apoyo de carácter estable y no exista oposición.

A) Ámbito de aplicación.

Tal y como dispone el apartado 1º del artículo 42 bis a) LJV, se seguirán los trámites del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad: "Cuando sea pertinente la provisión de alguna medida judicial de apoyo de carácter estable a una persona con discapacidad […]". La redacción del precepto legal nos obliga a determinar dos cuestiones fundamentales para acotar el ámbito de aplicación del expediente en cuestión: cuáles son las medidas de apoyo de carácter estable y cuando será pertinente la provisión de una medida de tal naturaleza.

En dicho sentido, debemos comenzar señalando que, de conformidad con el artículo 250 CC, son medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen, además de las que con carácter voluntario estas hayan señalado: (1) la guarda de hecho, de carácter informal y que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales o estas no se estén aplicando eficazmente; (2) la curatela, de carácter formal y que se aplicará a quienes precisen apoyo de modo continuado; y, (3) el defensor judicial, de carácter formal y para cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional.

Conforme a lo anterior, en el expediente de provisión de apoyos regulado en los artículos 42 bis LJV la única medida judicial que podrá adoptarse es la curatela, precisándose los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica, conforme a sus concretas necesidades de

apoyo, que solo excepcionalmente tendrán carácter representativo (art. 269 CC) y, si las hubiera, a las disposiciones voluntarias (arts. 271 y 272 CC).

No obstante, para terminar de acotar el ámbito de aplicación de los artículos 42 bis LJV, habrá de determinarse cuando será pertinente proveer a la persona con discapacidad de una medida judicial de apoyo como la curatela, a lo que puede responderse, volviendo sobre la argumentación anterior, que ello podrá tener lugar "cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad" (art. 269 CC), es decir, cuando no existan o no resulten eficaces otras medidas como las de naturaleza voluntaria o la guarda de hecho y la persona en cuestión precise de esas medidas o las necesite, lo que deberá verificarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 bis b) LJV[21].

B) Competencia.

Pocas dudas merece la previsión relativa a la competencia del órgano judicial que se establece en el artículo 42 bis a).2 LJV) y que atiende a la doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo[22], atribuyendo la competencia al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad, por ser este criterio competencial más acorde con el principio de protección del incapaz y la necesidad de posibilitar el acceso efectivo de la persona con discapacidad a la justicia; incluso, previendo, para el supuesto de producirse un cambio de residencia habitual antes de la celebración de la comparecencia [del art. 42 bis b) LJV], la remisión de las actuaciones al Juzgado de la nueva residencia, en el estado en que se hallen.

No obstante, ha lamentado la doctrina que no se haya alterado el artículo 98 LOPJ para la creación de juzgados especializados a los que pudiera atribuirse, en exclusiva, el conocimiento de los procedimientos propios de la materia que nos ocupa[23].

C) Legitimación.

De conformidad con el artículo 42 bis a).3 LJV, las únicas personas legitimadas para promover el expediente son el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad[24], su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se

21 Como precisa Fernández De Buján, A.: "Jurisdicción voluntaria", cit., p. 3, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo o judicial.

22 Expresada al hilo de numerosos conflictos negativos de competencia territorial de los que ha conocido el Tribunal Supremo, entre otros y más recientemente, los resueltos en los ATS 29 septiembre 2020 (Roj: ATS 10124/2020) y 4 octubre 2017 (Roj: ATS 9113/2017).

23 En dicho sentido, Pesqueira Zamora, M.J.: "Aspectos procesales de la capacidad a partir de la nueva regulación", *Revista General de Derecho Procesal*, 2022, núm. 57, pp. 19-20.

24 Llama poderosamente la atención como a lo largo de la regulación de este procedimiento de jurisdicción voluntaria y, como veremos más adelante, del proceso contencioso, para referirse a la persona que puede necesitar los apoyos, sin un criterio claro y, en no pocas ocasiones, presumiendo la discapacidad, el

encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos.

No se reconoce legitimación para la promoción del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a las asociaciones o fundaciones que trabajan con personas con discapacidad y que, en muchos casos, son las realmente conocedoras de sus necesidades[25]. Más ello no impide que las mismas puedan y deban poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo, para que promueva el expediente.

D) Defensa y representación procesal.

También se ocupa el artículo 42 bis a).4 LJV de la defensa y representación de la persona con discapacidad, disponiendo que podrá actuar con su propia defensa y representación; y que, para el caso de no ser previsible que la misma proceda a realizar tal designación, con la solicitud se pedirá que se le nombre un defensor judicial, que actuará por medio de Abogado y Procurador. Los demás legitimados, a diferencia de la persona con discapacidad, podrán promover el expediente sin necesidad de asistencia legal y representación procesal (art. 3.2 LJV).

Pues bien, si ya resulta extraordinariamente llamativo que la norma afirme que la persona con discapacidad podrá actuar con su propia defensa y representación, como si ello fuera una excepción frente a la regla general que permite a cualquier persona comparecer con defensa y representación procesal de su elección, lo que no se acaba de entender es que el legislador (1) requiera del resto de legitimados para promover el expediente que prevean si la persona con discapacidad procederá o no a designar defensa legal y representación procesal de elección, como si tal cuestión fuera de fácil previsión; (2) les imponga la obligación de pedir con la solicitud de promoción del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo el nombramiento de un defensor judicial, aún cuando la persona con discapacidad comparezca pero sin designar profesionales; (3) exija que dicho defensor judicial actúe por medio de abogado y procurador, por supuesto, sin aclarar de cargo de quien correrá el gasto de dichos profesionales e, incluso, y en su caso, el del propio defensor judicial; y (4) no prevea la designación de defensor judicial alguno, y la actuación del mismo con defensa y representación procesal, cuando aquel no se pida con la solicitud inicial y la persona con discapacidad no comparezca o lo haga sin tales profesionales de su elección.

legislador utiliza indistintamente las expresiones "persona con discapacidad" [arts. 42 bis a).1, 3, 4 y 5, 42 bis b).2, 3, 4 y 5, 42 bis c).2 y 3 LJV y 759.1.1º, 2, 3 LEC], "persona a que se refiera el expediente" [art. 42 bis a).2 LJV], "persona a la que se refiera la solicitud" [art. 756.2 LEC], "persona a la que se refiera el proceso" [art. 756.3 LEC] o "persona interesada" [art. 757.1 y 2 y 758.2 LEC].

25 Y a las que el artículo 275.1 CC les reconoce la posibilidad de ser curadores.

Nos preguntamos si lo que persigue el legislador es garantizar que la participación en el expediente de la persona con discapacidad se produzca con plenas garantías solo cuando el resto de legitimados así lo pida en la solicitud inicial promoviendo el expediente y, por supuesto, asumiendo los costes correspondientes. Por supuesto, también en ese caso, imponiendo la sustitución de la voluntad y deseos de la persona con discapacidad[26]. Es esta una de las muchas muestras de incongruencia de una norma que, ensalzando la voluntad y deseos de la persona con discapacidad, sin cuestionarse si dicha voluntad y deseos son libres y no viciados, no es capaz de respetarla sino que actúa en contra de la misma, imponiendo la designación de una defensa legal y representación procesal y, a mayores, obviando a la persona con discapacidad, al nombrar un defensor judicial para que actúe en su nombre.

Con todo, la cuestión está en dilucidar a qué supuestos de no previsibilidad de la designación de abogado y procurador por parte de la persona con discapacidad se refiere la norma. A nuestro juicio, se trata de una previsión cuya operatividad queda ceñida a los supuestos de promoción del expediente por legitimado distinto a la propia persona con discapacidad y, además, con carácter provisorio, es decir, para el caso de que llegado el momento procesal oportuno, por ejemplo, el de la comparecencia del artículo 42 bis b) LJV, no se proceda a tal designación por parte de la persona con discapacidad, la que en todo caso debe tener carácter preferente. En otro caso, podría darse un supuesto de duplicidad de designaciones, puesto que la solicitud de legitimado distinto de la persona con discapacidad precederá al conocimiento que esta pueda tener de la solicitud del expediente y no estableciendo la norma un plazo preclusivo para la designación de abogado y procurador por parte de la persona con discapacidad, es perfectamente posible que al tiempo de la comparecencia del artículo 42 bis b) LJV, con defensa legal y representación procesal de elección, ya se haya nombrado tanto un defensor judicial, como por este último, un abogado y representación procesal.

He aquí como la supuesta agilidad y flexibilidad del expediente de jurisdicción voluntaria no es tal, se torna en confusión y dilación y se aprovecha para, en definitiva, hacer lo contrario de lo que se predica, negándole a la persona la posibilidad de decidir, conforme a su voluntad y deseos, si quiere comparecer o no en el procedimiento y, además, en qué términos quiere o debe hacerlo.

26 Y es que nuestro legislador no ha querido contemplar la posibilidad de renuncia, expresa o tácita, de la persona con discapacidad a la provisión o adopción de medidas de apoyo, a pesar de la regulación que de la misma solicitó expresamente el Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad (Observación general nº 1, 29 g: "la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o a cambiarla en cualquier momento"). En contra de la opinión de la doctrina más autorizada en la materia, que sostiene que solo las personas con discapacidad son las que pueden decidir cuál es su interés, incluso con el derecho a equivocarse, como todas las demás personas. En dicho sentido, García Rubio, M.P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. V, núm. 3, pp. 32-33.

E) Procedimiento.

Tal y como se deprende del artículo 42 bis) b LJV, el expediente de provisión judicial de apoyos se inicia con una solicitud a la que deben acompañarse (1) los documentos acreditativos de la necesidad de adopción de medidas de apoyo y (2) un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que aconseje las medidas de apoyo que, en el caso, resulten idóneas. En dicha solicitud habrán de proponerse las pruebas que se considere necesario practicar en la comparecencia[27] y que no tendrán otra finalidad que la de determinar los apoyos que necesite la persona[28].

Es decir, el expediente para la provisión de medidas judiciales de apoyo comienza con unos requerimientos mucho más exigentes que los del antiguo y único proceso –contencioso– sobre la capacidad de la persona (arts. 756 y ss. LEC) que, en modo alguno, imponía la obligación de acompañar a la demanda un dictamen pericial que, si bien era necesario, se realizaba por el médico-forense adscrito al juzgado, acordándose de oficio y sin coste alguno para la persona con discapacidad o los intervinientes en el proceso. Así, nos encontramos ante una norma que desconoce la realidad de las personas con discapacidad que necesitan apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica –y de las de su red social–, y cuya dificultad para formular y promover una solicitud como la que se ha relatado es más que evidente. Al respecto, también llama poderosamente la atención que no se haya previsto que ocurrirá cuando, de llegarse a formular la solicitud, no se aporte la documentación indicada.

Una vez admitida a trámite la solicitud, el/la LAJ debe convocar a una comparecencia al Ministerio Fiscal, a la persona con discapacidad, a su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y a sus descendientes, ascendientes o hermanos (interesados)[29] que, a diferencia del régimen anterior, podrán proponer prueba, se entiende que en relación con las medidas judiciales de apoyo que, en el caso, consideren más o menos pertinentes.

Resulta novedoso, pero necesario, la obtención del Registro Civil y otros Registros de certificación relativa a las medidas de apoyo inscritas, al igual que la obtención del informe, de la entidad pública territorial que tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad

27 El régimen de proposición de prueba recuerda al de las medidas cautelares en relación con las que el artículo 732.2 LEC dispone la preclusión para el actor de la posibilidad de proponer prueba con la solicitud de medidas cautelares.

28 Fernández De Buján, A.: "Jurisdicción voluntaria", cit., p. 11.

29 El antiguo artículo 759 LEC preveía las audiencias preceptivas de los parientes más próximos del presunto incapaz.

o de una entidad del tercer sector de acción social[30], sobre las eventuales alternativas de apoyo y las posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial, amén de la posibilidad de que esta, antes de la comparecencia, acuerde realizar un dictamen pericial.

Asimismo, al igual que la anterior, la nueva regulación requiere la entrevista de la autoridad judicial con la persona con discapacidad, si bien no aclara si para el examen de esta o con cualquier otro fin, limitándose a señalar que, con ocasión de la misma y a la vista de su situación –la de la persona con discapacidad– la autoridad judicial podrá informarle acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precise, mediante su entorno social o comunitario, o a través del otorgamiento de naturaleza voluntaria; de forma tal que, si tras la información ofrecida, la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo, se pondrá fin al expediente[31]. No sin antes haberse practicado aquellas pruebas que hubieran sido propuestas y resulten admitidas y, en todo caso, no sin antes haberse oído a las personas que hayan comparecido y manifiesten su voluntad de ser oídas.

Llegados a este punto, quizá pueda generar extrañeza el hecho de que a lo largo del expediente de provisión de apoyos no se prevea un trámite de audiencia de la persona que se proponga para el cargo del curador. Efectivamente, causa extrañeza, sino perplejidad, que se pueda llegar a acordar una medida de apoyo como la curatela, que recaerá en una persona física o jurídica, sin oír a esta, pero ello podría tener su explicación en el propio artículo 42 bis b).5, *in fin*e, LJV, que excluye como motivo de oposición la designación como curador de una persona concreta. No obstante y, en cualquier caso, se impone asumir la postura de quienes consideran necesario que el futuro curador intervenga activamente en la tramitación de todo el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo y aún cuando la oposición a la designación del mismo no permita poner fin al expediente, ni tampoco abrir el proceso contencioso[32].

En cualquier caso, se intuye que lo querido por el legislador es que la oposición a la designación como curador de una persona concreta, en su caso, se resuelva en el propio expediente de jurisdicción voluntaria.

30 Las entidades del Tercer Sector de Acción Social se encuentran reguladas en la Ley 43/2015, de 9 de octubre, de Tercer Sector de Acción Social, y son organizaciones privadas que impulsan el reconocimiento y ejercicio de los derechos civiles, económicos, sociales o culturales de las personas y grupos vulnerables o en riesgo de exclusión social (art. 3).

31 Según la doctrina científica, representada por Calaza López, S.: "Monitorización de una Justicia civil de Familia en construcción", *LA LEY Derecho de familia*, 2022, núm. 33, p. 3, se trata de una disposición que evidencia la intensidad de la opción prioritaria de desjudicialización y externalización de la provisión de apoyos hacia medias voluntarias.

32 Fernández De Buján, A.: "Jurisdicción voluntaria", cit., pp. 8 y 12.

F) Oposición.

Pondrá fin al expediente de provisión judicial de medidas de apoyo (1) la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, (2) la oposición del Ministerio Fiscal, o (3) la de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas. Ahora bien, debe precisare que tales circunstancias no provocan la conversión automática del expediente de jurisdicción voluntaria, de provisión, en el proceso contencioso, de adopción, de medidas judiciales de apoyo, debiendo en todo caso interponerse la demanda que de lugar a este último.

Sin embargo, la oposición que se formule no constituirá obstáculo a la adopción provisional por la autoridad judicial de las medidas de apoyo de la persona o de su patrimonio que considere convenientes y que podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso en el que, ya avanzamos, puede solicitarse la adopción de medidas cautelares (art. 762 LEC).

G) Resolución del expediente y revisión de las medidas judicialmente acordadas.

Nos dice el artículo 42 bis c) LJV que el expediente terminará por medio de auto en el que se expresarán las medidas adoptadas. Ahora bien, como ya se ha precisado, la única medida de apoyo que cabe adoptar en este expediente es la curatela, por ser la única de carácter judicial que con el carácter de estable cabe identificar. Además, determinándose en la resolución en cuestión los actos para los que la persona con discapacidad requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica y que solo excepcionalmente, y para actos concretos, podrá ser de carácter representativo (art. 269 CC). La duda que a continuación se plantea es cómo la autoridad judicial podrá determinar, con precisión, la diversidad de actos para los que una concreta persona con discapacidad, y no otra, puede necesitar la asistencia del curador[33]. La respuesta es que no podrá hacerlo más allá de aquellos a los que se refiera de forma expresa la solicitud de provisión de medidas judiciales de apoyo o de los que el juzgador alcance a imaginar, obligando a la revisión de la medida acordada y, más concretamente, a la del alcance y carácter de la curatela, en tantas ocasiones como así lo precise la adecuada asistencia del curador.

Al hilo de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la medida de apoyo que se adopte quedará sujeta al régimen de revisión periódica que se establezca en la resolución que la acuerde –auto–, siguiéndose a tal efecto el cauce del

33 Al margen de los supuestos que requieren autorización judicial, bien por determinación de la resolución que provea la curatela, bien por así disponerlo el artículo 287 CC.

procedimiento de jurisdicción voluntaria. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 268 CC, las medidas adoptadas serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años o, cuando la autoridad lo acuerde, de manera excepcional y motivada, en un plazo que no podrá exceder de seis años.

La revisión también podrá ser solicitada por los mismos legitimados para promover el expediente de provisión de medidas judiciales, antes de que transcurra el plazo previsto en el auto que haya acordado la medida judicial de apoyo y ante el mismo Juzgado de Primera Instancia que la dictó, siempre que la persona con discapacidad permanezca residiendo en la misma circunscripción, o ante el Juzgado de Primera Instancia de la nueva residencia, que habrá de pedir un testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, que lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud.

2. El proceso de "adopción" de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.

No obstante todo lo anterior, el legislador también ha contemplado la posibilidad de un procedimiento de "adopción" de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, de carácter contencioso y, en todo caso, subsidiario del procedimiento de jurisdicción voluntaria, de "provisión" de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, regulado en los artículos 756 a 762 LEC.

A) Ámbito de aplicación.

Señala el artículo 756.1 LEC que, en los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación aplicable, sea pertinente el nombramiento de curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición o cuando el expediente no haya podido resolverse, la adopción de medidas judiciales a apoyo a personas con discapacidad se regirá por lo dispuesto en el Capítulo II ("De las disposiciones generales") del Título I ("De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores) del Libro I ("De los procesos especiales") de la LEC

Por tanto, dos son las circunstancias que tienen que concurrir, no cumulativamente, para que se active el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad: que, siendo pertinente el nombramiento de curador, se haya formulado oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria[34] o que el expediente de jurisdicción voluntaria no haya podido resolverse, se entiende, con el nombramiento de un curador.

34 En los casos previstos en el artículo 42 bis b).5, *in fine*, LJV.

B) Competencia.

La competencia para conocer de este proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 756.2 y 3 LEC, es de naturaleza funcional por conexión y corresponde al Juzgado de Primera Instancia que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria, salvo cambio posterior de residencia de la persona a la que se refiera la solicitud, en cuyo caso le corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que resida, al igual que cuando el cambio de residencia se produzca una vez iniciado el proceso, pero antes de la celebración de la vista.

C) Legitimación e intervención procesal.

La legitimación activa para promover el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad le corresponde a la persona interesada[35], es decir, a la persona con discapacidad o necesitada de apoyos, a su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente o hermano (art. 757.1 LEC). Y cuando estas personas no existan o no hubieran presentado la correspondiente demanda, al Ministerio Fiscal, salvo que concluya que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa (art. 757.2 LEC).

A diferencia de lo que ocurre en el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo, en el de adopción de dichas medidas sí que se prevé la intervención de la persona propuesta como curador, dándole traslado para realizar las alegaciones que estime oportunas sobre la propuesta de su designación (art. 757.3 LEC). Además, las personas legitimadas para instar el proceso de adopción de medidas o que acrediten un interés legítimo podrán intervenir en el proceso ya iniciado, a su costa, y con los efectos previstos en el artículo 13 LEC[36] (art. 757.4 LEC).

D) Procedimiento.

Admitida a trámite la demanda, al igual que en el expediente de jurisdicción voluntaria, se recabará certificación del Registro Civil y otros Registros que se considere pertinentes, sobre las medidas de apoyo inscritas (art. 758.1 LEC).

35 Debe llamarse la atención sobre los diferentes términos utilizados por el legislador al configurar la legitimación para promover el expediente de provisión judicial de apoyos, refiriéndose a la "persona con discapacidad", y para promover el proceso de adopción judicial de tales apoyos, refiriéndose a la "persona interesada". Resulta curioso que, en el primer caso, el del expediente de jurisdicción voluntaria, se presuponga la discapacidad de la persona.

36 Es decir, sin que proceda la suspensión del curso del procedimiento, sin retroacción de las actuaciones, pero con la consideración del interviniente como parte, a todos los efectos, y con la posibilidad de realizar cuantas alegaciones considere necesarias y no hayan sido posible realizar por ser procesalmente propias de un momento anterior al de su admisión en el proceso. Asimismo, con la posibilidad de utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés.

Se prevé la notificación de la demanda a la persona con discapacidad por medio de remisión (art. 160 LEC), entrega (art. 161 LEC), o por edictos (art. 164 LEC). En este último caso, para el supuesto de que la persona interesada no hubiera podido ser notificada personalmente; previéndose, si transcurre el plazo previsto para la contestación a la demanda por la persona interesada sin que esta comparezca en el proceso con su propia defensa y representación, la designación de un defensor judicial, a no ser que estuviera ya nombrado –se entiende que en el previo expediente de provisión judicial de medidas– o la defensa por el Ministerio Fiscal, "por no ser el promotor del expediente". De procederse a la designación de un defensor judicial, se le dará traslado para que conteste a la demanda, en el plazo de veinte días, si lo considera procedente. Por supuesto, y aun cuando no lo diga la norma en cuestión, con defensa legal y representación procesal, cuyo coste será de cargo del defensor judicial o, en última instancia, de la persona con discapacidad.

Las pruebas que, obligatoriamente, deberán llevarse a cabo son: (1) la entrevista de la autoridad judicial con la persona con discapacidad; (2) la audiencia del cónyuge no separado de hecho o legalmente o de quien se encuentre en situación asimilable, así como de los parientes más próximos de la persona con discapacidad, audiencias estas que, excepcionalmente, podrán no practicarse si el tribunal así lo acuerda previa solicitud de la propia persona con discapacidad y por considerar que ello resulta más conveniente para la preservación de su intimidad; (3) los dictámenes periciales necesarios, realizados por profesionales especializados en los ámbitos social y sanitario u otros que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas, en relación con las pretensiones de la demanda, y que no pueden ser otras que la del nombramiento de un curador; (4) cuando el nombramiento de curador no estuviera propuesto, la audiencia de la persona con discapacidad, el cónyuge no separado de hecho o legalmente o de quien se encuentre en situación de hecho asimilable, de sus parientes más próximos y de las demás personas que el Tribunal considere oportuno.

E) Resolución del proceso y revisión de las medidas judicialmente adoptadas.

El proceso finalizará con el dictado de una sentencia (art. 760 LEC) que decidirá sobre las medidas de apoyo, concretamente, sobre la necesidad de adoptar o no la curatela y, al igual que en la resolución del expediente de jurisdicción voluntaria, con determinación de la persona que ejercerá la curatela y de los actos para los que la persona con discapacidad requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica y que solo excepcionalmente, y para actos concretos, podrá ser de carácter representativo (artículo 269 CC). Surgen en relación con esta resolución las mismas dudas ya expresadas al hilo de la resolución del expediente de provisión de medidas de apoyo.

Esta resolución será susceptible de ser recurrida en apelación, ordenándose de oficio en tal caso y en la segunda instancia, o por el tribunal de apelación, la práctica de las pruebas preceptivas (art. 759.1 LEC).

Por otro lado, no debe perderse de vista la necesidad de que el LAJ acuerde que las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos de adopción de medidas judiciales de apoyo se comuniquen, de oficio, a los Registros Civiles, para la práctica de los asientos que correspondan, y, a petición de parte, al Registro de la Propiedad, al Mercantil, al de Bienes Muebles o a cualquier otro Registro público, a los efectos que en cada caso correspondan. Con la precisión que se hace en el artículo 755 LEC, consistente en que, en el caso de medidas de apoyo, la comunicación al Registro de la Propiedad, al Mercantil, al de Bienes Muebles o a cualquier otro Registro público se hará, únicamente, a petición de la persona a favor de la cual el apoyo se haya constituido, previsión esta última que genera preocupación entre la doctrina civilista, por la merma del principio de la fe pública registral que conlleva, al no figurar que la persona necesita apoyo, lo que podría dar lugar a la celebración de un contrato nulo[37].

Las medidas contenidas en la sentencia serán revisadas por los trámites previstos a tal efecto en la LJV (art. 761 LEC), y en los plazos señalados en el artículo 268 CC. De producirse oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria de revisión o si tal procedimiento de revisión no hubiera podido resolverse, cualquiera de los legitimados para promover el proceso contencioso de adopción de medidas de apoyo (art. 757.1 LEC) deberá instarlo.

3. Medidas cautelares.

Al margen de la posibilidad prevista en el artículo 42 bis b).5 LJV, el artículo 762 LEC prevé la posibilidad de adopción, a instancia de parte y en cualquier estado del procedimiento, de las medidas de apoyo necesarias para la adecuada protección de la persona o de su patrimonio; siempre que la urgencia no lo impida, previa audiencia de la persona con discapacidad y de conformidad con lo previsto en los artículos 734, 735 y 736 LEC. Similar posibilidad se reconoce al Ministerio Fiscal, permitiéndole solicitar del Tribunal competente a inmediata adopción de las medidas antes referidas, así como también a este último, cuando tenga conocimiento de la existencia de una persona en situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, para acordar, de oficio, las misma medidas señaladas anteriormente, poniendo al tiempo el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, de estimarlo procedente, el expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de medidas judiciales de apoyo.

37 En dicho sentido, Serrano Chamorro, M.E.:Consideraciones sobre la capacidad jurídica versus capacidad de ejercicio tras los nuevos cambios legislativos: "criterios jurisprudenciales", *Actualidad Civil*, 2022, núm. 2, pp. 9-10.

V. CONCLUSIONES.

PRIMERA. La Ley 8/2021 constituye una de las reformas más notables e innovadoras de nuestro ordenamiento jurídico, especialmente disruptiva en la materia de la que se ocupa. Constituyendo un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, impone un cambio radical en el tratamiento y entendimiento del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, cuya autonomía y libertad para la toma de decisiones se erige –al menos en apariencia– en el criterio rector del sistema; incluso, llegando a orillar el principio del "interés superior" de la persona con discapacidad, cuyo rastro en el CC y LEC ha desaparecido.

SEGUNDA. En el ámbito procesal, la adaptación de nuestro ordenamiento procesal civil a los postulados de la Convención exigía, en primer lugar, garantizar la participación de las personas con discapacidad en todo tipo de procesos y en condiciones de igualdad respecto del resto, eliminando cuantas barreras hacían que no se cumplieran tales exigencias. El primer paso en dicho sentido ha sido la eliminación del régimen de capacidad procesal anterior, proclamando la posibilidad de que todas las personas puedan comparecer en juicio y equiparando la capacidad para ser parte con la capacidad procesal; sin desconocer la realidad y existencia de personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, en cuyo caso deberá estarse al alcance y contenido de las que voluntariamente haya determinado la propia persona con discapacidad y/o, en su defecto, al de las judiciales (art. 7 LEC). El siguiente paso ha sido la contemplación de las previsiones legales oportunas para, con toda la flexibilidad que resulte pertinente, realizar las adaptaciones y ajustes necesarios que procuren la participación en todos los procesos de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad y, en definitiva, garantizar su derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que se lleva a cabo (arts. 7 bis LEC y LJV).

TERCERA. Buscando sentar las bases de un nuevo sistema fundado en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, la Ley 8/2021 deroga el tradicional procedimiento de modificación de la capacidad de las personas físicas y apuesta por la desjudicialización de la discapacidad, intentando procurar que las medidas de apoyo que pueda necesitar la persona con discapacidad le sean prestadas al margen del sistema judicial. No obstante lo anterior, la nueva regulación no desconoce la necesidad de arbitrar un procedimiento judicial a través del cual proveer a la persona con discapacidad de una medida judicial de apoyo de carácter estable, como es la curatela. Con carácter preferente, dicho procedimiento será el expediente de jurisdicción voluntaria de los artículos 42 bis LJV, siempre que no exista oposición, y que conlleva la verificación de unos

requerimientos, necesarios o facultativos, que le convierten en un trabajoso, penoso y dificultoso medio de "provisión" del apoyo necesario. Asimismo, para el supuesto de oposición a la medida de apoyo propuesta en dicho procedimiento, que dará lugar a la finalización del expediente de jurisdicción voluntaria, o en caso de imposibilidad de resolución de este, la Ley 8/2021 ha creado un nuevo procedimiento contencioso de "adopción" de medidas judiciales de apoyo (arts. 756 a 762 LEC) cuya finalidad también resulta ser la de proveer a la persona de los apoyos que precise.

CUARTA. El estudio de la nueva regulación procesal permite concluir que lejos de humanizar el procedimiento, el legislador ha dispuesto una regulación procedimental idónea para enredar a las personas con discapacidad y sus familiares en un confuso, tortuoso y costoso procedimiento de provisión y, en su caso, adopción de medidas judiciales de apoyo; a mayores, una regulación procesal que, de no llegar a la fase contenciosa, puede dar lugar al establecimiento de una curatela en la que la persona designada para el ejercicio de la misma siquiera haya sido oída. En cualquier caso, bastará que en el expediente de jurisdicción voluntaria se formule oposición al establecimiento de la medida de apoyo para que todo salte por los aires y haya que volver a empezar, con el subsiguiente proceso contencioso de adopción de medidas judiciales de apoyo. Esta situación nos lleva a concluir que, con las adaptaciones necesarias a la nueva realidad del derecho material en materia de capacidad de las personas, bien podía haberse mantenido la regulación procesal anterior, mucho más liviana y sencilla que la actual que, a la vista de la cantidad de dudas y lagunas que presenta, requerirá una buena dosis de interpretación y práctica judicial. Así es como, la asimilación práctica del nuevo sistema de prestación de apoyos instaurado por la Ley 8/2021 se convierte en una de las actuales fronteras el Derecho de familia español.

BIBLIOGRAFÍA.

Arnau Moya, F.: "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho*, 2022, núm. 33, pp. 534-573.

Calaza López, S.: "La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad (I)", *LA LEY Derecho de Familia*, 2021, núm. 31, pp. 1-26, LA LEY 9531/2021.

Calaza López, S.: "Monitorización de una Justicia civil de Familia en construcción", *LA LEY Derecho de familia*, 2022, núm. 33, pp. 1-24, LA LEY 952/2022.

García Rubio, M.P.: "La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, núm. 25, pp. 81-109.

García Rubio, M.P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. V, núm. 3, pp. 29-60.

De Luchi López-Tapia, Y.: "Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (I)", *Práctica de Tribunales*, 2021, núm. 151, pp. 1-28, LA LEY 8312/2021.

De Verda Y Beamonte, J.R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, 2022, nº 10021, pp. 1-20, LA LEY 1336/2022.

Fernández De Buján, A.: "Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad", *LA LEY Derecho de familia*, 2022, núm. 33, pp. 1-30, LA LEY 951/2022.

Gimeno Sendra, V.: *Derecho Procesal Civil*, UNED-Colex, Madrid, 2012.

Pérea González, A., García Rubio, P., Segarra Crespo, M.J., Cerrada Loranca, C., Labrador Gimeno, I., De Prada Rodríguez, M., Fuster Blay, M.: "Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, de 2 de junio, y la reforma de la capacidad civil", Diario La Ley, 2021, núm. 9980, pp. 1-21, LA LEY 13548/2021.

Pesqueira Zamora, M.J.: "Aspectos procesales de la capacidad a partir de la nueva regulación", *Revista General de Derecho Procesal*, 2022, núm. 57, pp. 1-27.

PLENA INCLUSIÓN: "Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo", *Plena Inclusión España*, Madrid, 2018.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M.P.: *Derecho Jurisdiccional II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SERRANO CHAMORRO, M.E.: "Consideraciones sobre la capacidad jurídica versus capacidad de ejercicio tras los nuevos cambios legislativos: criterios jurisprudenciales", *Actualidad Civil*, 2022, núm. 2, pp. 1-23.



L'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO E L'INTERESSE "PREFERITO" DELLA PERSONA CON DISABILITÀ

THE SUPPORT ADMINISTRATION AND THE "PREFERRED" INTEREST OF THE DISABLED PERSON

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1824-1859

Ettore William
DI MAURO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La ratifica della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità impone una rivisitazione degli strumenti legali posti a difesa dei soggetti deboli. La capacità di compiere atti giuridici rientra nella categoria dei "diritti umani inviolabili", la cui limitazione va ricalibrata in base a una nuova considerazione del "sostegno", volontario o di fatto, che va garantito alla persona disabile.

L'utilizzo dell'amministrazione di sostegno, nonostante sia lo strumento più duttile alle concrete esigenze previsto dal nostro ordinamento, non sembra essere più adeguato a garantire il best interest della persona.

Il bilanciamento tra i princìpi di solidarietà e sussidiarietà e l'art. 12 della Convenzione impongono di considerare il passaggio da un sistema fondato sul "sostegno sostitutivo" diretto a perseguire il "migliore interesse" della persona incapace, a un sistema fondato su di un "sostegno collaborativo", diretto a perseguire l' "interesse preferito" della persona disabile. In questo modo è possibile dare una risposta maggiormente aderente allo stile di vita della società e ai valori che la informano.

PALABRAS CLAVE: Persona; disabilità; interesse; sostegno; amministrazione di sostegno; Convenzione; diritti umani.

ABSTRACT: *The ratification of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities requires a review of the legal instruments put in place to defend vulnerable people. The ability to act falls into the category of inviolable human rights ", the limitation of which must be recalibrated on the basis of a new consideration of the "support ", voluntary or de facto, which must be guaranteed to the disabled person.*

The use of support administration, despite being the most flexible tool to the concrete needs provided for by our legal system, does not seem to be more adequate to guarantee the best interest of the person.

The balance between the principles of solidarity and subsidiarity and art. 12 of the Convention require considering the transition from a system based on "substitute support" aimed at pursuing the "best interest" of the incapable person, to a system based on "collaborative support", aimed at pursuing the "preferred interest" of the disabled person. In this way it is possible to give a response that is more in keeping with the lifestyle of the community and the values that characterize it.

KEY WORDS: *Person; disability; interest; support; support management; Convention; human rights.*

SUMARIO.- I. LA TUTELA DEL DISABILE NEL SUO ITER STORICO. IL CAMBIO DI ROTTA. UN NUOVO MODO DI INTENDERE LA CAPACITÀ D'AGIRE.- II. LA CONVENIONE E IL NUOVO MODO DI INTENDERE LA DISABILITA'.- III. I PRINCÌPI COSTITUZIONALI E LA *RATIO* DELL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO.- IV. IL "SOSTEGNO" ALLA LUCE DEI PRINCÌPI DELLA CONVENZIONE. IL SUO RAPPORTO CON LA DISCIPLINA DELL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO.- V. BREVI RIFLESSIONI SUI POSSIBILI CORRETTIVI ALL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO ALLA LUCE DELLA CONVENZIONE.

I. LA TUTELA DEL DISABILE NEL SUO ITER STORICO. IL CAMBIO DI ROTTA. UN NUOVO MODO DI INTENDERE LA CAPACITÀ D'AGIRE.

L'ordinamento giuridico è sensibile alla tutela delle persone con disabilità, tanto da prevedere una disciplina che difenda gli interessi di quelle persone che perdono la propria capacità d'agire a causa di patologie importanti.

Tuttavia, il sistema di protezione dei disabili, previsto dal nostro Codice civile, mostra la sua inadeguatezza nel conformarsi ai princìpi e valori della Costituzione che hanno cambiato radicalmente il modo di intendere la persona: da macchina per produrre a uomo da tutelare in quanto tale. Categoria dell'essere che prevale sulla categoria dell'avere[1].

Il problema diventa ancóra più evidente quando si legittimano limitazioni al compimento di atti che sono espressione di diritti o libertà fondamentali e per i quali, tra l'altro, si esclude il ricorso a forme di rappresentanza[2].

Sin dagli anni '70 del secolo scorso si è auspicata una rimodulazione delle incapacità, che permettesse di differenziare opportunamente le misure di protezione e valorizzasse la capacità di discernimento, anche residua, nel compimento di atti espressivi di diritti o libertà personali[3].

Se, da un lato, il fine perseguito dall'ordinamento contemporaneo è quello di proteggere la persona con disabilità, dall'altro lato, non può non sottacersi che

1 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 3 ss.

2 Si fa riferimento ai c.dd. atti personalissimi, come il matrimonio, la donazione o il testamento. Cfr. Prisco, I.: *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, Napoli, 2018, p. 11.

3 Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 139 ss.; Id.: "Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente». A proposito dell'andicappato psichico permanente", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 46 ss., ora in Id.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 327 ss.; Lisella, G.P.: *Interdizione "giudiziale" e tutela della persona, Gli effetti dell'incapacità legale*, Napoli, 1984, p. 758 ss.

• Ettore William Di Mauro
Ricercatore in diritto privato, "Sapienza" Università di Roma. ettorewilliam.dimauro@uniroma1.it

al tempo della redazione del Codice civile i "malati di mente" erano considerati individui "disumani"[4], dai quali "la società civile doveva difendersi"[5].

In un sistema fondato sulla produttività che considerava l'uomo se in grado di produrre per rendere grande la nazione, queste persone finivano per essere considerate "entità inutili"[6].

La normativa del Codice civile, infatti, più che tutelare l'interesse della persona umana sembra tutelare "un interesse evanescente ed inesistente della collettività"[7].

La questione mostra la sua criticità se si considera che il concetto stesso di disabilità varia notevolmente da persona a persona e da patologia a patologia, non soltanto per la varietà di possibili ipotesi per la loro differente origine, congenita o acquisita, ma soprattutto per la diversità di graduazione e di qualità della disabilità, che non rimane stipata solo dentro l'insufficienza mentale.

Il medesimo problema potrebbe inficiare molti aspetti della persona e produrre effetti diversi. Potrebbe riguardare, ad esempio, non solo le facoltà intellettive primarie, ossia l'autoconoscenza come coscienza di sé e l'eteroconoscenza come rappresentazione del diverso da sé, ma anche le capacità di analisi, di collegamento o di autodeterminazione, di scelta e di volontà di agire.

Una tale diversità, destinata ad incidere in modo differente sullo sviluppo della persona, difficilmente può conciliarsi con una risposta giuridica che sia rigida ed assoluta, ma invoca, invece, una risposta flessibile e più conforme possibile alle esigenze del caso concreto[8].

4 La questione era giustificata da un sistema fondato sulla patrimonialità e produttività. Sulla depatrimonializzazione si v. Donisi, C.: "Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato", *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; Perlingieri, P.: "«Depatrimonializzazione» e diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.; Id.: "Intervento conclusivo all'Incontro di Studi «Essere o avere?». Per una visione personalistica del diritto privato", Roma, 5 aprile 2019", *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 988 ss.; De Cupis, A.: "Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato", *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 482 ss.

5 Lisella, G.: "Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali", *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 740-741.

6 Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 21 ss. e 61 ss., evidenzia che furono le scelte politiche e filosofiche del tempo a fare confondere la categoria dell'essere con quella dell'avere. Del resto, tale attitudine è confermata dalla legge 14 febbraio 1904, n. 36 con la quale si prevedeva l'internamento in apposite case di cure. Il disabile, soprattutto nella sua patologia peggiore che lo rendeva pienamente incapace, non poteva anzi non doveva avere la possibilità di disporre *mortis causa* dei propri beni nel modo che ritenesse più opportuno, discostandosi magari con i criteri di valutazione sociale e quindi influire "negativamente» sull'economia nazionale. Così come la società doveva impedire il matrimonio di un malato mentale per il rischio che gli eventuali figli potessero ereditare la malattia del genitore e, di conseguenza, gravare sul sistema collettivo.

7 Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 412.

8 Perlingieri, P.: "Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente». A proposito dell'andicappato psichico permanente", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 48. Secondo l'a. diventa anche molto difficile avvicinare l'insufficiente sviluppo intellettivo all'istituto dell'incapacità naturale consistente nella mancanza delle facoltà di intendere e di volere, perché tale figura riguarda più il compimento del sinolo atto che uno stato della persona, se non altro perché sarebbe alquanto difficile, se non impossibile, attribuire un significato chiaro e generico del sapere intendere o, ancora peggio, del sapere volere.

Nell'ordinamento giuridico italiano, ponendo al vertice dei valori costituzionali la persona, alla quale va garantito il suo pieno e libero sviluppo nel rispetto della pari dignità di ciascuno, garantendo una uguaglianza senza distinzioni dovute a "condizioni personali" (artt. 2 e 3 cost.) e l'impegno a rimuovere ogni ostacolo all'effettiva partecipazione di tutti alla vita del Paese, ne consegue che il sistema sceglie non il primato della produttività ma il primato della persona umana.

Tali valori non rimangono solo quali valori "programmatici", un obiettivo che solo le forze politiche possono perseguire, ma sono anche "parametri normativi" idonei a valutare le condotte e a interpretare in modo adeguato gli istituti di protezione disciplinati dal nostro Codice civile.

L'attenzione eccessiva verso la tutela del patrimonio e non della persona si traduce per lo più in discipline (basti pensare all'interdizione e all'inabilitazione) tendenti più a porre divieti, che a promuovere nel disabile, nel senso più ampio possibile, lo sviluppo delle sue pur limitate capacità, specie sul piano dell'inclinazioni personali e quindi delle scelte esistenziali.

È ampiamente dimostrata l'efficacia delle terapie di inserimento in ambienti non protetti dei diversamente abili, a discapito delle precedenti politiche di allontanamento e di emarginazione[9].

La "menomazione psicofisica" non può più essere considerata quale causa di una irrimediabile incapacità a partecipare alle attività e ai rapporti giuridici con il resto della collettività, o, in tempi ormai passati, "quale causa di rallentamento della crescita sociale degli individui sani che, nel prestare la dovuta assistenza agli inetti, avrebbero pregiudicato il proprio naturale sviluppo evolutivo"[10].

L'affermazione dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 cost.), l'obbligo di rimuovere gli ostacoli economici e sociali che, limitando la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno e libero sviluppo della persona e l'esigenza di rivalutare il principio di libertà (art. 13 cost.), porta a consolidare e a diffondere una concezione diversa e più al passo con i tempi dell'istituto della capacità d'agire[11], espressivo

9 Turco, A.: *L'amministrazione di sostegno. Novella e sistema*, Napoli, 2010, p. 12; Pazé, P.: "La scelta dell'amministratore di sostegno", in Aa. Vv.: *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione* (a cura di G. Ferrando e L. Lenti), Torino, 2006, p. 125 ss.; Visintini, G.: "Incapacità di intendere o di volere: dai dogmi della tradizione alle nuove regole", in Aa. Vv.: *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli* (a cura di G. Ferrando), Milano, 2005, p. 11 ss.; Vocaturo, S.: "L'amministrazione di sostegno: verso la promozione dei diritti fondamentali dell'uomo", *Riv. not.*, 2005, p. 1156. Sull'importanza dello studio delle neuroscienze per migliorare la comprensione dei comportamenti umani si v. Perlingieri, C.: "Amministrazione di sostegno e neuroscienze", *Corti sal.*, 2013, p. 447 ss.

10 Così Turco, A.: *L'amministrazione di sostegno. Novella e sistema*, cit., p. 13, il quale riporta le politiche di isolamento che, durante la Seconda guerra mondiale, erano supportate negli ambienti nazisti tedeschi.

11 Per un'ampia disamina dell'istituto si v. Rescigno, P.: "Capacità", *Dig. it.*, Torino, 1988, p. 209; Falzea, A.: "Capacità", *Enc. giur.* Treccani, VI, Milano, 1960, p. 8.

non solo della idoneità a porre in essere atti giuridici ma di un vero e proprio diritto inviolabile della persona all'autodeterminarsi nel mondo giuridico[12].

Dopo la nascita, ossia l'acquisto della capacità giuridica, ogni persona sente naturalmente l'esigenza di esercitare situazioni giuridiche di cui è titolare mediante il compimento di molteplici attività.

Il principio di autodeterminazione, quindi, non è un concetto etereo o sfumato ma appartiene alla natura più intima dell'essere umano, e come tale, deve essere giuridicamente protetto.

All'esigenze di autodeterminazione si affianca quella di protezione in tutte quelle ipotesi in cui il soggetto appaia incapace di esprimere una propria volontà senza una ponderazione delle conseguenze da essa prodotte. In altri termini, vi è l'esigenza, avvertita dall'ordinamento, di evitare alla persona condotte autolesionistiche, conseguenti al compimento di atti giuridici senza la giusta cognizione di causa.

L'esporsi quotidianamente ad azioni che potrebbero essere pregiudizievoli a coloro che non riescono a difendersi personalmente, perché non godono di una maturità psicofisica tale da permettere l'autoregolamentazione della propria sfera giuridica in modo accorto, ponderato e responsabile, potrebbe nuocere ai medesimi e danneggiare, indirettamente, l'intera collettività[13].

Tuttavia, nonostante l'emergere dei princìpi di autodeterminazione e protezione, tra loro contrapposti, le misure codicistiche non sono più conformi a criteri di ragionevolezza e di adeguatezza[14].

12 Turco, A.: *o.c.*, p. 14; Bonilini, G.: *Art. 404*, in Aa. Vv.: *Dell'amministrazione di sostegno*, Comm. c.c. Schlesinger (diretto da F.D. Busnelli) p. 28 ss.; Calò, E.: "Autonomia e autodeterminazione del beneficiario", in Aa. Vv.: *L'amministrazione di sostegno. Quaderni di Familia* (a cura di S. Patti), Milano, 2005, p. 49 ss. Cfr. anche con Cass., 11 settembre 2015, n. 17962, *Ced. Cass*., 2015; Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707, Fam. dir., 2013, p. 577, con nota di Betti, M.: "Il consenso agli atti sanitari nell'amministrazione di sostegno: le decisioni del giudice tutelare"; Cass., 26 ottobre 2011, n. 22332, *Ced. Cass*., 2011; Cass., 22 aprile 2009, n. 9628, *Ced. Cass*., 2009; Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, *Giur. it.*, 2009, p. 134, con nota di Fabbricatore, A.: "Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: insoddisfacente l'individuazione degli ambiti applicativi"; *Nuova giur. civ.*, 2007, p. 10275, con nota di Roma, U.: "La Cassazione alla ricerca del discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione"; Cass., 29 novembre 2006, n. 25366, in *Mass. red*., 2006; Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, *Fam, Pers, Succ*., 2006, p. 136, con nota di Patti, S.: "Amministrazione di sostegno: la sentenza della Corte costituzionale".

13 Lucarelli, F.: *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 7 ss.; Cicala, R.: "Produttività, solidarietà e autonomia privata", *Riv. dir. civ.,* 1972, p. 87 ss.

14 Sulla ragionevolezza e adeguatezza si v.: Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, Napoli, 2015, p. 4 ss.; Id.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, p. 12 ss.; Perlingieri, P.: "«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss.; Robles, M.: "Condizione e «adeguatezza» del diritto", *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 94 ss.; Piraino, F.: "Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made", *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 1045 ss.

La filosofia costituzionale attribuisce all'appartenenza al genere umano l'esclusivo requisito richiesto per l'attribuzione della qualifica di soggetto di diritto. Ogni uomo in quanto tale è titolare di situazioni esistenziali contenute all'interno dello "status personae", delle quali alcune, come il diritto alla vita, alla salute, al nome e alla stessa manifestazione del pensiero, prescindono dalle capacità intellettive[15]. Tali considerazioni sembrano trovare riscontro nell'introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno con la legge n. 6 del 2004 che, almeno in un primo momento, permette di spostare l'angolo visuale dalla tutela del patrimonio a quella della persona[16].

Alla rigida alternativa tra capacità e incapacità, tra atti realizzabili e irrealizzabili, giunge un istituto flessibile, dove il bilanciamento tra protezione e autodeterminazione trova la sua massima garanzia nel decreto del Giudice tutelare plasmato alle esigenze concrete del beneficiario, con la minore limitazione possibile della capacità di quest'ultimo[17].

15 Perlingieri, P.: "Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente». A proposito dell'andicappato psichico permanente", cit., p. 51, precisa inoltre che l'uomo in quanto cittadino è titolare di situazioni rappresentate dallo *status civitatis*, come il diritto all'educazione, il dovere di contribuzione, il diritto-dovere all'elettorato. Lo stato patologico della persona, seppure permanente, non in forma assoluta e totale, ma graduata o parziale, "non si può tradurre in una forma giuridica di incapacità legale tendente in linea di principio alla protezione della persona ma in realtà alla determinazione di tutta una serie stereotipata di limitazioni, divieti ed esclusioni, che nel caso concreto, tenuto conto del grado e della qualità del *deficit* psichico, non si giustificano e finiscono con il rappresentare camicie di forza del tutto sproporzionate e per di più contrastanti con la realizzazione del pieno e libero sviluppo della persona"; Lisella, G.P.: *Interdizione "giudiziale" e tutela della persona, Gli effetti dell'incapacità legale*, cit., p. 80 ss.; Lisella, G.: "Interdizione per infermità di mente e situazioni giuridiche esistenziali", cit., p. 739 ss.

16 Prisco, I.: *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 13, la quale precisa che tale disciplina giunge anche grazie alle spinte sovranazionali sensibili a garantire una più ampia partecipazione del soggetto affetto da deficit psichici alle attività della collettività, in modo da garantire la "massima salvaguardia possibile dell'autodeterminazione del soggetto con difficoltà". Si v., al tal riguardo, *Declaration on Rights of Mentally Retarded Persons* e la *Declaration on the rights of Disabled Persons* adottate dall'Assemblea delle Nazioni Unite rispettivamente il 20 dicembre 1971 e 9 dicembre 1975. Cfr. Carbone, E.: "Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità di agire", *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 537 ss.

17 Parente, F.: "Amministrazione di sostegno e regole di governo dei fenomeni successori e donativi", *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 708 ss.; Turco, A.: *L'amministrazione di sostegno. Novella e sistema*, cit., p. 21 ss., evidenzia l'importanza del percorso storico che ha portato all'introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno per dimostrare la progressiva sensibilità al problema della comunità. Con la legge del 3 febbraio 1975, n. 18 fu introdotta la disciplina a tutela dei ciechi, la quale si prefisse alcune finalità che furono poi trasposte nell'amministrazione di sostegno. Si tratta di una normativa finalizzata alla completa emancipazione dei soggetti affetti da cecità in modo tale da garantire loro la pinea partecipazione al mondo delle relazioni giuridiche. Dall'art. 1 della legge citata discende che la cecità, di per sé, non può essere qualificata alla stregua di altre menomazioni psico fisiche incapacitanti, non potendo divenire da sola presupposto per sollecitare un provvedimento interdetto o inabilitativi. Successivamente seguì la legge n. 180 del 1978 sugli accertamenti e trattamenti sanitari volontari obbligatori, c.d. Legge Basaglia. Anche questa legge, nonostante non abbia apportato grandi cambiamenti agli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione e la loro concreta applicazione, sembra avere il merito di avere introdotto una disciplina che favorisca l'integrazione sociale delle persone incapaci, piuttosto che una loro emarginazione. Attraverso l'abrogazione dell'art. 420 c.c. sull'internamento definitivi in manicomio, il quale ricollegava automaticamente il ricorso ad interventi terapeutici e di recupero sociale del disabile ad un automatico giudizio di incapacità all'esercizio dei propri diritti, si permetteva un reinserimento dei malati di mente nel loro ambiente, nella trama delle relazioni sociali e giuridiche con gli altri, impedendo che dalla loro condizione di menomazione dovesse necessariamente scaturire uno stato di incapacità. Infine, nel mezzo di questo di questo percorso storico, qualche cenno merita il tentativo da parte del Consiglio Nazionale del Notariato di proporre nella Commissione parlamentare che lavorò alla c.d. Bozza Cendon, l'abrogazione degli istituti dell'interdizione e della inabilitazione e l'introduzione di un unico modello protettivo, nonché l'introduzione della procura in previsione dell'eventuale futura incapacità. Cfr., Visintini, G.: "Incapacità di intendere o di volere: dai dogmi della tradizione alle nuove regole", cit., p. 11 ss.; Ferrando, G.:

Eppure, nonostante il deciso cambio di rotta nella tutela del disabile che l'istituto ha contribuito ad ottenere, il medesimo non è esente da critiche e sembra, in concreto, non avere soddisfatto a pieno i princìpi contenuti negli artt. 2 e 3 cost. tanto da meritare un ripensamento.

II. LA CONVENZIONE E IL NUOVO MODO DI INTENDERE LA DISABILITÀ.

Il 3 marzo 2009, l'Italia ratifica la Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con disabilità (in avanti Convenzione) e il 23 dicembre 2010 la medesima viene ratificata dalla Unione europea[18].

Secondo autorevole dottrina[19], proprio il recepimento di questa Convenzione internazionale dimostrerebbe l'inadeguatezza dell'istituto dell'amministrazione di sostegno.

Nonostante sia trascorso oltre un decennio dalla ratifica l'impianto complessivo del diritto civile italiano rimane difforme rispetto ai princìpi espressi in quella Carta[20].

La Convenzione lancia una vera e propria riforma culturale, invita a ripensare integralmente la disciplina di protezione delle persone con disabilità e ne allarga il discorso inglobando sia la capacità del minore di età, attribuendo rilevanza alla sua

"L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli", cit., p. 2. Sulla c.d. Bozza Cendon si v. Cendon, P.: "Infermi di mente e altri «disabili» in una proposta del codice civile", *Pol. dir.*, 1987, p. 117 ss. Per la giurisprudenza si v. Cass., 27 settembre 2017, n. 22602, *Ced. Cass.*, 2017; Cass., 29 febbraio 2008, n. 5513, *Ced. Cass.*, 2008; Cass., 6 giugno 2006, n. 13259, *Ced. Cass.*, 2006.

18 La Convenzione sui diritti delle persone con disabilità è stata firmata a New York il 13 dicembre 2006.

19 Barba, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", *Rass. dir. civ.,* 2021, p. 419. Tesi confermata anche da Cass., 26 gennaio 2022, n. 3462, *Ced. Cass.*, 2022, p. 15, la quale, tra le altre importanti statuizioni, in tema di interdizione ritiene che "un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 296 e 311, comma 1, c.c., consente al soggetto maggiorenne, che si trovi in stato di interdizione giudiziale, di manifestare il proprio consenso all'adozione per il tramite del suo rappresentante legale, trattandosi di atto personalissimo che non gli è espressamente vietato. Questo convincimento trae ulteriore linfa dalla norma che è stata definita il "cuore pulsante" della citata Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle Persone con disabilità".

20 Barba, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", cit., pp. 420 - 421 ritiene che la mancata svolta culturale che la Convenzione avrebbe permesso è dovuta al fatto che l'introduzione dell'amministrazione di sostegno sarebbe lo strumento duttile e flessibile in grado di dare adempimento agli obblighi contenuti nella Carta internazionale, tanto che la stessa giurisprudenza abbia fatto riferimento alla medesima solo molto limitatamente e solo per rafforzare soluzioni diversamente argomentate. L'a., infatti, precisa che tale inadeguatezza sia confermata già dalla lettura del primo rapporto alternativo del forum con disabilità del gennaio 2016, nel quale, si chiede, con convinzione, l'abrogazione degli istituti dell'interdizione e della inabilitazione e un ripensamento della disciplina sull'amministrazione di sostegno. Sulla giurisprudenza, si v. le seguenti pronunce: Corte. Cost., 23 ottobre 2019, n. 221, *Nuova giur. civ.*, 2020, p. 548, con nota di Barone, I.: "Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la consulta il divieto è legittimo"; Corte cost., 24 luglio 2019, n. 202, cortecostituzionale.it; Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, cortecostizionale.it; Cass., 3 aprile 2020, n. 7668, *Fam. dir.*, 2020, p. 537, con nota di Scalera, A.: "Doppia maternità nell'atto di nascita: la Cassazione fa un passo indietro"; e *ivi* Calvigioni, R.: "L'ufficiale di stato civile non può registrare la nascita da genitori same sex: dai giudici di merito fino alla Cassazione"; Cass. 25 ottobre 2012, n. 18320, *Mass. red.,* 2012.

autonomia progressiva[21], sia le persone c.dd. vulnerabili, nella consapevolezza che la vulnerabilità non deve necessariamente essere fatta coincidere con la vecchiaia[22].

La Convenzione mira a fondare un modello di protezione della persona basato sui diritti umani e sulla dignità della persona, e impone un concetto più ampio di disabilità maggiormente esteso che inglobi l'infermità di mente. Del resto, l'art. 1 della Convenzione chiarisce che la disciplina contenuta al suo interno non riguarda soltanto le persone inferme di mente, ma tutte quelle che presentano minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine "che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di uguaglianza con gli altri"[23].

Secondo tale dottrina, la Convenzione ha avviato un processo di rinnovamento che supera la logica della protezione tipicamente patrimoniale della persona, a favore di un modello sociale fondato sui diritti umani, in cui scompaia ogni riferimento alla incapacità per dare spazio alla disabilità, intesa non soltanto da un punto di vista medico, ma "come condizione complessiva della persona, che non può limitare né deve incidere sulla sua capacità di agire"[24].

La rigidità degli istituti dell'interdizione, dell'inabilitazione e, sotto certi aspetti anche dell'amministrazione di sostegno, si sostanziano nella pratica in divieti funzionalizzati alla protezione della persona, senza contare che proprio l'eccessiva protezione potrebbe condurre a una "terribile tirannia"[25].

Occorre tenere in considerazione, per quanto possibile, le scelte di vita che il disabile è in concreto capace di esprimere o verso le quali manifesta propensione. Azzerare la sua capacità di agire, traducendosi in una sorta di "morte civile", non permette di dare rilevanza a quelle possibili facoltà intellettive e affettive che, in

21 Conformemente alla Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (Convention on the Rights of the Child) approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia legge, il 27 maggio 1991, n. 176.

22 Barba, V.: *o.c.*, p. 422. Sul punto sembra essere all'avanguardia la dottrina spagnola negli aa.: García Rubio, M.P.: "Algunas propuestas de reforma del Codigo Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Rev. der. civ.*, 2018, p. 174: Pérez Gallardo, L.: "Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad", in Id., *El derecho de sucesiones que viene*, Santiago, 2020, p. 119 ss.; Vaquer Aloy, A.: "El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria", *An. der. civ.*, 2020, p. 1067 ss.

23 Art. 1 Conv. pers. disab. "1. Scopo della presente Convenzione è promuovere, proteggere e garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità, e promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità.
2. Per persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri".

24 Barba, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", cit., p. 424.

25 Perlingieri, P.: "Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente». A proposito dell'andicappato psichico permanente": cit., p. 52.

maniera diversa, in base alla gravità della disabilità, permettono di contribuire a realizzare lo sviluppo della personalità dell'uomo.

Va bene proteggere la consistenza patrimoniale, ma sono soprattutto le situazioni esistenziali che caratterizzano la vita del disabile, la sua personalità, che devono essere protette e di cui il patrimonio ne è solo in funzione[26].

Utilizzare gli strumenti di protezione della persona solo per tutelare il patrimonio, significa proteggere non il suo titolare ma solo i suoi beni, con l'estrema triste possibile conseguenza che, nel caso in cui una persona, affetta da grave disabilità, non possegga beni non abbia il diritto ad essere protetto[27].

Occorre quindi cambiare prospettiva e riconsiderare gli istituti di protezione della persona da una funzione restrittiva rigida a una protettiva flessibile.

Per ottenere questo, bisogna innanzitutto cercare di capire che cosa debba intendersi per disabilità oggi e se davvero va preferita al concetto di infermità di mente.

Dal tenore letterale dell'art. 1 Conv. si può ricavare, da un lato, che il punto di partenza, nella protezione, non è la disabilità in sé, in forza della quale individuare strumenti di protezione idonei, quanto il pieno riconoscimento della dignità delle persone e del patrimonio di diritti uguali e inalienabili a loro attribuiti[28].

Dall'altro lato, la lettera e*)* del *Preambolo* della Convenzione riconosce che la disabilità è un concetto "in evoluzione" e che è "il risultato dell'interazione tra persone con minorazioni e barriere attitudinali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri", riformulando il concetto di disabilità "in chiave relazionale", quindi fuori dall'infermità di mente[29].

In questa prospettiva, la disabilità più che derivare da uno stato "naturale" o patologico della persona, deriva, invece, dall' "incapacità" delle istituzioni sociali di

26 Perlingieri, P.: *o.c.*, p. 52.

27 Secondo Bonamini, T.: "Sui criteri di scelta fra interdizione giudiziale e amministrazione di sostegno", *Fam. dir.*, p. 1171, ritiene che il criterio patrimoniale sia una valida guida per decidere quale strumento di protezione potere usare. In altri termini l'a. precisa che il criterio riferito alla consistenza, e alla complessità, del patrimonio di cui sia titolare la persona destinataria della misura di protezione, affetta da grave e abituale infermità di mente, tale da renderla incapace di gestirlo, non sarebbe sufficiente l'amministrazione di sostegno ma occorrerebbe utilizzare lo strumento dell'interdizione, al caso concreto maggiormente più adeguato, giustificando l'attività sostitutiva del tutore.

28 Riccardi, A.: "La «ridefinizione» del concetto di persona disabile nell'ordinamento sovranazionale", *Quaderni Dip. Jonico*, 2019, p. 298; Loy, G.: "La disabilità nelle fonti internazionali", in Aa. Vv.: *Disabilità e lavoro* (a cura di C. La Macchia), Roma, 2009, pp. 35-36.

29 Simonetti, L.: "La Convenzione ONU sui diritti delle persone disabili", *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2007, p. 73 ss.; Bongiorno, V.: "La tutela dei disabili tra Carta di Nizza e Convenzione delle Nazioni Unite", *Fam. dir.*, 2011, p. 310 ss.

adeguarsi alle diverse esigenze di queste persone per consentire loro una piena e completa inclusione. Del resto, è lo stesso art. 3 cost. che impone di rimuovere "gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana".

Il principio di uguaglianza e il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo all'art. 2 cost. permettono di dare copertura costituzionale a un nuovo concetto di "incapace", in cui si fa riferimento più allo sviluppo della sua personalità che alla sua patologia, ossia si fa riferimento più alla sua dignità di uomo.

Tale rimodulazione della disabilità, quale rapporto interconnesso tra persona e contesto sociale in cui vive, è basata dalle stesse classificazioni operate dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, in forza delle quali "defining disability as an interaction means that "disability" is not an attribute of the person"[30].

Se così è, allora prende vigore l'art. 12 Conv., definito "il cuore pulsante"[31] dell'intera Carta internazionale, nel quale si impone a tutti gli Stati aderenti, l'obbligo di riconoscere che le persone con disabilità godono della piena capacità in tutti gli aspetti della vita e di assumere tutte le misure per assicurare e garantire loro la piena capacità legale.

La disposizione prevede che: "1. Gli Stati Parti riaffermano che le persone con disabilità hanno il diritto al riconoscimento in ogni luogo della loro personalità giuridica. 2. Gli Stati Parti riconoscono che le persone con disabilità godono della capacità giuridica su base di uguaglianza con gli altri in tutti gli aspetti della vita. 3. Gli Stati Parti adottano misure adeguate a consentire l'accesso da parte delle persone con disabilità al *sostegno* di cui dovessero necessitare per esercitare la propria capacità giuridica. 4. Gli Stati Parti assicurano che tutte le misure relative all'esercizio della capacità giuridica forniscano adeguate ed efficaci garanzie per prevenire abusi in conformità alle norme internazionali sui diritti umani. Tali garanzie devono assicurare che le misure relative all'esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevre da ogni conflitto di interesse e da ogni influenza indebita, che siano proporzionate e adatte alle condizioni della persona, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di una autorità competente,

30 *World Report on Disability* del 2011, p. 4, in file:///C:/Users/PC-Eusepi/Downloads/9789240685215_eng.pdf [Consultato: Ottobre 2022]. Nel *Report* si evince la considerazione che la disabilità non si limita ad una malattia ma è sempre il frutto di una relazione tra la persona affetta dal problema e l'ambiente che la circonda. Il *Report*, a p. 4, sostiene che "Disability is the umbrella term for impairments, activity limitations and participation restrictions, referring to the negative aspects of the interaction between an individual (with a health condition) and that individual's contextual factors (*environmental* and *personal factors*)". Cfr. Tucci, G.: "La discriminazione contro il disabile: i rimedi giuridici", *Dir. lav. rel. ind*., 2011, p. 9; Heymann, J., Moreno G., e Stein, M.A.: *Disability and Equity at Work*, Oxord, 2011.

31 Locuzione usata da Barba, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", cit., p. 424.

indipendente ed imparziale o di un organo giudiziario. Queste garanzie devono essere proporzionate al grado in cui le suddette misure incidono sui diritti e sugli "interessi" delle persone. 5. Sulla base di quanto disposto nel presente articolo, gli Stati Parti adottano tutte le misure adeguate ed efficaci per garantire l'uguale diritto delle persone con disabilità alla proprietà o ad ereditarla, al controllo dei propri affar finanziari e ad avere pari accesso a prestiti bancari, mutui e altre forme di credito finanziario, e assicurano che le persone con disabilità non vengano arbitrariamente private della loro proprietà".

Ammesso che la semplice lettura della disposizione apra a diverse importanti questioni sull'inadeguatezza dei sistemi di protezione dei disabili, quel che ai nostri fini interessa, al netto della complessa vicenda attinente al concetto di "capacità legale", è porre in relazione ad essa la disciplina dell'amministrazione di sostegno, cercando di capire, da un lato, quale senso attribuire o quale senso abbia oggi il concetto stesso di "sostegno" e, dall'altro lato, porlo in relazione con l' "interesse" delle persone disabili, ossia quale è il migliore interesse possibile da perseguire in concreto per il benessere della persona, in modo da calibrare "quelle misure che devono assicurare il rispetto dei diritti, della volontà e delle preferenze della persona"[32].

Prima però di proseguire l'analisi in tal senso occorre ribadire che questa nuova concettualizzazione della disabilità non è il frutto di un "perbenismo contemporaneo"[33] ma è il risultato di una significativa evoluzione dell'intervento sovranazionale in materia, che è passato da una protezione assistenzialistica ad una protezione egualitaria[34].

Il vero cambio di prospettiva è avvenuto con la ridefinizione del concetto di disabilità in chiave relazionale e non assistenziale ad opera dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, la quale, già nel 2001, con la International Classification of

32 Barba, V.: *o.c.*, p. 425.

33 Locuzione usata da Barba, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", cit., p. 424.

34 Riccardi, A.: "La «ridefinizione» del concetto di persona disabile nell'ordinamento sovranazionale", cit., p. 299. L'avvio del cambio di prospettiva avviene con la *Declaration on the Rights of Disabled Persons* del 1975 che, seppure ancorata ad una protezione della disabilità in forma assistenziale, riconosceva alcuni diritti, quali l'accesso ai servizi per una loro piena inclusione sociale, sulla scorta del principio di parità di godimento dei diritti civili e politici dei disabili.
Più avanzata è stata l'*International Labour Organization* che con l'adozione della *Vocational Rehabilitation and Employment (disabled Persons) Convention n. 159* e della *Recommendation* n. 168 affrontava il tema della disabilità nel mondo del lavoro contro condotte discriminatorie, allo scopo di promuovere il reinserimento professionale e l'accesso al lavoro dei soggetti protetti.
Nel 1982 L'Assemblea Generale dell'ONU adottava il *Programma di azione mondiale relativo alle persone con disabilità* e, successivamente, nel 1993, con le *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities*, stabiliva il fondamentale principio di *equal rights* tra tutte persone, con o senza disabilità. Tale documento stabiliva che "the needs of each and every individual are of equal importance, that those needs must be made the basis for the planning of societies and that all resources must be employed in such a way as to ensure that every individual has equal opportunity for participation. Persons with disabilities are members of society and have the right to remain within their local communities. They should receive the support they need within the ordinary structures of education, health, employment and social services".

Functioning, Disability and Health (ICF)[35], configurava la disabilità come "un fatto sociale", dipendente non solo dalle limitazioni funzionali della persona ma anche dalle condizioni ambientali e sociali che la circondano[36].

Su questa definizione è stata fondata la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità che considera la persona disabile, non solamente legata alla propria patologia, ma alla sua globalità in quanto essere umano, e ad essa va calibrato qualsiasi rimedio di protezione, compresa l'amministrazione di sostegno, tenuto conto che la stessa Convenzione richiede a tutti gli Stati aderenti di mettere in campo quelle misure di protezione volte a rimuovere gli ostacoli allo sviluppo della persona umana.

III. I PRINCÌPI COSTITUZIONALI E LA RATIO DELL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO.

Prima di rivedere l'amministrazione di sostegno alla luce dei nuovi princìpi contenuti nella Convenzione in esame, occorre non dimenticare il ruolo fondamentale che ricopre la Costituzione in materia di protezione delle persone.

Il fatto che l'ordinamento vigente sia caratterizzato da una gerarchia di fonti, al vertice della quale vi è la Costituzione, non significa che le norme contenute in essa abbiano solo portata politica e programmatica, o siano solo un limite al legislatore, quanto, invece, proprio perché legge fondamentale dell'ordinamento, "assurge a giustificazione di tutto il sistema normativo"[37].

35 Tale definizione rappresenta il punto di arrivo di un lungo percorso di classificazione della disabilità. La prima classificazione è da ricondurre alla Classificazione internazionale delle menomazioni, delle disabilità e degli handicap (ICIDH) pubblicata dall'OMS nel 1980, e basata su una "catena sequenziale" articolata sulla connessione tra la malattia (intesa come perdita di una funzione psicologica, fisiologica o anatomica)" e la "disabilità che da questa deriva (intesa come limitazione della capacità di svolgere un'attività in modo normale per un essere umano c.d. normodotato)". Questa connessione si traduce in un handicap (inteso come condizione di svantaggio che limita il compimento di una funzione ritenuta normale per un individuo in relazione all'età, al sesso ed alla sua condizione socio-culturale). Nel 1997 tale classificazione è stata rivista dall'OMS, elaborandone una seconda (conosciuta come Seconda classificazione internazionale delle menomazioni, delle disabilità e degli handicap, ICIDH-2). Quest'ultima non era connesso su un modello bio-medico, come la precedente, ma su di un modello socio-politico di disabilità, "incentrato sul rapporto tra contesto sociale e bisogni e capacità del soggetto disabile e diretto all'adattamento di questo contesto funzionalmente alla possibilità di accesso e inserimento dei disabili". Cfr. con Aa.Vv.: *Le norme standard sulle pari opportunità dei disabili* (a cura di M.R. Saulle), Napoli, 1998, p. 10 ss.; Olivetti, M.: "Art. 26. Inserimento dei disabili", in Aa. Vv.: *L'Europa dei diritti. Commentario alla Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione europea* (a cura di R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto), Il Mulino, Bologna, 2001, p. 202 ss.; D'Andrea A.: "Le proposte della Commissione contro la discriminazione nell'Unione Europea", *Lav. prev. oggi*, 2000, p. 429 ss.; Bronzini G.: "L'Europa e il suo modello sociale: l'innovazione istituzionale alla prova", *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, p. 97 ss.; Helander, P.E.: *Prejudice and Dignity: An Introduction to Community-Based Rehabilitation,* New York, 1993, p. 175 ss.

36 Marra, A.D.: *"Disabilità"*, *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, agg. V, Torino, 2010, p. 556.

37 Lisella, G.: "Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali", cit., pp. 768-769; Perlingieri, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, p. 79.

Ne deriva, da un lato, che ogni norma ordinaria prima di applicarla va letta alla luce dei princìpi fondamentali dell'ordinamento e, dall'altro lato, che la norma costituzionale è di diritto sostanziale e quindi immediatamente applicabile nei rapporti giuridici[38].

Il principio di legalità costituzionale diventa principio fondamentale al quale interprete e legislatore devono sempre fare riferimento, al contrario si andrebbe a ledere il fondamento stesso dell'ordinamento.

Tale principio è la base per la realizzazione delle finalità dello Stato sociale di diritto che intende perseguire, prima fra tutti, lo sviluppo e la realizzazione della personalità umana che rimane "il valore dei valori"[39].

In questa prospettiva vanno rilette non solo le norme relative all'interdizione o inabilitazione, ormai anacronistiche, ma anche quelle relative all'amministrazione di sostegno.

Il problema non si pone tanto per le situazioni giuridiche patrimoniali, che contribuiscono direttamente o indirettamente allo sviluppo della personalità, quanto per quelle esistenziali.

Quest'ultime si caratterizzano non perché finalizzate alla loro attuazione, ma perché si identificano "con l'esistenza stessa del valore"[40].

Se si attribuisce a una persona un'astratta titolarità senza attribuirle la concreta possibilità di esercitarla, significa non solo non riconoscerle la capacità, ma anche privarla della stessa soggettività, laddove questa è da includersi tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 cost. Inoltre, se l'art. 3 cost., non ammette discriminazioni ingiustificate tra gli individui, ne consegue che l'appartenenza al genere umano diventa l'unico requisito che l'ordinamento richiede per diventare soggetto di diritto[41].

In questo senso diventa anacronistico, se non addirittura incostituzionale, ad esempio, l'art. 85 c.c. che vieta all'interdetto di contrarre matrimonio. Se si legge questa disposizione alla luce dell'art. 2 cost., ossia quale preciso impegno

38 Perlingieri, P.: "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 96 ss. e p. 109 ss.

39 Locuzione usata da Lisella, G.: "Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali", cit., p. 770.

40 Lisella, G.: *o.l.u.c.*

41 Perlingieri, P.: "Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente». A proposito dell'andicappato psichico permanente", cit., p. 51; Lisella, G.: "Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali", cit., p. 771 ritiene che nella medesima prospettiva vada letto anche l'art. 22 cost. «che deve essere interpretato nel senso che la capacità-soggettività non può essere eliminata per nessun motivo, nemmeno di natura politica"; Stanzione, P.: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, rist., 2018, p. 82 ss.

della Repubblica a garantire i diritti inviolabili dell'uomo, e se si considera quale unico criterio l'appartenenza al genere umano per godere della capacità, impedire all'infermo di mente grave la possibilità di sposarsi e realizzare una famiglia indubbiamente presenta profili di incostituzionalità.

È stato dimostrato che la famiglia e gli affetti cari della persona inferma possono notevolmente avere dei benefici sull'esistenza della medesima che si sentirà accolta e non sola.

Se non altro perché la famiglia, ai sensi dell'art. 29 cost., è la più importante formazione sociale in cui si sviluppa la personalità dell'individuo[42].

Non riconoscere a una persona di contrarre matrimonio, quindi, non significa soltanto impedirgli di crearsi un affetto, di esternare un sentimento che prova verso un'altra persona, ma negargli quegli strumenti per realizzare sé stesso liberamente.

La capacità d'agire, tradizionalmente intesa quale libertà di compiere validamente ogni atto giuridico lecito, rientra, pertanto, tra i diritti inviolabili dell'uomo al pari della capacità giuridica. È indubbio, infatti, che il diritto di compiere atti validi necessari alla propria persona e/o al proprio patrimonio sia un diritto inviolabile dell'uomo che la Repubblica si impegna a garantire e riconoscere. Nell'art. 2 cost. vi rientrano, tra l'altro, non solo i diritti espressamente previsti dai successivi articoli della Carta costituzionale, ma anche tutti quelli che sono strettamente connessi con la personalità dell'uomo, sia come singolo sia come membro di una comunità[43].

Tale circostanza è rinforzata dall'art. 3 cost., secondo cui tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge senza distinzione di "condizioni personali o sociali".

Ne deriva che ogni limitazione della capacità di agire deve avere un carattere eccezionale e adeguatamente giustificata.

In questo senso interdizione e inabilitazione presentano una forte distonia con i princípi costituzionali, tanto da indurre il legislatore ad introdurre un nuovo rimedio meno rigido e più flessibile, conosciuto come amministrazione di sostegno.

42 Bessone, M.: "Rapporti etico-sociali", *Comm. Corte cost.*, a cura di Branca, Bologna, 1976, p. 17 ss.; Cardia, C.: "L'art. 29 della Costituzione: la famiglia come società naturale e la dissolubilità del matrimonio", in Aa. Vv.: *Studi sul divorzio*, Padova, 1972, p. 249 ss.; Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 134 ss.

43 Corte cost., 10 maggio 2019, n. 114, *Fam. dir.*, 2019, p. 749 con nota di Bonilini, G.: "Il beneficiario ha, come regola, la capacità di donare"; e *Corr. giur.*, 2019, p. 885, con nota di Bugetti, M.N.: "La Corte costituzionale conferma la sussistenza della capacità di donare del beneficiario dell'amministrazione di sostegno"; e *Nuova giur. civ.*, 2019, p. 973, con nota di Venchiarutti, A.: "Il dono del beneficiario di amministrazione di sostegno". In questa sentenza si legge chiaramente che il principio personalista, contenuto innanzitutto nell'art. 2 cost., tutela la persona non solo nella sua dimensione individuale, ma anche nell'ambito dei rapporti in cui si sviluppa la sua personalità.

L'avvento di questo istituto, in una prima lettura, è sembrato adeguato a recepire le direttive poste in essere dalla Convenzione, tenuto conto che all'art. 1 della legge 9 gennaio 2004, n. 6 si prevede di tutelare con la minore limitazione possibile della capacità d'agire, "le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente".

Pur rimanendo legati a concetti stringenti, quale quello di infermità, emerge una tendenza alla salvaguardia dell'autodeterminazione della persona in difficoltà, che faccia attenzione alla sfera personale in conformità con il principio costituzionale del rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo.

Il legislatore ha dotato l'ordinamento di una misura che può essere modellata in concreto dal giudice tutelare in relazione alla personalità e alla vita del beneficiario, in funzione del massimo sviluppo delle proprie ed effettive abilità.

Tale maggiore sensibilità alla condizione delle persone con disabilità, più attenta ai loro bisogni e più rispettosa della loro autonomia e dignità, ha indotto parte della dottrina a considerare risolto il problema di conformità del sistema codicistico di protezione delle persone deboli con i princìpi enunciati nella Convenzione di New York[44].

La struttura della misura di protezione permetterebbe di adattarsi alle esigenze di vita del beneficiario e al grado di infermità o di impossibilità dello stesso ad attendere ai propri interessi.

La via maestra, di conseguenza, non può che essere quello di predisporre, ad opera del giudice, "un progetto di sostegno", da adattare di volta in volta al succedersi della vita e dal sopraggiungere di nuove necessità. Non una semplice "statuizione" sullo stato giuridico della persona (capace-incapace) ma una soluzione che può essere sempre modificata, migliorata e adattata ai cambiamenti della vita[45].

44 Cocuccio, M.: "Capacità di agire e amministrazione di sostegno", *Dir. fam. per.*, 2020, p. 304 afferma, alla nota 15, che la disciplina dell'amministrazione di sostegno si raccorda pienamente con quanto enunciato dalla Convenzione delle Nazioni Uniti sui diritti delle persone disabili e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

45 Cocuccio, M.: "Capacità di agire e amministrazione di sostegno", cit., p. 310; Id.: "L'amministrazione di sostegno come strumento prioritario di protezione e «progetto di sostegno» della persona con disabilità", *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 113. Per la giurisprudenza si v.; Cass., 4 marzo 2020, n. 6079, *Ced. Cass.*, 2020; Cass., 31 dicembre 2020, n. 29981, *Ced. Cass.,* 2020; Cass., 15 maggio 2019, n. 12998, *Ced. Cass.*, 2019 Cass., 26 luglio 2018, n. 19866, *Ced. Cass.,* 2018; Cass., 28 febbraio 2018, n. 4709, *Ced. Cass.,* 2018; Cass., 27 settembre 2017, n. 22602, cit.; Cass., 15 settembre 2015, n. 17962, *Ced. Cass.,* 2015; Cass., 26 luglio 2013, n. 18171, *Fam. dir.,* 2014, p. 1119, con nota di Bonilini, G.: "La consistenza del patrimonio quale possibile criterio per la scelta fra amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale"; Cass., 22 aprile 2009, n. 9628, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 963 con nota di Bugetti, M.N.: "L'attitudine dell'amministrazione di sostegno a realizzare l'adeguata protezione degli interessi patrimoniali del beneficiario"; e in *Giur. it.*, 2010, p. 316, con nota di Rispoli, G.: "Amministrazione di sostegno o interdizione? Una scelta difficile"; Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, cit

Nell'intenzione iniziale, l'istituto doveva avere una portata applicativa più ampia, perché secondo la Relazione al disegno di legge, bisognava assicurare la migliore tutela della "qualità di vita", della dignità, dei bisogni e degli interessi di una platea vasta di possibili beneficiari: non solo i disabili intesi come malati di mente o portatori di handicap, ma anche i disadattati, gli emarginati sociali, le vittime di malattie e menomazioni fisiche e, in generale, tutti coloro che, a causa di un qualche ostacolo, erano impediti a svolgere e sviluppare la propria personalità[46].

Nel testo definitivo non compare il richiamo alla "qualità della vita", elemento centrale se letto alla luce della art. 12 Conv., ma non può negarsi che l'amministrazione di sostegno si pone nel solco della attuazione costituzionale del disposto contenuto all'art. 3, laddove richiama la pari dignità delle persone a prescindere dalle condizioni personali e sociali[47].

Il riconoscimento e l'esercizio dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 cost., non può non ricostruirsi se non in funzione della dimensione sociale in cui in concreto si attua il principio di uguaglianza sostanziale[48].

Nell'amministrazione di sostegno troverebbe attuazione sia il principio di solidarietà che quello di sussidiarietà, poiché il primo trova attuazione proprio nel secondo nella duplice accezione di solidarietà verticale (intesa come l'obbligo alla solidarietà tra cittadini, Enti e Stato) e orizzontale (intesa come l'obbligo alla solidarietà tra cittadini all'interno della comunità sociale)[49].

46 Relazione al disegno di legge – Atti parlamentari – Senato della Repubblica n. 375 che riproduceva il testo proposto dalla Commissione Giustizia del Senato della XIII legislatura.

47 Tommasini, M.F.: "L'amministrazione di sostegno tra sussidiarietà e solidarietà. Margini per una reinterpretazione del sistema", *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 961.

48 Tommasini, M.F.: *o.c.*, pp. 964-965, rileva come solo a seguito della graduale attuazione dei princìpi costituzionali si assiste a una progressiva emersione del principio di solidarietà, inteso come "disponibilità alla condivisione". In questo senso la solidarietà "tracima" verso la sussidiarietà. Così una persona si sostituisce ad un'altra e compie, in sua vece, gli atti necessari per lo sviluppo della personalità, dignità e libertà altrui. Sembra, in questo senso, potersi riprendere la virtù cristiana della carità. Basti pensare al noto brano evangelico del buon samaritano, un soggetto che legge il bisogno altrui (Lc. 10, 25-37). Eppure, avviene una dissociazione tra la carità e la solidarietà normativa: la prima è un dovere etico, quindi cogente solo nella coscienza di una persona; il secondo è un dovere etico ma che si esternalizza attraverso la "giuridicizzazione" in una organizzazione solidaristica della società, "in modo da garantire a tutti pari dignità, e consentire la realizzazione della propria vocazione come esseri autonomi e liberi". Cfr. con Bobbio, N.: *L'età dei diritti*, Torino, 1990, p. 73; Peces Barba, M.: *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, p. 255.

49 Sul principio di sussidiarietà si v. Perlingieri, P.: "La sussidiarietà nel diritto privato", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 687 ss.; Barba, V., "Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà", *Rass., dir., civ.,* 2016, p. 345 ss.; Carapezza Figlia, G.: "I rapporti di utenza dei servizi pubblici tra autonomia negoziale e sussidiarietà orizzontale", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 440 ss.; Maisto, F.: *L'autonomia contrattuale nel prima della sussidiarietà orizzontale*, Napoli, 2016, p. 113 ss.; Id.: "Sussidiarietà: autonomie e coesione sociale", *Rass dir. civ.*, 2017, p. 1360 ss.; Zuccarino, S.: "Il fenomeno sportivo nel prisma della sussidiarietà orizzontale", *Rass. dir. econ. sport*., 2018, 2, p. 317 ss.; Paradiso, M.: "Sussidiarietà e limiti all'autoregolazione dei rapporti familiari", *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 159 ss. Infine, particolarmente interessanti in materia sono le riflessioni contenute in Aa. Vv.: *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità* (a cura di P. Perlingieri e S. Giova) Napoli, 2019, p. 95 ss.; Cendon, P.: "Persone fragili, diritti civili", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 167 ss.

Tali princìpi operano in modo complementare e sono funzionalizzati a sviluppare l'autonomia di tutte le persone, non solo disabili, ma anche di coloro che non hanno una particolare patologia che li limita e godono di una autonomia "in progress", come i minori.

A sua volta, il principio di sussidiarietà è legato a quello di uguaglianza sancito all'art. 3 cost., laddove sia presente la necessità di rimuovere gli ostacoli allo sviluppo della persona. In questi termini si affianca alla rappresentanza e al rapporto organico, intesi come mezzi messi a disposizione dall'ordinamento per legittimare una persona ad agire in vece di un'altra e in quanto tale attualizzare la sussidiarietà costituzionale e giustificare sempre e comunque una attività di sostituzione nei confronti delle persone deboli[50].

Tuttavia, una prima lettura della dell'art. 404 c.c. sembra prevedere che l'amministrazione di sostegno sia stata configurata non per legittimare una "sostituzione" nell'agire del beneficiato quanto a giustificare una "assistenza" da parte di un terzo a provvedere concretamente agli interessi del beneficiato.

L'art. 408 c.c. prevede che la scelta dell'amministratore deve avvenire con esclusivo riguardo alla "cura" e agli "interessi" della persona del beneficiario. Il successivo art. 409 c.c. precisa, inoltre, che il beneficiario "conserva la capacità d'agire per tutti gli atti" che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno.

L'amministrazione di sostegno, quindi, non sembrerebbe finalizzata a surrogare in tempo indefinito ma solo a "supportare e promuovere le capacità dei singoli"[51]. In questo senso il principio di sussidiarietà non si snatura in una mera surrogazione, in una forma di assistenza passiva e parassitaria, ma diventerebbe il volano per promuovere processi di emancipazione del beneficiato al fine di soddisfare effettivamente e adeguatamente i propri interessi[52].

Attraverso il sussidiario, ossia l'amministratore di sostegno, troverebbero piena realizzazione la cura e la protezione del sussidiato, la persona disabile, e la sua autodeterminazione.

In altri termini, la normativa sembra essere improntata su di una capacità di agire "integrata" più che "sostitutiva", tipica invece dell'interdizione e dell'inabilitazione[53].

50 Rescigno, G.U.: "Principio di sussidiarietà e diritti sociali", *Dir. pub.*, 2022, p. 10.

51 Tommasini, M.F.: "L'amministrazione di sostegno tra sussidiarietà e solidarietà. Margini per una reinterpretazione del sistema", cit., p. 970.

52 D'Andrea, A.: "Il principio di sussidiarietà tra radice personalistica e funzione conformativa del sistema normativo", *Iustitia*, 2011, pp. 259-260.

53 Cocuccio, M.: "Capacità di agire e amministrazione di sostegno", cit., p. 303.

Inoltre, anche la scelta del sostantivo "bisogno" evoca l'idea di colui che "appoggia", "aiuta" una persona senza sostituirla, per l'appunto "sostiene".

Se però si legge la disciplina dell'amministrazione di sostegno alla luce della Convenzione ONU sui diritti dei disabili, si possono notare delle criticità strutturali che, nonostante le buone intenzioni del legislatore e una sua maggiore sensibilità al problema, non rimangono nascoste.

Il problema si innesta, in primo luogo, sul senso da attribuire alla "capacità" e al "sostegno", per poi giungere, in secondo luogo, a capire se bisogna perseguire il migliore "interesse" possibile o solo il "preferibile" in modo da riuscire a soddisfare pienamente i "bisogni" e le "aspirazioni" del beneficiato.

IV. IL "SOSTEGNO" ALLA LUCE DEI PRINCÌPI DELLA CONVENZIONE. IL SUO RAPPORTO CON LA DISCIPLINA DELL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO. LA LIBERTÀ DI SCEGLIERE.

In prima battuta, occorre ricordare che il nostro ordinamento suddivide la capacità delle persone in capacità giuridica, intesa come la idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive e in capacità d'agire, intesa come l'idoneità a compiere validamente un atto giuridico[54].

Questa suddivisione non permette di individuare un chiaro collocamento nel nostro sistema della locuzione "capacità legale" usata dalla Convenzione, non solo per ragioni testuali, legate ad una traduzione troppo letterale del testo inglese *legal capacity*, quanto per ragioni sostanziali, poiché la medesima dispone che, indipendentemente dalla disabilità, le persone godono di una piena capacità legale in tutti gli aspetti della propria vita.

Secondo parte della dottrina[55], risolvere la questione considerando la capacità legale come un altro modo di definire la capacità giuridica appare troppo semplicistico. In questo senso, la Convenzione non avrebbe comportato alcuna particolare innovazione limitandosi a riconoscere diritti e libertà alle persone con disabilità già garantiti, in termini di titolarità, dal sistema di protezione fondato sul

54 Falzea, A.: "Capacità", cit., p. 10 ss., precisa che la capacità giuridica designa "la posizione generale del soggetto in quanto destinatario degli effetti giuridici", mentre la capacità di agire esprime la possibilità che l'ordinamento riconosce ad un soggetto di "rilevare nel mondo giuridico" e fare valere in esso i propri interessi; Barba, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", cit., p. 427, inserisce anche la c.d. capacità naturale ai fini dell'imputabilità di un fatto illecito e per gli atti giuridici in senso stretto. Tuttavia, l'a. precisa che il concetto di capacità naturale è strettamente correlato alla capacità d'agire, "dacché si discorre, pur sempre, di una capacità richiesta dall'ordinamento per il compimento degli atti giuridici".

55 Barba, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", cit., p. 427.

binomio capacità-incapacità. Se, invece, come è stato sostenuto[56], si considera la Convenzione nel suo complesso e in correlazione con l'obbligo in capo agli Stati aderenti di adottare tutte le misure che possano garantire il pieno sostegno alle persone con disabilità nel prendere le decisioni, è possibile fare confluire nella "capacità legale" non solo la capacità giuridica ma anche quella d'agire.

Diversamente sembrerebbe snaturarsi l'essenza stessa della Convenzione che propone un modello fondato sui diritti umani e compie il passaggio dalla assunzione delle decisioni in "sostituzione" della persona con disabilità a quello fondato nel "sostegno" a favore della persona con disabilità, in modo che possa assumere le proprie decisioni autonomamente[57].

Ne consegue che i princípi espressi dalla Convenzione non permettono alcuna limitazione alla capacità di agire della persona solo perché affetta da disabilità cognitiva o psicosociale che possa compromettere la sua attitudine al decidere.

Se questa è la *ratio* della Convenzione risulta chiaro che non è possibile in nessun caso sostituire la volontà della persona con disabilità, ma è solo possibile accompagnarla a disegnare un progetto di vita che tenga conto davvero dei propri "bisogni" e delle proprie "aspirazioni" nella soddisfazione dei propri interessi[58].

56 La tesi è di Barba, V.: *o.c.*, p. 428.

57 Barba, V.: *o.l.u.c.*, sostiene che questa è "l'interpretazione corretta" se non altro perché tale prospettiva risulta chiara nell'Osservazione Generale n. 1, predisposta dal Comitato dei diritti delle persone con disabilità nel 2014.
In questo documento è chiarito che l'espressione "capacità legale" comprende sia quella giuridica che quella d'agire, precisando, inoltre, che quest'ultima deve essere distinta dalla capacità mentale e che proprio in base all'art. 12 Conv. "lo squilibrio mentale o l'infermità di mente non possono essere una ragione sufficiente per negare o limitare la capacità di agire". Del resto, le parole dell'allora Ministro del Lavoro, nella presentazione della Convenzione, attribuiscono grande rilevanza alla Convenzione sui diritti della persona disabile, rilevanza che non può esaurirsi nella mera riapplicazione degli istituti giuridici a protezione di queste persone pensati in un contesto economico, politico e sociale molto diverso rispetto a quello contemporaneo. Nella presentazione si legge "La persona al centro, lo sviluppo integrale di ciascuna persona: è questa la nostra stella polare per riconoscere e promuovere il valore infinito della persona per il solo fatto che esista, così come è. Per questo mi preme innanzitutto richiamare l'art. 10 della Convenzione che afferma il diritto alla vita delle persone disabili: "Gli Stati Parti riaffermano che il diritto alla vita è connaturato alla persona umana ed adottano tutte le misure necessarie a garantire l'effettivo godimento di tale diritto da parte delle persone con disabilità (…)". Tale diritto deve essere difeso in ogni istante della vita, dal concepimento alla morte naturale, proprio perché la disabilità è un'esperienza umana in molti casi ancora misteriosa, che siamo chiamati a rispettare e a conoscere. Il concetto di disabilità non indica più un assoluto della persona come in passato ma riguarda il rapporto tra la persona e il suo ambiente di riferimento. In tal senso, negli ultimi anni, soprattutto con l'avvento di nuove tecnologie, sono state abbattute numerose barriere riducendo il grado di disabilità, qualunque fosse il suo genere". È possibile trovare il testo integrale al seguente link: https://www.esteri.it/mae/resource/doc/2016/07/c_01_convenzione_onu_ita.pdf, [consultato: Ottobre 2022].

58 Questa consapevolezza è tendenzialmente sostenuta dalla dottrina personalista per gli istituti dell'interdizione e della inabilitazione, tanto da sollecitare da più parti e fin dagli anni 70 la loro abrogazione. A tal riguardo si v. Perlingieri, P.: "Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente». A proposito dell'andicappato psichico permanente", cit., p. 51 ss.; Lisella, G.: "Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali", cit., p. 770 ss., ritiene necessario un forte ridimensionamento dei due istituti di protezione alla luce dei principi costituzionali; Porcelli, M.: "Interdizione e inabilitazione: verso l'abrogazione", *Riv. giur. mol. sann.*, 2016, p. 114 ss., precisa che "forse i tempi sono oramai maturi per affermare che non esiste alcuna seria ragione che giustifichi, in effetti, l'ulteriore conservazione nel codice civile dei due vecchi modelli, per così dire, incapacitanti"; Cocuccio, M.: "Capacità di agire e amministrazione di sostegno", cit., p. 304, ritiene che, nonostante il generale favore verso l'introduzione

Movendo dal secondo problema, ossia quale sia la relazione che leghi il "sostegno" contenuto in Convezione da quello contenuto della disciplina dell'amministrazione di sostegno, va precisato che l'attenzione verso la concreta situazione di vita del beneficiario trova la sua massima espressione nell'oggetto della disciplina che deve essere contenuto nel decreto di nomina dell'amministratore. Il giudice tutelare deve procedere all'esatta individuazione dei comportamenti giuridicamente rilevanti rispetto ai quali il beneficiario è limitato nella capacità di agire, precisando che se il beneficiario conservi un sufficiente grado di autonomia, le decisioni assunte dall'autorità giudiziaria o dall'amministratore di sostegno integrino violazione del consenso del beneficiario e quindi violazione degli artt. 2 e 3 cost[59].

Il giudice nel decreto di nomina dell'amministratore deve avere riguardo alle esigenze e interessi del beneficiario a tutto tondo sia della c.d. "cura personae" sia della c.d. "cura patrimonii".

Per "cura personae" si intende l'insieme di compiti che attengono alla sfera personale del beneficiario, quindi sia la mera attività materiale del prendersi cura sia l'attività giuridica relativa all'esercizio dei diritti della persona e in particolar modo all'esercizio del diritto alla salute (art. 32 cost.), mentre per "cura patrimonii" si intendono tutte quelle attività giuridiche volte al mantenimento, custodia e miglioramento del patrimonio del beneficiario, al fine di garantirgli una qualità della vita più alta possibile e pertanto renderla dignitosa.

Se questi solo gli elementi che attribuiscono contenuto e danno significato al "sostegno" indicato dalla legge, e se indubbiamente sono una buona base da cui partire in termini di massima realizzazione del valore della dignità della persona disabile, tuttavia risultano ancora incompleti.

I numeri 3 e 4 del comma 5 dell'art. 405 c.c. hanno lasciato sempre aperta la possibilità di giungere ad un amministratore che non "sostenga", in concreto, il beneficiario nelle proprie scelte ma si sostituisca a esso.

dell'amministrazione di sostegno, non sono mancate critiche in relazione alla scelta del legislatore "di conservare gli istituti della interdizione e dell'inabilitazione"; M.N. Bugetti: "Le incerte frontiere tra amministrazione di sostegno e interdizione", *Fam. dir.*, 2006, p. 57. Sulla questione si è espressa anche la giurisprudenza costituzionale: Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 136 con nota di Patti, S.: "Amministrazione di sostegno: la sentenza della Corte costituzionale"; *Fam. dir.*, 2006, p. 124, con nota di Tommaseo, F.: "L'amministrazione di sostegno al vaglio della Corte costituzionale"; Salito, G. e Matera, P.: "Amministrazione di sostegno tra sein und sollen", *Giur. mer.*, 2005, p. 1086; Calò, E.: "Il "discrimen" fra amministrazione di sostegno e interdizione", *Notariato*, 2004, p. 527.

59 Sacco, R.: "Il consenso del beneficiario dell'amministrazione di sostegno e il conflitto tra dignità e libertà", *Giust. civ.*, 2007, p. 2277. Corte cost., 19 gennaio 2007, n. 4, *Fam. dir.,* 2007, p. 874, con nota di Figone, A.: "Amministrazione di sostegno e dissenso del beneficiario", ha ritenuto che la tutela del beneficiario, la piena e completa garanzia del valore tutelato impone la ricostruzione di una complessa situazione articolata su piani e livelli distinti. Dalla combinazione di tali livelli, lasciati in parte al beneficiario e in parte al giudice tutelare può derivare la garanzia piena dei valori fondamentali e il rispetto della dignità della persona del beneficiario nell'evolversi della sua vita.

Soluzione che viene confermata anche dall'art. 411, comma 4, c.c. che prevede che il giudice può disporre l'estensione al beneficiario di determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti dall'interdizione e dall'inabilitazione.

Tale disposizione sembra riportare indietro l'istituto in esame e a considerarlo sì più duttile e flessibile ma tutto sommato solo un mero "addolcimento" di quanto previsto dalle discipline dell'interdizione e dell'inabilitazione.

In effetti tale disposizione si è spesso tramutata in un facile espediente per giustificare privazione e limitazione della capacità della persona, in ragione della sua disabilità[60].

Il principio personalista affermato dagli artt. 2 e 3 cost. impone, nel rimuovere gli ostacoli personali e sociali per il pieno e libero sviluppo della persona, che ogni limitazione della capacità di agire deve avere un carattere eccezionale, deve essere adeguatamente giustificata e deve essere ammessa solo quando, nonostante tutti gli sforzi, non sia stato possibile determinare la volontà, i desideri e le preferenze della persona[61].

Il "sostegno" contenuto in Convenzione va inteso in senso ampio, tanto da includervi tutti i comportamenti che possono riguardare la vita del disabile, dal mero accompagnamento per amicizia, al consiglio, al parere fino alla assunzione di decisione, che può, quindi, riguardare sia la sfera patrimoniale, sia anche la sola sfera personale, senza per questo diminuirne di importanza[62].

Ne deriva che non si può avere un concetto di sostegno unico e uguale per tutte le persone con disabilità, ma diventa importante rilevare le necessità concrete delle persone disabili che, nell'evolversi della vita, possono cambiare anche rapidamente.

Inteso in questi termini, il "sostegno" rimane sì una misura flessibile, come previsto dalla nostra disciplina sull'amministrazione di sostegno, ma non limitato solo a misura giudiziaria, perché al suo interno e, avuto riguardo alle individualità di ciascuno, è ben possibile farvi rientrare anche i casi di sostegno volontario o situazioni di fatto che aiutino in concreto il disabile a realizzare i propri interessi

60 Barba, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", cit., p. 444. In giurisprudenza si v. Si v., solo a titolo di esempio, la seguente giurisprudenza: Cass., Sez. un., 30 luglio 2021, n. 21985, *Mass. red.*, 2021; Cass., 5 marzo 2021, n. 6197, *Ced. Cass.*, 2021; Cass., 4 marzo 2020, n. 6079, *Ced. Cass.*, 2020; Cass., 27 febbraio 2020, n. 5380, *Ced. Cass.*, 2020; Cass., 21 dicembre 2020, n. 29981, *Notariato*, 2021, p. 197; Cass., 6 marzo 2019, n. 6518, *Ced. Cass.*, 2019; Cass., 21 maggio 2018, n. 12460, *Leggi d'Italia Professionale*; Cass., 2 agosto 2012, n. 13917, *Fam. dir.*, 2012, p. 993, con nota di Vignudelli, L.: "Amministrazione di sostegno e incapacità fra autonomia e nesso imprescindibile".

61 Cocuccio, M.: "Capacità di agire e amministrazione di sostegno", cit., p. 299.

62 Definizione ottenuta dai chiarimenti offerti dal Comitato dei diritti delle persone con disabilità nella Osservazione generale n. 1.

(ad esempio un amico particolare, una fidanzata, un familiare al quale il disabile è particolarmente affezionato)[63].

Si tratta quindi di un procedimento di scelta della persona che deve assumere la cura e la protezione in cui viene esaltata la decisionalità del disabile, anche se minima o residuale e non la capacità dell'autorità giudiziaria di sapere individuare i concreti bisogni del disabile, operazione davvero difficile, se non impossibile, per quanto "illuminato" possa essere il giudice.

Rinforzare il potere di scelta diventa la "chiave di volta" della misura di protezione, in forza del quale attribuire al disabile la possibilità di dare disposizione sulla cura della propria persona, sull'amministrazione e disposizione dei propri beni, sul compenso della persona incaricata e via dicendo.

In questa ottica va abbandonato il rinvio alle disposizioni interdittive o inabilitative di cui all'art. 411 c.c.

In effetti tale disposizione appare in contraddizione con la ragione stessa della disciplina che tiene conto dei bisogni e aspirazioni della persona, poiché l'art. 404 c.c. espressamente prevede che tale persona non può essere sostituita ma solo "assistita". Infatti, la disposizione di apertura dell'amministrazione di sostegno non discorre mai di sostituzione ma sempre di assistenza, implicando inevitabilmente che il sostegno è assistere l'altro senza sostituirsi, anche in ipotesi di patologie gravi che lasciano poco spazio alla lucidità psichica. Il poco è meglio di niente e se la persona merita tutela in quanto appartenente solo al genere umano e non in quanto avente facoltà di giudizio, anche una residua capacità di discernimento deve essere tenuta in considerazione, senza che il modo di comunicazione possa essere di ostacolo, anche nell'ipotesi in cui la comunicazione avvenga con strumenti non convenzionali.

63 Barba, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", cit., p. 431, sottolinea l'importanza non solo del sostegno su base volontaria ma anche e, soprattutto, quello di fatto. L'a. cita in merito le interessanti riflessioni di García Rubio, M.P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Rev. der. civ.*, 2018, p. 35, "es indudable que con este tipo de medidas se ahorran costes al sistema, al evitar que se ponga en marcha el mecanismo institucional necesario para el nombramiento de un curador, pero, sobre todo, se protege al maximo la libre determinacion de los ciudadanos adultos, lo cual, como vengo diciendo, es uno de los postulados basicos de la nueva comprension de la discapacidad. Con los poderes preventivos y otras directivas anticipadas reconocidos en el Anteproyecto de Ley, se cumplen ademas los dictados de la Recomendacion CM/Rec (2009)11, de 9 de diciembre de 2009, del Comite de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios relativos a las autorizaciones permanentes y las directivas anticipadas relacionadas con la incapacidad. Este documento europeo expresamente recomienda a los gobiernos de los Estados miembros que promueva la autonomia de la voluntad de los adultos a traves de instrumentos otorgados en prevision de una eventual futura incapacidad, enfatizando ademas la exigencia de que tales instrumentos tengan prioridad sobre cualesquiera otras medidas de proteccion. Todo ello es perfectamente concorde con las exigencias de la CDPD y, en particular, con lo establecido en su importante articulo 12, precepto central de la misma y principal inspirador del texto de la reforma que aqui nos ocupa".

Se così è, allora il sostegno inteso dalla Convenzione amplia l'autonomia decisionale del disabile in forza della quale sembra perdere di valenza l'art. 405, comma 5, n. 3) che implica la possibilità dell'amministrare di agire in nome e per conto della persona disabile, poiché è investito egli stesso e non il giudice della possibilità di decidere non solo della persona incaricata, ma anche tutte quelle regole sull'esercizio e sulla funzione del sostegno[64].

Se ne ricava che il necessario passaggio dal giudice tutelare per qualunque modifica all'amministrazione di sostegno diventa un appesantimento della procedura di modifica e una limitazione al pieno e libero sviluppo della persona.

Questo non significa che il giudice tutelare non mantenga un importante ruolo nella tutela di queste persone, ma che la Convenzione richiede una maggiore partecipazione del disabile nelle decisioni che riguardano il suo concreto vivere.

Così il ruolo assistenziale e non sostitutivo dell'amministratore di sostegno deve essere chiaro ai terzi, in modo che, in virtù del principio di sussidiarietà e di solidarietà orizzontale, anche costoro possano avere degli strumenti che permettono di impugnare la decisione dell'amministratore, quando si dimostri che sia concretamente contraria alla volontà e alle preferenze della persona con disabilità.

La misura di protezione non dovrà necessariamente passare solo attraverso un procedimento giudiziario, ma potranno avere rilevanza anche casi di sostegno non giudiziali ma personali, concreti ed effettivi, probabilmente più efficaci nei confronti del benessere del disabile, di quanto lo possa fare un decreto emesso da un giudice[65].

Se il "sostegno" va inteso in questi termini, poiché una lettura diversa risulterebbe in contrasto con la Convenzione la quale, essendo ratificata, gode di piena copertura costituzionale, ne deriva che l'amministrazione di sostegno è una valida base di partenza per la tutela dei disabili ma ancóra non è il porto a cui approdare.

64 Barba, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", cit., p. 432, ritiene che tal potere diventi sempre più importante nella società moderna e occidentale caratterizzata dall'aumento della durata della vita media e, di conseguenza, dall'invecchiamento della popolazione, dall'anzianità, dalla demenza senile e dalla capacità delle scienze mediche di diagnosticare preventivamente eventuali malattie neurodegenerative. In tale senso nel potere preventivo di scelta, secondo l'a. è possibile farvi rientrare anche tutte le questioni sul fine vita.

65 Barba, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", cit., p. 433, evidenzia che deve riconoscersi la rilevanza "sia ai casi di sostegno volontario o *ex ante*, ossia ai casi in cui la persona con disabilità incarichi, più o meno formalmente, altra del sostegno, indipendentemente dal rilievo che si tratti di sostegno per il compimento di un singolo affare o di sostegno con carattere generale, sia ai casi di sostegno di fatto, ossia i casi in cui il sostegno sia fondato sul mero esercizio.

Ne deriva che l'amministrazione di sostegno andrà sottoposta a dei correttivi.

Si pensi, ad esempio, alla previsione di opportuni rimedi nell'ipotesi in cui vi sia una volontà diversa e opposta da parte del disabile o quei casi in cui tale persona non sia in grado di rendersi conto della necessità dell'intervento protettivo[66].Da tali considerazioni, non si può non condividere la tesi di chi ritiene che occorre abbandonare l'idea di sostegno "sostitutivo" a favore di uno "collaborativo", in modo da dare piena attuazione a quell' "assistenza" che l'art. 404 c.c. impone.

Diviene dirompente l'idea di costruire un "progetto di sostegno", da adattare e proporzionare in modo ragionevole al succedersi dei fatti della vita[67].

Se la persona disabile deve rimanere il più possibile "padrona di sé stessa", non basta compiere un'enunciazione di principio in forza della quale legittimare il compimento di atti per soddisfare le esigenze della vita quotidiana, ma occorre rendere la rappresentanza e l'assistenza sempre più marginali ed eccezionali, giustificate solo in relazioni a particolari necessità.

In questo senso si deduce che il "sostegno" contemplato dalla Convenzione è più ampio rispetto a quello contenuto nella disciplina dell'amministrazione di sostegno perché privilegia non solo la maggiore autonomia possibile nel compimento degli atti della vita quotidiana, ma è funzionalizzato al pieno e libero sviluppo della persona, in modo da garantire e rispettare sempre la dignità della medesima e i suoi diritti fondamentali.

Cambia radicalmente anche la prospettiva dell'azione di colui che assiste la persona disabile, ossia il ruolo dell'amministratore di sostegno.

Quest'ultimo non deve solo amministrare i beni o sostenere la persona giungendo spesso a sostituirsi ad essa, ma ha un compito più complesso. La sua attività sarà quella di informare il disabile e aiutarlo sia nella comprensione sia nel ragionamento, in modo da permettergli una piena e libera consapevolezza dell'atto che sta per compiere.

Perseguire la volontà della persona "aiutata", i suoi desideri o preferenze, dovranno essere l'obiettivo dell'attività di colui che aiuta[68].

66 Si pensi, ad esempio, alle costanti complesse relazioni dell'operato dell'amministratore in base a quanto deciso dal giudice o alla discrezionalità del pubblico ministero nel decidere se presenziare o meno all'audizione del disabile. Porcelli, M., "Interdizione e inabilitazione: verso l'abrogazione?", cit., p. 117; Danovi, F.: "Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno (L. 9 gennaio 2004, n. 6)", *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 802.

67 Cocuccio, M.: "Capacità di agire e amministrazione di sostegno", cit., pp. 308-309, non più dunque schemi rigidi ma "vestiti su misura", quindi un sostegno che sia adeguato e non eccessivo o insufficiente.

68 Barba, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", cit., p. 436, precisa che tale attività avrà indubbiamente conseguenze

E anche nell'ipotesi eccezionale di sostituzione, l'amministratore, nel prendere la decisione in nome e per conto del beneficiario, dovrà sempre tenere a mente i convincimenti, i valori e le scelte passate, tutti gli elementi che avrebbe potuto considerare la persona disabile, in modo da prendere una decisione la più possibile analoga a quella che avrebbe preso la persona se non fosse stata necessaria la rappresentanza.

Questa impostazione favorisce un giro di boa nella protezione delle persone disabili, ma in generale delle persone c.dd. deboli: induce a passare "da un modello ispirato al "superiore interesse" della persona con disabilità a un sistema ispirato all' "interesse preferito" della persona con disabilità"[69].

Il sostegno è quindi direttamente connesso all'interesse della persona. La relazione tra loro comporta che non bisogna garantire al disabile la migliore decisione, quanto consentirgli di prendere "da sé" la propria decisione. Va garantita non la scelta migliore quanto la possibilità di scegliere, perché è nell'esprimere questa libertà l'intrinseca essenza del diritto[70].

Ovviamente libertà di scelta non significa scelta arbitraria poiché il limite che ne impedisce la causalità è sempre il perseguimento dell'interesse della persona disabile che deve rimanere conforme ai valori e princìpi dell'ordinamento di riferimento.

In altri termini, non occorre prendere la migliore decisione possibile, quanto quella che risulti essere la più coerente con la volontà, i desideri e le preferenze della persona disabile, anche nell'ipotesi in cui non sia la migliore.

La piena libertà di azione di una persona avviene quando le si garantisce anche il diritto a sbagliare, solo la possibilità di commettere errori permette veramente il pieno e libero sviluppo di una persona, perché l'errore costituisce l'esperienza e sviluppa la maturità dell'essere umano.

---

sugli atti notarili, in particolare il testamento, e gli atti di natura patrimoniale. Tuttavia, l'a. ritiene che davanti a tutti questi atti "una minorazione fisica non può mai considerarsi impeditiva, con la conseguenza che occorre considerare il sostegno come misura idonea a favorire la persona affinché possa esprimere le proprie decisioni, ancorché in modo non convenzionale, e che una minorazione intellettiva deve potere impedire il compimenti di questi atti non in via aprioristica, ma secondo una valutazione corretta, che abbia anche riguardo al momento in cui l'atto è compiuto". Sulla questione si v. anche Corvo López, F.M.: "La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual", *Rev. der. civ.*, 2019, p. 165 ss.

69 Barba, V.: *o.c.*, p. 437.

70 Sulla libertà di scelta di v. le interessanti riflessioni di Sessarego, C.F.: "Il «danno alla libertà fenomenica», o «danno al progetto di vita», nello scenario giuridico contemporaneo", *Resp. civ.*, trad. it. Mirko Faccioli, 2008, p 491; Id.: "Il risarcimento del danno al progetto di vita", *Resp. civ.*, trad. it. Riccardo Omodei Salè, 2009, p. 870 ss.; Sessarego, C.F.: *Il diritto come libertà. Abbozzo per una determinazione ontologica del diritto*, a cura di V. Barba, Macerata, 2022, p. 49 ss.; Barba, V.: "La teoria tridimensionale del diritto. La persona e il suo progetto di vita", Introduzione a Sessarego, C.F., *Il diritto come libertà. Abbozzo per una determinazione ontologica del diritto*, Macerata, 2022, p. 7 ss.; Perlingieri, P.: "La personalità umana nell'ordinamento giuridico", in Id., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 6 ss.

Ne consegue che l'istituto dell'amministrazione di sostegno per quanto dimostri una sensibilizzazione dell'ordinamento rispetto alla persona in quanto è e non in quanto ha, non rappresenti una soluzione davvero conforme ai princìpi espressi nella Convenzione e in Costituzione.

Si condivide, pertanto, la tesi di chi sostiene che occorre passare da un "sostegno sostitutivo fondato sul migliore interesse della persona incapace, a un sistema di sostegno collaborativo, fondato sull'interesse preferito della persona con disabilità"[71].

V. BREVI RIFLESSIONI SUI POSSIBILI CORRETTIVI ALL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO ALLA LUCE DELLA CONVENZIONE.

Se il sistema costituzionale ha scelto di porre al centro del sistema la persona, se la Convenzione impone di perseguire l' "interesse preferito" e non "il migliore possibile", il sistema di protezione della persona non può più essere articolato dall'alto verso il basso, quanto piuttosto in una struttura "multilivello", strettamente collegata alla persona in modo che possano trovare coerente applicazione quella solidarietà e proporzionalità che caratterizza il nostro ordinamento[72].

Il criterio di sussidiarietà che sembra essere espressione del principio di solidarietà, a fronte del principio di libertà e autodeterminazione, va sempre giustificato quando vi è una sostituzione della persona debole al fine di tutelare l'autonomia e gli interessi di fronte "a interferenze non giustificate o non autorizzate di altri soggetti" sulla vita del beneficiario[73].

In questo modo, quando l'amministratore di sostegno andrà a prendere una decisione in nome e per conto esprimerà una scelta di valore, fondata sul rigore morale oltre che giuridico.

L'istituto dell'amministrazione di sostegno, con adeguati correttivi, può aprire la strada ad accogliere concretamente i princìpi della Convenzione e aiutare il legislatore ad avere coraggio nel perseguire quel processo di trasformazione del sistema giuridico da chiuso ad aperto, oramai avviato.

71 Barba, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", cit., pp. 437-438, ritiene che il percorso tracciato dalla Convenzione non implichi soltanto il superamento della patrimonialità, «ma anche la piena consapevolezza che un sostegno fondato sui diritti umani non dovrebbe comportare le limitazioni minori possibili nelle scelte aventi contenuto economico-patrimoniale e nessuna limitazione nelle scelte di carattere personale".

72 Tommasini, M.F.: "L'amministrazione di sostegno tra sussidiarietà e solidarietà. Margini per una reinterpretazione del sistema", cit., p. 985.

73 Tommasini, M.F.: *o.c.*, p. 986.

Ma ancóra prima di attendere una esplicita svolta legislativa, è possibile prospettare, tramite un'interpretazione degli istituti vigenti coerente con i valori costituzionali, soluzioni ragionevoli e adeguate, maggiormente rispondenti alle esigenze particolari di ciascun uomo, da considerare non più un numero, "ma come un valore incommensurabile verso la cui attuazione devono tendere istituzioni e società civile"[74].

La logica della sussidiarietà diventa, in primo luogo, quella che ad agire debba essere sempre la persona, anche disabile, che le sostituzioni rivestano solo un carattere eccezionale e che l'intervento del terzo dovrà rimanere sempre un aiutare, un agevolare, non certamente un sostituirsi, se non in casi estremamente eccezionali.

Ne consegue che la regola da seguire è la libertà di attività dei soggetti, contemperata e solo a volte integrata da interventi sussidiari[75].

In questo senso, è stata sostenuta la necessità di potenziare i poteri preventivi o anticipatori della persona con disabilità e l'incidenza del "sostegno" sulla capacità della medesima[76].

In altri termini, il potere di autodeterminazione della persona non può rimanere limitato al solo potere di scelta della persona che eserciterà il sostegno, già previsto nell'amministrazione di sostegno all'art. 408 c.c., quanto attribuire alla persona con disabilità di estendere il suo potere, nel momento di difficoltà, preventivando e determinando regole specifiche su come debba essere esercitato concretamente[77].

Ad esempio, prevedendo la disposizione e l'amministrazione dei propri beni, in che modo prendersi cura della persona, dalla possibilità di prevedere alcuni controlli sull'operato dell'amministratore che non siano solo di matrice giudiziale, come gestire i propri "social networks", a quali beni vendere per prima e via dicendo.

74 Perlingieri, P.: "Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente». A proposito dell'andicappato psichico permanente", cit., pp. 60-61. L'a. ritiene che il diverso grado di attuazione di questo valore sia "l'unico metro per valutare il grado di civiltà di una collettività e di un'intera epoca".

75 Tommasini, M.F.: "L'amministrazione di sostegno tra sussidiarietà e solidarietà. Margini per una reinterpretazione del sistema", cit., p. 987; Gentilini, A.: "La sussidiarietà appartiene al diritto mite? Alla ricerca di un fondamento giuridico per l'attrazione in sussidiarietà", *Giust. cost.*, 2008, p. 1640.

76 Barba, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", cit., p. 441.

77 Barba, V.: *o.l.u.c.*, estende tale potere anche al minore con capacità di discernimento, quantomeno nella scelta della persona che dovrà farsi carico del sostegno, essendo questo, tra l'altro, un atto non patrimoniale ma personale.

Ne consegue la necessità di attenuare, se non abrogare, l'art. 411, comma 4, c.c., dal momento che, seppure pensato per una applicazione residuale, trova spesso facile applicazione per limitare la capacità delle persone con disabilità[78].

La misura di protezione "non può eccedere ciò di cui la persona con disabilità ha realmente bisogno e deve essere sufficiente affinché la persona possa esercitare la sua capacità in pienezza di condizioni"[79].

Così la proporzionalità serve per confermare la piena capacità alla persona disabile affinché possa decidere liberamente e autonomamente e la necessità, che giustifica la sussidiarietà, deve esprimere un sostegno che si limiti solamente ad aiutare la persona disabile, rimanendo sempre eccezionale la funzione rappresentativa di chi deve solo aiutarla.

Quando si tratta di situazioni esistenziali, quando si è all'interno della dimensione umana, occorre sempre favorire la decisione della persona coinvolta, soprattutto se, come prevede la Convenzione, il sistema di protezione va pensato e fondato sui diritti umani.

Il perseguire l'interesse preferito e non quello migliore possibile impone di esaltare l'art. 409 c.c., laddove si prevede che il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva, e di svalutare la portata dell'art. 411, comma 4.

L'ordinamento non deve escludere a priori le attività giuridiche alle persone con disabilità, ma deve permettere una valutazione in concreto delle loro attitudini e metterle in condizione di scegliere liberamente come vivere la propria vita[80].

La Convenzione ha avviato una rivoluzione copernicana che non richiede solo un intervento legislativo, ma, prima di tutto, "una interiorizzazione" da parte di interpreti, non solo del diritto, ma di tutte quelle scienze che pongono la persona al centro del loro indagare.

"Il problema è giuridico e come tale anche culturale"[81].

78 Per i riferimenti giurisprudenziali si v. nota 59.

79 Barba, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", cit., p. 445.

80 Cfr. Lisella, G.: "Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali", cit., p. 786; Id.: *Interdizione "giudiziale" e tutela della persona. Gli effetti della incapacità legale*, Napoli, 1984, p. 78 ss.

81 Perlingieri, P.: "Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente». A proposito dell'andicappato psichico permanente", cit., p. 61.

BIBLIOGRAFIA.

Aa. Vv.: *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità* (a cura di P. Perlingieri e S. Giova) Napoli, 2019, p. 95 ss.

Aa. Vv.: *Le norme standard sulle pari opportunità dei disabili* (a cura di M.R. Saulle), Napoli, 1998, p. 10 ss.

Barba, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", *Rass. dir. civ.,* 2021, p. 419.

Barba, V.: "Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà", *Rass., dir., civ.,* 2016, p. 345 ss.

Barba, V.: "La teoria tridimensionale del diritto. La persona e il suo progetto di vita", Introduzione a Sessarego, C.F.: *Il diritto come libertà. Abbozzo per una determinazione ontologica del diritto*, Macerata, 2022, p. 7 ss.

Bessone, M.: "Rapporti etico-sociali", in *Comm. Corte cost.*, a cura di Giuseppe Branca, Bologna, 1976, p. 17 ss.

Bobbio, N.: *L'età dei diritti*, Torino, 1990, p. 73.

Bonamini, T.: "Sui criteri di scelta fra interdizione giudiziale e amministrazione di sostegno", *Fam. dir.*, 2020 p. 1171.

Bongiorno, V.: "La tutela dei disabili tra Carta di Nizza e Convenzione delle Nazioni Unite", *Fam. dir.*, 2011, p. 310 ss.

Bonilini, G.: *Art. 404*, in Aa. Vv.: *Dell'amministrazione di sostegno*, Comm. c.c. Schlesinger (diretto da F.D. Busnelli) p. 28 ss.;

Bronzini G.: "L'Europa e il suo modello sociale: l'innovazione istituzionale alla prova", *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, p. 97 ss.;

Bugetti, M.N.: "Le incerte frontiere tra amministrazione di sostegno e interdizione", *Fam. dir.*, 2006, p. 57.

Calò, E.: "Autonomia e autodeterminazione del beneficiario", in Aa. Vv.: *L'amministrazione di sostegno. Quaderni di Familia* (a cura di S. Patti), Milano, 2005, p. 49 ss.

Calò, E.: "Il *discrimen* fra amministrazione di sostegno e interdizione", *Notariato*, 2004, p. 527.

Carbone, E.: "Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità di agire", *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 537 ss.

Cardia, C.: "L'art. 29 della Costituzione: la famiglia come società naturale e la dissolubilità del matrimonio", in Aa. Vv.: *Studi sul divorzio*, Padova, 1972, p. 249 ss.

Carapezza Figlia, G.: "I rapporti di utenza dei servizi pubblici tra autonomia negoziale e sussidiarietà orizzontale", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 440 ss.

Cendon, P.: "Infermi di mente e altri *disabili* in una proposta del codice civile", *Pol. dir.*, 1987, p. 117 ss.

Cendon, P.: "Persone fragili, diritti civili", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 167 ss.

Cicala, R.: "Produttività, solidarietà e autonomia privata", *Riv. dir. civ.,* 1972, p. 87 ss.

Cocuccio, M.: "Capacità di agire e amministrazione di sostegno", *Dir. fam. per.*, 2020, p. 304;

Cocuccio, M.: "L'amministrazione di sostegno come strumento prioritario di protezione e "progetto di sostegno" della persona con disabilità", *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 113.

Corvo López, F.M.: "La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual", *Rev. der. civ.*, 2019, p. 165 ss.

D'Andrea, A.: "Il principio di sussidiarietà tra radice personalistica e funzione conformativa del sistema normativo", *Iustitia*, 2011, pp. 259-260.

D'Andrea A.: "Le proposte della Commissione contro la discriminazione nell'Unione Europea", *Lav. prev. oggi*, 2000, p. 429 ss.

Danovi, F.: "Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno (L. 9 gennaio 2004, n. 6)", *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 802.

De Cupis, A.: "Sulla *depatrimonializzazione* del diritto privato", *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 482 ss.

Donisi, C.: "Verso la *depatrimonializzazion*" del diritto privato", *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.

Falzea, A.: "Capacità", *Enc. giur.* Treccani, VI, Milano, 1960, p. 8.

García Rubio, M.P.: "Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Rev. der. civ.*, 2018, p.74.

García Rubio, M.P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Rev. der. civ.*, 2018, p. 35,

Gentilini, A.: "La sussidiarietà appartiene al diritto mite? Alla ricerca di un fondamento giuridico per l'attrazione in sussidiarietà", *Giust. cost.*, 2008, p. 1640.

Heymann, J., Moreno G., e Stein, M.A.: *Disability and Equity at Work*, Oxord, 2011.

Helander, P.E.: *Prejudice and Dignity: An Introduction to Community-Based Rehabilitation,* New York, 1993, p. 175 ss.

Lisella, G.: "Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali", *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 740-741.

Lisella G.: *Interdizione "giudiziale" e tutela della persona. Gli effetti della incapacità legale*, Napoli, 1984, p. 78 ss.

Loy, G.: "La disabilità nelle fonti internazionali", in Aa. Vv.: *Disabilità e lavoro* (a cura di C. La Macchia), Roma, 2009, pp. 35-36.

Lucarelli, F.: *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 7 ss.

Maisto, F.: *L'autonomia contrattuale nel prima della sussidiarietà orizzontale*, Napoli, 2016, p. 113 ss.

Maisto, F.: "Sussidiarietà: autonomie e coesione sociale", *Rass dir. civ.*, 2017, p. 1360 ss.;

Marra, A.D.: "Disabilità", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, agg. V, Torino, 2010, p. 556.

Olivetti, M.: "Art. 26. Inserimento dei disabili", in Aa. Vv.: *L'Europa dei diritti. Commentario alla Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione europea* (a cura di R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto), Il Mulino, Bologna, 2001, p. 202 ss.

Paradiso, M.: "Sussidiarietà e limiti all'autoregolazione dei rapporti familiari", *Dir. succ. fam.,* 2019, p. 159 ss.

Parente, F.: "Amministrazione di sostegno e regole di governo dei fenomeni successori e donativi", *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 708 ss.;

Pazé, P.: "La scelta dell'amministratore di sostegno", in Aa. Vv.: *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione* (a cura di G. Ferrando e L. Lenti), Torino, 2006, p. 125 ss.

Peces Barba, M.: *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, p. 255.

Pérez Gallardo, L.: "Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad", in Id., *El derecho de sucesiones que viene*, Santiago, 2020, p. 119 ss.

Perlingieri, C.: "Amministrazione di sostegno e neuroscienze", *Corti sal.*, 2013, p. 447 ss.

Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, Napoli, 2015, p. 4 ss.;

Perlingieri, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, p. 12 ss.;

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006

Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 139 ss.

Perlingieri, P.: "Gli istituti di protezione e di promozione dell'*infermo di mente*". A proposito dell'andicappato psichico permanente", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 46 ss., ora in Id.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 327 ss.

Perlingieri, P.: "*Depatrimonializzazione* e diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.

Perlingieri, P.: "Intervento conclusivo all'Incontro di Studi *Essere o avere*? Per una visione personalistica del diritto privato", Roma, 5 aprile 2019", *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 988 ss.

Perlingieri, P.: "Gli istituti di protezione e di promozione dell'*infermo di mente*". A proposito dell'andicappato psichico permanente", *Rass. dir. civ.*, 1985.

Perlingieri, P.: "*Controllo* e *conformazione* degli atti di autonomia negoziale", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss.

Perlingieri, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, p. 79.

Perlingieri, P.: "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 96 ss. e p. 109 ss.

Perlingieri, P.: "La sussidiarietà nel diritto privato", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 687 ss.;

Perlingieri, P.: "La personalità umana nell'ordinamento giuridico", in Id., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 6 ss.

Piraino, F.: "Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made", *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 1045 ss.

Prisco, I.: *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, Napoli, 2018, p. 11.

Porcelli, M.: "Interdizione e inabilitazione: verso l'abrogazione", *Riv. giur. mol. sann.*, 2016, p. 114 ss.,

Rescigno, G.U.: "Principio di sussidiarietà e diritti sociali", *Dir. pub.*, 2022, p. 10.

Rescigno, P.: "Capacità", *Dig. it.*, Torino, 1988, p. 209.

Riccardi, A.: "La *ridefinizione* del concetto di persona disabile nell'ordinamento sovranazionale", *Quaderni Dip. Jonico*, 2019, p. 298.

Robles, M.: "Condizione e *adeguatezza* del diritto", *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 94 ss.

Sacco, R.: "Il consenso del beneficiario dell'amministrazione di sostegno e il conflitto tra dignità e libertà", *Giust. civ.*, 2007, p. 2277.

Salito, G. e Matera, P.: "Amministrazione di sostegno tra sein und sollen", *Giur. mer.*, 2005, p. 1086.

Sessarego, C.F.: "Il *danno alla libertà fenomenica*, o *danno al progetto di vita*, nello scenario giuridico contemporaneo", *Resp. civ.*, trad. it. Mirko Faccioli, 2008, p 491.

Sessarego, C.F.: "Il risarcimento del danno al progetto di vita", *Resp. civ.*, trad. it. Riccardo Omodei Salè, 2009, p. 870 ss.

Sessarego, C.F.: *Il diritto come libertà. Abbozzo per una determinazione ontologica del diritto*, a cura di V. Barba, Macerata, 2022, p. 49 ss.

Simonetti, L.: "La Convenzione ONU sui diritti delle persone disabili", *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2007, p. 73 ss.

Stanzione, P.: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, rist., 2018, p. 82 ss.

Turco, A.: *L'amministrazione di sostegno. Novella e sistema*, Napoli, 2010, p. 12.

Tucci, G.: "La discriminazione contro il disabile: i rimedi giuridici", *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, p. 9.

Tommasini, M.F.: "L'amministrazione di sostegno tra sussidiarietà e solidarietà. Margini per una reinterpretazione del sistema", *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 961.

Vaquer Aloy, A.: "El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria", *An. der. civ.*, 2020, p. 1067 ss.

Visintini, G.: "Incapacità di intendere o di volere: dai dogmi della tradizione alle nuove regole", in Aa. Vv.: *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli* (a cura di G. Ferrando), Milano, 2005, p. 11 ss.

Vocaturo, S.: "L'amministrazione di sostegno: verso la promozione dei diritti fondamentali dell'uomo", *Riv. not.*, 2005, p. 1156.

Zuccarino, S.: "Il fenomeno sportivo nel prisma della sussidiarietà orizzontale", *Rass. dir. econ. sport.*, 2018, 2, p. 317 ss.



IL CURATORE SPECIALE DEL MINORE NELLA LEGGE DELEGA DI RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE

THE MINOR'S SPECIAL LEGAL GUARDIAN IN THE DELEGATE LAW ON CIVIL TRIAL REFORM

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1860-1889

Laura
DURELLO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il saggio prende in esame la figura del curatore speciale del minore così come introdotta dall'art. 1, comma 30, l. delega n. 206/2021. La nomina del curatore speciale deve essere disposta dal giudice, anche d'ufficio e a pena di nullità degli atti di causa, in tutti i procedimenti in cui è prevista la decadenza della responsabilità genitoriale, in caso di adozione dei provvedimenti ai sensi dell'art. 403 c.c. o di affidamento del minore ex art. 2 ss. l. n. 184/1983, nelle ipotesi in cui emerga nel procedimento una situazione di pregiudizio per il minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte dei genitori, nonché quando ne faccia richiesta il minore che abbia compiuto quattordici anni. Il saggio analizza il procedimento di nomina nonché la revoca e modifica della stessa focalizzando l'attenzione sui presupposti applicativi e sulla legittimazione attiva e i poteri di rappresentanza processuale e sostanziale del curatore. Di sicuro rilievo, infine, il profilo dell'ascolto del minore da parte del curatore speciale.

PALABRAS CLAVE: Minori; interesse del minore; diritti dei minori; curatore speciale del minore; avvocato del minore.

ABSTRACT: *This essay examines the figure of the minor's special legal guardian as introduced by article 1, Paragraph 30, of Law No. 206/2021. The appointment of the special legal guardian must be ordered by the judge, also ex officio and under penalty of nullity of the documents in the case, in all those proceedings in which the loss of parental responsibility is envisaged, in case of adoption of those measures set out in article 403 of the Italian Civil Code or of custody of the child pursuant to article 2 and subseq. of Law No. 184/1983, or in cases where, in the course of court proceedings, a situation of prejudice to the minor emerges which may preclude an adequate legal representation on behalf of the parents, as well as when a minor who has reached the age of fourteen makes such a request. This essay analyzes the procedure of both the appointment and the revocation or modification of the special legal guardian, focusing on the requirements as well as on the locus standi and powers of procedural and substantive representation. Lastly, of paramount importance is the right of the minor to be heard by the special legal guardian.*

KEY WORDS: *Minor; best interest; child-friendly justice; rights of the child; lawyer of the child; minor's special legal guardian.*

SUMARIO.- I. LE NOVITÀ DELLA LEGGE DELEGA N. 206 DEL 26 NOVEMBRE 2021: IL RICONOSCIMENTO NORMATIVO DEL CURATORE SPECIALE DEL MINORE.- II. LE IPOTESI DI NOMINA DEL CURATORE SPECIALE.- III. IL RUOLO DEL CURATORE SPECIALE E L'ASCOLTO DEL MINORE.- IV. IL PROCEDIMENTO DI NOMINA E DI REVOCA.- V. LE CONSEGUENZE DELLA MANCATA NOMINA DEL CURATORE SPECIALE DEL MINORE. .

I. LE NOVITÀ DELLA LEGGE DELEGA N. 206 DEL 26 NOVEMBRE 2021: IL RICONOSCIMENTO NORMATIVO DEL CURATORE SPECIALE DEL MINORE.

Una delle novità di maggior rilievo introdotte con la legge delega n. 206 del 26 novembre 2021 è senz'altro la previsione della nomina del curatore speciale del minore contenuta agli artt. 78 e 80 c.p.c.[1]

Preliminarmente, pare opportuno segnalare che tale intervento riformatore non rappresenta certo una novità assoluta nel nostro ordinamento che a livello di prassi già contemplava la possibilità di nominare un curatore speciale del minore in determinate ipotesi elaborate a livello giurisprudenziale.

Invero, sino all'intervenuta riforma, entrata in vigore il 22 giugno scorso, alla nomina del curatore speciale del minore – quindi in sostituzione del rappresentante legale – si procedeva in caso di assenza del genitore o del tutore ovvero quando fosse acclarata la sussistenza di ragioni di urgenza o in ipotesi di conflitto di interessi.

Si osserva, infatti, che il soggetto minore di età anche se dotato di *legitimatio ad causam* è sprovvisto della *legitimatio ad processum* e, dunque, non può agire o difendersi in giudizi se non tramite un rappresentante legale.

Ai sensi dell'art. 320 c.c. è il genitore nell'esercizio della responsabilità genitoriale ad esercitare la rappresentanza legale del figlio minore nel processo, avvalendosi della rappresentanza in giudizio del difensore e della difesa tecnica[2].

1 Sulla riforma V. Cecchella, C.: "Il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie della legge delega di riforma del processo civile", *Quest. giust*., 2021, 239 ss.; Id.: "I diritti del minore nel minore nel processo italiano, tra difesa tecnica e ascolto", *Familia*, 2022, p. 169 ss.; Graziosi, A.: "Sui provvedimenti provvisori ed urgenti nell'interesse dei genitori e dei figli", *Fam. dir.*, 2022, p. 368 ss.; Danovi, F.: "Le ragioni per una riforma della giustizia familiare e minorile", ivi, p. 323 ss.; Russo, R.: "La partecipazione del minore al processo nella riforma del rito civile", ivi, 647 ss.; Arceri, A.: "Il minore nel nuovo processo familiare: le regole sull'ascolto e la rappresentanza", ivi, p. 386 ss.; Lupoi, M.A.: "Il processo di famiglia", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 1008 ss.; Donzelli, R.: "Prime riflessioni sul minore come parte del processo alla luce della riforma del processo civile", *Judicium*, 2022; Poliseno, B.: "Il curatore speciale del minore", in AA.VV.: *La riforma del giudice e del processo per le persone, per i minori e per le famiglie*, (a cura di C. Cecchella), Torino, 2022, p. 85 ss.

2 Sulla rappresentanza legale dei minori V. Pelosi, A.C.: "Potestà dei genitori", in AA.VV.: *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, Padova, 1977, p. 769 ss.; Conti, E.: "Considerazioni sulla potestà dei genitori",

• Laura Durello
Ricercatore di diritto processuale civile. Università degli Studi di Ferrara. laura.durello@unife.it

Ciò posto, l'art. 78 c.p.c. prevedeva nella sua formulazione originaria che «se manca la persona a cui spetta la rappresentanza o l'assistenza, o vi siano ragioni di urgenza, può essere nominato all'incapace, alla persona giuridica o all'associazione non riconosciuta un curatore speciale che lo rappresenti o assista finché subentri colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza» e che «si procede altresì alla nomina di un curatore speciale al rappresentato, quando vi è conflitto di interessi col rappresentante»[3].

La disposizione non trattava espressamente della rappresentanza del minore nei procedimenti di natura familiare, ma, come già anticipato, trovava comunque applicazione in tutte le ipotesi in cui fosse ravvisabile un conflitto di interessi tra il minore e i suoi genitori esercenti la rappresentanza legale[4]. In tale prospettiva, è evidente, al contempo, che la nomina del curatore speciale presupponeva che il minore fosse parte del processo, in caso contrario non si sarebbe posto il problema della sua "rappresentanza" all'interno del giudizio.

Come verrà a breve illustrato la storia e gli approdi a cui si è giunti con la Legge delega 26 novembre 2021, n. 206, con riguardo alla figura del curatore speciale del minore si legano al progressivo (e definitivo) riconoscimento della qualità di parte processuale al minore.

Le decisioni assunte in ambito giurisdizionale che attengono alla responsabilità genitoriale, all'affidamento o all'adottabilità incidono direttamente sui diritti soggettivi del minore che lo interessano non solo come parte sostanziale ma anche come parte formale del giudizio che lo vede coinvolto.

Quindi, ogni qualvolta manchi la figura del genitore o del tutore ovvero essi si trovino in una situazione di conflitto di interessi con il minore che rappresentano, si pone il problema della nomina del curatore speciale.

A seguito della evoluzione giurisprudenziale, è ormai principio acquisito – che ha trovato definitiva conferma nelle nuove previsioni legislative – che quando

in AA.VV.: Studi sulla riforma del diritto di famiglia, Milano, 1973, p. 225 ss.; Giardina, F.: "I rapporti personali tra genitori e figli", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1352 ss.; Poliseno, B.: *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017, p. 252 ss.

3 Si segnala che la riforma non ha toccato i commi 1° e 2° dell'art. 78 c.p.c. che sono rimasti immutati e così recitano "Se manca la persona a cui spetta la rappresentanza o l'assistenza, e vi sono ragioni d'urgenza, può essere nominato all'incapace, alla persona giuridica o all'associazione non riconosciuta, un curatore speciale che li rappresenti o assista finché subentri colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza. Si procede altresì alla nomina di un curatore speciale al rappresentato, quando vi è conflitto di interessi col rappresentante". Sul curatore speciale v. Dittrich, L.: "*Il curatore speciale processuale*", *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 840 ss.

4 Sul problema della rappresentanza dei minori V. Tommaseo, F.: "Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile", *Fam. dir.*, 2007, p. 409; Id., "Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali", ivi, 2006, p. 388 ss.; Id.: "La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile", ivi, 2011, p. 547 ss.; Querzola, L.: *Il processo minorile in dimensione europea*, Bologna, 2010, p. 83 ss.

sussiste una posizione di conflitto del minore con i propri rappresentanti legali, al fine di garantirne i diritti quale parte - non è sufficiente ricorrere all'ascolto dello stesso, bensì è necessario che lo stesso sia rappresentato in giudizio per mezzo di un curatore speciale a tal fine espressamente nominato.

Al contempo, è opportuno evidenziare che la figura del curatore speciale del minore era già da molto tempo contemplata nelle fonti sovranazionali recepite dal nostro ordinamento[5].

In particolare, mi riferisco alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 ed alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori di Strasburgo del 25 gennaio 1996 che sono state ratificate e rese esecutive nel nostro ordinamento, rispettivamente con la Legge 27 maggio 1991, n. 176 e co la Legge 20 marzo 2003, n. 77.

La prima agli artt. 3 e 12 afferma che al minore deve essere assicurata la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura che lo riguardi sia direttamente che attraverso un rappresentante. Mentre la Convenzione di Strasburgo del 1996 qualifica il minore quale titolare di diritti processuali e, in particolare, il diritto di chiedere la nomina di un terzo rappresentante[6].

La disciplina testé citata che, dunque prevedeva la nomina del curatore speciale enucleandola quale diritto processuale del minore, faceva già parte del nostro diritto positivo tanto che la Corte Costituzionale, chiamata più volte a pronunciarsi sulla costituzionalità degli artt. 336 ss. c.c., nella parte in cui non è prevista la nomina di un curatore in rappresentanza del minore nell'ambito del procedimento camerale limitativo della responsabilità genitoriale, ha ritenuto la questione non fondata poiché nei procedimenti *de potestate* tale facoltà, pur non prevista espressamente, deve ritenersi discendere direttamente dalla normativa

5 Prima della ratifica di queste importanti fonti sovranazionali la Corte cost., 14 luglio 1986 n. 185, *Foro. it*., 1986, I, c. 2679 ss. aveva rigettato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 6 L. 898/70 e 155 c.c. e 708 c.p.c., nelle formulazioni *ratione temporis* vigenti, nelle parti in cui non prevedevano la necessità di procedere all'ascolto del minore, affermando che "La predetta normativa non viola l'art. 24, secondo comma, Cost. in quanto, non esiste in materia, una particolare situazione giuridica soggettiva di diritto sostanziale, tale da essere necessariamente garantita, nei giudizi in esame, attraverso l'attribuzione della qualità di parte ai figli - minori e, conseguentemente, attraverso la nomina d'un curatore in giudizio; non viola gli artt. 3, secondo comma, e 30 Cost. permanendo, quale che sia l'esito dei giudizi in discussione, nei genitori gli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione dei figli; né viola l'art. 3, primo comma, Cost., in quanto, ribadito che la scelta tra la nomina d'un curatore in giudizio dei figli minori e gli strumenti attualmente previsti, dal sistema, per la difesa degli interessi dei predetti, spetta al legislatore, va conclusivamente aggiunto che l'opzione operata dal medesimo nei procedimenti di cui qui si discute non è da ritenersi, per le ragioni innanzi enunciate, irrazionale, in relazione alle certamente diverse ipotesi in cui è prevista la nomina del predetto curatore."

6 Sul tema V. Dosi, G.: *L'avvocato del minore*, Torino, 2015, p. 143 ss.; Ruo, M.G.: *Il curatore del minore. Compiti, procedure e responsabilità*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 21 ss.; Magno, G.: *Il minore come soggetto processuale. Commento alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli*, Milano, 2011, p. 6 ss.; Nascosi, A.: "La nomina del curatore speciale nel giudizio di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità", *La nuova giur. civ. comm*., 2016, pp. 1035-1040.

internazionale[7]. La Consulta, infatti, ha ritenuto ammissibile la nomina d'ufficio del curatore speciale in base all'art. 9 della Convenzione di Strasburgo, poiché le norme di carattere internazionale ivi contenute devono ritenersi dirette ad integrare l'art. 79 c.p.c.[8].

In senso analogo, in altra occasione sempre la Corte Costituzionale, richiamando l'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, come recepita dalla Legge n. 176/1991, ha statuito che la stessa nella parte in cui si afferma che "Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale", deve essere intesa quale norma integrativa della disciplina codicistica, con conseguente riconoscimento del minore quale parte del giudizio e necessità di instaurazione del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c.[9]

In tale panorama, anche la giurisprudenza di legittimità era giunta a statuire l'obbligo in capo al giudice di nominare un curatore speciale del minore nei giudizi limitativi o eliminativi della responsabilità genitoriale *ex* artt. 330 ss. c.c., pena la nullità del processo per mancata integrazione del contraddittorio[10]. In altri termini, secondo l'interpretazione data dalla Suprema Corte, nell'ambito di tali procedimenti la posizione del figlio risulta sempre contrapposta a quella di entrambi i genitori, anche quando il provvedimento venga richiesto nei confronti di uno solo di essi, non potendo in questo caso stabilirsi *ex ante* la coincidenza e l'omogeneità dell'interesse del minore con quello dell'altro genitore. Di qui, l'obbligatorietà della nomina tutte le volte in cui l'incompatibilità delle posizioni dei genitori e del minore è anche solo potenziale, a prescindere dalla sua effettività[11].

Del resto, l'ultimo comma dell'art. 336 c.c. così come introdotto dall'art. 37 della l. 28 marzo 2001, n. 149 richiama tale indirizzo interpretativo, richiedendo nei giudizi di *de potestate* la necessaria presenza di un difensore tanto per i genitori

7 Corte cost., 22 novembre 2000, n. 528, *Fam. dir.*, 2001, p. 121, con nota di Giangaspero, P.: "Procedimenti di volontaria giurisdizione e tutela degli interessi del minore: una decisione interlocutoria della Corte costituzionale".

8 Corte cost. 22 novembre 2000, n. 528, cit.; Corte cost. 12 giugno 2009, n. 179, *Fam. dir.*, 2009, 869, con nota di Arceri, A.: "Il minore ed i processi che lo riguardano: una normativa disapplicata"; Corte cost., 11 marzo 2011, n. 83, *Foro it.*, 2011, I, c. 1289.

9 Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1, *Foro it.*, 2002, I, c. 3302, con nota di Proto Pisani, A.: "Battute di arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile".

10 Cass. Civ., 16 dicembre 2021, n. 40490, *DeJure*; Cass. Civ., 5 maggio 2021, n. 11786, ivi.

11 Cass. Civ., 2 febbraio 2016, n. 1957, *Mass. giust. Civ.*, 2016; Cass. Civ., 6 marzo 2018, n. 5256, *Foro it.*, 2018, 4, I, 1181; Cass Civ., 31 marzo 2014, n. 7478, *OneLegale*; Cass. Civ., 25 gennaio 2021, n. 1471, *Foro it.*, 2021, c. 1274.

quanto per il minore. Tale disposizione conferma che i minori sono portatori di propri diritti, in contrasto con i genitori, e dunque necessitano di un proprio rappresentante processuale.

Ecco che l'evoluzione della figura del curatore speciale, che, come si è detto, trova nella legge di riforma una mera stabilizzazione normativa, ha trovato anche in un'altra nota pronuncia della Corte Costituzionale un importante contributo.

In particolare, la Consulta, chiamata a statuire se la mancata previsione della facoltà di nomina di un curatore speciale nei giudizi di riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio *ex* art. 250 c.c. fosse contraria a Costituzione, risolse ancora una volta la questione – come abbiamo visto essere avvenuto anche per i giudizi ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale – fornendo un'interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione della figura del curatore speciale così come disciplinata dall'art. 78 c.p.c.[12]

In particolare, in tale occasione è stato affermato che "anche per la fattispecie prevista dall'art. 250, comma 4°, c.c., il giudice, nel suo prudente apprezzamento e previa adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, possa procedere alla nomina di un curatore speciale, avvalendosi della disposizione dettata dal citato art. 78 c.p.c., che, come risulta dall'elencazione effettuata dianzi (peraltro, meramente esemplificativa), non ha carattere eccezionale, ma costituisce piuttosto un istituto che è espressione di un principio generale, destinato ad operare ogni qualvolta sia necessario nominare un rappresentante all'incapace"[13].

Tale decisione venne assunta, ancora una volta, valorizzando il precetto dell'art. 9 della Convenzione di Strasburgo in forza del quale "nei procedimenti che riguardano un minore, quando in virtù del diritto interno i detentori delle responsabilità genitoriali si vedono privati della facoltà di rappresentare il minore a causa di un conflitto di interessi, l'autorità giudiziaria ha il potere di designare un rappresentante speciale che lo rappresenti in tali procedimenti".

La copiosa elaborazione giurisprudenziale volta a dare contenuto all'art. 78 c.p.c. si è interrogata anche sulla possibilità di nominare un curatore speciale del minore anche nell'ambito dei giudizi della crisi familiare che coinvolgono i diritti soggettivi del minore stesso.

In una risalente pronuncia la Corte Costituzionale, con riguardo ai giudizi di separazione e divorzio, escludeva la necessità di nominare un curatore speciale al minore reputando conforme alla Costituzione il fatto che in tali procedimenti

12 Corte cost., 11 marzo 2011, n. 83, *Fam. dir.*, 2011.

13 Corte cost., 11 marzo 2011, n. 83, cit.

non sia previsto dalla legge l'obbligo di nomina del curatore sulla base della considerazione che il soggetto minore di età non potesse essere considerato parte processuale[14].

In particolare, secondo l'interpretazione offerta dalla Consulta le ipotesi di nomina del curatore speciale nei procedimenti attinenti lo stato personale sono tassative e rimesse unicamente alla valutazione del legislatore. Dunque, poiché il figlio minore non rivestiva la qualità di parte processuale non avrebbe potuto fare valere alcun autonomo interesse nel giudizio di crisi familiare.

La giurisprudenza, quindi, per lungo tempo, non ha ravvisato nell'ambito di tali giudizi l'opportunità di riconoscere un conflitto tra genitori e figli, nonché di qualificare il figlio minore come parte processuale. Si reputava, infatti, che nei procedimenti di separazione e di divorzio il minore non ha diritto alla nomina di un curatore speciale non essendo parte processuale ed il conflitto di interessi in questi procedimenti veniva risolto attraverso la previsione dell'obbligo di audizione del minore[15].

In tale contesto, con un mutamento di prospettiva la giurisprudenza di legittimità ha statuito che "il giudizio di separazione, nel quale vengono adottati provvedimenti che concernono il minore, non determina automaticamente, nel caso di rilevante conflittualità fra le parti in causa, una situazione di conflitto di interessi fra genitori e figli. Deve piuttosto ritenersi che essa può determinarsi in concreto in relazione a comportamenti processuali delle parti che tendano a impedire al giudice una adeguata valutazione dell'interesse del minore ovvero a frapporsi alla libera prospettazione del punto di vista del minore in sede di ascolto da parte del giudice. Si tratta, in questi casi, di una situazione di conflitto che richiede la nomina di un curatore speciale ma la cui individuazione è rimessa alla valutazione del giudice di merito"[16].

Si giunge così ad affermare che qualora nell'ambito del procedimento di separazione o di divorzio si debbano assumere decisioni destinate ad incidere sui diritti e sugli interessi dei figli minori, e la conflittualità tra i genitori sia così elevata da fare ritenere gli stessi anche solo temporaneamente incapaci di rappresentare

14 Corte cost., 14 luglio 1986 n. 185, cit.

15 Cass Civ., 31 marzo 2014, n. 7478, cit.

16 Cass. Civ., 24 maggio 2018, n. 12957, *Guida dir.*, 2018, p. 49 ss. In senso conforme V. Trib. Torino, 21 dicembre 2018, *Fam. dir.*, 2019, p. 695 ss., con nota di Danovi, F.: "Il curatore speciale del minore quale ulteriore raccordo tra giudice minorile e giudice ordinario". In cui si legge che "nel periodo più recente la Suprema Corte (Cass. 5256/2018 e Cass. 29001/2018) ha posto fortemente l'accento sull'esigenza che il minore sia adeguatamente rappresentato nei giudizi che lo riguardano, non solo minorili ma anche davanti al tribunale ordinario, in tutte le situazioni in cui si profila un conflitto di interessi con coloro che per legge lo rappresentano, ossia i genitori, orientamento che muove dal presupposto della posizione del minore quale parte processuale e dall'importanza che il medesimo possa contribuire alla definizione del procedimento che lo riguarda, anche attraverso l'ascolto".

adeguatamente gli interessi della prole minorenne, il giudice può nominare, ai sensi dell' art. 78 c.p.c., al figlio, un curatore speciale che lo rappresenti nel giudizio in corso[17].

Ad ogni modo non vi è dubbio che la mancanza di una norma di carattere generale volta a regolare la nomina d'ufficio del curatore speciale idoneo a rappresentare ed assistere il minore in tutti i procedimenti che lo vedano coinvolto, ha fatto sì che siano state elaborate soluzioni per isolate fattispecie e ciò spesso ha determinato in molti casi un'inadeguata, se non addirittura, carente tutela del soggetto minore di età a livello processuale[18].

Quello a cui oggi assistiamo è il riconoscimento espresso da parte del legislatore della figura del curatore speciale del minore attraverso la codificazione delle ipotesi di nomina – obbligatoria o tassativa – e delle conseguenze della sua omissione.

Si tratta di un approdo da guardare sicuramente con favore e che recepisce i suggerimenti di attenta dottrina che già da molto tempo propugnava la necessità di un intervento legislativo in tal senso[19].

Tale previsione costituisce un ulteriore tappa di una lungo percorso volto a consacrare il riconoscimento del minore quale parte in senso processuale e non solo sostanziale dei giudizi che lo coinvolgono[20].

Non vi è dubbio, infatti, che fino all'introduzione della Legge delega n. 206/2021 la nomina del curatore speciale del minore è stata letta, prevalentemente, come risposta data dall'ordinamento alle situazioni di conflitto di interessi tra genitori

17 Cass., 24 maggio 2018, n. 12957, cit.; Trib. Milano, 25 febbraio 2019, *DeJure*; Trib. Milano, 15 maggio 2014, *DeJure*; Trib. Torino, 21 dicembre 2018, cit.

18 Cfr. Moro, A.C.: *Manuale di diritto minorile*, Torino, 2008, p. 465 ss. evidenzia che "la mancanza di una previsione di carattere generale per tutte le procedure giudiziarie che coinvolgono interessi personali di grande rilevanza per il minore si traduce in una drastica riduzione dell'effettiva possibilità di tutela di questi, perché viene a mancare nel procedimento proprio la voce del soggetto maggiormente interessato in quanto profondamente coinvolto in una decisione che segnerà irreversibilmente tutta la sua vita".

19 Graziosi, A.: "Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo", *Fam. dir.*, 2010, p. 370, nota 19 rileva che "a tutela dei diritti e degli interessi dei figli, nei processi aventi ad oggetto il loro affidamento, è quindi affidata, da un lato all'intervento del p.m., che di solito è obbligatorio, dall'altro ai genitori che, controvertendo tra loro dell'affidamento e del mantenimento dei minori, veicolano de facto all'interno del processo anche gli interessi di questi ultimi. Entrambi questi mezzi sono certamente insufficienti: l'intervento del p.m. perché è un organo giurisdizionale concepito per tutt'altre funzioni e, come l'esperienza pratica insegna, spessissimo il suo ruolo si riduce ad un mero passaggio burocratico del fascicolo dagli uffici della procura della repubblica competente; i genitori (coniugi) perché i loro reciproci interessi in causa e le loro difese, in quella sede, possono essere in conflitto con quelli dei figli minori. Per queste ragioni sarebbe opportuno, come avviene in molti altri ordinamenti (v. ad esempio l'art. 389 del code civil francese), attribuire al giudice il potere specifico di nominare al minore un curatore speciale (ed un difensore) ogniqualvolta si palesi il rischio di un conflitto di interessi tra la sua posizione e quella del genitore". V. anche Graziosi, A.: "Le procedure contenziose in materia di famiglia nel quadro dell'ordinamento giuridico italiano", in AA.VV.: *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, Milano, 2004, I, p. 369 ss.

20 Sull'argomento v. Magno, G.: *op.cit.*; Poliseno, B.: *Profili di tutela del minore nel processo civile*, cit.; Matteini Chiari, S.: *Il minore nel processo*, Milano, 2014.

e figli, oggi invece è evidente il cambio di prospettiva che porta finalmente alla consacrazione della rilevanza della figura processuale del minore.

È incontestabile, infatti, che debba essere garantita a tutti coloro che subiranno gli effetti del provvedimento – e dunque al minore – la possibilità di essere parte attiva del giudizio[21]. E ciò deve avvenire con il riconoscimento del minore come parte processuale che sta in giudizio tramite un curatore speciale che, come verrà a breve evidenziato, è anche il suo difensore.

Va poi osservato, per completezza, come la figura del curatore speciale del minore non sia richiamata solo agli artt. 75 e 80 c.p.c. ma anche dall'art. 336 c.c. in tema di responsabilità genitoriale e dall'art. 403 c.c. in relazione al controllo giurisdizionale sull'allontanamento del minore.

In particolare, il legislatore delegante interviene sull'art. 336 c.c. prevedendo che qualora il curatore speciale del minore sia già stato nominato – in sede cautelare, ad esempio – ad esso compete anche la legittimazione attiva in tema di responsabilità genitoriale che, quindi, oggi non è più riservata solo al genitore, al Pubblico Ministero e ai parenti.

Mentre, l'art. 403 c.c. nel disciplinare il procedimento di allontanamento del minore, prevede che durante la fase di convalida sia nominato un curatore speciale – ma vedremo che l'art. 78, comma 3°, n. 2, c.p.c. così come novellato lo prevede a sua volta – conferendogli espressa legittimazione a proporre reclamo avverso i provvedimenti adottati dal giudice[22].

II. LE IPOTESI DI NOMINA DEL CURATORE SPECIALE.

Passando ad esaminare il contenuto dell'art. 78, comma 3°, c.p.c. così come novellato dalla Legge delega, 26 novembre 2021, n. 206 è previsto che il curatore sia nominato, anche d'ufficio, a pena di nullità degli atti del procedimento:

1) quando è stata chiesta dal Pubblico Ministero la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori, o in cui uno dei genitori abbia chiesto la decadenza dell'altro;

2) in caso di adozione di provvedimenti ai sensi dell'art. 403 c.c. o di affidamento del minore *ex* art. 2, l. 184/1983;

21 Cfr. Sesta, M.: "La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia", *Fam. dir.*, 2021, p. 763.

22 Sul tema v. § II.

3) nel caso in cui dai fatti emersi nel procedimento venga alla luce una situazione di pregiudizio per il minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte di entrambi i genitori;

4) quando ne faccia richiesta il minore che abbia compiuto quattordici anni.

A fianco a queste ipotesi, il nuovo art. 78 c.p.c., prevede anche un'ipotesi facoltativa disponendo al comma 4° che "in ogni caso il giudice può nominare un curatore speciale quando i genitori appaiono, per gravi ragioni, temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore".

Passando ad esaminare più da vicino le singole ipotesi in cui il giudice deve d'ufficio, a pena di nullità, nominare un curatore speciale per la parte minorenne, si può osservare quanto segue.

L'ipotesi *sub* 1) si riferisce espressamente ai procedimenti di "decadenza della responsabilità genitoriale" e, dunque, non si può fare a meno di richiamare l'art. 330 c.c. che tale istituto disciplina.

Dunque, è opportuno valutare se la prima ipotesi di nomina obbligatoria si riferisca unicamente ai procedimenti di decadenza o possa essere interpretata in senso estensivo ricomprendendo al suo interno anche le ipotesi di procedimento di limitazione della responsabilità genitoriale di cui al successivo art. 333 c.c.

In proposito si deve osservare che l'art. 330 c.c. prevede che possa essere pronunciata la decadenza della responsabilità genitoriale nei confronti di quel genitore che violi o trascuri i propri doveri, ovvero abusi dei poteri inerenti la responsabilità stessa, arrecando grave pregiudizio nei confronti del figlio.

Ove il comportamento del genitore non sia tale da giustificare la pronuncia della decadenza della responsabilità, ma sia in ogni caso pregiudizievole per il figlio, potranno essere adottati i più opportuni provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale *ex* art. 333 c.c.. Infatti, quando la condotta di uno o di entrambi i genitori non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza della responsabilità genitoriale prevista dall'art. 330 c.c., ma appare comunque pregiudizievole al figlio, il giudice, secondo le circostanze, può adottare i provvedimenti convenienti e può, anche, disporre l'allontanamento di lui dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore.

Ciò posto con riguardo all'esercizio della responsabilità genitoriale in modo disfunzionale all'interesse del minore tale da provocarne un pregiudizio, il confine tra la fattispecie di cui all'art. 330 c.c. e quella di cui all'art. 333 c.c. non è così

netto. In particolare, nel momento di avvio di un procedimento c.d. *de potestate*, spesso, non è preventivamente ipotizzabile se il provvedimento conclusivo sarà di limitazione o di decadenza.

In altri termini, in tale contesto non esiste un perimetro predeterminato, tanto è vero che il Pubblico Ministero solitamente richiede provvedimenti a tutela del minore ai sensi di entrambe le disposizioni normative di cui agli artt. 330 e 333 c.c. e, quindi, ben può succedere che un procedimento avviato per ottenere una misura di limitazione della responsabilità genitoriale si converta poi in una pronuncia di decadenza.

È presumibile, che all'art. 78, comma 3°, n. 1, c.p.c. venga data dalla prassi un'interpretazione estensiva reputando la necessarietà della nomina di un curatore speciale anche nei casi in cui vi sia solo la richiesta di limitazione della responsabilità genitoriale[23].

Al contempo, si deve altresì ritenere che al di là del dato testuale dell'ipotesi *sub* 1) in cui si fa espresso riferimento alle ipotesi di decadenza di entrambi i genitori, la nomina del curatore speciale debba avvenire anche nei casi in cui sia stata chiesta la decadenza e/o la limitazione della responsabilità genitoriale di uno soltanto dei genitori.

Il testo dell'art. 78, comma 3°, n. 1 c.p.c. deve essere, infatti, coordinato anche con l'art. 336 c.c. così come sarà novellato dal legislatore delegato. In proposito, si deve osservare che l'art. 1, comma 26°, della Legge delega, 26 novembre 2021, n. 206 sancisce il principio della nomina necessaria del curatore speciale del minore nei procedimenti sulla responsabilità genitoriale. In particolare, qualora il curatore speciale fosse già nominato sarà legittimato ad introdurre il procedimento, mentre qualora il ricorso sia introdotto da altri o il procedimento avviato d'ufficio, il giudice dovrà nominare il curatore speciale del minore concedendo al medesimo un termine per la sua costituzione "a pena di nullità del provvedimento di accoglimento".

Con riguardo alla successiva ipotesi *sub* 2) si segnala un difetto di coordinamento con il nuovo testo dell'art. 403 c.c. così come modificato dalla novella. In particolare, quest'ultima disposizione prevede che la nomina del curatore speciale avvenga al momento della convalida del provvedimento di allontanamento del minore da parte del giudice. Diversamente l'art. 78, comma 3°, n. 2 c.p.c. discorre

23 Cfr. Poliseno, B.: "Il curatore speciale del minore", cit., p. 294 rileva che "La lacuna senz'altro stride con il generale ed indiscriminato riferimento alla rappresentanza legale contemplato nel novellato art. 336 c.c. […]. La delega non opera alcuna distinzione in base ai soggetti coinvolti o al tipo di provvedimento de potestate richiesto". Nel senso che nei procedimenti in cui è richiesta la mera limitazione della responsabilità genitoriale non ricorra l'ipotesi di cui all'art.78, comma 3°, n. 1 bensì quella di cui al comma 4°, ovvero la possibilità di nomina facoltativa da parte del giudice, V. Donzelli, R.: *op.cit.*, § 5.

della nomina del curatore speciale facendo un richiamo generico "all'adozione dei provvedimenti ai sensi dell'art. 403". Ciò posto parrebbe opportuno, a mio avviso, che la nomina del curatore speciale del minore sia disposta sin dall'inizio della procedura affinché il minore sia assistito da un rappresentante durante tutto l'*iter* di allontanamento e non solo nella fase di convalida davanti al giudice.

Quanto alla previsione dell'obbligatorietà della nomina del curatore speciale nei procedimenti di affidamento e adozione del minore ai sensi degli artt. 2 ss. Legge, 4 maggio 1983, n. 184 essa recepisce l'orientamento già espresso dalla giurisprudenza di legittimità[24] in forza del quale nel procedimento di adottabilità e di abbandono, il minore quale parte necessaria, unitamente ai genitori, deve stare in giudizio per il tramite di un rappresentante legale[25].

L'ipotesi *sub* 3) si riferisce, invece, a quelle ipotesi in cui dai fatti emersi nel procedimento venga alla luce una situazione di pregiudizio per il minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte di entrambi i genitori. La norma, quindi, si riferisce a situazione nelle quali, durante lo svolgimento del giudizio e non dunque, esclusivamente sin dall'inizio, emergano situazione di contrasto tra gli interessi del minore e quelle dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale.

Questa ipotesi, a mio credere, va esaminata unitamente alla previsione di chiusura dell'art. 78 c.p.c. che al comma 4° contempla la nomina c.d. facoltativa disponendo che in ogni caso il giudice può nominare un curatore speciale quando i genitori appaiono, per gravi ragioni, temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore.

Per meglio comprendere la portata di queste norme è opportuno rammentare la Relazione di accompagnamento alla proposta di modifica dell' art. 78 c.p.c. in cui si legge che "Esistono, tuttavia, tutta una serie di casi gravi, di elevatissima conflittualità tra i genitori, che assume riflessi di forte pregiudizio del minore al punto da minare lo stesso suo sviluppo psico-fisico e, in alcuni casi più gravi, anche la sua salute, che però non necessariamente sfociano nell'avvio di un procedimento *de potestat*e, integrando solo una sostanziale ma graduale recisione del vincolo genitoriale nei confronti di un solo genitore ovvero neutralizzando, nella pratica, ogni provvedimento adottato dal giudice. In questi casi, il giudice del merito è tenuto a verificare in concreto l'esistenza potenziale di una situazione d'incompatibilità tra gli interessi del rappresentante e quello preminente del minore rappresentato e, sebbene non prevista normativamente, la figura del

24 Cass. Civ., 25 gennaio 2021, n. 1471, cit.; Cass. Civ., 8 giugno 2016, n. 11782, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, p. 349 ss., con nota di Galanti, L.: "Il minore come parte: finalmente il riconoscimento della Cassazione".

25 V. anche Poliseno, B.: "Il curatore speciale del minore", cit., pp. 292-293.

curatore speciale dei minori si rende, invero, necessaria quando i genitori siano (magari anche temporaneamente) inadeguati a tutelare la posizione del figlio in un processo in cui vengano discussi i suoi diritti, o sussista un conflitto di interessi tra il medesimo ed i genitori".

Sul punto per tentare di definire l'ambito applicativo delle disposizioni in commento potranno, a mio avviso, essere richiamati i giudizi sulla crisi familiare: si pensi ad esempio ai processi di separazione o divorzio, di modifica delle relative condizioni, di determinazione del regime di affidamento di figli nati da genitori non coniugati, ed ancora i giudizi *ex* art. 709 *ter* c.p.c. in cui si discute dell'affidamento del minore[26]. In altri termini, questa ipotesi suggerisce un richiamo a quella giurisprudenza richiamata nel paragrafo precedente, che era giunta a valorizzare anche in tali procedimenti la figura del curatore speciale riconoscendo il minore quale parte in senso processuale.

Al contempo, non si può fare a meno di osservare che si tratta di fattispecie applicative che implicano un certo margine di valutazione da parte del giudice laddove lo stesso è chiamato a qualificare in concreto il pregiudizio per il minore e l'inadeguatezza dei genitori, con evidenti ricadute, come poi avremo modo di vedere[27], in ordine alle conseguenze della mancata nomina del curatore.

L'ipotesi *sub* 3) di nomina obbligatoria comporta, dunque, – implicitamente - un margine di valutazione da parte del giudice poiché la fattispecie come delineata dal legislatore non è così chiara e definita, anzi si presenta dai contorni incerti e generica. Di riflesso, gli esiti di un errato giudizio da parte del giudice circa la riconducibilità o meno della fattispecie concreta al caso di nomina obbligatoria di curatore, potrà comportare problemi applicativi stante la gravità degli effetti riconducibili all'omessa nomina del curatore nelle ipotesi in cui sussisteva l'obbligatorietà.

Ma vi è di più, in sede interpretativa ed applicativa, sarà indispensabile tracciare dei criteri distintivi per distinguere, nell'ambito dell'inadeguatezza della rappresentanza del genitore, le ipotesi in cui ricorra l'obbligatorietà della nomina da quelle in cui sia lasciata la discrezionalità al giudice per la nomina. Al comma 3°, *sub* 3, l'art. 78 c.p.c. nel disciplinare un'ipotesi di nomina obbligatoria fa riferimento ad una inadeguata rappresentanza processuale del minore, mentre al comma 4° conferisce al giudice una possibilità di una scelta di nomina del curatore del minore pienamente discrezionale facendo riferimento nuovamente ad una inadeguata rappresentanza.

26 In tal senso V. Donzelli, R.: ivi.

27 V. infra § V.

Probabilmente la chiave di lettura per tentare di individuare una linea di demarcazione tra le due fattispecie attiene alla valorizzazione dell'avverbio "temporaneamente" contenuto nella fattispecie di cui al comma 4° e, quindi, reputare che tale ipotesi di nomina facoltativa trovi applicazione solo qualora per una determinata vicenda processuale il genitore non è in grado di rappresentare il minore, mentre, invece, qualora l'inadeguatezza sia "globale" ricorrerà l'ipotesi di nomina obbligatoria.

Va da sé che l'esame della fattispecie concreta dovrà essere oggetto di un attento vaglio da parte del giudice che si dovrà tradurre in un provvedimento adeguatamente motivato.

L'ultima ipotesi di nomina obbligatoria attiene alla richiesta che ne faccia il minore che abbia compiuto gli anni quattordici.

Si deve segnalare che l'art. 79 c.p.c. già prevedeva che la nomina del curatore speciale potesse essere richiesta anche dalla persona rappresentata sebbene incapace.

La legge non specifica le modalità attraverso le quali il minore possa formalizzare questa richiesta ma è plausibile ritenere che ne possa fare richiesta anche oralmente al giudice durante la fase di ascolto dallo stesso svolta.

III. IL RUOLO DEL CURATORE SPECIALE E L'ASCOLTO DEL MINORE.

Il riconoscimento espresso da parte dell'ordinamento della figura del curatore speciale del minore conduce ad una riflessione sulla sua natura e, dunque, anche sui poteri e i compiti allo stesso affidati.

Il curatore speciale assicura al minore una corretta rappresentanza e assistenza nell'ambito del processo, consentendo la costituzione in giudizio del medesimo e prendendo posizione sui fatti dedotti dai genitori attraverso la formulazione di domande e istanze istruttorie.

Il dato normativo non fornisce indicazioni su quali siano i professionisti che possano ricoprire la carica di curatore speciale, né quali competenze debbano possedere.

Le prassi applicative si sono orientate nel senso della nomina di un avvocato quale curatore speciale e ciò anche in linea con quanto previsto dall'art. 9, comma 2°, della Convenzione di Strasburgo ai sensi del quale gli Stati Parti "esaminano la possibilità di prevedere che, nei procedimenti che riguardano un minore,

l'autorità giudiziaria abbia il potere di designare un rappresentante distinto, nei casi opportuni un avvocato, che rappresenti il minore"[28].

Non si può fare a meno di osservare che il riconoscimento della qualità di parte processuale al minore deve consentire allo stesso di partecipare al processo per il tramite di un soggetto munito di capacità processuale ma che sia anche il suo difensore affinché possa essere assistito e rappresentato nel corso del giudizio con l'apporto di competenze tecniche.

Se dunque il minore è parte anche processuale del giudizio va da sé che ai sensi dell'art. 24, comma 2°, Cost. deve essere riconosciuto il diritto di difesa e dunque il diritto di servirsi di un tecnico del diritto quale è il difensore.

A mio avviso, dunque, alla luce dell'attuale disciplina, il curatore speciale è difensore tecnico del minore[29].

Ciò anche se, effettivamente, la norma, nonostante la sua nuova formulazione ad opera della Legge delega n. 206/2021, non discorra espressamente di difesa tecnica del minore.

Nel panorama legislativo solo l'art. 10 della Legge sull'adozione parla della nomina del "difensore" del minore e non usa il termine curatore utilizzato oggi, invece, dall'art. 78 c.p.c.

Ciononostante, anche se formalmente i due disposti normativi parlino di figure diverse, non vi è dubbio che la tipologia di controversie a cui si fa richiamo, ovvero ipotesi in cui i diritti del minore rivestono un ruolo centrale – come, ad esempio nei giudizi di responsabilità genitoriale o nel procedimento di allontanamento del minore dalla famiglia o all'affidamento preadottivo - la nomina del rappresentante tecnico si rende necessaria. In altri termini, siamo di fronte a procedimenti in cui i diritti indisponibili del minore costituiscono il nucleo primario del procedimento e per tale ragione è necessario l'intervento di un difensore.

Depone, a mio avviso, nel senso della natura del curatore quale difensore anche l'ulteriore previsione contenuta nell'art. 78 c.p.c. che prevede il conferimento di poteri sostanziali al curatore del minore – di cui si accennerà poi - che

28 In tal senso v. anche Poliseno, B.: "Il curatore speciale del minore", cit., p. 298 "il confronto con le prassi denota che, il più delle volte, il medesimo professionista investito della rappresentanza tecnica sia chiamato a svolgere anche il ruolo di curatore speciale del minore"; Russo, R.: *op.cit.,* p. 649 "nella prassi attuale è scelta ricorrente la nomina di un avvocato, anche per ragioni di economia processuale, posto che in tal caso il curatore può assumere l'ufficio di difensore ai sensi dell'art. 86 c.p.c.".

29 Sull'avvocato del minore v. Danovi, F.: "L'avvocato del minore nel processo civile", *Fam. e dir.*, 2014, p. 181; Dosi, G.: *op.cit.*, p. 121 ss.

evidentemente vanno diversificati dagli altri poteri (processuali) che non possono essere altro che quelli propri di un difensore.

Dunque, nell'ambito dell'art. 78 c.p.c. nel testo così novellato dalla Legge delega, 26 novembre 2021, n. 206 oggi si possono individuare due tipologie di curatore, quella "classica" così disciplinata dal secondo comma, e quella del "curatore-difensore tecnico" così come disciplinata ai novellati commi 3° e 4°.

In tale prospettiva è bene richiamare anche il testo dell'art. 80 c.p.c. come emendato dalla medesima novella legislativa in cui si prevede che il curatore debba procedere all'ascolto del minore.

A mio avviso detta previsione, in analogia a quanto già contenuto all'art. 10 della Convenzione di Strasburgo, depone nel senso qui prospettato ovvero che il ruolo del curatore non è di mero rappresentante del minore, bensì ne è il difensore.

L'ascolto di cui discorre la disposizione novellata va interpretato come un'attività volta a rapportarsi col minore-assistito. A ben vedere si tratta di una previsione, per certi versi, ovvia, poiché non vi è dubbio che per assistere un soggetto in ambito processuale e per recepire la sua opinione e/o volontà lo si debba ascoltare.

Si deve, al contempo osservare, che l'attività di ascolto che compie il curatore ha una natura e una funzione diversa di quella compiuta dal giudice nel corso del giudizio.

Innanzitutto, l'attività di ascolto che pone in essere il curatore va qualificata come atto extraprocessuale prodromico all'espletamento dei suoi compiti di rappresentanza e assistenza in giudizio: nessuna attività difensiva da parte del legale può essere posta in essere se prima non si procede ad un colloquio con il proprio assistito.

L'ascolto del minore da parte del curatore non è, dunque, qualificabile come atto processuale alla stregua dell'ascolto operato dal giudice in quanto sono diverse la finalità e il risultato[30].

In altri termini, il curatore procede all'ascolto del minore al fine di avere cognizione del suo pensiero e delle sue preferenze in merito all'oggetto del giudizio e ai provvedimenti che sono stati chiesti al giudice di pronunciare, e va espletato ai fini di predisporre un'adeguata difesa e individuare gli strumenti giuridici più

30 Cfr. Russo, R.: *op.cit.*, p. 648 la quale ha osservato che si tratta di un ascolto extraprocessuale, non dissimile da quello che l'art. 315 bis, comma 3°, c.p.c. impone ai genitori al fine di garantire che le decisioni importanti per la vita del minore siano prese tenendo conto della sua volontà e dei suoi sentimenti.

opportuni anche alla luce del suo *best interest*[31] e di un'opportuna e completa analisi del caso concreto[32].

Ulteriore corollario di questa impostazione è che non può a mio avviso trovare applicazione il disposto dell'art. 336-*bis*, comma 1°, seconda parte, c.c. in forza del quale "Se l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, il giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato" [33].

Una simile deroga non può essere invocata dal curatore che proprio nella sua qualità di difensore del minore non può esimersi dall'ascolto[34].

Al contempo non si può fare a meno di segnalare che la disposizione così novellata si limita però a contemplare solo uno dei compiti del curatore così come individuati chiaramente dalla Convenzione di Strasburgo che costituisce il punto di riferimento per l'interpretazione del nuovo art. 80 c.p.c.

Dunque, è possibile reputare che oltre all'ascolto, sul curatore-difensore incombe un dovere informativo in quanto deve illustrare al suo assistito-minore qual è la tipologia di procedimento in cui è coinvolto il suo diritto e quali saranno i contenuti del provvedimento che verrà reso al termine del giudizio. Non solo, il curatore-difensore dovrà, anche, spiegare al minore-assistito quali sono le conseguenze delle sue dichiarazioni all'interno del procedimento e le ripercussioni sulle decisioni che saranno assunte dal giudice.

Queste considerazioni inducono a riflettere sulla circostanza che l'assunzione del ruolo di difensore del minore comporta un impegno diverso e forse anche più gravoso di quello richiesto nella difesa dell'adulto.

Va da sé che non è sufficiente la preparazione tecnico-giuridica, ma il difensore deve possedere delle competenze ulteriori che gli consentano di compensare il deficit di maturità del minore che lo limita nella comprensione della vicenda processuale e dei risultati del procedimento.

---

31 V. Cesaro, G.O.: "Il curatore speciale e la protezione dei best interests of the child: la tecnica del bilanciamento", *Fam. dir.*, 2020, p. 871, evidenzia che il curatore speciale "dovrà determinare quali siano gli interessi del minore che, portati nel processo, saranno dal giudice eventualmente bilanciati con quelli di altri soggetti: prendendo in considerazione tutti i *best interests*, il curatore deve determinare il *best interest*, ossia quello che sarà portato nel giudizio. Il suo scopo deve essere quello di far sì che la tutela degli interessi del minore sia la più ampia possibile".

32 Cfr. Al Mureden, E.: "Le famiglie dopo il divorzio tra libertà e continuità dei legami affettivi", *Fam. dir.*, 2021, p. 23.

33 In senso critico sulle deroghe dell'ascolto da parte del giudice sia consentito il richiamo a Durello, L.: "La tutela processuale dei figli nati fuori dal matrimonio", in AA.VV.: *Diritto processuale di famiglia* (a cura di A. Graziosi), Torino, 2016, pp. 121-122.

34 Nel senso invece che il curatore deve procedere all'ascolto del minore nei limiti in cui l'ascolto medesimo è obbligatorio, V. Donzelli, R.: *op.cit.*, § 5.

In tale contesto, l'esercizio della difesa si può esplicare mettendo a disposizione del minore non solo gli strumenti giuridici ma anche le conoscenze psicologiche.

Non vi è dubbio che il soggetto che ricoprirà il ruolo di curatore dovrà possedere delle peculiari capacità per consentire al minore di comprendere la valenza giuridica della situazione processuale e per fargli comprendere gli effetti delle sue dichiarazioni[35].

Se dunque il curatore speciale del minore così come disegnato dalla legge di riforma è difensore del minore[36], allora l'obbligo dell'ascolto e i doveri informativi che sul medesimo incombono devono essere intesi come regole etiche di condotta.

Proprio l'aspetto dell'ascolto è delicato se posto in relazione all'art. 56 del Codice Deontologico forense che, come noto, fa divieto agli avvocati dei genitori di poter interloquire con i figli minori senza avere il consenso di tutte le parti, salvo il conflitto di interessi.

È evidente che la nuova formulazione dell'art. 80 c.p.c. impone più che mai un adeguamento della norma deontologica contenuta nell'art. 56 che disciplini il profilo dell'ascolto condotto dal curatore.

In questo quadro sono estremamente interessanti le Raccomandazioni del Consiglio Nazionale Forense all'indomani dell'entrata in vigore della nuova disciplina del curatore speciale del minore[37] che in sintesi, e ai fini di quanto sinora esposto, prevedono che:

35 Russo, R.: *op.cit.*, p. 650 rileva che "al minore si deve infatti assicurare tutela non solo tramite il prodotto finale e cioè un provvedimento che attui i suoi diritti e risponda ai suoi migliori interessi, ma anche la tutela procedimentale: ciò vuol dire assicurare la partecipazione al processo rispettandone la condizione di vulnerabilità, in modo da evitare che la partecipazione al processo, anziché il momento in cui si esercita un diritto, divenga fonte di trauma e di danno".

36 In questo senso anche Cecchella, C.: "I diritti del minore nel processo italiano, tra difesa tecnica e ascolto", cit., p. 181 ss.

37 Raccomandazioni del Consiglio Nazionale Forense del 22 giugno 2022, così recitano "Il Curatore speciale del minore nello svolgimento del proprio incarico dovrà sempre rammentare i principi generali di cui all'art. 9 CDF, tra i quali riteniamo di sottolineare: INDIPENDENZA COMPETENZA CORRETTEZZA E LEALTA'
Il Curatore speciale del minore deve avere sempre tutela e rispetto della propria indipendenza dal Giudice e dalle parti, svolgendo il proprio ruolo nel solo e preminente interesse del minore nel rispetto anche dei diritti garantiti allo stesso dalla Costituzione e dalle Convenzioni internazionali. Il Curatore speciale del minore deve curare la propria competenza professionale attraverso l'acquisizione di una formazione, anche multidisciplinare, adeguata e avere un aggiornamento costante nelle materie attinenti al diritto della famiglia, delle persone e dei minori. Il Curatore speciale del minore deve svolgere il proprio incarico con correttezza e lealtà in collaborazione con tutte le parti e nell'interesse del minore I principi generali si sostanziano nelle seguenti raccomandazioni:
1. DEONTOLOGIA
Il Curatore speciale del minore deve comportarsi sempre avendo a mente la ricorrenza dei principi generali che costituiscono gli imprescindibili canoni deontologici contenuti agli artt. 9, 14 e 15, e 19 del Codice Deontologico Forense. Il Curatore speciale del minore ha il dovere di evitare incompatibilità nel rispetto dell'art. 24 CDF e ha inoltre l'obbligo di astenersi dall'assumere l'incarico ove abbia assistito in altre controversie, anche con oggetto diverso, le persone appartenenti allo stesso nucleo familiare. Il Curatore speciale del minore nel rispetto dell'art. 18, comma 2, CDF garantisce l'anonimato del proprio assistito e si astiene dal comunicare con ogni mezzo informazioni relative al procedimento.

- il curatore deve rispettare i canoni deontologici di cui agli artt. 9, 14, 15 e 19 del codice deontologico e ha il dovere di evitare incompatibilità nel rispetto dell'art. 24 del codice deontologico astenendosi dall'incarico laddove abbia già assistito le persone appartenenti allo stesso nucleo familiare;

- per quanto riguarda la costituzione in giudizio, il curatore nominato assumerà con tempestività le informazioni necessarie, ascolterà il minore ed esaminerà gli atti e i documenti di causa;

- il curatore al quale sia attribuita la rappresentanza sostanziale del minore, deve attivarsi affinché il Giudice specifichi in concreto i poteri e gli obiettivi specifici ai quali siano finalizzati;

- il curatore mantiene continui contatti e rapporti improntati a correttezza e lealtà con il tutore, laddove esistente, con i servizi sociali, con gli educatori, con i responsabili delle comunità, con il personale sanitario, con gli affidatari (o l'ente affidatario), con gli insegnanti, nonché con tutti gli altri soggetti che a vario titolo si occupano del minore;

- il curatore deve procedere all'ascolto del minore capace di discernimento, con modi e termini a lui comprensibili, fornendogli, in relazione all'età e al suo sviluppo psicofisico, le informazioni ritenute più utili.

---

2. PATROCINIO A SPESE DELLO STATO
Il Curatore speciale che assuma le vesti di difensore, ove ricorrano i presupposti pervisti dal DPR 115/2002, deposita - in nome e per conto del minore - istanza per l'ammissione al Patrocinio a Spese dello Stato, in applicazione anche del disposto di cui all'art. 27, IV comma 4, CDF.
3. COSTITUZIONE IN GIUDIZIO
Il Curatore speciale del minore, dopo la nomina, con tempestività assumerà le informazioni necessarie dalle parti e dai soggetti coinvolti, ascolterà il minore, esaminerà gli atti e i documenti per procedere alla costituzione in giudizio nel preminente interesse del minore e nel rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa delle parti, partecipando personalmente alle udienze.
4. RAPPRESENTANZA SOSTANZIALE
Il Curatore speciale del minore al quale l'Autorità Giudiziaria procedente abbia attribuito poteri di rappresentanza sostanziale, qualora ciò non sia già avvenuto, deve attivarsi affinché il Giudice specifichi in concreto tali poteri e gli obiettivi specifici ai quali siano finalizzati.
5. COLLABORAZIONE CON TUTTE LE PARTI DEL PROCESSO
Nell'adempimento del proprio mandato, il Curatore speciale del minore mantiene continui contatti e rapporti improntati a correttezza e lealtà con il tutore, laddove esistente, con i servizi sociali, con gli educatori, con i responsabili delle comunità, con il personale sanitario, con gli affidatari (o l'ente affidatario), con gli insegnanti, nonché con tutti gli altri soggetti che a vario titolo si occupano del minore. I contatti con genitori, parenti e parti private dovranno sempre avvenire per il tramite dei rispettivi difensori, in ossequio alle norme deontologiche.
6. ASCOLTO
a) Il Curatore speciale deve procedere all'ascolto del minore capace di discernimento, con modi e termini a lui comprensibili, fornendo allo stesso - anche in relazione all'età e al suo sviluppo psicofisico - le informazioni ritenute più utili a comprendere l'oggetto del procedimento che lo riguarda. Il Curatore speciale, inoltre, in virtù dell'incarico ricevuto, deve fornire al minore adeguate informazioni e spiegazioni relative al ruolo che è chiamato a svolgere e relative alle decisioni assunte che lo riguardano.
b) Il Curatore speciale deve individuare il luogo più idoneo per effettuare i colloqui con il minore. Inoltre, deve valutare le modalità di ascolto e di comunicazione ritenute più adeguate all'età e alle condizioni psicofisiche del minore.
c) Il Curatore speciale, infine, deve chiarire al minore che sia capace di discernimento, con modi e termini a lui comprensibili, che la sua opinione sarà tenuta in debita considerazione ma non necessariamente accolta.
d) Il Curatore speciale del minore può assistere ad eventuali operazioni peritali riferibili al minore".

Più sopra si è anticipato che la Legge delega, 26 novembre 2021, n. 206 ha introdotto la possibilità per il giudice di conferire al curatore speciale, con il provvedimento di nomina, specifici poteri di rappresentanza sostanziale.

Dal punto di vista teorico, la possibilità della nomina di curatore speciale *ad acta* per il compimento di uno o più atti di natura patrimoniale era già contemplata dall'art. 320, comma 6°, c.c. nelle ipotesi in cui sorga un conflitto di interessi patrimoniali tra i figli soggetti alla responsabilità genitoriale, o tra essi e i genitori o quello di essi che esercita in via esclusiva la responsabilità genitoriale.

Del resto, si segnala che prima dell'introduzione del novellato art. 80 c.p.c., si sono registrate prassi dei tribunali di merito che conferivano al curatore speciale del minore, poteri di rappresentanza sostanziale. In particolare, in una recente decisione del Tribunale di Treviso sono stati conferiti al curatore speciale poteri in ordine alle "decisioni inerenti gli interventi di sostegno e/o terapeutici, anche ove gli stessi siano suggeriti dal SEE, dalla scuola, dai Servizi Sociali affidatari o dai professionisti che hanno in cura il minore"[38]. In particolare, secondo la prospettazione del giudice di merito stante l'incapacità dei genitori nel concordare un indirizzo con riguardo alle problematiche del figlio minore, si era reputato opportuno attribuire al curatore speciale poteri di intervento sostanziale proprio con riguardo a tale profilo.

E ancora in altra recente pronuncia del medesimo Tribunale è stato attribuito al curatore speciale del minore il potere di assumere tutte le decisioni inerenti all'ordinaria gestione dei minori, prevedendo anche che per le decisioni riguardanti l'istruzione, l'educazione, la salute e la residenza degli stessi, vi sia la previa convocazione dei Servizi Sociali affidatari e la concertazione con i genitori[39].

Ora, è plausibile immaginare che tramite il nuovo terzo comma dell'art. 80, c.p.c., il curatore speciale del minore potrà essere di aiuto per la risoluzione di situazioni di particolare conflittualità che possono sorgere nei casi di affidamento condiviso e che generano situazioni di stallo pregiudicando il minore.

È evidente, al contempo, che spetta al giudice valutare, in ragione dei caratteri e delle peculiarità della fattispecie, il tipo di poteri da attribuire al curatore e le concrete modalità di esercizio del potere allo stesso conferito, prevedendo altresì l'obbligo di relazionare e aggiornare periodicamente il medesimo giudice sull'attività svolta.

38 Trib. Treviso, 28 giugno 2022, *www.avvocatipersonefamglie.it*.

39 Trib. Treviso, 26 aprile 2022, *www.avvocatipersonefamglie.it*.

Non si può fare a meno, tuttavia, di sollevare delle perplessità sul conferimento di questi poteri extraprocessuali al curatore speciale, da un lato sotto il profilo della remunerazione, posto che il curatore speciale viene remunerato sulla base delle competenze processuali e, dall'altro, con riguardo alla responsabilità professionale posto che il curatore-difensore è coperto dalla assicurazione professionale per attività di tipo processuale e non sostanziale.

IV. IL PROCEDIMENTO DI NOMINA E DI REVOCA.

In via preliminare, riprendendo quanto più sopra esposto, dal punto di vista della legittimazione attiva va osservato che la stessa spetta non solo al Pubblico Ministero, ad uno o entrambi i genitori e a chiunque vi abbia interesse ma anche al giudice che, come detto, vi può provvedere *ex officio* e al minore che abbia compiuto quattordici anni a prescindere dal fatto che i genitori siano o meno adeguati a rappresentarlo nel procedimento.

La competenza a pronunciare il provvedimento di nomina del curatore speciale si continua a determinare *per relationem* con riguardo alla competenza per la causa di merito.

Dunque, prima dell'instaurazione del giudizio, il ricorso sarà proposto di fronte al Presidente dell'ufficio giudiziario innanzi al quale si voglia intraprendere la causa, mentre, qualora l'esigenza della nomina del curatore emerga nel corso del giudizio di merito e in relazione allo stesso, il giudice competente sarà quello investito della controversia.

Quanto al rito si applicano le norme sul procedimento in camera di consiglio *ex* art. 737 ss. c.p.c. e quindi la forma dell'atto introduttivo sarà il ricorso, al quale seguirà il decreto di fissazione dell'udienza e la convocazione delle parti[40].

Una volta investito della domanda, il giudice assumerà sommarie informazioni ed emanerà un provvedimento che dovrà essere succintamente motivato nel caso di nomina facoltativa avendo cura di illustrare le ragioni per le quali ritiene che sussista "un pregiudizio per il minore tale da precludere l'adeguata rappresentanza processuale da parte dei genitori"[41].

40 In generale sui procedimenti in camera di consiglio v. Arieta, G.: voce *Procedimenti in camera di consiglio*, *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 435 ss.; Civinini, M.G.: *I procedimenti in camera di consiglio*, *Giur. sist. dir. proc. civ.*, diretta da Proto Pisani, Torino, 1994; Laudisa, L.: voce *Camera di consiglio. I, Procedimenti in camera di consiglio – diritto processuale civile*, *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, p. 1 ss.; Micheli, G.A.: voce *Camera di consiglio* (dir. proc. civ.), *Enc. dir.*, V., Milano, 1959, p. 981 ss.; Proto Pisani, A.: "Usi e abusi della procedura camerale ex artt. 737 e ss. c.p.c.", *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 393 ss.; Cerino Canova, A.: "Per la chiarezza di idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria", *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 431 ss.

41 Si rimanda al § successivo per ulteriori considerazioni sul tema.

Ad ogni modo, al di là del dato testuale, che pare richiedere solo per le ipotesi di nomina facoltativa del curatore speciale del minore una motivazione da parte del giudice, si deve reputare che la stessa debba essere garantita anche nelle ipotesi di nomina obbligatoria e in particolare con riguardo alla fattispecie di cui all'art.78, comma 3°, *sub* 3) c.p.c.

Come già anticipato[42] la delimitazione dell'ambito di applicazione di quest'ultima ipotesi e la sua differenziazione con l'ipotesi di nomina facoltativa di cui al comma 4°, non è di semplice individuazione.

Va da sé che la situazione da cui scaturisce l'obbligatorietà o la facoltatività della nomina deve essere vagliata attentamente dal Giudice e trasfusa in un'adeguata motivazione.

Quanto al momento in cui sorge in capo al giudice il potere di pronunciare il provvedimento di nomina, si deve evidenziare che quanto alle ipotesi *subb* 1 e 2 ciò debba avvenire all'inizio del procedimento mentre nelle altre ipotesi – in cui viene in rilievo un giudizio circa l'adeguatezza dei genitori – evidentemente l'esigenza sorgerà in corso di causa.

Come più sopra già anticipato l'art.1, comma 26°, della legge, 26 novembre 2021, n 206 prevede la modifica dell'art. 336 c.c. nel senso che anche il curatore speciale già nominato sia legittimato a chiedere i relativi provvedimenti.

Il provvedimento di conferimento di poteri di rappresentanza viene definito dalla legge come non impugnabile e ciò evidentemente per evitare inutili contenziosi, soprattutto da parte dei genitori, che potrebbero allungare i tempi e impedire un'adeguata difesa del minore[43].

Al contempo, non pare applicabile il disposto dell'art. 177 c.p.c. in virtù del quale le ordinanze dichiarate non impugnabili non sono revocabili e modificabili dallo stesso giudice che le ha emesse.

Da un lato, infatti, l'art. 80 c.p.c. contempla in maniera espressa la revoca e/o modifica dell'ordinanza di nomina nell'eventualità in cui sia venuti meno i presupposti.

Dall'altro, trattandosi di provvedimento che riguarda il minore e, dunque, *latu sensu* in materia di famiglia, è una decisione assunta *rebus sic stantibus* e come tale sempre modificabile e revocabile al mutare delle circostanze di fatto.

42 V. *supra* § II.

43 Cfr. Russo, R.: *op.cit.*, p. 648.

Ebbene, l'art. 80 c.p.c. dispone che il minore che abbia compiuto quattordici anni, i genitori o il pubblico ministero possono chiedere la revoca del curatore per gravi inadempienze o perché mancano o sono venuti meno i presupposti per la sua nomina.

Anche il procedimento di revoca seguirà la disciplina del rito camerale *ex* art. 737 ss. c.p.c.

Va al contempo precisato che la revoca non potrà essere richiesta nelle fattispecie di cui all'art. 78, comma 3°, n. 1) e 2), c.p.c. in cui la nomina del curatore è imposta dalla legge[44]. O meglio, in queste ipotesi, potrà essere richiesta la "sostituzione" del curatore nel caso si sia reso gravemente inadempiente agli obblighi assunti.

Quanto alla "durata" degli effetti della nomina del curatore e, dunque, dei poteri allo stesso conferiti, si deve reputare che anche dopo il termine del procedimento lo stesso mantenga il potere di impugnare il provvedimento e di resistere in un eventuale giudizio di impugnazioni da altri instaurato[45].

V. Le conseguenze della mancata nomina del curatore speciale del minore.

Da ultimo, devono essere esaminate le conseguenze dal punto di vista processuale che scaturiscono dalla mancata nomina del curatore speciale del minore.

La sanzione prevista dal novellato art. 78, comma 3°, c.p.c. per le ipotesi di omessa nomina del curatore nei casi in cui il giudice avrebbe dovuto procedervi obbligatoriamente, è radicale, comportando, si legge nel testo normativo, la "nullità degli atti del procedimento".

Così come delineato, il regime della nullità conseguente alla mancata nomina del curatore speciale sembrerebbe escludere il regime della carenza dei presupposti processuali.

Invero, quando si discorre di nullità degli atti del procedimento, così come fa il comma 3° dell'art. 78 c.p.c., si fa riferimento alle nullità formali e non a quelle extraformali derivanti dalla carenza di un presupposto processuale[46].

Diverse sono, poi, anche le conseguenze a livello processuale, mentre nel primo caso l'omessa nomina del curatore speciale darebbe luogo ad una ipotesi di nullità

44 Donzelli, R.: *op.cit.*, § 5.

45 Poliseno, B.: "Il curatore speciale del minore", cit., p. 296 ss.

46 Sul tema Denti, E.: *Nullità degli atti processuali civili*, *Novissimo Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 470.

del giudizio che, una volta dedotto come vizio in appello, non provocherebbe la rimessione al primo giudice e, quindi, si tratterebbe di un vizio assoggettato al principio della conversione dei vizi di nullità in motivi di gravame. Per l'effetto, il giudice d'appello dovrebbe decidere la causa nel merito, rinnovando l'atto nullo[47].

Nell'altra ipotesi, invece, in quanto integrante un difetto di contraddittorio, in sede di appello la deduzione del vizio comporterà la rimessione della causa al giudice di primo grado *ex* art. 354 c.p.c.

A mio avviso per cercare di tracciare una linea interpretativa è opportuno ancora una volta richiamare la giurisprudenza che si è formata ante novella legislativa.

Ebbene, secondo la prospettazione della giurisprudenza di legittimità "nei giudizi riguardanti l'adozione di provvedimenti limitativi, ablativi o restitutivi, della responsabilità genitoriale, riguardanti entrambi i genitori, l' art. 336, comma 4°, così come modificato dalla l. n. 149/2001, art. 37, comma 3°, in ragione del conflitto di interessi verso entrambi i genitori, richiede la nomina di un curatore speciale del minore, *ex* art. 78 c.p.c., ove non sia stato nominato un tutore provvisorio, il quale assume la veste di litisconsorte necessario"[48]. Ne discende che l'assenza di quest'ultimo, che dunque ha pregiudicato in concreto la rappresentanza del minore, determina "la nullità del procedimento" *ex* art. 354 c.p.c. con necessaria "rimessione della causa al primo giudice, ai sensi dell›art. 383, c.p.c., comma 3°, perché provveda all'integrazione del contraddittorio"[49].

Venendo all'attuale formulazione dell'art. 78, comma 3°, c.p.c. è possibile concludere che un difetto di contraddittorio legittimante la rimessione della causa al giudice di prime cure possa verificarsi qualora non sia nominato il curatore nelle ipotesi *subb* 1) e 2) poiché nell'ambito di tali giudizi il minore non è privo della rappresentanza dei genitori[50].

Mentre nelle altre ipotesi di nomina obbligatoria – ovvero in caso di richiesta del minore ultraquattordicenne o di inadeguata rappresentanza processuale da parte dei genitori – il contraddittorio è comunque garantito dalla presenza dei genitori quali rappresentanti legali dei minori. La mancata nomina del curatore speciale in queste ipotesi non va dunque ad inficiare il contraddittorio ma attiene

47 Con riguardo all'ipotesi di mancata nomina del curatore speciale, v. Cass. Civ., 25 settembre 2009, n. 20659, *Mass. giur.it.*, 2009.

48 Cass. Civ., 15 luglio 2021, n. 20248, *Ced Cass.*; Cass. Civ. 6 dicembre 2021, n. 38719, *OneLegale*; Cass. Civ., 5 maggio 2021, n. 11786, cit.

49 V. Cass. Civ., 25 gennaio 2021, n. 1471, cit.

50 In senso conforme Donzelli, R.: *op.cit.*, § 5.

all'esercizio di poteri processuali e come tale non implica la rimessione al giudice di primo grado *ex* art. 354 c.p.c. ma determina la rinnovazione degli atti nulli[51].

51 Donzelli, R.: *op.cit.*, § 5.

BIBLIOGRAFÍA.

Al Mureden, E.: "Le famiglie dopo il divorzio tra libertà e continuità dei legami affettivi", *Fam. dir.*, 2021, p. 23

Arceri, A.: "Il minore ed i processi che lo riguardano: una normativa disapplicata", *Fam. dir.*, 2009, p. 869 ss.

Arceri, A.: "*Il minore nel nuovo processo familiare: le regole sull'ascolto e la rappresentanza*", *Fam. dir.*, 2022, p. 386 ss.

Arieta, G.: voce *Procedimenti in camera di consiglio*, *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 435 ss.

Cecchella, C.: *I diritti del minore nel minore nel processo italiano, tra difesa tecnica e ascolto, Familia*, 2022, p. 169 ss.

Cecchella, C.: *Il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie della legge delega di riforma del processo civile*, *Quest. giust.*, 2021, 239 ss.

Cerino Canova, A.: "Per la chiarezza di idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria", *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 431 ss.

Cesaro, G.O.: "Il curatore speciale e la protezione dei best interests of the child: la tecnica del bilanciamento", *Fam. dir.*, 2020, p. 871

Civinini, M.G.: *I procedimenti in camera di consiglio*, *Giur. sist. dir. proc. civ.*, diretta da Proto Pisani, Torino, 1994

Conti, E.: *Considerazioni sulla potestà dei genitori*, in AA.VV.: *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973, p. 225 ss.

Danovi, F.: "Le ragioni per una riforma della giustizia familiare e minorile", *Fam. dir.*, 2022, p. 323 ss.

Danovi, F.: "Il curatore speciale del minore quale ulteriore raccordo tra giudice minorile e giudice ordinario", *Fam. dir.*, 2019, p. 695 ss.

Danovi, F.: "L'avvocato del minore nel processo civile", *Fam. dir.*, 2014, p. 181

Denti, E.: *Nullità degli atti processuali civili*, *Novissimo Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 470

Dittrich, L.: "*Il curatore speciale processuale*", *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 840 ss.

Donzelli, R.: "Prime riflessioni sul minore come parte del processo alla luce della riforma del processo civile", *Judicium*, 2022

Dosi, G.: *L'avvocato del minore*, Torino, 2015, p. 143 ss.

Durello, L.: "La tutela processuale dei figli nati fuori dal matrimonio", in AA.VV.: *Diritto processuale di famiglia* (a cura di A. Graziosi), Torino, 2016, pp. 121-122.

Galanti, L.: "Il minore come parte: finalmente il riconoscimento della Cassazione", in *Riv. trim. dir.* e *proc. civ.*, 2017, p. 349 ss.

Giangaspero, P.: "Procedimenti di volontaria giurisdizione e tutela degli interessi del minore: una decisione interlocutoria della Corte costituzionale", *Fam. dir.*, 2001, p. 121 ss.

Giardina, F.: "I rapporti personali tra genitori e figli", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1352 ss.

Graziosi, A.: "Sui provvedimenti provvisori ed urgenti nell'interesse dei genitori e dei figli", *Fam. dir.*, 2022, p. 368 ss.

Graziosi, A.: "Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo", *Fam. dir.*, 2010, p. 37

Graziosi, A.: "Le procedure contenziose in materia di famiglia nel quadro dell'ordinamento giuridico italiano", AA.VV.: *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, Milano, 2004, I, p. 369 ss.

Laudisa, L.: voce *Camera di consiglio. I, Procedimenti in camera di consiglio – diritto processuale civile*, *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, p. 1 ss.

Lupoi, M.A.: "Il processo di famiglia", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 1008 ss.

Magno, G.: *Il minore come soggetto processuale. Commento alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli*, Milano, 2011, p. 6 ss.

Matteini Chiari, S.: *Il minore nel processo*, Milano, 2014

Micheli, G.A.: voce *Camera di consiglio* (dir. proc. civ.), *Enc. dir.*, V., Milano, 1959, p. 981 ss.

Moro, A.C.: *Manuale di diritto minorile*, Torino, 2008, p. 465 ss.

Nascosi, A.: "La nomina del curatore speciale nel giudizio di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità", *La nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 1035-1040.

Pelosi, A.C.: "Potestà dei genitori", in AA.VV.: *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, Padova, 1977, p. 769 ss.

Poliseno, B.: *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017, p. 252 ss.

Poliseno, B.: "Il curatore speciale del minore", in AA.VV.: *La riforma del giudice e del processo per le persone, per i minori e per le famiglie*, (a cura di C. Cecchella), Torino, 2022, p. 85 ss.

Proto Pisani, A.: "Battute di arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile", *Foro it.*, 2002, I, c. 3302

Proto Pisani, A.: "Usi e abusi della procedura camerale ex artt. 737 e ss. c.p.c.", *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 393 ss.

Querzola, L.: *Il processo minorile in dimensione europea*, Bologna, 2010, p. 83 ss.

Ruo, M.G.: *Il curatore del minore. Compiti, procedure e responsabilità*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 21 ss.

Russo, R.: "La partecipazione del minore al processo nella riforma del rito civile", *Fam. dir.*, 2022, p. 647 ss.

Sesta, M.: "La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia", *Fam. dir.*, 2021, p. 763.

Tommaseo, F.: "La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile", *Fam. dir.*, 2011, p. 547 ss.

Tommaseo, F.: "Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile", *Fam. dir.*, 2007, p. 409

Tommaseo, F.: "Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali", *Fam. dir.*, 2006, p. 388 ss.



NUEVOS INTERVINIENTES EN PROCESOS DE FAMILIA Y PROVISIÓN DE MEDIDAS DE APOYO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD

NEW PROFESSIONALS INTERVENING IN PROCEEDINGS DEALING WITH FAMILY AND IN THE PROVISION OF SUPPORT MEASURES FOR PERSONS WITH DISABILITIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1890-1913

Francisco
de Asís
GONZÁLEZ
CAMPO

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Los procesos de familia y de provisión de medidas de apoyo se configuran como procesos especiales en tanto que, por la especial naturaleza de los mismos y su finalidad tuitiva, su regulación se aparta de la de los declarativos civiles adoptando una distinta normativa en materia de intervención de oficio y prueba tendente a asegurar la mejor decisión judicial.

En esa distinción, y especialmente tras la reforma producida por la Ley 8/2021, si bien no solamente tras ella, se ha producido una notable modificación en el ámbito de la discapacidad y el derecho de las personas con discapacidad a entender y ser entendidos; a su vez, concurren nuevos intervinientes en el ámbito de los procesos de familia. Así, se modifican los preceptos sobre capacidad y representación, se prevé la figura del facilitador, se incrementan las derivaciones a mediación intrajudicial, o, en sede de ejecución, interviene una nueva figura -el coordinador de parentalidad-; se acrecienta la necesaria especialización de jueces -de familia, en orden separado del civil- y letrados –"abogado del niño"-; y, a su vez, en sede probatoria, continúa la controversia sobre el valor de los informes psicosociales.

En el presente trabajo se pretende exponer tales nuevos intervinientes procesales y cómo, en tales procesos especiales, la función del Juez, pese al formal aseguramiento de su función, resulta controvertida ante la creciente participación de otros intervinientes -no ya por la participación de éstos, sino por la automaticidad del valor dado a la misma en detrimento del ámbito decisorio del Juez-; y ello, en un contexto en el que, sin embargo, se postula la mayor especialización de tal jurisdicción. Para ello se indicarán las características y funciones de aquellos "nuevos" intervinientes y cómo, en ocasiones, la misma se realiza con una deficiente normativa reguladora de tal intervención para, finalmente, realizar una conclusión sobre la participación de tales nuevos intervinientes en relación con la función del Juez.

PALABRAS CLAVE: Ley 8/2021; procesos de familia; apoyo; persona con discapacidad; facilitador; coordinador de parentalidad.

ABSTRACT: *The family processes and the provision of support measures are configured as special processes insofar as, due to their special nature and their protective purpose, their regulation deviates from that of civil declarations, adopting a different regulation regarding intervention. ex officio and evidence aimed at ensuring the best judicial decision.*

In this distinction, and especially after the reform produced by Law 8/2021, although not only after it, there has been a notable reform in the field of disability and the right of people with disabilities to understand and be understood; in turn, in the field of family processes, there are new subjects involved in such processes. Thus, the precepts on capacity and representation are modified, the figure of the facilitator is foreseen, referrals to intra-judicial mediation are increased, or, in the place of execution, a new figure intervenes -the parenting coordinator-; the necessary specialization of judges -of family, in order separated from the civil one- and lawyers -"lawyer of the child"- is increased; finally, the controversy over the value of psychosocial reports continues.

In the present paper it is intended to expose such new procedural participants and how, in such special processes, the function of the Judge, despite the formal assurance of his function, is controversial in the face of the growing participation of other participants, not only their participation but because of the automaticity of the value given to it; and this, in a context in which, however, the greater specialization of such jurisdiction is postulated. For this, the characteristics and functions of those "new" interveners will be indicated and how, on occasions, it is carried out with a deficient regulatory regulation of such intervention to, finally, make a conclusion on said situation detected in the function of the Judge and relationship with these new participants.

KEY WORDS: *Law 8/2021; family processes; support; disabled person; facilitator; parenting coordinator.*

SUMARIO.- I. LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 8/2021 EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.- II. PROCESOS ESPECIALES Y ACCESO A LA JURISDICCIÓN POR LA PERSONA CON DISCAPACIDAD: INTERVENCIONES Y AJUSTES NECESARIOS.- 1.- Breve referencia a los procesos especiales en la LEC.- 2.- El -debido y efectivo- acceso a la jurisdicción de la persona con discapacidad y los –necesarios- ajustes en el proceso.- III. NUEVOS INTERVINIENTES EN LOS PROCESOS DE PROVISIÓN DE APOYOS A PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE FAMILIA.- 1.- El facilitador -judicial o voluntario- de la persona con discapacidad.- 2. El coordinador de parentalidad.

I. LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 8/2021 EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica adecúa nuestro ordenamiento jurídico a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, ratificada y vigente [1] en el Reino de España.

Supone, en palabras del propio legislador, un hito fundamental en el trabajo de "adaptación ... [y] puesta al día de nuestro Derecho interno en … el … respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica". Con ello, "se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones"[2]. En efecto, parte de la premisa de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad que podrán, en su caso, y conforme al artículo 12 de la Convención, ser meritorios del "apoyo" necesario para el ejercicio de tal capacidad[3].

Tal reforma –tanto "común y directa" del ordenamiento jurídico y, por tanto, de la norma procesal, como "indirecta" del ámbito procesal[4]- se produce, sobre

1 La Convención fue ratificada por el Reino de España mediante Instrumento al efecto de 22 de noviembre de 2007 publicado en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, B.O.E.) de 21 de abril de 2008. De acuerdo con el artículo 45 de la Convención, entró en vigor, para el Reino de España, el 3 de mayo de 2008.

2 Apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021.

3 Garcimartín Montero, R.: *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp.19-50.

4 González Campo, FdA.: "Procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad: valoración de la reforma procesal del Anteproyecto de 2018", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. por De Salas y Mayor), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 467-499.

• Francisco de Asís González Campo
Profesor asociado de Derecho Procesal. Universidad de Zaragoza. fdagc@unizar.es

las nuevas situaciones fácticas y jurídicas, y sobre las anteriores, al establecerse, junto a un sistema transitorio[5], la revisión –de oficio- de las así ya declaradas bajo la derogada normativa[6] así como la aplicación del nuevo régimen a los procesos en tramitación[7]. Tras su vigencia, se acomete la adecuación –no por vez primera[8]- de nuestro ordenamiento a la referida Convención mediante una profunda e integral reforma normativa en materia civil y procesal; ello con una nítida vocación reformista y modificación de un ámbito –la autonomía, igualdad y protección de las personas con discapacidad- que afecta a diversas disciplinas, sectores y normas cuales, en especial, del ámbito:

- Civil: capacidad, minoría de edad, persona con discapacidad, tutela, curatela, desamparo, sucesiones, derecho hipotecario y registro civil, principalmente;

- Procesales: mediante la reforma de los procesos contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) y en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), como de aspectos, términos y conceptos procesales comunes que, más allá del cambio nominativo o terminológico, suponen una vocación conciliadora entre, por un lado, la finalidad tuitiva de la norma –mediante tres medidas de apoyo: guarda de hecho, defensor judicial y curatela-, y, por otro, el respeto a la autonomía, consideración, voluntad, empoderamiento de tales sujetos y la individual y concreta contemplación de su situación fáctica y subsiguiente protección jurídica.

Con ello se alcanza la principal consecuencia reflejo del nuevo régimen: "la interdicción de cualquier limitación en la capacidad de actuar en el tráfico jurídico de las personas con discapacidad" y la eliminación de la "disociación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar", impidiendo pronunciamientos relativos a la declaración de incapacidad, privación o limitación de la capacidad jurídica de

5 La disposición transitoria segunda de la Ley 8/2021 mantiene las anteriores situaciones de los tutores, curadores –excepto de los declarados pródigos-, defensores judiciales y guardadores de hecho si bien estableciendo el régimen de ejercicio de tales cargos conforme a la nueva ley; y señalando, respecto de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, su mantenimiento hasta la revisión de oficio prevista en la disposición transitoria quinta, así como continuando los curadores de los declarados pródigos en su ejercicio conforme a la normativa anterior hasta dicha revisión.

6 Con vigencia de la Ley 8/2021 desde 3 de septiembre de 2021, establece, en su disposición transitoria quinta, por una parte, la solicitud, en cualquier momento, de adaptación a la nueva ley de las medidas ya acordadas a petición de parte (legitimando para ello tanto a las personas con capacidad modificada judicialmente como a los declarados pródigos así como a los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, tutores, curadores, defensores judiciales y apoderados preventivos) que deberá ser resuelta no más tarde del año siguiente a tal solicitud; y, por otra parte, para cuando no haya existido tal solicitud, la revisión de tales medidas de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años. Sin perjuicio de tal revisión, se plantea, de modo general, la misma conforme a lo dispuesto en la legislación civil por los trámites previstos en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria o, en caso de darse contradicción, conforme al referido Capítulo II (art. 761 LEC).

7 Remarcando tal voluntad reformadora señala, al respecto de tales procesos en tramitación, que tal adaptación a la nueva ley de dichos procesos lo será "especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia" (Disposición transitoria sexta de la Ley 89/2021).

8 Véase en tal sentido la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

tales personas propia del anterior régimen jurídico material y procesal, en tanto, sobre la base de su plena capacidad jurídica, podrán, en su caso, y conforme al artículo 12 de la Convención, ser meritorios del "apoyo" necesario para el ejercicio de tal capacidad[9], que "se configura como un medio" para dicho ejercicio. La relación del nuevo término –apoyo- se torna relevante a la luz del artículo 12.3 de la Convención y la interpretación del mismo contenida en la Observación general n.º 1 … al respecto de la concepción de la «capacidad jurídica»"[10].

Tal apoyo se regula con finalidad expresada en el artículo 250 del Código Civil y referencia a instituciones existentes, pero con nuevo contenido: la guarda de hecho, el defensor judicial y la curatela, desapareciendo así la tutela de tal elenco de apoyos -si bien se mantiene para representación de los menores de edad en situación de desamparo o no sujetos a patria potestad (art. 199 CC)- en lo que no es sino correlación de la voluntad de "romper la asimilación … entre menores y personas con discapacidad". Pese a ello, se omite, quién puede ser sujeto de tales apoyos ante la "insuficiente" mención del artículo 249 CC que, prescindiendo del "modelo médico" (anterior artículo 200 CC), no establece unas causas determinantes de discapacidad a estos efectos, de donde habrá que acudir a la definición de "persona con discapacidad" del artículo 1 de la Convención, de modo que "la persona que recibe los apoyos ha de tener una discapacidad, que ha de ser una situación objetiva" no subjetiva ni del requirente de apoyos, terceros o incluso juez, una situación de hecho –no precisando de su previa declaración administrativa-[11].

En este sentido, mejorando las críticas advertidas al Anteproyecto de 2018[12], el articulo 249 CC indica expresamente la finalidad de dichas medidas de apoyo ("el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad" y "el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales") así como la subsidiariedad de las medidas legales o judiciales respecto de las de naturaleza voluntaria y siempre conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad; y que, a su vez, enumera y define en el artículo 250 CC ("las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial") reiterando su función de asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica con respeto a la "voluntad, deseos y preferencias" de la persona con discapacidad y pudiendo, respecto de las voluntarias, ser dotadas de salvaguardas para seguridad de dicho respeto.

9 Garcimartín Montero, R.: *La provisión,* cit., pp. 19-50.

10 De Salas, S.: "Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, núm. 5, pp. 71-20.

11 Garcimartín Montero, R.: *La provisión,* cit., pp. 19-50.

12 González Campo, FdA.: "Procesos de adopción", cit., pp. 467-499.

II. PROCESOS ESPECIALES Y ACCESO A LA JURISDICCIÓN POR LA PERSONA CON DISCAPACIDAD: INTERVENCIONES Y AJUSTES NECESARIOS.

1. Breve referencia a los procesos especiales en la LEC.

La reforma operada por la Ley 8/2021 supone una profunda modificación de la norma procesal relativa a los, antes denominados, procesos de incapacidad. Conservando su naturaleza y ubicación sistemática de constituir un proceso especial, se establece una previsión legal en la que, a través de varias normas, concurren, por un lado, un proceso previsto en los artículos 756 a 763 LEC (Capítulo II, con rúbrica "De los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad"), y, por otro, el proceso/"expediente" de jurisdicción voluntaria, en los artículos 42 bis a), b) y c) LJV ("Capítulo III bis" intitulado "Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad) junto a los artículos 43 a 52 LJV regulatorios en sí de tales medidas de apoyo (Capítulo IV, así nombrado "De la tutela, la curatela y la guarda de hecho").

En efecto, su característica, radica en constituir un verdadero proceso especial en tanto que, frente al sistema anterior a la Ley 1/2000 si bien siguiendo alguno de sus anteriores rasgos[13], queda regulado de modo unitario como tal proceso especial en tanto que se incluye, entre los así intitulados del Libro IV, dentro de su Título I " De los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores"[14].

Por su parte, los procesos matrimoniales y de menores, incardinados dentro del referido Título I del Libro IV, y regulados en su Capítulo III "De los procesos matrimoniales y de menores (artículos 769 a 778 ter LEC), con, igualmente, tal consideración y ubicación unitaria y sistemática de, constituir verdaderos procesos declarativos especiales, superando, con ello, la deficiente regulación anterior[15].

13 Sin desconocer que son procesos de "objeto civil", la regulación prevista en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, se basaba en abundantes normas de ius cogens que desdibujaban, por la afección a las personas y derechos fundamentales, su configuración de proceso civil acercándolo más a un proceso con "múltiples especialidades (procedimentales o no)" a seguirse, indebidamente, por sus dificultades, al no ser "cauce procesal idóneo" por el juicio declarativo ordinario de menor cuantía, si bien regido, entre otros, por el "principio de oficialidad de la acción con la correspondiente investigación de oficio" y la inexistencia de un "conflicto de intereses legítimo" –"privados contrapuestos"- sino de "un único interés de carácter público" (De La Oliva, A.: *Derecho Procesal Civil, vol. IV, Procesos Civiles*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, pp. 195-221).

14 En la inicial redacción de la Ley 1/2000, y tras la reforma de 2015 comentada, su rúbrica era "Título I – De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores", conteniendo, en lo ahora estudiado, el Capítulo I, intitulado "De las disposiciones generales" y el Capítulo II "De los procesos sobre la capacidad de las personas" (arts. 756 a 763 LEC).

15 Regulación contenida en normas procesales dispersas y del Código Civil que "forman un mosaico no sólo incómodo… sino confuso y aporético" (De La Oliva: *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 195-221).

Bajo tales previsiones legales, se consideran como procesos civiles especiales en tanto que, aún siguiendo la tradicional estructura del proceso civil declarativo, se regulan aquellos con tales diferencias de principios configuradores y normativa procesal, justificadas por el interés público tuitivo subyacente, que, lejos de constituir un procedimiento civil con especialidades procedimentales, forman verdaderos procesos -declarativos civiles- especiales en que destaca, en especial, la indisponibilidad del objeto del proceso, la no vinculación a las alegaciones de las partes y la admisibilidad de actividad probatoria de oficio del Juez civil (arts. 751, 752, 759 y 767 LEC).

2. El -debido y efectivo- acceso a la jurisdicción de la persona con discapacidad y los –necesarios- ajustes en el proceso.

A los efectos del presente trabajo, en tanto su repercusión en los nuevos intervinientes que luego se indicarán, destacan, las siguientes específicas características de estos procesos especiales tras la reforma operada por la Ley 8/2021.

Bajo la premisa de la eliminación de la declaración de incapacidad, se modifica, por Ley 8/2021, el artículo 7 LEC, sobre capacidad procesal, a fin de suprimir de su dicción la anterior imposibilidad de comparecencia en juicio de los así declarados incapacitados. Así, en el texto anterior a la reforma, "sólo podía comparecer en juicio" quienes "estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles" (art. 7.1 LEC en redacción previa a la reforma) de modo que, en consecuencia, debían acceder al proceso mediante sus representantes legales, asistencia, autorización, habilitación o defensor (anterior art. 7.2 LEC). Y, en coherencia con el nuevo sistema, el artículo 7 LEC es reformado para eliminar dichos incisos de modo que:

- En el actual régimen de la capacidad procesal, el artículo 7 LEC indica que "podrán comparecer en juicio todas las personas" y que, reservando para los menores de edad no emancipadas la necesidad de representación, asistencia o autorización, para el caso de las personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, se estará al alcance y contenido de estas.

- Se introduce, ex novo, el artículo 7 bis LEC, intitulado "ajustes para personas con discapacidad". Su contenido y finalidad se dirige más al "acceso a la justicia" previsto en el articulo 13 de la Convención que, en sí, a la finalidad del artículo 12 de dicho texto internacional antes referido sobre aseguramiento del pleno ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Tal apartamiento permite, no obstante, aplicar la norma, no ya para dicho ejercicio por tales personas, sino para asegurar su acceso a la jurisdicción; para su aplicación en todos los procesos y órdenes; e, igualmente, para postular la formación de los miembros del órgano judicial en dicha materia a fin de aplicar los debidos "ajustes"

en el proceso, al efecto de asegurar el acceso en igualdad de condiciones de tales personas con discapacidad.

Y, precisamente, en la previsión del artículo 200 CC y la finalidad de la medida de apoyo en asegurar el ejercicio de la capacidad jurídica, cabe establecer la distinción entre "apoyo" y "ajuste en el proceso" en tanto que, sobre aquel precepto, no todo tipo de discapacidad dará lugar a la medida de apoyo. Sin embargo, dada la reseñada finalidad de los ajustes, cualquier discapacidad podrá requerir de ajuste en tanto su fin es garantizar la participación la persona con discapacidad –entendida en sentido amplio y no limitativo del concepto de parte procesal, si bien con la exclusión de la participación en calidad de público-[16].

En este sentido, el artículo 758 LEC encomienda la adopción de tales "ajustes" al Letrado de la Administración de Justicia a fin de que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del procedimiento de provisión de medidas de apoyo en que ha sido demandado. Destaca, si bien no por primera vez[17], la presunción de que, por tal condición o cargo, se puedan adoptar tales ajustes de modo correcto, y la atribución de tal "función" al margen de la actual formación o capacidad para tal adopción; así, la previsión de la disposición adicional segunda de la Ley 8/2021 (sobre "formación en medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica"), destaca por su carácter genérico y desiderativo dada la omisión de un mandato vinculante y concreto de acciones y plazos para dicha formación. El hecho de que, en tanto la norma tenga rango de ley, y sea necesaria cierta generalidad o escaso detalle por tal posición jurídica de la norma, no resultaba incompatible, dada la necesidad y relevancia de tales ajustes, con introducir un claro mandato o concreta determinación de programas y actuaciones a fin de asegurar la positiva y pronta ejecución de tales ajustes en los órganos judiciales.

Con ello, bien parece que tal adopción de ajustes pueda realizarse directamente o, en caso de no concurrir formación o experiencia en tal cuestión, recabar, para el cumplimiento de tal previsión legal –obligada en aras de los derechos de acceso de las personas con discapacidad- la intervención de otros profesionales o servicios

16 Garcimartín Montero, R.: *La provisión,* cit., pp.19-50.

17 En efecto, en este sentido de atribuir, ex lege, la capacidad y desempeño de otras funciones al Letrado de la Administración de Justicia por el mero hecho de ostentar dicho cargo, véase la previsión que, respecto a la "mediación", realiza el artículo 456.5 b) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En este sentido, si bien postulando la idoneidad de la intervención de dicho funcionario en tal ámbito, sin embargo, no parece que el ejercicio de tal función, o la del "facilitador", o la de considerar el tipo y momento de adoptar ajustes en el proceso, pueda atribuirse, sin formación o experiencia, por la mera condición de ostentar dicho cargo; o, al menos, si se pretende una adecuada y efectiva prestación de tal función o rol en beneficio, ahora, de la persona con discapacidad. En este sentido, obsérvese las características y funciones del facilitador expuestas en este trabajo para evidenciar la necesidad de dotar de formación en el desempeño de tal función.

de la Administración expertos en la relación y comunicación con tales personas con discapacidad –en especial, cuando sea discapacidad intelectual-.

Asimismo, tal precepto legal puede permitir, en relación con los nuevos intervinientes en estos procesos civiles, que dicho Letrado de la Administración de Justicia ejerza, a su vez, la función o rol de "facilitador" del artículo 7 bis LEC y 7 bis LJV, en tanto que, a falta de mayor desarrollo legislativo, parece ser el "profesional más adecuado para canalizar tales funciones", si bien dicho rol de facilitador también podrá ser ejercido por el juez o por el abogado de la persona con discapacidad[18].

Finalmente, en sede de procesos sobre filiación, paternidad y maternidad, el artículo 765 LEC, permite, en coherencia con lo señalado, que las acciones de determinación o de impugnación de la filiación podrán ser ejercidas por la persona con discapacidad con medidas de apoyo para su ejercicio y por quien preste el apoyo y se encuentre expresamente facultado para ello o, en su defecto, por el Ministerio Fiscal.

III. NUEVOS INTERVINIENTES EN LOS PROCESOS DE PROVISIÓN DE APOYOS A PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE FAMILIA.

En base a lo señalado anteriormente debe acometerse el estudio de las principales figuras que, conforme a las reformas legales comentadas, van adquiriendo mayor protagonismo e intervención en los procesos especiales en que participan personas con discapacidad o que versen sobre asuntos de familia (Capítulos II y IV del Libro IV de la LEC, respectivamente). Para ello, el estudio se centrará en las principales cuestiones comprensivas de dos relevantes supuestos en que se detecta tal participación de nuevos intervinientes: el facilitador y el coordinador de parentalidad.

1. El facilitador -judicial o voluntario- de la persona con discapacidad.

La debida asistencia a la persona –con o sin discapacidad- en el ejercicio de sus derechos y, en especial, en su acceso a la jurisdicción y relación con la Administración de Justicia no dimana únicamente de la reforma derivada de la Ley 8/2021, sino que se predica de diversa y anterior normativa de diferente ámbito y contenido. Así, con carácter general, cabe mencionar la mayor preocupación por asistir e informar al ciudadano en su relación con la Administración de Justica (art. 6 Ley 1/1996); a la víctima de delito sobre su posición y derechos: en especial, de información, a entender y ser entendido y a estar acompañado de una persona

18 Garcimartín Montero, R.: "La persona con discapacidad como protagonista del apoyo", en AA.VV.: *Los vulnerables ante el proceso civil* (dir. por J.F. Herrero y J. López), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 281-302.

designada por aquella (arts. 3 a 19 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito).

Sin embargo, de modo específico, y concluyente, la Ley 8/2021 reconduce tal vocación a un mandato legal al introducir en nuestro ordenamiento el artículo 7 bis LEC –y, con igual redacción, el artículo 7 bis LJV-, relativo a los "ajustes para personas con discapacidad", en virtud del cual se obliga a que, en los procesos que afecten a personas con discapacidad, se realicen, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de parte, las "adaptaciones" (relativas a la comunicación, comprensión e interacción con el entorno) y "ajustes" precisos para garantizar su participación en condiciones de igualdad en todas las instancias y actos procesales –incluidos los actos procesales de comunicación (arts. 149 y ss. LEC).

Es más, en puridad, y acertadamente, el artículo 7 bis LEC indica que tales ajustes deberán realizarse en aquellos procesos en los que "participen" personas con discapacidad. Con dicha dicción, el ámbito tuitivo del mandato previsto en dicho precepto se amplía pues tales adaptaciones y ajustes serán de obligada realización no solo cuando la persona con discapacidad tenga la condición de parte, sino en cualesquiera procesos en que, por otro título jurídico, intervenga o se relacione con la Administración de Justicia.

A su vez, se introduce –no de modo sectorial como los supuestos antes referidos del proceso penal- sino como específicos derechos procesales –comunes y transversales- a todos los órdenes en que participen las personas con discapacidad:

1.- El derecho "a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo".

Para ello, se incluyen determinadas previsiones legales. Por un lado, en el ámbito de la comunicación, postulando un lenguaje –oral o escrito- claro, sencillo y accesible; adaptado a cada sujeto y sus necesidades, para lo cual, expresamente, menciona medios como la lectura fácil como factor de accesibilidad cognitiva[19];

19 La lectura fácil es "la vía por la que se potencia la accesibilidad cognitiva de personas con discapacidad" que, además, en el ámbito judicial contribuye al entendimiento del lenguaje y documentos jurídicos de modo que potencia el derecho a comprender y la igualdad de oportunidades, de modo que se torna en "obligación del juez" a emplear lenguajes sencillos en la redacción de tales documentos en correspondencia con la obligación legal de valorar las necesidades de la víctima en el supuesto de proceso penal (arts. 23 y 24 del referido Estatuto de la Victima); igualmente se configura como "derecho de las partes" en similar sentido al derecho a la interpretación y traducción previsto en los artículos 123 a 127 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ariza Colmenarejo, M.J.: "Lectura fácil y resoluciones judiciales", en AA.VV.: *Justicia: ¿Garantias versus eficiencia?* (dir. por Jiménez y Bellido), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 537-548).
Los documentos –p. ej. sentencias- de lectura fácil son aquellos que son realizados mediante una técnica de redacción de textos orientada a las personas con dificultades de comprensión lectora, discapacidad física o intelectual, elevada edad o baja alfabetización (Álvarez Fernández, A., Montes Prieto, A. y Sabín, C.: "Sentencias judiciales en lectura fácil: una solución para el acceso a la justicia de las personas con dificultades de comprensión", + *Calidad*, 2019, núm. 21, pp. 3-7).

o mediante la comunicación del acto a aquella persona "que preste apoyo" a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. Nótese el adverbio utilizado en la norma: "también"; esto es, tal comunicación se realizará a la vez o en concurrencia de ambas personas, pero sin exclusión de la comunicación a la persona con discapacidad. Por otro lado, mediante la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender; a tal efecto, expresamente, se reconoce la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

Y tal derecho así se configura ex novo, no solo por tal previsión, sino, también, por el expreso reconocimiento de un medio personal concreto para garantizar el derecho a entender y ser entendido: el facilitador; lo que, a su vez, se configura, también, como derecho de la persona con discapacidad.

2.- El "derecho a ser asistido de un facilitador para el cumplimento del derecho a entender y ser entendido" como derecho y como medio de ejercicio del derecho común y transversal comentado antes.

En efecto, el artículo 7 bis c) LEC obliga a permitir la "participación de un profesional experto", a modo de "facilitador", para la práctica de aquellas adaptaciones y ajustes necesarios para el efectivo ejercicio, por la persona con discapacidad, del derecho a entender y ser entendida.

Tal dualidad, como medio y como derecho, no resulta baladí pues, además de, en sí ser reconocido como derecho, deberá suponer que la administración competente en materia de medios materiales asuma la prestación –en puridad, el coste por la libertad de designación que debería garantizarse-; y, ello pese a la contradicción omisiva de la ley en tal aspecto. En efecto, la Ley, sorprendentemente, pero tal vez por ello en evidencia de la falta de apoyo económico y de promoción de la figura del facilitador como medio de efectivo ejercicio del referido derecho, no aborda directamente tal asunción, sino que lo hace de modo indirecto cuando, en texto no vinculante jurídicamente, señala que será "a costa" de la persona con discapacidad y, a la vez, en el artículo 7 bis c) LEC y LJV, indica, no que se adoptará o acordará tan intervención en tanto ajuste necesario, sino, tan solo, que se "permitirá" tal intervención del facilitador[20].

Dicha técnica contribuye al aumento de la comprensibilidad del texto, mediante sintaxis, diseños y maquetaciones sencillas, así como definiciones de las cuestiones contenidas en el texto (Rodríguez, C. y Carbonell, X.: "Coordinador de parentalidad: nueva figura profesional para el psicólogo forense", *Papeles del Psicólogo*, 2014, vol. 35(3), pp. 193-200). En el ámbito judicial español, tales sentencias comienzan, tímidamente, a ser dadas y pueden consultarse en el repositorio on line del Centro de Documentación Judicial disponible, mediante criterio específico de búsqueda, en https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp.

20 El apartado V de la Exposición de Motivos indica expresamente, al referirse a la introducción del artículo 7 bis LEC y LJV, que "Adicionalmente, se menciona expresamente que se permitirá que la persona con

Por ello, tal coste debería ser incluido entre los medios a disposición del órgano judicial a garantizar por la Administración Pública que hubiera asumida las competencias sobre medios materiales y humanos de la Administración de Justicia[21]; por sí o, al menos, por otros agentes máxime a la luz de la previsión de "colaboración entre la Administración de Justicia y las entidades del Tercer Sector de Acción Social" (disposición adicional primera de la Ley 8/2021).

De lo contrario, el referido derecho de la persona con discapacidad no podrá ser ejercido con plena efectividad pues, en efecto, no parece conciliable con el efectivo ejercicio del derecho a entender y ser entendido de la persona con discapacidad y la necesaria adopción de ajustes en el proceso que, para ello, se contemple la figura del facilitador pero que, ello, sea "a costa" de la persona con discapacidad que debe entender al órgano judicial y ser entendida por éste. Al menos, tal asunción de la asistencia de un facilitador debería darse en todos los casos de supuestos de imposibilidad fáctica o económica de la persona con discapacidad, de igual manera que, al respecto de otros ajustes, se indica en el artículo 7 bis a) y b) LEC y LJV en que la previsión es claramente preceptiva dados los tiempos imperativos empleados para su redacción.

En todo caso, dentro del sistema jurídico de la Ley 8/2021 de respeto a la autonomía, dignidad e igualdad de la persona con discapacidad así como a su ejercicio de los derechos, parece lo más compatible con dichos principios que la persona con discapacidad disponga de la elección del facilitador y no que el mismo le sea designado –permítase la expresión: impuesto- por motivo de preverse un sistema, propio o externalizado, de facilitadores. Tal sistema, a modo de listados

discapacidad, si lo desea y a su costa, se valga de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste". Sin embargo, ya en el texto legal, no se pronuncia en tales términos y tan solo, tal vez por la negativa percepción y eficacia para los derechos de la persona con discapacidad, que se obtendría de introducir tal figura del facilitador y, en el mismo precepto, señalar que sería a costa de la persona con discapacidad.

Parece que tal intención es la verdadera voluntad del legislador pues en el artículo 7 bis c) LEC y LJV emplea el término "permitirá" de modo que, con tal dicción, parece señalar que la intervención del facilitador será posible -y que el órgano judicial no podrá oponerse a tal intervención-, pero sin ser obligación del mismo –en puridad, de la Administración pública obligada a prestar medios humanos y materiales al órgano- la previsión –y coste- de dicha figura; pues, insistimos, la misma intervendrá porque se "permitirá" (art. 7 bis c) LEC y LJV) dicha intervención, siendo que, de ser la voluntad la de introducir dicha figura de modo general o a coste de la Administración, podría haberse señalado, no que se "permitirá" sino que se "adoptará" tal figura del facilitador de oficio.

21 El artículo 149.1.5ª CE dispone la competencia exclusiva del Estado sobre Administración de Justicia. Sin embargo, tras las SsTC 108/1986, de 29 de julio (RTC 1986, 108), 56/1990, de 29 de marzo (RTC 1990, 56), 62/1990, de 30 de marzo (RTC 1990, 62), 105/2000, de 13 de abril (RTC 2000, 105), 31/2010, de 28 de junio (RTC 2010, 31), 163/2012, de 20 de septiembre (RTC 2012, 163), 224/2012, de 29 de noviembre (RTC 2012,224), 18/2013, de 31 de enero (RTC 2013, 18) y 173/2014, de 23 de octubre (RTC 2014, 173), se establece una dualidad en la que concurre, por un lado, un ámbito, el del Poder Judicial del que se predica su unicidad y asunción de la jurisdicción sin intromisión, injerencia o participación de otra Administración Pública –y, por ello, reservado al Estado, a través, conforme al artículo 122 CE, del Consejo General del Poder Judicial-; y, por otro, un espacio que da participación, en tanto que para el ejercicio de la función jurisdiccional son precisos medios materiales y humanos a las Administraciones Públicas (la así denominada "administración de la Administración de Justicia") en tanto las mismas no forman parte de dicho Poder Judicial sino que se encuentran a su servicio –en concreto, Ministerio de Justicia o a aquellas Comunidades Autónomas que hubieran recibido la transferencia de tales medios.

abiertos de tales profesionales expertos, es compatible con, dentro de tal amplio elenco de facilitadores, la elección del mismo por la persona con discapacidad.

3.- El derecho de la persona con discapacidad "a estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios".

A su vez, se menciona, por primera vez en nuestro ordenamiento, la participación del facilitador. El mismo se diferencia de la persona que acompaña a la víctima o parte y con la persona designada como medida de apoyo por las características antedichas para tales supuestos pero, también, de modo especial, porque se configura como el "profesional experto" e imparcial que participará en el proceso a fin de acompañar al ciudadano vulnerable y facilitarle las medidas de adaptación y ajuste necesarias para la efectividad del derecho de la persona con discapacidad a entender y ser entendida.

Y, de modo específico, el artículo 7 bis. 2 .d) LEC prevé, expresamente en el orden civil y, también, por aplicación del artículo 4 LEC e inexistencia de norma en contrario, en el resto de órdenes jurisdiccionales, la posibilidad de que la persona con discapacidad sea acompañada de una persona de su elección desde su primer contacto con la Administración de Justicia.

Se observa, pues, cómo se plasma en diversos textos una vocación de asistencia a la persona –en especial, aquella con alguna discapacidad- en el ejercicio de sus derechos. A su vez, se torna tal previsión en derecho del ciudadano y obligación del órgano judicial –en puridad, de la Administración competente[22]- con una clara tendencia a introducir la presencia del facilitador[23].

Señaladas las anteriores cuestiones, debe, ya, analizarse la naturaleza e intervención del facilitador en los referidos procesos de familia y en los que participen personas con discapacidad, pues, dada la vigencia del artículo 7 bis LEC, ha de procederse a su introducción en nuestro país. Así resulta aconsejable no ya por el mandato legal del artículo 7 bis LEC sino, además, porque, estudiada tal figura, pese a su relación original con el ámbito policial y penal, las características y resultados obtenidos con su intervención en otros países, la hacen meritoria de introducción en nuestro país no solo en el ámbito penal, sino, también, en el orden civil, laboral y contencioso administrativo

El facilitador surge en el Reino Unido, a finales de los años noventa, y es un especialista en discapacidad intelectual que actúa de intermediario entre la víctima

22 Véase nota anterior.

23 Cendra López, J.: "La figura del facilitador como apoyo a las víctimas con discapacidad intelectual en su paso por el proceso penal", en AA.VV.: *Nuevos horizontes en el derecho de la discapacidad: hacia un derecho inclusivo*, (dir. por Martínez), Aranzadi, 2018, pp. 347-351.

y las autoridades policiales y judiciales a fin de informar a ésta del funcionamiento y desarrollo del proceso; ayudarle en sus derechos, evaluar capacidades y asistir a las autoridades sobre las "adaptaciones" en la relación con la víctima; y "diseñar los apoyos necesarios" para la declaración de la víctima[24]. Su aparición surge de la necesidad de intermediar en las diligencias policiales y judiciales con personas vulnerables en debidas garantías y condiciones de comprensión y efectividad para éstas de modo que, en especial, hoy se acude al "facilitador independiente" en casos de abusos sexuales a personas especialmente vulnerables y, a la vista de sus funciones[25], cabe ser definido como aquel profesional independiente, experto en discapacidad intelectual y en evaluación de las capacidades cognitivas que afectan al proceso judicial[26].

En similar sentido, cabe mencionar la experiencia, también en el Reino Unido, de, por un lado, los "Intermediarios" en tanto especialistas –ej. logopedas o trabajadores sociales- que intervienen con personas vulnerables (víctima, testigo, o investigado) en los que concurra algún déficits de comunicación; teniendo la condición de funcionarios judiciales e imparciales, neutrales y transparentes; y, en cuya intervención, "siempre debe haber un tercero presente"; y, por otro, del "Adulto Apropiado", previsto para la reducción del riesgo de errores judiciales en caso de que, por razón de vulnerabilidad del investigado, se obtengan elementos probatorios conducentes a "condenas injustas"[27].

No es parte del proceso, como tampoco lo es, en sí, la persona que acompaña a la víctima ni, en su caso, la persona designada como medida de apoyo, siendo, no obstante, su condición de mayores y positivas funciones[28]-. Es un "profesional experto" (art. 7 bis LEC y art. 7 bis LJV), independiente e imparcial designado para asistir a la persona con discapacidad y facilitarle las medidas de adaptación y ajuste necesarias para el efectivo ejercicio por aquella del derecho a entender y ser entendida. Por ello, se relaciona con la Administración de Justicia pero en aras de garantizar el ejercicio del referido derecho por la persona con discapacidad –en especial, intelectual-. En su virtud, deben ejercer dicha función con neutralidad e

24 Rodríguez, C. y Carbonell, X.: "Coordinador de parentalidad", cit., pp. 193-200; y Recio, M., Alemany, A., y Manzanero, A.: "La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad intelectual", *Siglo Cero - Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, 2012, vol. 43 (3), núm. 243, pp. 54-68.

25 Entre otras, cabe citar: acompañar al testigo con discapacidad intelectual en las actuaciones policiales y judiciales, evaluar sus capacidades para adaptar los procedimientos, informar a la víctima con tal discapacidad sobre los rasgos y funcionamiento del procedimiento y hacerle comprender sus posibles actuaciones (ej. interponer denuncias), señalar la incidencia de tal discapacidad en su testimonio y aconsejar sobre las adaptaciones y apoyos para la prestación de su declaración (Recio, M., Alemany, A. y Manzanero, A., cit., pp. 54-68).

26 Recio, M., Alemany, A. y Manzanero, A., cit., pp. 54-68.

27 De Araoz, I.: *Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual o del desarrollo*, Plena inclusión España, Madrid. 2019, pp. 72-78.

28 En efecto, el derecho de la víctima de ser acompañado no requiere de una especial condición, cualidad o pericia del acompañante. Sin embargo, el facilitador es un experto profesional independiente y especializado en la relación, comunicación e intermediación con las personas con discapacidad intelectual.

imparcialidad sin incurrir en recomendación o asesoramiento jurídico a la persona con discapacidad. Cabe también resaltar cómo dicha función puede realizarse en el seno de la propia Administración de Justicia (art. 758 LEC)[29] o en colaboración con las propias funciones del Juez (v. gr., el "examen/entrevista" -nótese la relevante dualidad terminológica detectada a estos efectos[30]- del Juez con la persona con discapacidad en los procesos de provisión de apoyos, cuando, por la situación de ésta, resulte difícil la interlocución y comprensión entre ambos).

Tampoco cabe considerarlo como un perito pues, por una parte, su intervención no será medio de prueba sino, en su caso, como determinante del modo en que se practican los actos procesales –señalando en su caso las necesarias modificaciones- cuando intervenga una persona con discapacidad intelectual; y, por otra, aun cuando su actividad "recaiga sobre un acto probatorio" y pueda tener efecto en el "contenido fáctico de la sentencia", tampoco podrá ser considerado "prueba de la prueba"[31].

Debe, igualmente, diferenciarse del facilitador previsto en el ámbito de los medios adecuados de solución de conflictos (en adelante, MASC), en especial, en los supuestos del ámbito penal. Así, en el ámbito de la justicia restaurativa, , en lo relativo al "funcionamiento de los servicios de justicia restaurativa" (Sección VI de la Recomendación CM/Rec (2018)8)[32], se postula la intervención del "facilitador" como aquel profesional experto que acredita una adecuada formación que le capacita y habilita para "resolver conflictos" y, por sus específicos conocimientos de los intervinientes en tal ámbito (víctima y victimario) y del sistema judicial penal, "para trabajar con víctimas, ofensores y personas vulnerables", máxime en "casos delicados, complejos o graves" (Reglas 42 y 43 de dicha Recomendación).

También debe distinguirse del intérprete de signos, señalándose que, en ocasiones, el propio abogado podrá ser intermediario o elemento de comunicación para la comprensión de la resolución judicial si bien previa formación específica y adecuada[33]. Como también, de otras experiencias, igualmente del ámbito judicial, como los "facilitadores judiciales comunitarios", pero ajenas a la persona con discapacidad y al derecho referido y más incardinables en el ámbito del acceso

29 Véase apartado II.2 del presente trabajo y su nota 17.

30 Utilizamos ambos términos para resaltar la diferencia advertida en la doctrina entre ambos supuestos que, en este ámbito, resulta más relevante. En efecto, se postula la "entrevista" pero habrá ocasiones en que, por la situación de discapacidad, la misma no podrá mantenerse: en tal caso, el Juez deberá "examinar a la persona en su exterioridad" (Garcimartín Montero, R.: "La persona", cit., pp. 281-302).

31 Muyo, P.: "El rol del facilitador en los procesos civiles", en AA.VV.: *Los vulnerables ante el proceso civil* (dir. por J.F. Herrero y J. López), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 365-369.

32 Recomendación CM/Rec(2018)8 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre justicia restaurativa en materia penal, adoptada el 3 de octubre de 2018 en la 1326a reunión de los Delegados de los Ministros). Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016808e35f3.

33 Ariza Colmenarejo, M.J.: "Lectura fácil", cit., pp. 537-548.

a la justicia de los vulnerables, de la gestión y gobernanza comunitarias o de la reducción de la brecha de género[34]).

Así, ya en esta proyección a otros órdenes jurisdiccionales, más allá de su origen y mayor incidencia en el ámbito policial y penal, cabe considerar, entre los mismos, a otros profesionales cualificados, intérpretes en las lenguas de signos reconocidos legalmente en España o expertos en otros medios de apoyo para la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva o sordociegas, así como cualquier otra con otro tipo de lesión o discapacidad. A tal efecto, puede servir, de elenco de profesionales o herramientas, la previsión del artículo 50 LJV por la que, en los Colegios Notariales se dispondrá de listados de colegiados dispuestos a actuar como peritos a disposición de los Notarios (ej. intervención de un perito, experto o profesional de braille, pictogramas, dispositivos multimedia, intérpretes de lenguaje de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos con el fin de facilitar la comunicación, adaptándola a las singularidades específicas de la persona"[35]).

Por ello, a la vista de sus rasgos y funciones, consideramos que la figura del facilitador resulta solución positiva incardinable en los ajustes del proceso a realizar ante la participación en el mismo de personas con discapacidad –en especial intelectual-. Sirve, por tanto, de cauce de comunicación entre el órgano judicial y la persona con discapacidad, si bien, sin, por ello, suplir o sustituir a los miembros de aquel ni los actos y resoluciones procesales que correspondiere realizar y practicar.

Y, dadas dichas notas, las ventajas y contribución a la efectividad del derecho de la persona con discapacidad a entender y ser entendido, resulta recomendable la regulación de un mínimo estatuto del facilitador judicial, pues, como se ha indicado, debe señalarse la escasa regulación del mismo en el artículo 7 bis LEC y LJV- y, con cierta similitud, en el acompañamiento o asistencia que, al respecto de las declaraciones testificales de quienes tengan la condición de víctima, prevé el artículo 433.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –si bien, como es de ver en su dicción, se encuentra incardinado en el antes señalado derecho de ser acompañado recogido en el Estatuto de la Víctima-.

34 Entre otras experiencias del ámbito iberoamericano, se creó el "Sistema Nacional de Facilitadores Judiciales Comunitarios" a fin de superar las barreras que limitaban el acceso a la justicia por personas vulnerables, la gobernabilidad democrática y la reducción de complejidad y pobreza, entre cuyas funciones está la colaboración con jueces, la difusión de leyes y normas cívicas o la coordinación con los gobiernos municipales, siendo su ámbito el de la comunidad o barrio en que reside (Cerdeño De Paredes, N.: "Mediación Familiar", en AA-VV.: *Justicia en el marco de los Derechos Humanos. La Equidad y la Justicia alternativa "perspectiva panameña y mexicana* (coord. por De León), Universidad Autónoma de Nuevo León, 2014, pp. 261-274; y Herrera Vergar, Y.M.: "Facilitadores Judiciales comunitarios como mecanismo de acceso a la justicia de los grupos vulnerables en Panamá", en AA-VV.: *Justicia en el marco de los Derechos Humanos. La Equidad y la Justicia alternativa "perspectiva panameña y mexicana* (coord. por De León), Universidad Autónoma de Nuevo León, 2014, pp. 315-332).

35 Martínez Ortega, J.C.: "El facilitador: herramienta fundamental en la defensa de las personas con discapacidad", *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2022, núm. 101, pp. 36-39.

2. El coordinador de parentalidad.

Con la vocación de contribuir a una mejor comunicación y relación de los incursos en crisis o procesos matrimoniales –en especial, por la presencia de menores de edad afectados por una deficiente relación de los padres- surge, en Estados Unidos, en torno a los años noventa, a iniciativa de "los profesionales de salud mental y los abogados de familia … un instrumento de apoyo dirigido a las familias altamente conflictivas" a fin de ayudarles en el respeto y cumplimiento del plan de parentalidad, detectándose la implantación de tal figura, en posteriores años, con igual o similar denominación[36], en Canadá, Argentina, Italia, Alemania o Reino Unido[37].

La coordinación de parentalidad es contemplada bajo diversos prismas que, precisamente, junto a su carácter novedoso en España, hacen meritorio su estudio. Cabe ser definida como un "proceso alternativo de resolución de conflictos centrado en los niños, en el que un profesional de la salud mental o del ámbito legal, con formación y experiencia en mediación, asiste a los padres que presentan alta conflictividad –en el sentido propio del término[38]- y les enseña a implementar el plan de parentalidad sin dañar a sus hijos"; tiene carácter no adversarial, pudiéndose adoptar de oficio o por los padres "sumidos en un continuo conflicto o litigio, que afecta negativamente a la relación con sus hijos". También puede ser definida como un "modelo de intervención" desde el que abordar las cuestiones de coparentalidad tras el divorcio o separación[39].

En nuestro país, se carece de normativa sobre su estatuto o funciones y su introducción se detecta con ocasión de aportaciones académicas y profesionales y resoluciones judiciales postulando tal intervención[40].

36 Fariña, F., Parada, V., Novo, M., y Seijo, D.: "El coordinador de parentalidad: un análisis de las resoluciones judiciales en España", *Acción Psicológica*, 2017, vol. 14, núm. 2, pp. 157-170.

37 Terrats, G. y Carmona, A.: "Características del rol del coordinador de parentalidad y sus diferencias con otras intervenciones", *Revista de Mediación*, 2019, vol. 12, núm. 1, pp. 1-8; y Rodríguez, C. y Carbonell, X.: "Coordinador de parentalidad", cit., pp. 193-200.

38 Así: "El término de "alta conflictividad familiar" hace referencia a disputas intensas entre sus miembros, caracterizadas por elevados niveles de desconfianza, enfado, ira y hostilidad. En procesos de ruptura de pareja derivan en la falta de comunicación y consenso en la toma de decisiones parentales, tendiendo a provocar la cronificación del conflicto y/o la judicialización de las relaciones familiares, teniendo como consecuencia menoscabo en el bienestar de las personas menores de edad, así como en su adecuado desarrollo. La alta conflictividad puede concurrir o no con otras circunstancias y problemáticas familiares" (Rosales, M., Fernández, A., Fariña, F.: *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2019, pp. 11-28).

39 Fariña, F., Parada, V., Novo, M., y Seijo, D.: "El coordinador", cit., pp. 157-170.

40 En especial, tras la inicial SAP Barcelona, 26 julio 2013 (Roj: SAP B 7552/2013 - ECLI:ES:APB:2013:7552 Id Cendoj: 08019370122013100509), con la STSJ de Cataluña 26 febrero 2015 (Roj: STSJ CAT 551/2015 - ECLI:ES:TSJCAT:2015:551 - Id Cendoj: 08019310012015100011). Sobre la evolución normativa y estudio de las resoluciones judiciales de distintos ámbitos territoriales, véase, Fariña, F., Parada, V., Novo, M., y Seijo, D.: "El coordinador", cit., pp. 157-170; y Alba Fe, E.: "El plan de parentalidad y el coordinador parental: herramientas de protección del menor ante las crisis matrimoniales", *Revista Boliviana de Derecho*, 2019, núm. 28, pp. 114-133).

No obstante, más allá del genérico –pero esencial- principio del superior interés del menor (artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor –en adelante, LOPJM-), cabe señalar su fundamentación legal, de modo indirecto, en el artículo 158 del Código Civil; en la previsión de intervención de "profesionales cualificados o expertos" y grupos técnicos y multidisciplinares del artículo 5º LOPJM; o, también, en la facultad del Juez de adoptar las medidas que considere precisas para la garantía del menor y cautela del régimen de guarda establecido en su resolución (arts. 91 y 92 CC), como de establecer aquellas medidas de protección de los menores oportunas (art. 87 LJV).

En el ámbito catalán, cabe acudir al artículo 12.2 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia y el artículo 233.3 del Código civil de Cataluña. En el aragonés, al artículo 10 del Código de Derecho foral aragonés[41]. Y, en el navarro, al artículo 74 y –expresamente- artículo 77 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo[42].

Aun con ello, y dado el incremento de situaciones de alta conflictividad y de resoluciones acordando tal figura, resulta ineludible una mínima regulación de la misma que, en todo caso, sea respetuosa con la naturaleza del conflicto y la función jurisdiccional y que, por el carácter y funciones de tal figura, determine los supuestos de intervención de dicho coordinador –pareciendo, conforme lo señalado, que quede reservado para aquellos supuestos de alta conflictividad o riesgo para los hijos menores-.

En efecto, dichos conflictos devienen en el contexto de unas medidas definitivas acordadas, en proceso de divorcio o separación, por el Juez sentenciador. Le corresponde a él la ejecución de las mismas, esto es, el conocimiento de la inobservancia, total o parcial, de lo acordado en su resolución. Como, igualmente, en tanto que juez civil –o de familia allí donde hubiere especialización conforme al artículo 98 LOPJ- de los incidentes o cuestiones atinentes a la protección del interés de los menores. En atención a la presencia de menores y de los datos que cabe inferir de ese alto conflicto parental, y en análoga situación con figuras cercanas pero no idénticas –ej. mediador familiar- debe aplicarse el principio de confidencialidad a la actuación del coordinador de parentalidad en lo que es la comunicación y relación con terceros –no así, evidentemente, con el órgano judicial a quién, en todo momento, debe, de oficio o a petición judicial, informar y dar cuenta de la situación observada-.

41 Tena Piazuelo, I.: "¿Qué es un coordinador de parentalidad?, *Revista Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. nov. 2018.

42 Baides, J.: "El coordinador de parentalidad: una figura idónea en la gestión de conflictos familiares", *Diálogos jurídicos - Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 2022, núm. 7, pp. 253-270.

Por ello, al igual que en el anterior supuesto del facilitador, debe ser diferenciado respecto de otros intervinientes en tanto que no es asesor jurídico ni defensor letrado de las partes, tampoco abogado del niño. Pero sí informa sobre derechos y deberes del plan de parentalidad o resolución judicial correspondiente. Siendo igualmente medio alternativo de resolución de conflictos; guarda notables diferencias con la mediación (en especial, por el ámbito, finalidad y duración de la coordinación de parentalidad, así como por la no aplicación absoluta del principio de voluntariedad y confidencialidad)[43] y [44]; no desarrolla procedimiento de mediación –"aunque utiliza algunas de sus metodologías y técnicas; así como otras estrategias de resolución de conflictos"-, ni psicoterapia aunque "en su ejercicio profesional desarrolla acciones psicoeducativas y otras técnicas de intervención psicológica"[45].

Conforme a la común posición doctrinal, sus funciones son de diversa índole: de educación, de evaluación, de gestión del caso, de gestión de conflictos y de toma de decisiones (cuando los progenitores no son capaces de ponerse de acuerdo sobre cuestiones del día a día, el coordinador de parentalidad arbitra la solución. Así, sus funciones versan sobre garantizar unos cauces relacionales en los casos de alta conflictividad tras una crisis matrimonial o de pareja de hecho o, también, reconducir la comunicación y relaciones paternofiliales en aras de proteger a los menores de dicho conflicto y perjuicios derivados del mismo. Específicamente, intervienen sobre la comunicación y conflicto, aseguran la ejecución de los acuerdos y resoluciones judiciales, colaboran con otros profesionales, recaban información al respecto, crean un plan de parentalidad y colaboran con el órgano judicial informando de tales situaciones, evolución y resultados a través de dicho plan y proponiendo recomendaciones de intervención de otros servicios (ej. mediación o terapia) y seguimiento periódico de todo ello. En virtud de tales funciones, debe regirse por unos "principios éticos: imparcialidad, neutralidad, exclusividad y transparencia, intervención mínima, así como respeto a la supremacía del principio del superior interés de los hijos menores[46].

Destacan distintos ámbitos –"situaciones propicias"- de intervención del coordinador de parentalidad: resistencia en la relación de los menores con el/la progenitor/a, necesidad de contacto entre los mismos o familiares, modificación del sistema de guarda y relaciones acordado por situaciones de alta conflictividad,

43 Baides, J.: "El coordinador", cit., pp. 253-270.

44 En efecto, ambos tienen tal consideración de métodos alternativos de resolución de conflictos pero la coordinación resulta coercitiva y posterior al litigio, no se apoya en la voluntad de las partes para llegar a acuerdos y no existe la confidencialidad; la mediación está regulada legalmente, es voluntaria y fomenta la parentalidad positiva, por su carácter pedagógico (Reyes Cano, P.: "En torno a la coordinación de parentalidad: ¿garantía o desprotección de los derechos de la infancia?", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2022, núm. 38, pp. 185-214).

45 Rosales, M., Fernández, A., Fariña, F.: *Documento base,* cit., pp. 11-28.

46 Terrats, G. y Carmona, A.: "Características del rol", cit., pp. 1-8.

continua discrepancia, desacuerdos y conflictos en situaciones incluso ordinarias o cotidianas, ineficacia de otras actuaciones (ej. mediación o terapia), incumplimiento del plan de parentalidad, riesgo y necesidad de protección del menor, adicciones que afectan a las relaciones, situaciones de violencia o trastornos psicológicos o psiquiátricos que afectan a las relaciones paternofiliales. Por el contrario, deben excluirse aquellos casos en que pueda darse algún riesgo para la integridad de menores o progenitores[47].

En definitiva, debe predicarse, en primer lugar, la intervención judicial en el nombramiento de tal figura y, en especial, en los límites y contenido de las funciones a desarrollar por dicho coordinador de parentalidad –en especial, dada la injerencia que en la esfera personal y familiar de los progenitores suponen las eventuales funciones antes reseñadas-. Con ello, dicho coordinador no puede ostentar funciones resolutorias de conflictos entre los progenitores o interpretadoras de la resolución regulatoria del régimen paternofilial. Antes al contrario, parece incardinarse su actuación en el ámbito del diagnóstico y estudio de la situación y posterior informe y recomendación de actuación al Juez, para la posterior decisión por éste de aquello más acorde al caso.

Por su relevancia y afección a las funciones jurisdiccionales y autonomía de la voluntad y libertad de las partes, y el efecto positivo en supuestos de alta conflictividad, se hace precisa la regulación normativa de, al menos, un marco básico de su estatuto, funciones y ámbito de aplicación.

47 Rosales, M., Fernández, A., Faríña, F.: *Documento base,* cit., pp. 11-28.

BIBLIOGRAFÍA.

Alba Fe, E.: "El plan de parentalidad y el coordinador parental: herramientas de protección del menor ante las crisis matrimoniales", *Revista Boliviana de Derecho*, 2019, núm. 28, pp. 114-133.

Álvarez Fernández, A., Montes Prieto, A. y Sabín, C.: "Sentencias judiciales en lectura fácil: una solución para el acceso a la justicia de las personas con dificultades de comprensión", + *Calidad*,^ 2019, núm. 21, pp. 3-7.

Ariza Colmenarejo, M.J.: "Lectura fácil y resoluciones judiciales", en AA.VV.: *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?* (dir. por Jiménez y Bellido), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 537-548.

Baides, J.: "El coordinador de parentalidad: una figura idónea en la gestión de conflictos familiares", *Diálogos jurídicos - Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 2022, núm. 7, pp. 253-270.

Cendra López, J.: "La figura del facilitador como apoyo a las víctimas con discapacidad intelectual en su paso por el proceso penal", en AA.VV.: *Nuevos horizontes en el derecho de la discapacidad: hacia un derecho inclusivo*, (dir. por Martínez), Aranzadi, 2018, pp. 347-351.

Cerdeño De Paredes, N.: "Mediación Familiar", en AA-VV.: *Justicia en el marco de los Derechos Humanos. La Equidad y la Justicia alternativa "perspectiva panameña y mexicana* (coord. por De León), Universidad Autónoma de Nuevo León, 2014, pp. 261-274.

Consejo General del Poder Judicial,: *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, Madrid, 2020. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Guias--estadisticas--estudios-e-informes/Guias/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida.

De Araoz, I.: *Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual o del desarrollo*, Plena inclusión España, Madrid. 2019, pp. 72-78. Disponible en: https://www.plenainclusion.org/wp-content/uploads/2021/03/acceso_a_la_justicia_web.pdf.

De La Oliva, A.: *Derecho Procesal Civil, vol. IV, Procesos Civiles*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, pp. 195-221.

De Salas, S.: "Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, núm. 5, pp. 71-20.

Fariña, F., Parada, V., Novo, M., y Seijo, D.: "El coordinador de parentalidad: un análisis de las resoluciones judiciales en España", *Acción Psicológica*, 2017, vol. 14, núm. 2, pp. 157-170.

Garcimartín Montero, R.: *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp.19-50.

Garcimartín Montero, R.: "La persona con discapacidad como protagonista del apoyo", en AA.VV.: *Los vulnerables ante el proceso civil* (dir. por J.F. Herrero y J. López), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 281-302.

González Campo, FdA.: "Procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad: valoración de la reforma procesal del Anteproyecto de 2018", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. por De Salas y Mayor), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 467-499.

Herrera Vergar, Y.M.: "Facilitadores Judiciales comunitarios como mecanismo de acceso a la justicia de los grupos vulnerables en Panamá", en AA-VV.: *Justicia en el marco de los Derechos Humanos. La Equidad y la Justicia alternativa "perspectiva panameña y mexicana* (coord. por De León), Universidad Autónoma de Nuevo León, 2014, pp. 315-332.

Martínez Ortega, J.C.: "El facilitador: herramienta fundamental en la defensa de las personas con discapacidad", *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2022, núm. 101, pp. 36-39.

Muyo, P.: "El rol del facilitador en los procesos civiles", en AA.VV.: *Los vulnerables ante el proceso civil* (dir. por J.F. Herrero y J. López), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 365-369.

Rodríguez Álvarez. A.: "Primera sentencia penal en lectura fácil: el caso de la SAP Madrid (sección 16ª) 517/2018, de 9 de julio", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2019, núm 8.

Recio, M., Alemany, A., y Manzanero, A.: "La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad intelectual", *Siglo Cero - Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, 2012, vol. 43 (3), núm. 243, pp. 54-68.

Reyes Cano, P.: "En torno a la coordinación de parentalidad: ¿garantía o desprotección de los derechos de la infancia?", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2022, núm 38, pp. 185-214.

Rodríguez, C. y Carbonell, X.: "Coordinador de parentalidad: nueva figura profesional para el psicólogo forense", *Papeles del Psicólogo*, 2014, vol. 35(3), pp. 193-200.

Rosales, M., Fernández, A., Fariña, F.: *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2019, pp. 11-28.

Tena Piazuelo, I.: "¿Qué es un coordinador de parentalidad?, *Revista Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. nov. 2018. Disponible en https://eljusticiadearagon.es/revista-actualidad-del-derecho-en-aragon/.

Terrats, G. y Carmona, A.: "Características del rol del coordinador de parentalidad y sus diferencias con otras intervenciones", *Revista de Mediación*, 2019, vol. 12, núm. 1, pp. 1-8. Disponible en: https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2019/07/Revista23-e5.pdf.



PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y MEDIDAS DE APOYO EN EL EJERCICIO DE SU DERECHO A OTORGAR TESTAMENTO. ANÁLISIS DE LA REFORMA OPERADA POR LEY 8/2021

PEOPLE WITH INTELLECTUAL DISABILITIES AND SUPPORT MEASURES IN THE EXERCISE OF THEIR RIGHT TO MAKE A WILL. ANALYSIS OF THE REFORM OPERATED BY LAW 8/2021

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1914-1933

Beatriz
HERMIDA
BELLOT

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad supuso un cambio de paradigma en el tratamiento jurídico de la discapacidad. El Estado español se adapta a esta normativa mediante Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica. Esta Ley introduce numerosos cambios en materia de capacidad para otorgar testamento y de medidas de apoyo a la discapacidad en esta materia. En el presente trabajo se profundizará, desde el prisma de los principios que inspiran esta Ley, en la función de las medidas de apoyo en el momento de otorgar testamento y de conformar la voluntad testamentaria y en las salvaguardas y medidas para evitar la captación de la voluntad del testador.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; capacidad jurídica; testamento; convención; derechos humanos; medidas de apoyo; salvaguardas; voluntad; notario; testador; igualdad; dignidad; guardador de hecho; curatela; representación; defensor judicial; herederos; sustitución ejemplar.

ABSTRACT: *The Convention on the Rights of Persons with Disabilities represented a paradigm shift in the legal treatment of disability, the Spanish State adapts to this regulation through Law 8/2021, which reforms civil and procedural legislation for support of people with disabilities in the exercise of legal capacity, this Law introduces numerous changes in terms of capacity to make a will and measures to support disability in this area; In particular, we will deepen, from the prism of the principles that inspire this Law, in the function of the support measures at the moment of granting a will and of conforming the testamentary will and in the safeguards and measures to avoid the capture of the will of the testator.*

KEY WORDS: *Disability; legal capacity; will; convention; human rights; support measures; safeguards; notary; testator; equality; dignity; de facto guardian; curatorship; representation; legal defender; heirs; exemplary substitution.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CAPACIDAD PARA TESTAR A LA VISTA DE LA LEY 8/2021.- III. TESTAMENTO COMO ACTO PERSONALÍSIMO.- IV. FUNCIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO.- V. SALVAGUARDAS Y MEDIDAS PARA EVITAR LA CAPTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR.- 1. Prohibición de disponer *mortis causa*: el artículo 753 del Código Civil.- 2 Modificación del artículo 665. 3. Supresión de la sustitución ejemplar.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 27 de noviembre de 2007[1] supone un cambio de paradigma en la concepción y tratamiento de la capacidad jurídica.

Básicamente, se pasa de un sistema de sustitución en la toma de decisiones de aquellas personas que tenían limitada su capacidad de obrar a un sistema de apoyo o asistencia en esta toma de decisiones[2]. El modelo médico aplicado hasta el momento implicaba la consecuencia necesaria de que aquellas personas con discapacidad que tenían mermada su capacidad física o psíquica fueran sustituidas por su representante legal en la toma de decisiones y ello, que se fundamentaba en el principio de protección de estas personas[3], limitaba su propia autonomía del discapacitado[4] pues la sentencia de incapacitación señalaba el grado de incapacitación y hasta dónde se extendía la capacidad de obrar del incapacitado; es decir, hasta qué punto podía o no el incapacitado ejercer su capacidad jurídica, más allá de este punto, el incapacitado por sentencia era sustituido por su representante legal so pretexto de proteger su persona y bienes.

El objetivo de la CDPD consiste en promover la igualdad de estas personas con discapacidad y por ello se pasa de este modelo proteccionista y sustitutivo de la voluntad hacia un modelo que permita a las personas con discapacidad ejercitar su capacidad jurídica en igualdad de condiciones, dejando atrás una concepción *ius*privatista de la discapacidad y pasando a observarla desde el punto de vista

1 BOE núm. 96 de 21/04/2008.

2 Cuenca Gómez, P.: "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja* 10, diciembre 2012, p. 62.

3 Íbid. p.64.

4 Íbid. p.65.

• Beatriz Hermida Bellot
Profesora Colaboradora Doctora de Derecho Civil. Universidad CEU-Cardenal Herrera. Correo electrónico: beatriz.hermida@uchceu.es

de los derechos humanos[5]. Son los principios de dignidad humana y de igualdad sobre los que gira toda la reforma tal y como se manifiesta en el artículo 1 de la Convención[6].

Este sistema obliga a modificar las legislaciones de los Estados parte, lo que se realiza en nuestro Derecho a través de la Ley 8/21, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica[7].

A grandes rasgos, la Ley 8/21 elimina la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, sustituyéndola por los términos capacidad jurídica y ejercicio de la capacidad jurídica; elimina la institución de la incapacitación presumiéndose así que todas las personas tienen capacidad jurídica y pleno ejercicio de la misma; y, en materia de instituciones tutelares, suprime la posibilidad de nombrar tutor -más allá de la tutela prevista para los menores de edad- y adquiere mayor relevancia la figura de la curatela que podrá ser representativa y tendrá carácter excepcional. También se impulsa, como medida de apoyo, al guardador de hecho, figura residual en el sistema anterior y que se abre camino tras la reforma como muestra la jurisprudencia menor más reciente.[8]

Dentro de este contexto también se modifican algunas cuestiones en materia de sucesiones, se suprime del artículo 663 la mención a los incapacitados de manera que interpretando este artículo *a sensu contrario*, tienen capacidad para testar los mayores de catorce años y aquellos que en el momento de testar puedan conformar y expresar su voluntad, aunque sea con ayuda de medios o apoyo para ello. Se elimina del artículo 665 la posibilidad que antiguamente tenía el notario de nombrar dos facultativos que valoraran la capacidad del testador incapacitado respecto del cual la sentencia de incapacitación no contuviera pronunciamiento acerca de su capacidad para testar. Se introducen en el artículo 753 nuevas prohibiciones para testar a las que nos referiremos posteriormente. Se suprime la sustitución ejemplar dejando vacío de contenido el artículo 776 del Código Civil.

El objeto de este trabajo consiste en analizar las reformas producidas en materia de sucesiones prestando especial atención al juicio de capacidad que realiza el

5 Íbid. p.71.

6 "El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás."

7 Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica (BOE núm. 132, de 03/06/2021).

8 SAP León 21 marzo 2022 (JUR 2022,196568); SAP Cantabria 30 marzo 2022 (JUR 2022,157069); SAP Cantabria 31 mayo 2022 (JUR 202212885).

notario y a las medidas de apoyo para expresar la voluntad testamentaria. Nos centraremos para ello en los problemas que plantea la reforma para las personas con discapacidad intelectual, fundamentalmente, puesto que son las personas que presentan mayor vulnerabilidad y mayor riesgo de que un tercero pueda captar su voluntad. Además, es más complicado para el notario calificar la capacidad de entender de una persona con discapacidad intelectual que respecto de las personas con discapacidades físicas o sensoriales para las que existen medios adaptativos más seguros.

Sin perjuicio de las bondades de este nuevo sistema, en materia de sucesiones este sistema abre la vía a una doble problemática: por un lado, es posible que el notario no calcule correctamente la capacidad mental del testador para conformar su voluntad, lo que compromete la viabilidad del testamento y la seguridad jurídica del testador y de los herederos y, por otro lado, se plantea la cuestión de hasta qué punto las personas que ejercen medidas de apoyo (curador o guardador de hecho, fundamentalmente) prestan este apoyo sin influir indebidamente en la voluntad del testador que tenga una mermada capacidad mental.

II. CAPACIDAD PARA TESTAR A LA VISTA DE LA LEY 8/2021.

En el contexto que hemos señalado resulta obvio que cualquier persona mayor de 14 años (18 en el caso del testamento ológrafo según señala el artículo 688) y que pueda conformar y manifestar su voluntad en el momento de hacer testamento, tal y como señala el artículo 663 del Código Civil, tiene capacidad para testar y puede ejercitar su derecho a hacer testamento. Queda suprimida, por tanto, la posibilidad de que el juez señale, como antaño, por sentencia, que la persona carece de capacidad para testar[9], si bien puede señalar que sea asistida en el proceso de conformar su voluntad o de manifestar dicha voluntad. Así, padecer una patología que limite el autogobierno no es causa para eliminar la posibilidad de otorgar testamento[10].

¿Qué es lo que justifica que no puedan otorgar testamento los menores de 14 años? Sin duda, la posibilidad de que cualquier persona pueda captar su voluntad ya que se considera que por debajo de esa edad se carece de suficiente capacidad de entender y de querer; sin embargo, en el sistema actual y tras la Ley 8/2021 una persona mayor de edad con discapacidad intelectual, que ostente una capacidad de entender y de querer similar a la de un menor de edad, sí que puede llegar a otorgar testamento, pues se presume su capacidad para testar, el notario no tiene

9 Alventosa del Río, J.: "Reformas en Derecho de Sucesiones", en *La Discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. J.R. de Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 463.

10 De Barrón arniches, P.: "Personas con discapacidad y libertad para testar", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2020 núm. 12, p. 453.

ni por qué conocer que la persona en cuestión tiene una discapacidad ¿queda entonces protegida? Analizaremos a continuación las opciones de que dispone la persona con discapacidad en orden a la protección de su derecho.

Parece que la única forma de dispensar protección a estas personas es la apreciación por parte del notario, en el momento de otorgar testamento abierto, de la aptitud del testador para conformar la voluntad testamentaria, el notario debe tener capacidad natural para poder otorgar testamento, tiene que conocer el alcance y trascendencia jurídica del acto que está realizando[11]. Recae, por tanto, de manera exclusiva sobre el notario la responsabilidad de realizar el juicio de capacidad sin más sustento que su intuición en el momento de autorizar el negocio jurídico en cuestión, ya que, como veremos más adelante, se ha suprimido del artículo 665 del Código Civil la posibilidad de contar con la opinión de dos facultativos sobre la capacidad para prestar la voluntad testamentaria.

Además, y tal y como señala la Guía de buenas prácticas para personas con discapacidad, redactada por la Comisión de Derechos Humanos de la Unión Internacional del Notariado, el notario tiene función de apoyo institucional para hacer que se respeten los derechos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y para impedir abusos e influencias sobre la voluntad de estas personas[12].

Puesto que la capacidad para hacer testamento se presume[13], para el caso de que se presentara ante notario una persona con discapacidad que pretenda otorgar testamento, el notario debe permitir a esta persona ejercitar la *testamenti factio activa* salvo que aprecie motivos para considerar que carece de capacidad para conformar su voluntad, tampoco debería autorizar testamento, si en ese momento comprueba que su voluntad está viciada habiendo sido captada la voluntad del testador por cualquier otra persona.

III. TESTAMENTO COMO ACTO PERSONALÍSIMO.

El objetivo de la CDPD en palabras de Cuenca Gómez consiste en "promover y maximizar la autonomía de las personas con discapacidad y no negarla, entorpecerla o impedirla, esgrimiendo como fundamento incuestionable

11 Planas Ballvé, M.: "La capacidad para otorgar testamento", en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo), Bosch, Madrid, 2021, pp. 656.

12 https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-10-6-CDH+Guia-ESP/283f8ae1-da62-4e72-ab3e-b96fec0caaec p. 28.

13 De Amunátegui Rodríguez, C.: "Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente", *Revista de Derecho Privado,* julio-agosto 2018, núm. 4, p. 7.

el principio de protección"[14]. Es por ello que no se puede negar a la persona con discapacidad el derecho a realizar testamento sino que habrá que facilitar el ejercicio de la capacidad jurídica del testador en orden a este otorgamiento. Sin embargo, ¿cómo prestar este apoyo tratándose el testamento de un acto personalísimo

La cuestión es sencilla cuando se trata de prestar apoyo a personas con discapacidad sensorial, ya que se puede emplear la asistencia de cualquier medio técnico, material o humano para que el testador pueda manifestar su voluntad y comprender la trascendencia del acto. La cuestión se complica cuando se trata de persona con discapacidad intelectual, la adaptación del proceso a la persona y la prestación de medidas de apoyo en este caso es mucho más compleja y menos garantista. No se trata simplemente de adaptar el sistema a la persona en cuestión, sino que el sistema debe asegurar que la persona con capacidades intelectuales reducidas prestan consciente y voluntariamente el consentimiento.

Debemos distinguir a la hora de realizar testamento, el proceso de formación de la voluntad del momento de la prestación del consentimiento.

Centrándonos en el momento de la prestación del consentimiento, tal y como señala el artículo 670 del Código Civil en su apartado primero "El testamento es un acto personalísimo; no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario." No podrá señalarse por tanto ninguna medida de apoyo que suponga la sustitución de la voluntad testamentaria por parte de un tercero; a este respecto, llaman la atención la SAP Madrid de 20 de diciembre 2021[15] y la SJPII de Tafalla de 23 de noviembre de 2021[16]- ambas dictadas una vez entrada en vigor la ley 8/2021- en la primera se establece una cuartela representativa "para actos de disposición a título gratuito"[17], en la segunda se establece la misma medida para realizar, entre otras "disposiciones testamentarias" y añade que "en todas estas actuaciones la curadora ejercerá la representación", sorprendentemente estas sentencias señalan medidas de representación; es decir, de sustitución de la voluntad en el momento de otorgar testamento.

Debemos interpretar estas disposiciones en el sentido de que en estos casos, el curador -o cualquier otra medida de apoyo que se señale por sentencia- puede participar en el proceso de formación de la voluntad testamentaria, prestando

14 Cuenca Gómez, P.: "El sistema", cit., p. 72.

15 SAP M 20 diciembre 2021 (JUR 2022,65517).

16 SJPII Tafalla 23 noviembre 2021 (JUR 2022,91803).

17 Puesto que no hace especificación alguna entendemos por actos de disposición a título gratuito tanto los actos de disposición *inter vivos* como los *mortis causa* y por ende, el testamento.

apoyo[18], pero no en el momento de la prestación del consentimiento, pues existe unanimidad en la doctrina, dado el tenor literal del citado artículo 670 del Código Civil, para entender que el testamento es un acto personalísimo en el que no solo no cabe representación, sino tampoco complemento de capacidad o asistencia[19], siguiendo así la doctrina jurisprudencial señalada en STS de 15 de marzo de 2018[20] por la cual cuando una sentencia señala una medida de apoyo representativa para actos de disposición en general, no se deben entender incluidos los actos de disposición *mortis causa*.

En conclusión, las medidas de apoyo para personas con discapacidad funcionan hasta el momento inmediatamente previo a la prestación del consentimiento -como veremos a continuación-, pero no en el momento de la prestación del consentimiento al negocio jurídico *mortis causa,* al tratarse de un negocio jurídico de carácter personalísimo que excluye representación y asistencia o complemento de capacidad.

IV. FUNCIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO.

Según lo expuesto anteriormente y centrándonos en personas con discapacidad intelectual, entendemos entonces que las medidas de apoyo señaladas judicialmente, o no -piénsese en la guarda de hecho-, funcionarán en materia de sucesiones solamente para el periodo de tiempo durante el cual se produce la formación de la voluntad testamentaria, pero no para el momento de la prestación del consentimiento pues el testamento es un acto personalísimo que no admite ni representación ni complemento de capacidad.

El hecho de que el testamento sea un negocio jurídico personalísimo no significa que en la construcción de la voluntad testamentaria no pueda intervenir el auxilio de un tercero[21]. La función de esta persona de apoyo consistirá en hacer comprender al testador con discapacidad intelectual la trascendencia del acto y consecuencias del mismo, también puede y debe prestar este apoyo el notario

18 Este apoyo consistirá en dar explicaciones a la persona con discapacidad intelectual acerca de la trascendencia del acto, las opciones que tiene el testador, las consecuencias de nombrar uno u otro heredero o legatario. En definitiva, conversaciones con el testador, persona con discapacidad intelectual que informen a la persona acerca del acto, pero nunca acciones que manipulen al testador en orden a testar en un sentido determinado. Este apoyo tampoco podrá consistir en sustituir su voluntad en el momento del otorgamiento del testamento.

19 De Barrón arniches, P.: "Personas con discapacidad", cit., p. 451; Pérez Gallardo L. B.: "El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 782, p. 3630; Guilarte Martín-Calero, C.: "Capacidad para testar de la persona sometida a curatela: Contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar y alcance del artículo 665 del Código civil. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (146/2018).", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil,* (coord. por M. Yzquierdo Tolsada), vol. 10, Dykinson, Madrid, 2018, p. 459.

20 FD. 5º STS 15 marzo 2018 (RJ 2018,1090).

21 Pérez Gallardo, L. B.: "El testamento", cit., p. 3631.

en el momento de otorgar el testamento (*ex* artículo 665 Código Civil); deberá hacerle comprender, así mismo, las diferentes opciones que ostenta a la hora de disponer de su patrimonio por testamento y también deberá asegurarse de que en este proceso no resulta captada su voluntad por un tercero que pueda manipularle en la toma de decisiones.

Habiéndose nombrado en procedimiento para designar medidas de apoyo un curador, la función de complemento de capacidad que debe prestar implica involucrarse en el negocio jurídico pero no sustituyendo su voluntad si fuera representativo ni requiriéndose su consentimiento en el testamento a modo de complemento de capacidad, no siendo representativo, sino que deberá participar activamente en el proceso de formación de la voluntad testamentaria siendo su participación esencial para la perfección del negocio[22], pero siempre respetando y atendiendo a la voluntad, deseos y preferencia del sometido a esta medida de apoyo, tal y como reza el artículo 249 del Código Civil.

Esta participación de la persona que presta apoyo debe acreditarse en el momento de hacer testamento o de lo contrario el testamento podría reputarse nulo. Es por ello, que preferentemente las personas con discapacidad psíquica deberían otorgar testamento notarial abierto y no otro con tal de que a la vista del contenido del testamento el notario pueda calificar si el testador ha sido asistido en la conformación de la voluntad por quien debe de prestarle apoyo, hecho que no puede garantizarse si el testamento es cerrado o no se trata de testamento notarial[23].

En cuanto al guardador de hecho y también el curador -con o sin facultades representativas-, además de apoyar al testador en la conformación de su voluntad testamentaria, también podrán ser llamados por el notario para informar sobre la situación real de la persona y sobre su capacidad para prestar el consentimiento libre y válido al testamento[24]

Tiene que quedar claro que el apoyo no puede consistir en decidir por la persona, ni en sustituir su voluntad sino en ayudar a que la propia persona decida por sí misma[25].

El notario al enjuiciar la capacidad del testador en el momento del otorgamiento deberá asegurarse de que este proceso se ha realizado con auténtica libertad por parte del testador y de que ni la persona que le ha prestado apoyo ni ningún

22 Íbid. p. 3632.

23 Guilarte Martín-Calero, C.: "Capacidad para testar", cit., p. 464.

24 Abad Arenas, E.: "La discapacidad y la aptitud matrimonial a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 2015, núm. 2, p. 225.

25 Cuenca Gómez, P.: "El sistema", cit., p. 74.

tercero ha podido captar su voluntad. Reside pues en el notario la responsabilidad de garantizar que en el futuro ese testamento no será impugnado ni por falta de capacidad ni por captación de la voluntad del testador.

V. SALVAGUARDAS Y MEDIDAS PARA EVITAR LA CAPTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR.

Señala el artículo 12 de la CDPD en su apartado cuarto que "Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas."

De esta manera impone el artículo 12 de la Convención a los Estados adheridos a la Convención establecer medidas que garanticen el ejercicio de los derechos mediante las debidas salvaguardas, así como evitar influencias indebidas en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

¿Cómo ha abordado el Estado español esta cuestión mediante la reforma operada por Ley 8/2021? Trataremos el tema haciendo referencia a tres cuestiones distintas:

-en primer lugar, la modificación del artículo 753 del Código Civil relativo a las prohibiciones de disponer,

-por otro lado, la modificación del artículo 665 del Código Civil que ha supuesto la supresión de la posibilidad que antaño tenía el notario para solicitar la intervención de dos facultativos que acreditaran la capacidad para testar del testador,

-y en último lugar, la supresión del artículo 776 del Código Civil que reconocía la sustitución ejemplar en nuestro Derecho y que permitía a los ascendientes de la persona incapacitada nombrar sustituto al descendiente incapacitado.

Veamos pues, como han afectado estas reformas al sistema actual:

1. Prohibición de disponer mortis causa: el artículo 753 del Código Civil.

El Código Civil establece tres normas que limitan la capacidad de disponer del testador por testamento a favor de personas que asistiéndole en un momento de especial vulnerabilidad podrían captar su voluntad, son las llamadas incapacidades relativas para suceder.

Así, según el artículo 752, no producirán efecto las disposiciones testamentarias en favor del sacerdote -entendido en sentido amplio como cualquier ministro de culto- que hubiera confesado al testador durante su última enfermedad, extendiéndose la prohibición a sus parientes dentro del cuarto grado, iglesia, cabildo, comunidad o instituto, se considera que esta persona tiene una especial situación de poder en un momento vulnerable del testador que podría llevarle a testar en un determinado sentido a su favor o a favor de las personas que este artículo menciona; por su parte, el artículo 754 establece lo propio respecto del notario que autorice el testamento o sus parientes o afines y respecto de los testigos del testamento abierto o personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales. Partiéndose de la base de que el notario ostenta también una posición privilegiada respecto del testador.

El artículo que ahora nos ocupa es el artículo 753, que se refiere a personas que ejerzan cargos tutelares -en relación con los menores de edad- o medidas de apoyo respecto de personas con discapacidad, este artículo ha sido recientemente reformado por Ley 8/2021, si bien en su redacción anterior se refería únicamente al tutor o curador -les impedía suceder salvo cuando las disposiciones testamentarias se hubieran hecho después de aprobadas definitivamente las cuentas o después de extinguida la tutela o curatela- en su redacción actual amplía el espectro de personas afectadas a otros agentes que prestan apoyo a las personas con discapacidad.

Podemos considerar testador vulnerable aquel que se ve privado de libertad de decidir y sobre el que se puede ejercer una influencia indebida a causa de la presión llevada a cabo por terceras personas[26]; partiendo de esta premisa, sin duda, un sector especialmente vulnerable es el de las personas con discapacidad, y más en concreto el de las personas con alguna discapacidad psíquica o mental, pensemos, por ejemplo, en un mayor de edad con Síndrome de Down que pueda ser fácilmente manipulable por las personas que tenga a su alrededor: "Cuanto mayor sea el ámbito de capacidad que se reconozca a una persona con discapacidad para otorgar testamento, mayor será el umbral de presencia de posibles influencias indebidas" tal y como expone Admunátegui Rodríguez[27].

26 De Amunátegui Rodríguez, C.: "Testamento otorgado", cit., pp. 11, 13.

27 Íbid. p. 17.

Según Carrión Vidal existen más posibilidades de influencia indebida al realizar una disposición testamentaria en las personas sometidas a curatela representativa que en los casos de curatela asistencial[28], sin embargo, ya hemos explicado anteriormente, que el curador solo debe intervenir en el periodo de formación de la voluntad testamentaria, no en la prestación del consentimiento ante notario; es por ello que consideramos que cualquier tipo de asistencia, ya sea representativa o no, puede ser susceptible en prácticamente igual medida de captar la voluntad del testador, por ello entendemos que el artículo no solo debería referirse al curador representativo, sino, bajo el mismo fundamento, al curador meramente asistencial[29]. Algún sector de la doctrina entiende comprendido tanto al curador asistencial como al defensor judicial y al guardador de hecho en el tercer inciso del artículo 753 que estudiaremos a continuación[30].

Siguiendo con la sistemática del precepto, el artículo 753 se refiere en su segundo inciso a la nulidad de las disposiciones hechas por personas internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento donde se lleva a cabo el internamiento, también será nula la disposición realizada a favor del propio establecimiento. Alude por tanto este inciso a personas físicas que ejerzan la guarda de hecho en centros de internamiento y a personas jurídicas -el propio establecimiento- que tampoco podrá ser destinatario de disposiciones testamentarias. Presume el legislador que estas personas o establecimientos tienen una especial posición de superioridad respecto del testador vulnerable que podría facilitar la captación de su voluntad, así, se elimina la posibilidad de ceder por testamento los bienes del testador a cambio de cuidarle durante su última enfermedad.

Como ya hemos adelantado, consideramos que la posibilidad de captar la voluntad del testador se puede dar igualmente cuando las medidas de apoyo señaladas no sean representativas, por tanto ¿qué ocurre en caso de existencia de guardador de hecho de persona que no esté internada? Para estos casos, el artículo 753 en su tercer inciso señala que tratándose de personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga -no aclara el artículo si se refiere a personas físicas que prestan estos servicios a cambio de una remuneración o simplemente como guardadores de hecho- solo podrán ser favorecidas en la sucesión si esta disposición es ordenada en testamento notarial abierto. De esta manera, el notario podrá valorar al realizar el juicio de capacidad

28 Carrión Vidal, A.: "Algunas reflexiones sobre el artículo 753 CC tras la Ley 8/2021", *Familia y Sucesiones ICAV*, julio 2022, núm. 23, p. 5.

29 Comparte esta opinión Josefina Alventosa del Río en: Alventosa del Río, J.: "Reformas en Derecho", cit., p. 456.

30 Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "Prohibición legal de testar para las personas con discapacidad: justificación e interpretación del "nuevo" artículo 753 del Código Civil", *Revista Jurídica del Notariado,* julio-diciembre 2021, núm. 113, p. 136.

si la voluntad del testador ha sido susceptible de captación por las personas mencionadas.

Por su parte, el último inciso del artículo señala, como ya hacía en su redacción anterior a la Ley 8/2021, que serán válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder *ab intestato.*

Como señala algún sector doctrinal[31] este artículo es quizás demasiado sobreprotector y limita sobremanera la libertad del testador. Tal vez hubiera estado más acertado el legislador si en vez de circunscribir la posibilidad de otorgar testamento abierto ante notario a las personas mencionadas en el apartado tercero del artículo lo hubiera ampliado a cualquier persona que ejerza medida de apoyo a favor del testador; de esta manera, cualquiera que ejerciera un cargo tuitivo sobre la persona y bienes de la persona con discapacidad podría ser susceptible de sucederle siendo así la voluntad del testador y cumpliendo con las debidas garantías que debe tomar el notario para asegurarse de que en ningún caso la voluntad del testador ha sido objeto de manipulación captatoria; es más, el sistema sería más garantista -aunque quizás no tan igualitario como predica la CDPD- si en todo caso una persona sometida a medidas de apoyo se viera obligado a realizar testamento abierto[32], tal y como propusieron durante la tramitación parlamentaria de la Ley los Grupos Parlamentarios Mixto y de Ciudadanos[33]. Sin embargo, la nueva ley guarda silencio y no limita la forma en la que las personas con discapacidad pueden otorgar testamento.

2. Modificación del artículo 665 del Código Civil.

Como hemos señalado al comienzo de este epígrafe, el artículo 12 de la Convención señala la obligatoriedad de los Estados adheridos a la misma de establecer salvaguardas en el ejercicio de la capacidad jurídica para impedir abusos. Esas salvaguardas se deben establecer para que la persona con discapacidad pueda ejercer correctamente su capacidad jurídica.

Tradicionalmente, una de las salvaguardas que establecía el Código Civil para garantizar que la voluntad testamentaria se estaba prestando con plena capacidad consistía, tal y como señalaba el artículo 665, en la posibilidad que tenía el notario cuando la sentencia de incapacitación no establecía nada acerca de la capacidad para testar, de nombrar dos facultativos que previamente reconocieran al testador de manera que no podía autorizar el testamento sino cuando los facultativos

31 Carrión Vidal, A.: "Algunas reflexiones", cit., p. 8; Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "Prohibición legal", cit., p. 102.

32 Sin embargo, el sistema sería mucho más igualitario desde el punto de vista de la libertad de testar al permitir al testador disponer en favor de cualquier persona, aunque tuviera que hacerlo necesariamente en testamento notarial abierto.

33 Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "Prohibición legal", cit., p. 103. Pie de página número 20.

respondieran de su capacidad; sin embargo, esta norma ha sido eliminada del Código Civil y sustituida por un nuevo artículo 665 que centra el juicio de capacidad que debe hacer el notario en su sola apreciación acerca de la capacidad del testador para comprender y manifestar el alcance de las disposiciones testamentarias.

La Comisión de Codificación no eliminó en su primera propuesta el dictamen de los facultativos y señalaba que, ante la duda sobre la aptitud del testador para hacer testamento, el notario designaría dos facultativos que le reconocieran[34], sin embargo, como hemos visto, este no ha resultado el texto definitivo.

La doctrina que se muestra a favor de la existencia del dictamen de los dos facultativos señala que para adaptar este sistema al nuevo modelo de la Convención de Nueva York sería deseable acompañar esos informes de un informe social y de la audiencia de personas próximas al testador para que el notario pueda hacerse una mejor idea de su capacidad para testar[35].

El dictamen de los facultativos constituía una prueba pericial de que la persona con discapacidad tenía la capacidad suficiente como para otorgar testamento en el momento de hacerlo. En la actualidad, ante una eventual impugnación del testamento por falta de capacidad, serán necesarios dictámenes médicos retrospectivos que no deberían poder destruir la presunción de capacidad que es regla general en nuestro Derecho, como señala Guilarte Martín-Calero[36].

Sin embargo, existían antes de la reforma posturas contrarias a la presencia de dos facultativos en el proceso de autorización del testamento por el notario por ser este sistema -según esta doctrina- contrario a los principios de la CDPD ya que la Convención pretende pasar de un sistema asistencialista y medicalizado, a un sistema social, basado en los derechos humanos[37]. Esta doctrina entiende que la presencia de los facultativos puede abrir la puerta de nuevo a los modelos de sustitución de la voluntad del testador persona con discapacidad, convirtiendo los modelos de apoyo en modelos de sustitución, de nuevo contrarios a los principios de la CDPD[38]

Así, la única salvaguarda que existe actualmente para garantizar la capacidad del testador es la mera apreciación por parte del notario, sin asistencia de ningún tipo, de la capacidad de comprensión por parte del testador del acto que está

34 Guilarte Martín-Calero, C.: "Capacidad para testar", cit., p. 460.

35 Íbid. p. 462.

36 Íbid. p. 463.

37 Pérez Gallardo L. B.: "El testamento", cit., p. 3628.

38 Cuenca Gómez, P.: "El sistema", cit., p. 76.

realizando, trasladando este sistema una excesiva responsabilidad al notario[39]. Podría decirse que, prescindiendo de los facultativos, la Ley 8/2021 no cumple debidamente el deber de establecer las correspondientes salvaguardas impuesto por el artículo 12 de la CDPD.

Cabe plantearse la cuestión de si el notario aun sin que exista norma que lo autorice -pero tampoco que lo prohíba- puede por si mismo o solicitándolo a la autoridad judicial nombrar como medida de apoyo el dictamen de facultativos, así lo consideran autores como Admunátegui Rodríguez[40]. Para ello se puede amparar en el artículo 249 del Código Civil que en su último inciso señala: "La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera"; también podría ampararse en el hecho de que para prestar consentimiento matrimonial sí que contempla el Código Civil -y no ha sido eliminado tras la reforma- la posibilidad de solicitar dictamen médico *ex* artículo 56 *in fine* que señala que "Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar este consentimiento." De este artículo se deriva, haciendo una interpretación sistemática del Código Civil que, si es posible solicitar dictamen médico para el caso del consentimiento matrimonial, con el mismo fundamento debe poderse recabar dicho dictamen para prestar consentimiento testamentario, aunque sea con carácter excepcional

A mayor abundamiento, el Código civil en reiteradas normas (artículos 685, 696 y 707) establece que el notario "se asegurará" de que el testador tiene capacidad suficiente para testar, entendiéndose que debe asegurarse por todos los medios de que disponga, sin que esto suponga atentar contra la persona con discapacidad, sino más bien al contrario, como garantía frente a una posible impugnación de su testamento[41].

Esta posibilidad dotaría al acto de otorgamiento del testamento de mayores garantías y mayor seguridad jurídica.

39 Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Jurídica del Notariado,* julio-diciembre 2021, núm. 113, p. 69.

40 De Amunátegui Rodríguez, C.: "El artículo 655", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. Guillarte Martín- Calero), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 889.

41 De Amunátegui Rodríguez, C.: "Testamento otorgado", cit., p. 28.

3. Supresión de la sustitución ejemplar.

Por último, el Código Civil, con anterioridad a la reforma operada por Ley 8/2021 establecía a modo de salvaguarda para que el testador incapacitado no muriera intestado la posibilidad de establecer una sustitución ejemplar contemplada en el suprimido artículo 776.

Si bien es cierto que este artículo recibió no pocas críticas al considerarse por algunos sectores como un testamento por comisario que atentaba contra el carácter personalísimo del testamento, era la única forma de evitar que personas con absoluta incapacidad para testar no estuvieran abocados a morir intestados, permitiendo que los ascendientes pudieran nombrar sustitutos a sus descendientes personas con discapacidad quedando siempre a salvo la posibilidad de que este testamento quedara invalidado por el testamento hecho por el incapacitado en intervalo lúcido[42].

Por ello, aunque el espíritu de la CDPD merece críticas positivas al incentivar el tratamiento igualitario y respetuoso de las personas con discapacidad y promover el cambio de un sistema de sustitución de la voluntad hacia un sistema de apoyos, negar el hecho de que existan supuestos en los que el otorgamiento de testamento resulta imposible constituye un error que podría haberse salvado sin la supresión de la sustitución ejemplar. Con esta supresión, las personas que se encuentran absolutamente imposibilitadas para prestar el consentimiento se ven abocadas a morir necesariamente intestadas.

VI. CONCLUSIONES.

La reforma operada en nuestro Código Civil por Ley 8/2021 era necesaria tras muchos años de postergar la adaptación del Derecho español a las premisas de la CDPD; sin embargo, esta reforma, ha resultado en algunos casos insuficiente y en otros demasiado protectora a la vista de los principios que la inspiran, así, queriendo huir del proteccionismo anterior que se profería a las personas con discapacidad y que llevaba a suplir su voluntad en la mayoría de los negocios jurídicos, en ocasiones deja demasiado desprotegida a la persona con discapacidad y en otras ocasiones redunda en la sobreprotección anterior, provocando, además, situaciones complicadas para algunos agentes como el notario o las personas que deben ejercer medidas de apoyo.

42 Cabe destacar que estas mismas críticas se han tradicionalmente realizado contra el artículo 775 que regula la sustitución pupilar, artículo que no ha sido suprimido.

En materia de prestación de la voluntad testamentaria, observamos que se presume la capacidad de las personas con discapacidad y es el notario el que sin contar con ninguna salvaguarda debe realizar el juicio de capacidad.

Las medidas de apoyo se pueden prestar durante el proceso de formación de la voluntad, pero no en el momento de otorgar testamento, dado el carácter personalísimo del mismo. Las personas que prestan apoyo deben asegurarse de que el testador conoce la trascendencia del acto que está redactando, así como el alcance y consecuencias del mismo y ello deben hacerlo sin influir indebidamente en su voluntad.

El notario deberá asegurarse de que en este proceso la persona que presta el apoyo no ha influido indebidamente en la voluntad del testador y de que este ha conformado debidamente su voluntad.

Consideramos -que no presumimos- que cualquier persona que preste medidas de apoyo a personas con discapacidad intelectual puede suponer una amenaza para la voluntad del testador entendiendo que si se trata de persona vulnerable es posible captar su voluntad; por ende, la normativa, no solo debe de tratar que se respeten los principios de igualdad y dignidad de la persona, también tiene que protegerla frente a determinados abusos.

El artículo 12 de la convención obliga a los Estados a establecer salvaguardas en aras a esta protección que debe dispensarse a las personas con discapacidad; sin embargo, las salvaguardas que ha establecido la Ley 8/2021 son insuficientes. La Ley ha aumentado los supuestos de incapacidades relativas para suceder incluyendo en el catálogo del artículo 753 del Código Civil a las personas que prestan apoyos a estas personas con discapacidad, esta norma queriendo alejarse de la sobreprotección que arrojaba el sistema anterior sobre las personas incapacitadas, lo que hace es limitar en demasía la libertad de testar de la que debería gozar el testador.

Por otro lado, como salvaguarda encontramos el juicio de capacidad que realiza el notario en el caso de los testamentos abiertos, sin embargo, el notario ya no cuenta con la posibilidad de solicitar a dos facultativos que presten informe sobre la aptitud del testador para testar.

Consideramos que nada obsta para que el notario pueda nombrarlos y apoyarse no solo en lo que él mismo aprecia de la conversación que pueda tener con el testador, o en la declaración que presten las personas que ejercen medidas de apoyo sobre la situación del testador, sino, que también pueda apoyarse en informes periciales, que no han sido suprimidos de la LEC como medios de prueba y, por lo tanto, deberían poder utilizarse para acreditar la capacidad

del testador y evitar así futuras demanda de nulidad testamentarias. A mayor abundamiento, resulta un contrasentido de la Ley 8/2021 que se haya eliminado la intervención de los dos facultativos que venía reconociendo el artículo 665 del Código Civil amparándose en la necesidad de desmedicalizar la discapacidad cuando en materia de prestación del consentimiento matrimonial por personas con alguna discapacidad, sí que permite el mismo texto legal que el encargado de realizar el expediente previo se apoye en informes médicos a la hora de valorar este consentimiento ¿por qué en materia de consentimiento matrimonial sí y en materia testamentaria no?

Finalmente, la CDPD parece negar el hecho de que en ocasiones es imposible que la persona con discapacidad llegue a prestar el consentimiento -ni siquiera con apoyos- y puesto que el testamento es un acto personalísimo y nadie puede sustituir la voluntad del testador y ni si quiera completarla, quizás hubiera sido más beneficioso para el testador haber mantenido en vigor la sustitución ejemplar para que la persona con discapacidad que se encuentre en estas circunstancias, no se vea abocado a morir intestado.

Con todo, quedaremos a la espera de ver los resultados de la aplicación de la Ley y si la nueva normativa pudiera redundar en un aumento de reclamaciones de nulidad testamentaria por falta o vicios del consentimiento no solo en los testamentos notariales abiertos sino en aquellos en los que no intervenga notario -el testador persona con discapacidad intelectual puede otorgar testamento ológrafo, este testamento exige mayoría de edad para otorgarlo precisamente para asegurar que el testador tenga absoluta capacidad de entender y de querer, sin embargo podría otorgar testamento ológrafo una persona cuya discapacidad limite esta capacidad de entender y de querer- o en testamentos cerrados en los que no queda al alcance del notario el contenido de las disposiciones testamentarias y por lo tanto no puede ejercer esta función de consejo y apoyo ni evaluar si comprende el testador el alcance de las mismas.

BIBLIOGRAFÍA.

Abad Arenas, E.: "La discapacidad y la aptitud matrimonial a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2015, núm. 2, pp. 215-236.

Alventosa del Río, J.: "Reformas en Derecho de Sucesiones", en AA.VV.: *La Discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por J.R. de Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 451-502.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Jurídica del Notariado*, julio-diciembre 2021, núm. 113, pp. 15-72.

Carrión Vidal, A.: "Algunas reflexiones sobre el artículo 753 CC tras la Ley 8/2021", *Familia y Sucesiones ICAV,* julio 2022, núm. 23, pp. 4-8.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "Prohibición legal de testar para las personas con discapacidad: justificación e interpretación del "nuevo" artículo 753 del Código Civil", *Revista Jurídica del Notariado,* julio-diciembre 2021, núm. 113, pp. 91-158.

Cuenca Gómez, P.: "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja* 10, diciembre 2012, pp. 62-94.

De Amunátegui Rodríguez, C.: "Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente", *Revista de Derecho Privado,* julio-agosto 2018, núm. 4, pp. 3-37.

De Amunátegui Rodríguez, C.: "El artículo 655", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. Guillarte Martín- Calero), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 887-892.

De Barrón arniches, P.: "Personas con discapacidad y libertad para testar", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2020, núm. 12, pp. 448-471.

Guilarte Martín-Calero, C.: "Capacidad para testar de la persona sometida a curatela: Contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar y alcance del artículo 665 del Código civil. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (146/2018).", en AAVV.: *Comentarios a las*

sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil, (coord. por M. Yzquierdo Tolsada), vol. 10, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 453-466.

Pérez Gallardo, L.B.: "El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 2020,* núm. 782, pp. 3625-3671.

Planas Ballvé, M.: "La capacidad para otorgar testamento", en A.A.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo), Bosch, Madrid, 2021, pp. 655-668.

IL "GUARDADOR DE HECHO" O "CAREGIVER" IN ITALIA

THE "GUARDADOR DE HECHO" OR "CAREGIVER" IN ITALY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1934-1961

Emanuela
MOROTTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: L'ordinamento italiano non ha ancora una disciplina ad hoc che dia riconoscimento giuridico al cosiddetto caregiver, ossia colui che assiste e si prende cura, spontaneamente e gratuitamente, di una persona cara non autosufficiente per tutte le necessità della vita quotidiana.

In ragione delle sue particolari caratteristiche, non sembra una soluzione adeguata ricondurre la figura in esame alla disciplina di istituti già noti, ma sarebbe più corretto qualificarla come una misura di protezione informale per la persona con disabilità, in linea con quanto già avviene in altri ordinamenti, come, ad esempio, in quello spagnolo.

PALABRAS CLAVE: Caregiver; tutela persone non autosufficienti; doveri morali e sociali; contatto sociale; misure di protezione dei soggetti deboli.

ABSTRACT: *A caregiver is someone that assists and takes care, spontaneously and for free, of a loved one with disabilities for all their daily needs. The Italian legal system does not yet have norms designed for their recognition and protection. Bringing it back to the already existing institutions does not seem to be enough, due to the particular characteristics of the caregiving, which would be more correctly qualified as an informal protection measure for people with disabilities, as already happens in other legal systems, like the Spanish one.*

KEY WORDS: *Caregiver; protection of people with disabilities; moral and social duties; social contact; protection measures for people with disabilities.*

SUMARIO.- I. CARATTERI, DENOMINAZIONE E NORME DI RIFERIMENTO.- II. UNA MANCANZA DI TUTELA MULTILIVELLO.- 1. La tutela in ambito di diritto del lavoro.- 2. L'ambito formativo e assistenziale.- III. IL PIANO CIVILISTICO.- 1. Mancanza di un obbligo di assistenza dei figli verso i genitori.- 2. Insufficienza dell'obbligo di prestare gli alimenti.- 3. L'ipotesi del rapporto giuridico per contatto sociale.- 4. L'ipotesi della gestione di affari altrui.- 5. L'esecuzione di un dovere morale o sociale.- IV. UN CONFRONTO CON IL DIRITTO SPAGNOLO E LA *GUARDA DE HECHO*.- V. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

I. CARATTERI, DENOMINAZIONE E NORME DI RIFERIMENTO.

Secondo i più recenti studi di settore[1], nel 2018 in Italia sono complessivamente 2 milioni e 827 mila le persone, tra i 18 e i 64 anni, che si dedicano all'assistenza di familiari di età superiore ai 15 anni non autosufficienti, perché malati o disabili.

La normativa italiana, con la L. 27 dicembre 2017, n. 205, art. 1, comma 255, recita: «Si definisce *caregiver* familiare la persona che assiste e si prende cura del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della legge 11 febbraio 1980, n. 18»[2].

1 I dati sono tratti dal Rapporto Istat su Conciliazione tra lavoro e famiglia, relativo all'anno 2018 e pubblicato il 18 novembre 2019 sul sito *www.istat.it*. Si rinvia anche al Rapporto Istat 2019, *Conoscere il mondo della disabilità: persone, relazioni e istituzioni*, sempre disponibile sul sito *www.istat.it*. Inoltre, secondo il rapporto del CENSIS 2015 sono più di 3 milioni le persone che soffrono di difficoltà funzionali gravi e, con l'allungamento della vita media, le previsioni stimano un aumento delle persone con disabilità, con una consequenziale crescita della domanda di cure e di assistenza. Si è inoltre calcolato che oltre 2.500.000 persone non autosufficienti rimangano a vivere presso la propria abitazione o quella di parenti, ammontando al 18 per cento della popolazione, pari a più di 3 milioni di persone, coloro che nel contesto familiare si prendono cura regolarmente di parenti anziani, malati o con disabilità.

2 Si richiama, per completezza, anche il precedente comma 254, che insieme al comma 255, costituiscono gli unici riferimenti normativi in materia. In particolare, secondo il comma 254 "è istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri il Fondo per il sostegno del ruolo di cura e di assistenza del *caregiver* familiare, con una dotazione iniziale di 20 milioni di euro per ciascuno degli anni 2018, 2019 e 2020. Il Fondo è destinato alla copertura finanziaria di interventi finalizzati al riconoscimento del valore sociale ed economico dell'attività di cura non professionale del *caregiver* familiare, come definito al comma 255. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri ovvero del Ministro delegato per la famiglia e le disabilità, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono definiti i criteri e le modalità di utilizzo del Fondo".
Ad oggi, come riporta il sito delle Piccole e medie imprese italiane *www.pmi.it*, tale finanziamento non è stato finora utilizzato, non essendo stato completato l'*iter* di approvazione parlamentare del relativo disegno di legge.

• Emanuela Morotti
Assegnista di Ricerca presso Università di Padova. emanuela.morotti@unipd.it

Tale definizione non è sufficiente a descrivere pienamente il fenomeno in esame, rivelandosi carente sotto più aspetti[3].

1) Innanzitutto, essa limita la figura del *caregiver* all'ambito del paradigma familiare, non considerando che ci sono realtà, nelle quali l'attività di cura e di assistenza di una persona non autosufficiente può svolgersi *i*) oltre il legame di parentela di terzo grado o di affinità di secondo grado citati espressamente dalla norma in esame; *ii*) e anche sulla base di legami di affetto o di amicizia, non essendoci ragioni per escludere dalla definizione di *caregiver* chiunque assista una persona cara non autosufficiente.

2) Il *caregiver* è persona diversa da chi ricopre il ruolo di tutore, curatore o amministratore di sostegno dell'assistito[4], facendosi riferimento a chi svolge, in via di fatto, un'attività di cura e di assistenza, al di fuori di un preciso inquadramento giuridico di fonte legale.

3) Il *caregiver* resta, altresì, al di fuori di qualsiasi rapporto contrattuale, svolgendo la sua attività spontaneamente, senza un contratto di prestazione professionale con l'assistito, di mandato o di rappresentanza volontaria.

4) Per questo motivo, la sua attività è prestata gratuitamente.

5) Si tratta di un'attività che si svolge in maniera continuativa, per tale intendendosi sia la quotidianità dell'assistenza, sia il suo protrarsi nel tempo.

6) L'attività in esame riguarda la cura della persona non autosufficiente, l'assistenza materiale e il sostegno diretto per tutte le necessità della vita quotidiana.

Una definizione completa dovrebbe prendere in considerazioni tutti questi aspetti, nonché proporre un termine italiano per descrivere tale figura, senza mutuarlo dall'inglese. Così è avvenuto, ad esempio, nell'ordinamento spagnolo,

3 Anche i disegni di legge che negli anni sono stati proposti in materia (e mai approvati) si erano preoccupati di integrare la definizione normativa di *caregiver*. In particolare, si vedano l'art. 2, comma 2, d.d.l. 55/2020, e art. 1, comma 2, d.d.l. n. 1461/2020: quest'ultimo aggiungeva il riferimento alla gratuità del lavoro prestato dal *caregiver*, precisando altresì il suo carattere continuativo, mentre entrambi i disegni di legge specificavano che l'attività di cura del *caregiver* familiare si svolgesse con le modalità più opportune in relazione alla situazione di bisogno della persona assistita, occupandosi di assistere e prendersi cura della persona e del suo ambiente domestico, di sostenerne la vita di relazione, di concorrere al suo benessere psico-fisico, di aiutarla nella mobilità e nel disbrigo delle pratiche amministrative, di rapportarsi con gli operatori del sistema dei servizi sociali, socio-sanitari e sanitari professionali che forniscono attività di assistenza e di cura.

4 Sul ruolo dell'amministratore di sostegno si rinvia a Carapezza Figlia, G.: "La amministrazione di sostegno italiana como medida de protección del las personas con discapacidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17°, pp. 304 ss.; Piccinni, M., Roma, U.: "Amministrazione di sostegno e disposizioni anticipate di trattamento: protezione della persona e promozione dell'autonomia", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, vol. 2, p. 727; Roma, U.: "L'amministrazione di sostegno tra principio di leale cooperazione e sussidiarietà, esigenze di riforma, modelli attuativi e buone prassi", in AA. VV.: *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione* (a cura di G. Salito, P. Matera), Cedam, Padova, 2013, p. 556.

che ha, di recente, con la L. 2 giugno 2021, n. 8, introdotto una disciplina per il "*guardador de hecho*". Per l'Italia, non è facile trovare un termine che non crei confusione con l'assistente o il badante, da un lato, e il tutore o curatore, dall'altro, potendosi, ad esempio, riferire al "responsabile di fatto alla cura e assistenza della persona con disabilità".

II. UNA MANCANZA DI TUTELA MULTILIVELLO.

Anche sul piano sostanziale, la figura del *caregiver* può essere affrontata sotto diversi punti di vista.

Un primo ambito riguarda la sua tutela a livello lavorativo e previdenziale, considerato che egli non gode della protezione che spetta, invece, a chi svolge questo tipo di lavoro professionalmente nell'ambito di un rapporto di impiego con l'assistito. Un secondo aspetto riguarda la formazione del *caregiver* sul piano assistenziale, come figura da inserire in un programma integrato di assistenza accanto ad enti del territorio rivolti alla cura della persona con disabilità. Da ultimo, si analizzerà il profilo strettamente civilistico.

1. La tutela in ambito di diritto del lavoro.

Iniziando dal livello lavoristico, bisogna distinguere tra il *caregiver* che già svolga un'attività lavorativa e chi si dedichi solo alla cura e all'assistenza.

Il primo caso è affrontato dalla L. 5 febbraio 1992, n. 104[5], in particolare dall'art. 33[6], che prevede, per i parenti o affini entro il terzo grado, permessi dal lavoro per assistere la persona che abbia una disabilità di livello grave.

5 Si tratta della "Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate".

6 L'art. 33, così recita: "1. La lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre, anche adottivi, di minore con handicap in situazione di gravità accertata ai sensi dell'articolo 4, comma 1, hanno diritto al prolungamento fino a tre anni del periodo di astensione facoltativa dal lavoro di cui all'articolo 7 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, a condizione che il bambino non sia ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati.
2. I soggetti di cui al comma 1 possono chiedere ai rispettivi datori di lavoro di usufruire, in alternativa al prolungamento fino a tre anni del periodo di astensione facoltativa, di due ore di permesso giornaliero retribuito fino al compimento del terzo anno di vita del bambino.
3. Successivamente al compimento del terzo anno di vita del bambino, la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre, anche adottivi, di minore con handicap in situazione di gravità, nonché colui che assiste una persona con handicap in situazione di gravità, parente o affine entro il terzo grado, convivente, hanno diritto a tre giorni di permesso mensile, fruibili anche in maniera continuativa a condizione che la persona con handicap in situazione di gravità non sia ricoverata a tempo pieno.
4. Ai permessi di cui ai commi 2 e 3, che si cumulano con quelli previsti all'articolo 7 della citata legge n. 1204 del 1971, si applicano le disposizioni di cui all'ultimo comma del medesimo articolo 7 della legge n. 1204 del 1971, nonché quelle contenute negli articoli 7 e 8 della legge 9 dicembre 1977, n. 903.
5. Il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, con lui convivente, ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede. 6. La persona handicappata maggiorenne in situazione di gravità può usufruire dei permessi di cui ai commi 2 e 3, ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e

Tale normativa non è ritenuta sufficiente, come dimostrano, negli ultimi anni, i numerosi disegni di legge presentati alle Camere (ma finora mai approvati)[7], che mirano, sul piano soggettivo, ad estendere anche ai *caregiver* i medesimi permessi che la legge 5 febbraio 1992, n. 104 riconosce solo ad una ristretta cerchia di parenti e, sul piano oggettivo, a introdurre facilitazioni in termini di orario di lavoro, previdenza e detrazioni[8].

In particolare, un concreto sostegno ai *caregiver* che svolgono anche un'attività lavorativa potrebbe essere offerto da una serie di misure dirette a garantire una maggiore flessibilità oraria[9], attraverso il diritto a una rimodulazione dell'orario di lavoro e l'utilizzo della modalità di lavoro agile, con il diritto di scegliere, laddove possibile, la sede di lavoro più vicina alla residenza dell'assistito[10], nonché l'istituzione di un fondo ferie solidale per il sostegno della conciliazione dell'attività lavorativa e di quella di cura e di assistenza. Sarebbe necessario prevedere, altresì, premi agevolati per i contratti di assicurazione eventualmente stipulati dal *caregiver* per la copertura assicurativa degli infortuni o della responsabilità civile collegati all'attività prestata[11], nonché il riconoscimento di detrazioni sulle spese sostenute[12].

I progetti di legge presentati contenevano anche una parziale tutela del *caregiver* che non svolgesse altra attività lavorativa (perché magari vi avesse totalmente rinunciato per dedicarsi agli altri), per il quale si era proposto che, a livello previdenziale, potesse avere diritto alla copertura di contributi figurativi, equiparati a quelli da lavoro domestico, a carico dello Stato, nel limite complessivo di tre anni. In aggiunta, si era proposta anche l'attivazione di specifici programmi per il supporto alla collocazione o al reinserimento lavorativo dei *caregiver* al

non può essere trasferita in altra sede, senza il suo consenso. 7. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2, 3, 4 e 5 si applicano anche agli affidatari di persone handicappate in situazione di gravità".

7 Tra i numerosi disegni di legge presentati in materia negli ultimi anni si veda, ad esempio, il d.d.l. n. 3527/2016, rubricato "Disposizioni per il riconoscimento e il sostegno dell'attività di cura e assistenza familiare", presentato il 12 gennaio 2016; oppure il d.d.l. n. 2128/ 2017 riguardante "Norme per il riconoscimento ed il sostegno del caregiver familiare"; il d.d.l. n. 2266/ 2017 "Legge quadro nazionale per il riconoscimento e la valorizzazione del caregiver familiare"; il d.d.l. n. 2048 "Misure in favore di persone che forniscono assistenza a parenti o affini anziani". Tra i più recenti, si vedano il d.d.l. n. 55 del 2020, avente titolo "Disposizioni per il riconoscimento e il sostegno dell'attività di cura e assistenza familiare" e il d.d.l. n. 1461 del 2020, rubricato "Disposizioni per il riconoscimento ed il sostegno del *caregiver* familiare".

8 Sulle quali si rinvia in dottrina a De Mozzi, B.: "Permessi ex L. n. 104/1992 e ordinarie incombenze di vita dell'assistito", *Lavoro nella Giur.*, 2019, num. 4°, p. 351; Leone, G.: "Gravi motivi e patologie invalidanti nella concessione del congedo *ex* art. 42, c. 5, D.LGS. N. 151/2001: il corto circuito dell'I.N.P.S.", *Lavoro nella Giur.*, 2020, num. 12°, p. 1200; Lamonaca, V.: "Indebita fruizione dei permessi *ex lege* n. 104/1992 e valutazione di proporzionalità del licenziamento", *Lavoro nella Giur.*, 2020, num. 4°, p. 361.

9 Tema trattato sia dall'art. 7, comma 1, d.d.l. n. 1461/2020 e dall'art. 5, comma 5, lett. a), d.d.l. n. 55/2020. Per la dottrina in materia si veda Longo, E.: "La rilettura dei diritti sociali passa per il congedo straordinario a tutela di un parente disabile", *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013, num. 4°, p. 2853, nota a Corte Costituzionale, 18 luglio 2013, n. 203.

10 Ne tratta Marchesini, L.: "Il caregiver familiare e il diritto alla scelta della sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere", *Ilgiuslavorista.it*, num. 10 giugno 2019, p. 1, nota a Cass., 1 marzo 2019, n. 6150.

11 Cfr. art. 5. d.d.l. n. 1461/2020 e art. 6 d.d.l. n. 55/2020.

12 Vedi in particolare art. 9, d.d.l. n. 1461/2020, rubricato "Detrazioni per carichi di famiglia".

termine della loro attività di cura e di assistenza, tramite interventi e azioni di politica attiva nell'ambito dei servizi per l'impiego. A tal fine, l'esperienza maturata nell'attività di cura e di assistenza sarebbe stata riconosciuta come competenza certificabile dagli organismi abilitati all'inserimento lavorativo, e valutata come credito formativo per l'acquisizione della qualifica di operatore sociosanitario o di altre figure professionali dell'area socio-sanitaria, nonché, per i *caregiver* inseriti in percorsi scolastici, come crediti formativi per attività extrascolastiche[13].

Quelle citate sono solo alcune delle misure presentate in passato da vari disegni di legge, ma attualmente nulla di tutto ciò è stato approvato. In mancanza di una legge, la disciplina attuale comporta che "in linea generale, le attività di cura svolte dai familiari vengono considerate lavoro gratuito"[14], per cui si esclude, normalmente, la configurazione di un rapporto di lavoro subordinato: il *caregiver* che avesse interesse a invocare un rapporto di questo tipo, dovrebbe provarlo in maniera rigorosa[15].

2. L'ambito formativo e assistenziale.

I passati disegni di legge in materia hanno proposto la valorizzazione del ruolo del *caregiver*[16] attraverso il suo riconoscimento formale ad opera del sistema integrato dei servizi sociali, socio-sanitari e sanitari delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, che costituiscono il servizio competente per le richieste di intervento per la valutazione multidimensionale delle persone in

13 Cfr. art. 5, d.d.l. n. 55/2020, rubricato "Valorizzazione e sostegno della conciliazione tra attività lavorativa e attività di cura e di assistenza".

14 Così Pistore, G.: "Alla ricerca di un inquadramento giuridico per il *caregiver* familiare", in AA.VV.: *Salute e benessere dei lavoratori: profili giuslavoristici e di relazioni industriali* (a cura di R. Del Punta, D. Gottardi, R. Nunin, M. Tiraboschi), ADAPT University Press, Modena, 2020, p. 209.

15 Lo spiega Pistore, G.: "Alla ricerca di un inquadramento", cit., p. 209: "Secondo l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale consolidato, alla base della prestazione di lavoro domestico resa in favore del familiare sussiste una *affectionis vel benevoletiae causa*, la quale esclude la presenza di un rapporto di lavoro subordinato con l'annesso apparato protettivo. Ciò significa che, per superare tale presunzione, è necessario fornire la prova rigorosa degli elementi tipici della subordinazione tra i quali, soprattutto, l'assoggettamento al potere direttivo organizzativo altrui e l'onerosità. Questo è confermato dal decreto del Presidente della Repubblica n. 1403/1971, che disciplina l'obbligo delle assicurazioni sociali nei confronti dei lavoratori addetti ai servizi domestici e familiari. L'articolo 1 di tale decreto prevede infatti che l'esistenza di vincoli di parentela o affinità fra datore di lavoro e lavoratore comporti l'obbligo assicurativo solo quando sia provato il rapporto di lavoro. La regola però non vale in generale. Il decreto prosegue stabilendo che l'onere della prova non sia richiesto quando si tratti di persone che, pur in presenza di vincoli di coniugio, parentela od affinità, svolgano determinate mansioni tra cui: 1) assistenza degli invalidi di guerra civili e militari, invalidi per causa di servizio, invalidi del lavoro, fruenti dell'indennità di accompagnamento; 2) assistenza dei mutilati ed invalidi civili fruenti delle provvidenze di cui alla legge 30 marzo 1971, n. 118, o che siano esclusi da dette provvidenze per motivi attinenti alle loro condizioni economiche e non al grado di menomazione; 3) assistenza dei ciechi civili fruenti del particolare trattamento di pensione previsto dalla legge 10 febbraio 1962, n. 66, o che ne avrebbero diritto qualora non fossero titolari di un reddito superiore ai limiti stabiliti dalle disposizioni che disciplinano la materia. Quindi, il *discrimen* tra presunzione di gratuità e onerosità della prestazione risiede nell'assolvere a compiti che vanno oltre i semplici obblighi familiari, involgendo delle attività che, a ben vedere, spetterebbero allo Stato".

16 Tale aspetto è presente sia all'art. 4 d.d.l. n. 55/2020, rubricato "Valorizzazione e sostegno del ruolo di cura e di assistenza", sia all'art. 1 art. 1, comma 1, d.d.l. n. 1461/2020, nel quale si faceva riferimento al "valore sociale ed economico connesso ai rilevanti vantaggi che dalla sua opera trae l'intera collettività"

situazione di non autosufficienza o di disabilità. In particolare, si era previsto che ai loro uffici fosse affidato il compito di determinare il contributo di cura e di attività del *caregiver*, nonché le prestazioni, gli ausili, i contributi e i supporti che i servizi sociali, sanitari e assistenziali si impegnano a fornirgli[17].

Gli ulteriori interventi di sostegno prevedevano che le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano adottassero le iniziative necessarie ad assicurare al *caregiver* un'informazione puntuale ed esauriente sulle problematiche della persona assistita, sui suoi bisogni assistenziali e sulle cure da seguire, sui criteri di accesso alle prestazioni sociali, socio-sanitarie e sanitarie, nonché sulle diverse opportunità e risorse esistenti nel territorio a tal fine. In quest'ottica erano state proposte opportunità formative e di supporto al *caregiver*, anche sotto il profilo psicologico, e misure di sostegno per quanto riguarda l'assistenza di base tramite personale appositamente qualificato o attraverso reti solidali, con l'obiettivo di ridurre il possibile isolamento sociale del *caregiver*, assicurandogli un contesto sociale di supporto e misure per facilitare la gestione quotidiana della persona assistita, come ad esempio la domiciliarizzazione delle visite specialistiche nei casi di difficoltà di spostamento[18]. In questo primo gruppo di interventi sarebbero rientrate anche azioni di sensibilizzazione[19] della popolazione sul valore sociale di tale figura, mediante l'istituzione della Giornata nazionale in suo onore[20] e la promozione di apposite campagne d'informazione. Ad oggi, nulla di tutto questo è stato fatto.

III. IL PIANO CIVILISTICO.

Il *caregiver*, svolgendo un'attività non contrattualizzata[21], estranea, altresì, ai ruoli propri delle figure di protezione previste per le persone prive in tutto o in parte di autonomia (cfr. tutore, curatore e amministratore di sostegno), necessita di un inquadramento a livello civilistico, che spieghi in che termini si pone la sua relazione con l'assistito.

17 Vedi art. 3, d.d.l. n. 55/2020.

18 Così art 4, comma 1, lett l), d.d.l. n. 55/2020 e art. 6, d.d.l. n.1461/2020.

19 Vedi art. 7, d.d.l. n. 55/2020, rubricato "Azioni di sensibilizzazione".

20 Così art. 7, comma 1, d.d.l. n. 55/2020.

21 Long J.: "La contrattualizzazione dell'assistenza vitalizia agli anziani: dalla rendita vitalizia al contratto di mantenimento", *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2010, num. 12°, p. 601, individua numerose forme in cui la prestazione di assistenza e di cura può essere contrattualizzata, specificando che "Talvolta invece è una persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, con la conseguenza che deve applicarsi la disciplina prevista per i contratti del consumatore (pensiamo ai contratti di ospitalità conclusi con una casa di riposo o ai contratti di assicurazione *long term care*)[…]. Di solito sono contratti a prestazioni corrispettive (es. contratto di collaborazione domestica); più raramente sono misti a donazione (es. contratto che disponga il trasferimento di un immobile quale corrispettivo di una prestazione di assistenza di valore significativamente inferiore al prezzo di mercato dello stesso".

Breve premessa: non sorge un problema di qualificazione, qualora l'attività in esame possa essere ricondotta ai doveri di mantenimento dei genitori verso i figli, previsti agli artt. 147, 315 *bis* e 6 *bis* c.c.[22], oppure agli obblighi di reciproca assistenza morale e materiale che sussistono tra i coniugi alla luce dell'art. 143, comma 2, c.c.[23], estesi anche agli uniti civilmente (cfr. L. 20 maggio 2016, n. 76, art. 1, comma 11) e ai conviventi di fatto (cfr. L. 20 maggio 2016, n. 76, art. 36).

1. Mancanza di un obbligo di assistenza dei figli verso i genitori.

Spesso i figli assistono i genitori anziani o non più autosufficienti[24], ma il Codice civile non contiene indicazioni che consentano di configurare un vero e proprio dovere dei figli di prendersi cura dei genitori. A tal fine, si può richiamare solamente l'art. 315 *bis*, comma 4, c.c., dove si prevede che "Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa".

La norma contiene diversi aspetti che impediscono una sua estensione anche al caso in esame.

La prima limitazione è di tipo contenutistico, dato che la prima parte della norma si riferisce ad un generico dovere di rispettare i genitori[25], mentre, la seconda parte,

22 Per un'analisi degli obblighi di mantenimento dei genitori nei confronti dei figli si rinvia diffusamente a Bonilini, G.: *Nozioni di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2002, p. 173; Figone, A.: "Sul mantenimento del figlio in regime di divorzio", *Famiglia e Diritto*, 1995, num. 4°, p. 358; Balestra, L.: "Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso", *Familia*, 2006, p. 663 ss.; Quadri, E.: "Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma", *Familia*, 2006, p. 410 ss.; Bianca, C. M.: *Diritto civile. La famiglia*, Giuffré, Milano, 2017, p. 365; Arceri, A.: *L'affidamento condiviso. Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, Ipsoa, Milano 2007, p. 155; Vercellone, P.: "I rapporti genitori-figlio. I doveri di entrambi", *Trattato di diritto di famiglia*, (diretto da P. Zatti), vol. II, *Filiazione*, 2012, p. 951; Basini, G.F.: "I provvedimenti riguardanti i figli nella crisi familiare", *Il diritto di famiglia*, *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, 2007, num. 5°, p. 1055 ss.; Carapezza Figlia, G.: "Violazione dei doveri familiari e illecito civile: l'esperienza italiana", *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, 2018, vol. 12°, num. 2°, p. 23 ss.; Ruscello, F.: "Il rapporto genitori-figli nella crisi coniugale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, num. 2°, p. 402. Auletta, T.: *Il diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 7 ss.; Ferrando, G.: "Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Famiglia e Diritto,* 2009, num. 11°, p. 1049; Morozzo della Rocca, P.: "Il mantenimento del figlio: recenti itinerari di dottrina e giurisprudenza", *Famiglia e Diritto*, 2013, num. 4°, p. 385; Carbone, V.: "Le riforme generazioni del diritto di famiglia: luci ed ombre", *Famiglia e Diritto*, 2015, num. 11°, p. 972; Clarizia, O.: "Innovazioni e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione", *Riv. Dir. Civ.*, 2014, num. 3°, p. 10597.

23 A tal proposito, si concorda senza dubbio con la riflessione di Bugetti, M.N.: "Riflessioni sul ruolo della famiglia nella cura degli anziani (anche in riferimento ad un recente intervento del legislatore cinese)", *Famiglia e Diritto*, 2013, num. 12°, p. 1151, dove riconosce che "Un vero e proprio dovere è sancito a ben vede nei confronti del coniuge dall'art. 143 c.c., ancorché è evidente come sul piano pratico esso abbia effetti limitati, presumibilmente trovandosi anche il coniuge dell'anziano non autonomo in condizioni di bisogno identiche o simili".

24 Il tema della tutela degli anziani è stato affrontato approfonditamente da Stanzione, P.: "Anziani e tutele giuridiche", *Quaderni della rassegna di diritto civile*, Napoli, 1991, p. 22 ss.; Patti, S.: "Senilità e autonomia negoziale della persona", in *Fam. Pers. Succ.,* 2009, num. 3°, p. 259. Un diverso profilo che merita attenzione è quello degli atti di disposizione compiuti dalle persone vulnerabili, per il quale si rinvia diffusamente a Fusaro, A.: *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Jovene, Napoli, 2019, p. 31 ss.

25 Sul punto, si veda ancora quanto affermato da Bugetti, M.N.: "Riflessioni sul ruolo della famiglia", cit., p. 1155: "Può infine esperirsi il tentativo di ricavare un generale diritto del genitore anziano all'assistenza nei confronti del figlio dal dettato dell'art. 315 bis c.c. il quale sancisce il dovere del figlio di rispettare i genitori;

al dovere di contribuire al mantenimento della famiglia, trattandosi di un dovere di carattere più strettamente economico, non suscettibile di ricomprendere una specifica attività di assistenza e di cura.

Un'ulteriore limitazione è di carattere temporale, relativa al periodo di convivenza dei figli con i genitori. Mentre non sarebbe ragionevole limitare il generico dovere di rispettare i genitori al solo periodo della convivenza con essi[26], lo stesso non può dirsi per il dovere di mantenimento, la cui estensione anche oltre tale periodo graverebbe i figli di un dovere di mantenere, a tempo indefinito, la famiglia di origine[27].

Non è possibile trovare una base giuridica per gli obblighi in esame nemmeno nel Codice penale, sebbene sia previsto all'art. 570 c.p. il reato rubricato come "violazione degli obblighi di assistenza familiare"[28], che potrebbe far pensare al caso di cui ci occupiamo. In realtà, sotto questo nome si collocano tre distinte figure di reato[29], riguardanti rispettivamente la violazione di un generico dovere di assistenza inerente "alla potestà dei genitori, alla tutela legale, o alla qualità di coniuge"; le condotte di malversazione o dilapidazione dei beni appartenenti al figlio minore o al coniuge; e infine il comportamento di chi "fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge".

Secondo la dottrina prevalente gli obblighi ivi sanzionati sono quelli già riconosciuti dal Codice civile nell'ambito del diritto di famiglia[30], riconducibili,

tale dovere, è stato osservato, non è in sé connesso alla minore età del figlio, cosicché esso persiste anche in capo al figlio maggiorenne. Nonostante il dato letterale della norma non lasci adito a dubbi circa la qualificazione del rispetto quale vero e proprio dovere, parte della dottrina esclude si tratti di obbligo giuridico in senso stretto, ancor più a cagione della inesistenza di una sanzione in caso di inadempimento, connotandosi di contro come dovere morale, insuscettibile di essere coercito. Benché dunque la norma superi le anguste strettoie delle prestazioni di carattere patrimoniale, essa difficilmente può costituire fondamento per la individuazione di un generale obbligo di assistenza dei figli nei confronti dei genitori".

26 Concorda con tale conclusione anche Bugetti, M.N.: "Riflessioni sul ruolo della famiglia", cit., p. 1152, dove osserva appunto che "Si è tuttavia esclusa l'applicazione analogica della norma, in ragione del fatto che pare inconferente al tema del mantenimento dei genitori anziani una disposizione che si colloca nell'ambito dei doveri corrispettivi al diritto al mantenimento spettante al figlio minore".

27 Obbligo che, qualora i figli costituissero un proprio nucleo familiare, si aggiungerebbe a quello di mantenere i propri figli e di assistere moralmente e materialmente il coniuge, l'unito civilmente o il convivente di fatto.

28 Secondo l'art. 570 c.p. "Chiunque, abbandonando il domicilio domestico, o comunque serbando una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori, alla tutela legale, o alla qualità di coniuge, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da centotre euro a milletrentadue euro. Le dette pene si applicano congiuntamente a chi: 1) malversa o dilapida i beni del figlio minore o del pupillo o del coniuge; 2) fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato per sua colpa. Il delitto è punibile a querela della persona offesa salvo nei casi previsti dal numero 1 e, quando il reato è commesso nei confronti dei minori, dal numero 2 del precedente comma".

29 Si vedano sul punto Antonini, E.: *La tutela penale degli obblighi di assistenza familiare*, Giuffré, Milano, 2007, p. 51; Carrelli Palombi, R.: *La violazione degli obblighi di assistenza familiare*, Utet, Torino, 2008, p. 12 ss.

30 Secondo De Matteis, G. M.: "Art. 570 c.p.", *Codice penale commentato online*, 2010, p. 1, si tratta di "Obblighi che, secondo l'orientamento ancor oggi prevalente altri non potrebbero esser se non quelli derivanti dai diritti-doveri di carattere materiale ed economico che il codice civile attribuisce al consorzio familiare,

per quanto riguarda il primo comma, agli obblighi di mantenimento dei genitori verso i figli e all'obbligo di assistenza morale e materiale tra i coniugi[31], mentre, per quanto riguarda il secondo comma, all'obbligo di prestare gli alimenti da chi vi sia legalmente tenuto: ne segue che la norma penale in esame non può essere considerata come fonte di nuovi obblighi per i membri della famiglia.

La medesima conclusione vale anche per un'altra norma penale di contenuto affine, prevista all'art. 591 c.p.[32], che punisce chiunque abbandoni "una persona minore degli anni quattordici, ovvero una persona incapace, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia, o per altra causa, di provvedere a se stessa, e della quale abbia la custodia o debba avere cura". In questo caso il bene giuridico protetto non è il rispetto dell'obbligo di assistenza in quanto tale, come nell'art. 570 c.p., ma il pericolo per l'incolumità fisica derivante dall'inadempimento degli obblighi di custodia e di cura.

Giova evidenziare che nella disciplina della norma in esame tali obblighi si differenziano tra loro perché il dovere di custodia implica una relazione tra l'agente e la persona offesa che può sorgere semplicemente dall'esistenza di una mera situazione di fatto, essendo sufficiente che il soggetto passivo sia entrato nella sfera di disponibilità e di controllo dell'agente[33]. Sebbene, quindi, la platea dei destinatari di tale obbligo sia molto ampia, tuttavia, il suo contenuto è limitato alla custodia e alla sorveglianza, non potendosi quindi trarre da esso obblighi di maggiore estensione.

Per quanto riguarda, invece, il dovere di cura di cui all'art. 591 c.p., si ritiene in dottrina che esso sorga esclusivamente da valide fonti giuridiche formali[34], riconducendoci per questa via nuovamente agli obblighi contemplati dal Codice civile nell'ambito della famiglia, dove abbiamo già visto l'assenza di uno specifico dovere dei figli di provvedere all'assistenza e alla cura dei genitori anziani[35].

seppur non disgiunti dalle implicazioni di carattere morale che dalla loro violazione conseguano". Così anche Pisapia, G.D.: *Delitti contro la famiglia*, Utet, Torino, 1953, p. 11 ss.; Siracusano, F.: "Violazione degli obblighi di assistenza familiare e giusta causa", *DFP*, 1975, p. 477; Bricola, F.: *Appunti sulla tutela penale della famiglia, Studi in onore di F. Antolisei,* Giuffré, Milano, 1996, p. 38; Fierro Cenderelli, F.: *Profili del nuovo regime dei rapporti familiari,* Giuffré, Milano, 1984, p. 122.

31 Ciò emerge anche dal fatto che il primo comma della norma in esame qualifica come soggetti attivi del reato solo il genitore o il coniuge dell'offeso.

32 Affrontano questa norma in chiave civilistica Dogliotti, M.: "Ancora sugli anziani cronici non autosufficienti: sono imputabili i parenti o responsabili delle strutture sanitarie?", *Dir. fam*., 1993, p. 1172 e Rescigno, P.: "L'assistenza agli anziani non autosufficienti: notazioni civilistiche", *Giur.* it., 1993, num. 1°, p. 687.

33 È quanto afferma Ronco, M.: "Art. 591 c.p.", *Codice penale commentato online*, 2010, p. 1 ss.

34 Così Ronco, M.: "Art. 591 c.p.", cit., p.1 ss. Per la giurisprudenza sul punto si rinvia a Trib. Rovigo, 8 giugno 1992, in *Giur. di Merito*, 1994, 141, dove era stata ritenuta l'insussistenza del fatto per mancanza di un obbligo di cura o custodia in capo alla figlia e al genero nei riguardi della madre e suocera anziana. Per sentenze più recenti si rimanda a Cass, 19 luglio 2021, n. 27926 e Cass., 12 maggio 2021, n. 18665, in *CED Cassazione*, 2021; Cass., 4 dicembre 2019, n. 49318, in *CED Cassazione*, 2019; Cass., 12 gennaio 2016, n. 19448, in *CED Cassazione* 2016.

35 Nello stesso senso, si rinvia inoltre a Bugetti, M.N.: "Riflessioni sul ruolo della famiglia", cit., p. 1155, dove analizza gli sforzi di una parte delle dottrina che ha provato a ricavare tali doveri in via ermeneutica,

2. Insufficienza dell'obbligo di prestare gli alimenti.

Anche la disciplina degli obblighi di prestare gli alimenti non sembra fornire una base giuridica per gli obblighi di cura e di assistenza[36].

Dal punto di vista soggettivo, tra le persone obbligate sono richiamati i figli (art. 433 n. 2, c.c.), generi e nuore (art. 433, n.4, c.c.), ma non vi potrebbe rientrare il caso in cui il *caregiver* sia svolto da un parente o da un affine di grado più lontano (si pensi, ad es., ad un cugino o uno zio), e, ovviamente, da tutti coloro che non siano membri della famiglia.

Dal punto di vista contenutistico, l'art. 438, comma 1, c.c., prevede che "gli alimenti possono essere chiesti solo da chi versa in istato di bisogno e non è in grado di provvedere al proprio mantenimento".

Il presupposto dell'obbligo alimentare risiede nello stato di bisogno dell'alimentando, inteso come mancanza dei mezzi necessari a soddisfare i bisogni primari dell'individuo[37], laddove quest'ultimo sia privo dei mezzi di sussistenza idonei a consentigli una vita dignitosa: per questo motivo, tale obbligo è considerato diretto a tutelare il diritto alla vita ed è annoverato "fra i diritti fondamentali di solidarietà che si realizzano attraverso l'altrui cooperazione"[38].

Sebbene, come è stato osservato[39], la situazione di bisogno potrebbe astrattamente estendersi a ricomprendere anche la persona anziana che necessiti di assistenza e di cure, tuttavia sono due gli elementi che impediscono una simile operazione ermeneutica.

Il primo riguarda la misura degli alimenti, i quali – secondo l'art. 438, comma 2, c.c. – "devono essere assegnati in proporzione del bisogno di chi li domanda e delle condizioni economiche di chi deve somministrarli. Non devono tuttavia

ricorrendo alla disciplina penalistica del reato di abbandono di persone minori o incapaci. Tuttavia l'A. riconosce che da tale norma non possa comunque «inferirsi un generale dovere di assistenza e cura del figlio nei confronti del genitore anziano non autosufficiente».

36 Per la dottrina in materia si rinvia a Vignudelli, L.: "L'adempimento dell'obbligazione alimentare, fra solidarietà sociale e vincolo giuridico", *Famiglia e Diritto*, 2019, num.12°, p. 1137; Pacia, R.: "Gli alimenti", *Fam. Pers. Succ.*, 2010, num. 10°, p. 681; Morozzo della Rocca, P.: "Doveri di solidarietà familiare e prestazioni di pubblica assistenza", *Famiglia e Diritto*, 2013, num. 7, p. 730; Grasso, G.: "La controversia in "materia di obbligazioni alimentari" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Cassazione", F*amiglia e Diritto*, 2010, num. 8°, p. 821; Figone, A.: "La Corte Costituzionale si pronuncia sui crediti alimentari e di mantenimento", *Famiglia e Diritto*, 2000, num. 6°, p. 537; Mori, P.: "Rapporti di famiglia, adozione, protezione degli incapaci e obblighi alimentari", *Corriere Giur.*, 1995, num.11°, p. 1243.

37 Così Provera, G.: "Alimenti", *Dig. disc. priv. online*, 1987, p. 1 ss.

38 La citazione è di Bianca, C. M.: *Diritto civile*, vol. II, 4ª ed., Giuffré, Milano, 2005, p. 480.

39 Si veda in particolare Bugetti, M.N.: "Riflessioni sul ruolo della famiglia", cit., p. 1151 ss., dove sostiene che "La condizione oggettiva di bisogno in cui deve versare l'alimentando è concetto sufficientemente elastico perché possa esservi annoverato anche chi, come l'anziano, sia in condizione di età e di salute tale da non poter provvedere da sé a procurarsi i mezzi necessari per vivere".

superare quanto sia necessario per la vita dell'alimentando, avuto però riguardo alla sua posizione sociale". Da qui si desume che la prestazione in oggetto sia limitata a quanto consente al beneficiario di godere di una vita dignitosa[40], mentre l'attività del *caregiver* comporta un impegno pieno e spesso totalizzante volto alla cura di tutti gli aspetti della vita dell'assistito, andando ben oltre gli stretti spazi della prestazione alimentare.

Il secondo elemento attiene, invece, al carattere squisitamente patrimoniale di quest'ultima[41], dato che si limita a considerare come presupposto una condizione economica di indigenza tale da concretare lo stato di bisogno, mentre, nel nostro caso, l'assistito ben potrebbe essere economicamente sufficiente, ma ugualmente bisognoso di cure e di assistenza.

Inoltre, sempre su questa linea, l'art. 443 c.c. prevede due modalità per soddisfare l'obbligo di alimenti, una in via diretta, ossia "accogliendo e mantenendo nella propria casa colui che vi ha diritto"[42], e una in via indiretta, attraverso la corresponsione di un assegno. Rispetto a quest'ultima modalità, risultano, senza dubbio, esclusi gli obblighi di cura e di assistenza che caratterizzano l'attività del *caregiver*[43], e altrettanto si può dire per l'ipotesi di somministrazione degli alimenti

40 Sul punto si rinvia a Sala, M.: "Art. 433, Persone obbligate", *Cod. civ. comm. online*, 2019, p. 3, dove si nota inoltre che la misura particolarmente limitata degli alimenti "si desume, tra l'altro, dal disposto dell'art. 439, 1° co., che limita l'obbligo tra fratelli e sorelle nella misura dello *stretto necessario*". Si veda inoltre anche Landini, A.: "Diritto agli alimenti e pagamento delle rette della casa di cura", *Fam. Pers. Succ.*, 2011, num.1°, p. 35.Inizio modulo
Inizio modulo
Fine modulo
Per la giurisprudenza sul punto si veda Cass. 3 dicembre 2021, n. 38366, in *CED Cassazione*, 2021 dove si afferma che "l'obbligazione alimentare [è] da azionarsi nell'ambito familiare per supplire ad ogni più essenziale esigenza di vita dell'individuo bisognoso". Nello stesso senso, si rinvia anche a Cass., 10 marzo 2022, n. 7760, in *Ced Cassazione*, 2022; Cass., 14 febbraio 2022, n. 4794, in *Quotidiano Giuridico*, 2022; Cass., 10 febbraio 2022, n. 4388, in *Ced Cassazione*, 2022; Cass., 14 settembre 2020, n. 19077, in *Famiglia e Diritto*, 2021; Cass., 10 ottobre 2018, n. 25134, in *Ced Cassazione*, 2018; Trib. Ancona, 6 ottobre 2021.

41 In proposito si rimanda a Bugetti, M.N.: "Riflessioni sul ruolo della famiglia", cit., p. 1151 ss., dove afferma che "In via incidentale, preme evidenziare come il menzionato assetto legislativo testimoni il carattere (tuttora) patrimoniocentrico del nostro sistema civilistico", aggiungendo che "Più in generale, il richiamo seppur rapido agli obblighi alimentari consente di evidenziare gli angusti limiti ai quali essi sono legati, con la conseguenza che altrettanto esigui sembrano essere gli appigli per fondare su tale istituto un dovere di assistenza del figlio nei confronti del genitore anziano".

42 Per un commento si rinvia a Sala, M.: "L'obbligo alimentare fra onere della prova e modalità di adempimento", *Fam. Pers. Succ.*, 2011, num. 8°, p. 579; Paparo, B.: "L'obbligazione alimentare a carico dei fratelli, i diritti costituzionalmente garantiti dell'alimentando e le modalità di adempimento", *Corriere Merito*, 2011, num. 3°, p. 253; Pacia, R.: "Decorrenza degli alimenti legali e natura costitutiva del provvedimento giudiziale", in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, num.1°, p. 53.

43 Si condividono pienamente le parole di Bugetti, M.N.: "Riflessioni sul ruolo della famiglia", cit., p. 1151 ss., dove osserva che "a differenza del mantenimento, gli alimenti non implichino una condivisione di vita tra i soggetti, ed, anzi, ne presuppongono una certa separatezza ed autonomia, come anche dimostra il fatto che l'accoglimento dell'alimentando nella propria casa da parte dell'obbligato sottintende che siano entrambi i soggetti a volerlo. Ne consegue che l'adempimento dell'obbligo alimentare risulta soddisfatto mediante la corresponsione di denaro o altri beni, lasciando invece esclusi obblighi di cura della persona. In ciò si manifesta la più rilevante aporia del sistema alimentare con riferimento alla materia oggetto di indagine, ovverosia il fatto che gli alimenti sono diretti a soddisfare bisogni di carattere materiale mediante l'erogazione di una somma di denaro, rimanendone del tutto estranea l'esigenza che qualcuno si prenda in carico complessivamente la propria assistenza".

in via diretta, la quale non implica in nessun modo un impegno maggiore di quello che potrebbe essere assolto tramite l'assegno.

3. L'ipotesi del rapporto giuridico per contatto sociale.

Per ragioni di completezza, ci si domanda se, tra *caregiver* e assistito, pur non essendoci un precedente contratto alla base, si realizzi ugualmente un rapporto giuridico per "contatto sociale".

La teoria del contatto sociale viene impiegata dalla giurisprudenza, qualora il contatto sia ritenuto rilevante "per via dell'affidamento che possono suscitare un professionista o, più in generale, soggetti che svolgono attività per le quali sono necessarie specifiche abilità e/o conoscenze"[44]: gli esempi tipici che ricorrono sono, infatti, quelli del medico dipendente di una struttura sanitaria per i danni cagionati al paziente nell'adempimento della prestazione medica, dell'insegnante dipendente di un istituto scolastico per i danni che l'alunno si è auto cagionato; della banca per il pagamento di assegno non trasferibile a soggetto non legittimato, del professionista (nella specie, un notaio) per le informazioni false o inesatte che ha fornito, o per il danno prodotto dall'errore del mediatore nell'eseguire la prestazione[45].

A differenza dei casi riportati, il *caregiver* è un parente o un amico dell'assistito, spesso privo di pregresse conoscenze in ambito medico, sanitario o assistenziale, perciò estraneo alle ipotesi tipiche di applicazione del contatto sociale.

Un margine residua nel caso in cui, invece, il *caregiver* possegga conoscenze professionali nel settore sanitario, fermo restando che egli svolge l'attività di *caregiving* al di fuori del suo normale ambito lavorativo, in maniera gratuita e spontanea.

Provando ad analizzare tale ipotesi, secondo parte della dottrina, il contatto sociale qualificato non può essere ricompreso fra le fonti dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1173 c.c., poiché tale articolo "parla di altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni "in conformità all'ordinamento giuridico. E non vi è nessuna traccia nell'ordinamento giuridico che possa essere seguita al fine di sostenere che il

44 Cfr. Zaccaria, A.: "Contatto sociale", *Dig. disc. civ. online*, 2018, p. 3 ss.

45 Tutti gli esempi sono tratti da Rossi, S.: "Contatto sociale (fonte di obbligazione)", *Dig. disc. civ. online*, 2010, p. 1 ss., dove spiega che "Il modello del rapporto obbligatorio senza prestazione può quindi trovare valido impiego ogni qualvolta vi sia un «contatto sociale» tra soggetti non legati da un preesistente rapporto contrattuale, che sia caratterizzato, come avviene nelle trattative negoziali, dall'affidamento di una parte nei confronti dell'altra, affidamento che viene fondato sulla professionalità".

contatto sociale, sia pure qualificato dall'affidamento, costituisce una fonte generale di obbligazioni'"[46].

Ad ogni modo, anche se si adottasse l'opposta interpretazione, il contatto sociale non costituirebbe fonte di obbligazioni in genere, ma solamente di "obbligazioni senza prestazione"[47], caratterizzate per la mancanza di un dovere primario di prestazione, trattandosi di obbligazioni ad esso accessorie, quali quelle di informare, proteggere, cooperare[48]. Nel caso dell'attività del *caregiver*, invece, l'obbligazione di cura e di assistenza – e quindi, in senso lato, di protezione– è sicuramente qualificabile come obbligazione primaria, e non accessoria, non potendo, dunque, sorgere da contatto sociale.

Da quanto detto, si potrebbe concludere, *per saltum*, che non si configuri nemmeno una responsabilità da contatto sociale, ma la questione merita comunque un maggiore approfondimento.

Secondo la dottrina, il contatto sociale tra soggetti non legati da un preesistente rapporto contrattuale, "che sia caratterizzato dall'affidamento di una parte nei confronti dell'altra, affidamento che viene fondato sulla professionalità, in funzione della quale si determinano obblighi di correttezza o di protezione verso chi ha riposto nello *status* una ragionevole fiducia'"[49], genera una responsabilità di natura contrattuale, intesa come "responsabilità da violazione degli obblighi creati dalla buona fede sulla scorta di un affidamento socialmente rilevante"[50].

Anche per l'attività del *caregiver* si genera un affidamento, che può essere o dello stesso assistito o dei suoi parenti o delle altre persone che gli stanno vicino.

46 Così Zaccaria, A.: "Contatto sociale", cit., p. 4, dove aggiunge che "Ed anche più recentemente il contatto sociale è stato invocato del tutto a sproposito, quale fatto idoneo a produrre obbligazioni, al fine di affermare la configurabilità di obblighi collaterali rispetto a quello principale di prestazione, obblighi che trovano invece il loro fondamento, come già abbiamo mostrato, nella norma dell'art. 1175 c.c., norma oltre tutto richiamata, insieme all'art. 2 Cost. – presentato quale punto di ancoraggio dello stesso art. 1175 c.c. – e all'art. 1375 c.c. [….] Possibile fonte di obbligazioni, nel nostro ordinamento, non è dunque il contatto sociale in generale (sia pure qualificato dall'affidamento), bensì soltanto quella particolare specie di contatto sociale che è il contatto negoziale, e questo (solo) in virtù delle norme che espressamente lo disciplinano".

47 Vedi sempre Zaccaria, A.: "Contatto sociale", cit., p. 4, dove afferma che "Il contatto sociale lì dove inteso quale fonte di obbligazioni, è stato peraltro sempre considerato quale possibile fonte non di obbligazioni in genere, bensì, soltanto, di una particolare specie di obbligazioni: le obbligazioni senza prestazione".

48 Secondo Zaccaria, A.: "Contatto sociale", cit., p. 5, "E siccome la funzione attribuita al contatto sociale, quando lo si vuole rappresentare quale fonte di vincoli, è quella – come mostrano i casi in cui è stato utilizzato– di consentire l'individuazione di obbligazioni anche lì dove manchi un obbligo (primario) di prestare, l'oggetto delle obbligazioni al contatto medesimo riconducibili ben può essere individuato in quelli propri delle obbligazioni altrimenti accessorie a un dovere primario di prestazione: informare, proteggere, cooperare".

49 Così Rossi, S.: "Contatto sociale", cit. p. 8.

50 Cfr. Rossi, S.: "Contatto sociale", cit. p. 9.

Riconoscere una responsabilità da contatto sociale in capo al *caregiver* significherebbe, in concreto, nel caso in cui si produca un danno, applicare il regime della responsabilità contrattuale, che, rispetto alla disciplina generale della responsabilità extracontrattuale *ex* art. 2043 c.c., sarebbe più vantaggioso per l'assistito, comportando: 1) un'inversione dell'onere della prova, per cui l'assistito (o il suo rappresentante legale) potrà limitarsi a provare il danno, mentre ricadrà sul *caregiver* la dimostrazione di aver fatto tutto il possibile per evitarlo, 2) termini meno stringenti per agire in giudizio, precisamente 10 anni e non 5 dal verificarsi dell'evento dannoso.

Aggravare la posizione del *caregiver* potrebbe, però, risultare paradossale, se si pensa che, ad oggi, la responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria nei confronti del paziente è stata sottratta dallo schema del contatto sociale, essendo stata espressamente dichiarata di natura extracontrattuale dalla L. 8 marzo 2017, n. 24[51]. Non si capisce, allora, perché si dovrebbe adottare un trattamento peggiorativo per chi, avendo conoscenze in campo medico, si dedichi spontaneamente e gratuitamente alla cura di una persona cara, per di più, in un contesto domestico, e non ospedaliero.

4. L'ipotesi della gestione di affari altrui.

A ben guardare, la questione dell'affidamento viene in rilievo in una diversa situazione, ossia qualora il *caregiver* smetta, ad un tratto, di occuparsi dell'assistito, senza avvisare in tempo o con adeguato anticipo le altre persone che potrebbero occuparsene. Questa ipotesi evoca una figura diversa dal contatto sociale, precisamente la *negotiorum gestio*.

Ripercorrendo gli elementi tipici di quest'ultima fattispecie, ricorrono, senza dubbio, l'utilità iniziale della gestione, la sua liceità e spontaneità, la capacità di agire del gestore - *caregiver*. Anche il requisito dell'altruità dell'affare dovrebbe essere soddisfatto, se si intende l'attività di cura e di assistenza svolta nell'interesse proprio dell'assistito. Lo stesso dicasi per l'elemento dell'*absentia domini*, che non è più inteso, in senso rigoroso, come lontananza fisica, ma come semplice impossibilità da parte del *dominus* di curare utilmente i suoi interessi, tanto che in dottrina si ammette tale requisito anche in caso di *dominus* presente ma incosciente[52]: per questi motivi, "ai fini della sussistenza del requisito della *absentia domini*, non rileva che vi sia una condizione di assoluto impedimento dell'interessato alla gestione dei propri affari ovvero che sussista una impossibilità materiale rispetto alla cura

51 Come spiega Zaccaria, A.: "Contatto sociale", cit., p. 8, non si può più parlare di responsabilità contrattuale da contatto sociale del medico dipendente da una struttura sanitaria, dato che, con la l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco), è stata infatti introdotta una specifica norma volta a classificare la responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria come extracontrattuale.

52 Cfr. Gallo, P.: "Gestione di affare altrui", *Codice Civile commentato online onelegale*, p. 1ss.

di questi, ritenendosi soddisfatto l'anzidetto requisito là dove il *dominus* non abbia manifestato, espressamente o tacitamente, il divieto a che altri si ingerisca nella cura dei propri affari"[53].

Quanto al requisito oggettivo, il concetto di "affare altrui" espresso dall'art. 2028 c.c. è sicuramente molto più ampio di quello di "atti giuridici" che compare in materia di mandato (cfr. art. 1703 c.c.)[54], potendosi riferire sia ad atti giuridici sia materiali. Inoltre, la dottrina ritiene che "l'affare, oltre ad essere lecito, deve avere contenuto patrimoniale; dovendosi escludere atti di gestione in materia di diritto di famiglia ed ogniqualvolta entrino in gioco interessi e ragioni di carattere personale"[55].

L'attività del *caregiver* è, senza dubbio, una prestazione suscettibile di valutazione economica, come dimostra il fatto che può essere anche oggetto di un rapporto di lavoro a carattere professionale[56].

L'applicazione della disciplina della *negotiorum gestio*, tuttavia, non sembra la soluzione adeguata a descrivere una situazione non occasionale, ma duratura e che prosegue nel tempo. Oltre a tradurre la relazione tra assistito e *caregiver* in un rapporto tra *dominus* e gestore, offrirebbe a quest'ultimo una tutela limitata a quanto previsto all'art. 2031 c.c., che impone al *dominus* di "tenere indenne il gestore" dalle obbligazioni assunte in nome proprio e di "rimborsargli tutte le spese necessarie o utili con gli interessi dal giorno in cui le spese stesse sono state fatte".

5. L'esecuzione di un dovere morale o sociale.

Le difficoltà sopra viste segnano la strada verso un'ipotesi residuale, consistente nel richiamare i doveri morali o sociali, di cui all'art. 2034 c.c. in tema di obbligazioni naturali. La formula utilizzata dal Legislatore in tale disposizione è "tendenzialmente aperta", comportando l'"esplicita ammissione della possibilità che vi siano obbligazioni naturali oltre ai casi specificamente previsti"[57].

Ne segue che, per la sua stessa genericità[58], ben potrebbe adattarsi a descrivere anche la figura in esame[59], confermando l'affermazione secondo cui il

53 Cfr. Tribunale Roma, 7 agosto 2019, n. 16139, in *plurisonline*; e Tribunale Potenza, 24 dicembre 2020, n. 1063.

54 Così Gallo, P.: "Gestione di affare altrui", cit., p. 5.

55 Così Gallo, P.: "Gestione di affare altrui", cit., p. 3.

56 Sul quale si rinvia ancora a Long, J.: "La contrattualizzazione dell'assistenza vitalizia", cit., p. 601.

57 Così Provera, G.: "Alimenti", cit., p. 5.

58 D'altra parte, la formula dell'art. 2034 c.c. è stata più volte criticata in dottrina per la sua indeterminatezza e vaghezza, si veda ad esempio Sala, M.: "Art. 433, Persone obbligate", cit., p.1 ss.

59 È interessante osservare che la dottrina più risalente si era interrogata su una situazione analoga, riguardante precisamente l'obbligazione alimentare tra parenti non indicati dalla legge tra gli obbligati a

ricorso ai doveri morali e sociali permette all'ordinamento di assorbire "valori ed istanze etiche affioranti dal corpo sociale, sì da garantirsi una costante sintonia con l'evoluzione del costume, della cultura e via dicendo"[60].

Per doveri morali e sociali rilevanti ai fini dell'art. 2034 c.c. si intendono – ormai unanimemente[61] – i doveri che abbiano un valore morale riconosciuto e condiviso dalla società[62], mentre ne sono esclusi quelli che appartengono esclusivamente alla sfera del singolo individuo[63], così come quelli che attengono alla sola dimensione sociale, come il galateo, la cortesia e il decoro. Inoltre, tali doveri devono essere sufficientemente determinati e tipizzati, non potendosi attribuire riconoscimento

tale prestazione. Si veda in proposito quanto affermato da Tamburrino, G.: "Alimenti (dir. civ.)", *Enc. del dir.*, vol. II, 1958, p. 32: "Poiché, come si è visto, il vincolo alimentare sussiste in ordine soltanto ad uno stretto gruppo di componenti l'entità familiare, si è posto il quesito se, nella ipotesi in cui un parente, non rientrante in alcuna delle categorie di legge, presti volontariamente gli alimenti ad altro parente bisognoso, tale prestazione costituisca l'adempimento di una obbligazione naturale, il che vuol dire domandarsi, dato che nel vigente ordinamento l'unico effetto dell'obbligazione naturale è la *soluti retentio* (art. 2034), se nella detta ipotesi il parente, che ha prestato gli alimenti, possa agire per la restituzione. Entrambe le risposte, l'affermativa e la negativa, sono state date dalla dottrina", concludendo che "allorché devesi decidere se in un determinato caso vi sia obbligazione naturale o meno occorre vedere se possa ritenersi che il comportamento del soggetto sia stato posto in essere in base ad un dovere che, secondo l'etica sociale vigente, possa ritenersi sussistente e vincolante dal punto di vista morale e sociale. Orbene, nel campo che ne occupa, non può dirsi che il dovere morale e sociale di assistere il parente bisognoso, anche oltre i limiti di legge, non sia sentito: il vincolo familiare morale è ancora talmente forte da giustificare il comportamento del parente abbiente. Né vale il ricordare che in realtà vi sono parenti che non si conoscono nemmeno: in questo caso il parente abbiente non sentirà il bisogno di aiutare quello indigente e niuna norma ve lo obbliga. Ma, nel caso in cui quel dovere sia sentito ed operante, non potrà farsi luogo a domanda di restituzione".

60 La citazione è di Nivarra, L.: "Obbligazione naturale", *Dig. disc. priv. online*, 1995, p. 11 ss., dove sottolinea che "È proprio la circostanza che il diritto positivo, per così dire, riconosca se stesso, i suoi valori o principi ispiratori, nel dovere morale o sociale a giustificare il diverso, e più favorevole, trattamento riservato all'obbligazione naturale nel quadro delle prestazioni a titolo gratuito. I doveri di cui all'art. 2034 c.c., infatti, si collocano in una fascia intermedia tra quelli, puramente bagatellari almeno dal punto di vista dell'ordinamento, che in genere vengono assegnati al campo d'azione della cortesia o del galateo e, quelli, di rango superiore, che si riannodano a valori come la pietà, la carità la riconoscenza ecc. In entrambi i casi, per motivi opposti ma convergenti – l'estraneità alla legge di impulsi etici troppo futili o troppo elevati per poter aspirare ad un riconoscimento pieno da parte della legge stessa - la rilevanza giuridica del dovere è subordinata non solo ad una specifica dichiarazione di volontà (analogamente a quanto accade nel caso delle obbligazioni naturali), ma anche al rispetto di taluni requisiti (la forma per la donazione pura e la donazione remuneratoria, la *datio* per la donazione di modico valore, il cristallizzarsi del dovere in una consuetudine sociale per le liberalità d'uso) che, viceversa, non sono richiesti allorché l'attribuzione patrimoniale poggi su una causa di per sé meritevole di tutela quale, appunto, è la *naturalis obligatio*".

61 Vedi, per tutti, Ferrando, G.: "Alimenti", *Dig. disc. priv. online*, 2000, p. 1 ss.

62 Si rinvia sul punto a Nivarra, L.: "Obbligazione naturale", cit., p.1 ss., in cui osserva che "soltanto i valori condivisi dalla generalità possono aspirare alla sanzione di rilevanza implicita nell'art. 2034, comma 1, c.c."; si veda anche Gallo, P.: "Art. 2034", *Codice Civile commentato online onelegale,* p. 1 s., secondo cui "i doveri che assumono rilevanza sono doveri di natura "morale" che fanno parte del bagaglio collettivo della società".

63 Approfondisce questo aspetto Moscati, E.: "Obbligazioni naturali (dir. civ.)", *Enc. del dir.*, vol. XXIX, 1979, p. 369, di cui si riportano le parole: "Nel tentativo di precisare la portata della formulazione dell'art. 2034 comma 1 si è cominciato con il rilevare che il richiamo ai doveri morali o sociali non sta ad indicare una contrapposizione tra due categorie di doveri diversi, quelli morali da un lato e quelli sociali dall'altro, poiché il legislatore ha inteso riferirsi soltanto ai doveri che sono ad un tempo morali e sociali. Si aggiunge, infatti, che almeno secondo il comune apprezzamento ogni dovere sociale è anche morale, mentre non può dirsi che ogni dovere morale sia anche sociale. Il collegamento con la morale sociale consente di escludere dal novero delle obbligazioni naturali i doveri della morale individuale, quali sono, ad esempio, i precetti della vita religiosa e, più in generale, i doveri che attengono a valutazioni meramente subiettive. Si può senz'altro accedere a questa valutazione, poiché, avendo le obbligazioni naturali un contenuto intrinsecamente omogeneo, i doveri morali richiamati dall'art. 2034 comma 1 non possono essere che i doveri della morale intersubiettiva, cioè i doveri della morale corrente".

giuridico ad un astratto dovere di aiutare gli altri o di soccorrere chi si trovi in stato di indigenza[64].

Se a ciò si aggiunge che, proprio come richiesto dall'art. 2034 c.c., ricorrono, altresì, i requisiti della spontaneità della prestazione e della capacità di chi l'esegue[65], si può concludere con certezza che la fattispecie dell'obbligazione naturale possa trovare accoglimento anche nel caso in esame.

Sia il requisito della dimensione sociale, sia quello della tipicità e determinatezza sono abbondantemente soddisfatti nel caso dell'attività di *caregiving*, svolta in maniera spontanea verso una persona cara, alla quale si è legati, al punto di prendersene cura e prestarle assistenza.

Senza necessità di distinguere se l'assistito sia un membro della famiglia oppure no, si può aggiungere che, nel primo caso, il dovere morale e sociale troverà ulteriormente un sicuro sostegno normativo nel principio di solidarietà familiare, riconosciuto anche a livello costituzionale agli artt. 29, 30, 31, 36 Cost.[66].

La disciplina che il Codice civile appresta per le obbligazioni naturali è condensata nell'art. 2034 c.c., a norma del quale "la legge non accorda azione ma esclude la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato", aggiungendo, infine, che tali obbligazioni "non producono altri effetti". Ciò significa che il dovere morale non è fonte di un'obbligazione civile della quale si può chiedere in giudizio l'adempimento coattivo, tuttavia, se questo viene eseguito in maniera spontanea, si realizza la cosiddetta *soluti retentio*, ossia il diritto di trattenere la prestazione per chi l'ha ricevuta, con la conseguente perdita del diritto di ottenerne la restituzione per chi l'ha eseguita[67].

Come si può intuire, l'applicazione di tale disciplina non è certamente favorevole per il *caregiver*, impedendogli di ottenere finanche il rimborso delle spese sostenute per il fabbisogno e le esigenze dell'assistito. L'applicazione della disciplina dell'obbligazione naturale non sembra rispondere ad esigenze di giustizia,

64 In questo senso si veda Gallo, P.: "Art. 2034", cit., p. 3.

65 Sulla necessità di questi due requisiti per configurare un'obbligazione naturale si veda Moscati, E.: "Obbligazioni naturali (dir. civ.)", cit., p. 361.

66 Si rinvia ampiamente sul punto a Perlingieri, P.: *Rapporti personali nella famiglia*, ESI, Napoli, 1982, p. 55 ss.; Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ESI, Napoli, 1972, p. 191 ss., in particolare p. 195. Si veda, altresì, Dogliotti, M.: "Famiglia (dimensioni della)", *Dig. disc. priv. online*, 1992, p. 1 ss.; e a Ferrando, G.: "Alimenti", cit., p. 1 ss., dove mette in luce il valore che assume la solidarietà nell'ambito della famiglia.

67 L'unico effetto collegato a questo tipo di obbligazione è appunto la *soluti retentio*, con la conseguenza che ne sono escluse l'esecuzione coattiva, così come la compensazione con un'obbligazione civile, la convalida, e infiáne la possibilità di apporvi garanzie accessorie, come la fideiussione, il pegno o l'ipoteca. Si segnala, per inciso, che la qualificazione in termini di obbligazione naturale impedisce altresì di considerare la prestazione del *caregiver* come una liberalità, stante la reciproca esclusione tra obbligazione naturale e liberalità. Su questo punto si rinvia diffusamente a Carnevali, U.: "Liberalità (atti di)", *Enc. del dir.,* 1974, vol. 24, p. 218.

lasciando priva di tutele la persona che, mossa dall'affetto o dai legami familiari, si sia fatta carico di un'attività che comporta spesso grandi sacrifici, non solo in termini di spese ed esborsi, ma anche di tempo e dedizione.

IV. UN CONFRONTO CON IL DIRITTO SPAGNOLO E LA *GUARDA DE HECHO*.

La legge del 2 giugno 2021, n. 8, entrata in vigore il 3 settembre 2021[68], ha riformato il Codice civile spagnolo, introducendo misure di sostegno in favore delle persone maggiorenni con disabilità (e dei minori emancipati che ne abbiano bisogno), ispirate al rispetto della dignità della persona e alla tutela dei suoi diritti fondamentali, che garantiscano il pieno sviluppo della personalità, anche nei rapporti giuridici, in condizioni di uguaglianza[69].

Le misure di sostegno all'esercizio della capacità giuridica delle persone che ne hanno bisogno possono essere di origine volontaria, legale o giudiziale, in questi ultimi due casi solo in assenza o insufficienza della volontà dell'interessato[70] e sempre nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità[71].

La *guarda de hecho* è una misura di sostegno informale che può esistere quando non ci sono misure volontarie o giudiziarie che vengono applicate efficacemente[72]. Anche se la legge non definisce il *guardador de hecho*, tale figura corrisponde a quella che abbiamo individuato in queste pagine con il nome di *caregiver*[73].

68 Come spiega de Verda y Beamonte, J. R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", in AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la ley 8/2021 de 2 de junio* (a cura di J. R. de Verda y Beamonte, P. Chaparro Matamoros, Á. Bueno Biot), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 56 "Su finalidad fundamental es adaptar la legislación española a los parámetros de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 30 de marzo de 2007".
Si rinvia, per un commento della normativa, a de Salas Murillo, S.: "El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, num. 17°, p. 16 ss.; Martín Azcano, E. M.: "La reforma del codice civile en materia de protección de personas privadas de autonomía", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2021, num.14°, p. 294 ss.

69 Cfr. art. 249 del Codice civile spagnolo, dove è spiegata la *ratio* delle nuove disposizioni.

70 Secondo de Verda y Beamonte, J. R.: "Principios generales", cit., p. 65 "las ideas fundamentales inspiradoras de la Ley 8/2021, hay que observar que las medidas judiciales (y, por lo tanto, la curatela) tienen un claro carácter subsidiario, porque es propósito de la Ley dar una clara preferencia a las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria".

71 Si è occupato di questo aspetto de Verda y Beamonte, J. R.: "Principios generales", cit., p. 88.

72 Cfr. art. 250 del Codice civile spagnolo, secondo cui "La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente".

73 Berrocal Lanzarot, A. I.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", in AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la ley 8/2021 de 2 de junio* (a cura di J. R. de Verda y Beamonte, P. Chaparro Matamoros, Á. Bueno Biot), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 234 - 235, spiega che "No se ha aprovechado la reforma para definir la guarda de hecho; a diferencia de lo que sí ha hecho el legislador catalán que en el art. 225-1 CC catalán conceptúa el guardado de hecho como "la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da causa de incapacitación, si no está en potestad parental tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen"; y también el legislador aragonés que en su art. 156 entienden por guardador de hecho a "la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa

Ad esso è dedicata un'apposita disciplina, dagli artt. 263 a 267 del Codice civile spagnolo. In particolare, il *guardador de hecho* svolgerà il proprio compito di cura e di assistenza autonomamente, ma avrà bisogno dell'autorizzazione del giudice solo per agire in qualità di rappresentante dell'assistito[74].

Per quanto riguarda gli aspetti patrimoniali, secondo l'art. 266 c.c.sp., egli ha diritto al rimborso delle spese giustificate e al rimborso dei danni derivanti dalla *guarda*, a carico dei beni della persona assistita. A differenza della curatela, non è prevista per il *guardador de hecho* una retribuzione, perché si tratta di una misura di sostegno di carattere altruistico[75]. D'altra parte, se la retribuzione fosse volontariamente concessa dall'assistito, l'attività non si potrebbe più qualificare come una *guarda de hecho*, ma come un rapporto contrattuale con la sua controprestazione[76].

Più in generale, l'art. 251 proibisce a chi svolge il ruolo di *guardador de hecho*, curatore o altra figura di sostegno, di ricevere liberalità dall'assistito o dai suoi aventi causa, finché la sua gestione non sia stata definitivamente approvata, salvo in caso di doni di consuetudine o di beni di scarso valore.

transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada". Por su parte, en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil en el art. 180-1 entiende la guarda de hecho como "la situación en la que apoyo y cuidado de la persona o bienes o solamente de la persona o de los bienes de la persona necesitada de proyección es ejercida por una persona física o jurídica sin mandato expreso judicial o de la persona guardada". A falta de una definición legal en nuestro Código Civil, en la doctrina Le ciñera Ibarra manifiesta al respecto que el guardador de hecho "es la persona que de manera espontánea y por iniciativa propia, sin ningún tipo de investidura judicial formal, asiste con carácter de estabilidad y permanente a una persona con discapacidad, con la que le une normalmente una relación de confianza por ser familiar o allegado".

74 Cfr. art. 264 del Codice civile spagnolo. La possibilità, per il *guardador de hecho* di agire come rappresentante pone il problema di provare il ruolo di *guardador*. Sul punto, si rinvia a DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Principios generales", cit., p. 70, dove spiega che "La desjudicialización que supone el reforzamiento de la guarda de hecho como medida de apoyo parece totalmente razonable, pero debe ir acompañada de un sistema que facilite la prueba de la condición de guardador, pues, en caso contrario, éste difícilmente podrá actuar en representación de la persona con discapacidad en los actos a los que se refiere el art. 264.III CC, los cuales, aunque de escasa cuantía económica (razón por la que, precisamente, no requieren autorización judicial), pueden tener una gran trascendencia práctica. No creo que haya ningún obstáculo a que la prueba de la guarda de hecho se realice mediante un acta de notoriedad, pues, aunque se trata de una situación de hecho informal, sin embargo, tiene un carácter estable23. No obstante, dado que el cambio de guardador es posible, parece que deberá prestarse atención a la fecha del acta de notoriedad, en orden a considerar que quien pretende realizar un acto en nombre de la persona con discapacidad sigue siendo su guardador".

75 Così DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", *pro manuscripto*, p. 24, dove spiega che "El art. 266 CC, a diferencia del art. 281.1 CC, en sede de curatela, no prevé una retribución a cargo del guardador de hecho, lo cual es lógico, porque estamos ante una medida de apoyo que se caracteriza por su carácter altruistico".

76 Nello stesso senso si esprime DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La guarda de hecho", cit., p. 24, dove sostiene che "Es discutible si puede concedérsela voluntariamente la persona con discapacidad. A mi parecer es dudoso, pues, si la retribución es una especie de contraprestación pactada por los cuidados que recibe, estaríamos ante una relación contractual, que excluiría la existencia de una auténtica guarda de hecho (art. 250.VIII CC); y, si se trata de una donación, la misma está prohibida, "salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor" (art. 251.1.1º CC)".

V. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

Da uno sguardo comparatistico, si coglie, anche nel nostro ordinamento, la necessità di dare riconoscimento giuridico ad una figura che rappresenta un ruolo essenziale per milioni di famiglie, ma che, per la legge, risulta ancora invisibile sotto molti aspetti[77].

Trattandosi di una figura che è nata nella prassi e che continua a muoversi nei rapporti di fatto, non avrebbe senso ricondurla allo schema del contratto, alla cui logica sembra non appartenere, non solo per la spontaneità e la gratuità che caratterizzano la prestazione[78], ma soprattutto perché la volontà delle parti, *in primis* dello stesso *caregiver*, ha scelto di sottrarsi ad ogni stipulazione in tal senso[79].

In linea con quanto già avviene in altri ordinamenti, come in quello spagnolo, la strada da percorrere è trovare un inquadramento giuridico che valorizzi il suo ruolo come misura di protezione informale della persona non più autosufficiente, in modo da tutelare adeguatamente sia il *caregiver* sia l'assistito.

77 Sono le parole del IV Focus Censis-Assindatcolf, "Il valore sociale del lavoro domestico in Italia", *Censis.it*., p.12, dove si sottolinea che "Ciò che segnala questo fenomeno – che coinvolge in Italia milioni di persone – è ancora una volta il deficit di intervento di un sistema di welfare che obbliga le famiglie a intervenire direttamente, con tutti i rischi e i limiti che questo comporta (l'esposizione a infortuni domestici o a interventi non appropriati) e i condizionamenti che si scaricano sul vissuto quotidiano delle persone responsabili della cura (conciliazione con il lavoro e con gli impegni fuori di casa, ma anche affaticamento e logoramento fisico e psicologico)."

78 Come noto, la gratuità, di per sé, non è indice della mancanza di uno schema contrattuale: si rinvia, per tutti, a Amadio, G.: *Lezioni di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 184 ss.

79 Nella realtà dei fatti, bisogna tener conto che è spesso lo stesso *caregiver* che non vuole essere considerato come un/una badante.

BIBLIOGRAFÍA.

ANTONINI, E.: *La tutela penale degli obblighi di assistenza familiare*, Giuffré, Milano, 2007, p.51.

AMADIO, G.: *Lezioni di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 184 ss.

ARCERI, A.: *L'affidamento condiviso. Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, Ipsoa, Milano 2007, p. 155.

BALESTRA, L.: "Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso", *Familia*, 2006, p. 663 ss. QUADRI, E.: "Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma", *Familia*, 2006, p. 410 ss.

BASINI, G.F.: "I provvedimenti riguardanti i figli nella crisi familiare", *Il diritto di famiglia*, *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, 2007, num. 5°, p. 1055 ss.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", in AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la ley 8/2021 de 2 de junio* (a cura di J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, P. CHAPARRO MATAMOROS, Á. BUENO BIOT), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 234 - 235.

BIANCA, C. M.: *Diritto civile*, II, 4ª ed., Giuffré, Milano, 2005, p. 480.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile. La famiglia*, Giuffré, Milano, 2017, p. 365.

BONILINI, G.: *Nozioni di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2002, p. 173.

BRICOLA, F.: *Appunti sulla tutela penale della famiglia, Studi in onore di F. Antolisei*, Giuffré, Milano, 1996, p. 38.

BUGETTI, M.N.: "Riflessioni sul ruolo della famiglia nella cura degli anziani (anche in riferimento ad un recente intervento del legislatore cinese)", *Famiglia e Diritto*, 2013, num. 12°, p. 1151.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "La amministrazione di sostegno italiana como medida de protección del las personas con discapacidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, num. 17°, pp. 304 ss.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Violazione dei doveri familiari e illecito civile: l'esperienza italiana", *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto* , 2018, vol. 12° , num. 2°, p. 23 ss.

Carbone, V.: "Le riforme generazioni del diritto di famiglia: luci ed ombre", *Famiglia e Diritto*, 2015, num. 11°, p. 972.

Carnevali, U.: "Liberalità (atti di)", *Enc. del dir.,* 1974, vol. 24, p. 218.

Carrelli Palombi, R.: *La violazione degli obblighi di assistenza familiare*, Utet, Torino, 2008, p. 12 ss.

Clarizia, O.: "Innovazioni e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione", *Riv. Dir. Civ.*, 2014, num. 3°, p. 10597.

Così Provera, G.: "Alimenti", *Dig. disc. priv. online*, 1987, p. 1 ss.

De Matteis, G. M.: "Art. 570 c.p.", *Codice penale commentato online*, 2010, p. 1 ss.

de Mozzi, B.: "Permessi *ex* L. n. 104/1992 e ordinarie incombenze di vita dell'assistito", *Lavoro nella Giur.*, 2019, num. 4°, p. 351.

de Salas Murillo, S.: "El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 17°, p. 16 ss.

de Verda y Beamonte, J. R.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", *pro manuscripto*, p. 24.

de Verda y Beamonte, J. R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", in A.A.V.V.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la ley 8/2021 de 2 de junio* (a cura di J. R. de Verda y Beamonte, P. Chaparro Matamoros, Á. Bueno Biot), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 56.

Dogliotti, M.: "Famiglia (dimensioni della)", *Dig. disc. priv. online*, 1992, p. 1 ss.

Dogliotti, M.: "Ancora sugli anziani cronici non autosufficienti: sono imputabili i parenti o responsabili delle strutture sanitarie?", *Dir. fam.*, 1993, p. 1172.

Ferrando, G.: "Alimenti", *Dig. disc. priv. online*, 2000, p. 1 ss.

Ferrando, G.: "Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Famiglia e Diritto,* 2009, num. 11°, p. 1049.

Fierro Cenderelli, F.: *Profili del nuovo regime dei rapporti familiari,* Giuffré, Milano, 1984, p. 122.

FIGONE, A.: "La Corte Costituzionale si pronuncia sui crediti alimentari e di mantenimento", *Famiglia e Diritto*, 2000, num. 6°, p. 537.

FIGONE, A.: "Sul mantenimento del figlio in regime di divorzio", *Famiglia e Diritto*, 1995, num. 4°, p. 358.

FUSARO, A.: *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Jovene, Napoli, 2019, pp. 31 ss.

GALLO, P.: "Art. 2034", *Codice Civile commentato online onelegale,* p. 1 s.

GRASSO, G.: "La controversia in materia di obbligazioni alimentari nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Cassazione", F*amiglia e Diritto*, 2010, num. 8°, p. 821.

LAMONACA, V.: "Indebita fruizione dei permessi e*x lege* n. 104/1992 e valutazione di proporzionalità del licenziamento", *Lavoro nella Giur.*, 2020, num. 4°, p. 361.

LANDINI, A.: "Diritto agli alimenti e pagamento delle rette della casa di cura", *Fam. Pers. Succ.*, 2011, num. 1°, p. 35.Inizio modulo

LEONE, G.: "Gravi motivi e patologie invalidanti nella concessione del congedo *ex* art. 42, c.5, D.LGS. N. 151/2001: il corto circuito dell'I.N.P.S.", *Lavoro nella Giur.*, 2020, num. 12°, p. 1200.

LONG, J.: "La contrattualizzazione dell'assistenza vitalizia agli anziani: dalla rendita vitalizia al contratto di mantenimento", *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2010, num. 12°, p. 601.

LONGO, E.: "La rilettura dei diritti sociali passa per il congedo straordinario a tutela di un parente disabile", *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013, num. 4°, p. 2853, nota a Corte Costituzionale, 18 luglio 2013, n. 203.

MARCHESINI, L.: "Il caregiver familiare e il diritto alla scelta della sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere", *Ilgiuslavorista.it*, num. 10 giugno 2019, p. 1, nota a Cass., 1 marzo 2019, n. 6150.

MARTÍN AZCANO, E. M.: "La reforma del codice civile en materia de protección de personas privadas de autonomía", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2021, núm. 14°, p. 294 ss.

MORI, P.: "Rapporti di famiglia, adozione, protezione degli incapaci e obblighi alimentari", *Corriere Giur.*, 1995, num.11°, p. 1243.

Morozzo della Rocca, P.: "Doveri di solidarietà familiare e prestazioni di pubblica assistenza", *Famiglia e Diritto*, 2013, num. 7, p. 730.

Morozzo della Rocca, P.: "Il mantenimento del figlio: recenti itinerari di dottrina e giurisprudenza", *Famiglia e Diritto*, 2013, num. 4°, p. 385.

Moscati, E.: "Obbligazioni naturali (dir. civ.)", *Enc. del dir.*, vol. XXIX, 1979, p. 369,

Nivarra, L.: "Obbligazione naturale", *Dig. disc. priv. online*, 1995, p. 11 ss.

Gallo, P.: "Gestione di affare altrui", *Codice Civile commentato online onelegale*, p. 1 ss.

Pacia, R.: "Decorrenza degli alimenti legali e natura costitutiva del provvedimento giudiziale", in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, num.1°, p. 53.

Pacia, R.: "Gli alimenti", *Fam. Pers. Succ.*, 2010, num. 10°, p. 681.

Paparo, B.: "L'obbligazione alimentare a carico dei fratelli, i diritti costituzionalmente garantiti dell'alimentando e le modalità di adempimento", *Corriere Merito*, 2011, num. 3°, p. 253.

Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ESI, Napoli, 1972, p. 191 ss.

Perlingieri, P.: *Rapporti personali nella famiglia*, ESI, Napoli, 1982, p. 55 ss.

Piccinni, M., Roma, U.: "Amministrazione di sostegno e disposizioni anticipate di trattamento: protezione della persona e promozione dell'autonomia", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, vol. 2, p. 727.

Pisapia, G.D.: *Delitti contro la famiglia*, Utet, Torino, 1953, p. 11 ss.

Pistore, G.: "Alla ricerca di un inquadramento giuridico per il *caregiver* familiare", in AA.VV.: *Salute e benessere dei lavoratori: profili giuslavoristici e di relazioni industriali* (a cura di R. Del Punta, D. Gottardi, R. Nunin, M. Tiraboschi), ADAPT University Press, Modena, 2020, p. 209.

Rescigno, P.: "L'assistenza agli anziani non autosufficienti: notazioni civilistiche", *Giur.* it., 1993, num. 1°, p. 687.

Roma, U.: "L'amministrazione di sostegno tra principio di leale cooperazione e sussidiarietà, esigenze di riforma, modelli attuativi e buone prassi", in AA.

VV.: *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione* (a cura di G. Salito, P. Matera), Cedam, Padova, 2013, p. 556.

Ronco, M.: "Art. 591 c.p.", *Codice penale commentato online*, 2010, p. 1 ss.

Rossi, S.: "Contatto sociale (fonte di obbligazione)", *Dig. disc. civ. online*, 2010, p. 1 ss.

Ruscello, F.: "Il rapporto genitori-figli nella crisi coniugale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, num. 2°, p. 402. Auletta, T.: *Il diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 7 ss.

Sala, M.: "Art. 433, Persone obbligate", *Cod. civ. comm. online*, 2019, p. 3.

Sala, M.: "L'obbligo alimentare fra onere della prova e modalità di adempimento", *Fam. Pers. Succ.*, 2011, num. 8°, p. 579.

Siracusano, F.: "Violazione degli obblighi di assistenza familiare e giusta causa", *DFP*, 1975, p. 477.

Stanzione, P.: "Anziani e tutele giuridiche", *Quaderni della rassegna di diritto civile*, Napoli, 1991, p. 22 ss.

Patti, S.: "Senilità e autonomia negoziale della persona", in *Fam. Pers. Succ.,* 2009, num. 3°, p. 259.

Tamburrino, G.: "Alimenti (dir. civ.)", *Enc. del dir.*, vol. II, 1958, p. 32.

Vercellone, P.: "I rapporti genitori-figlio. I doveri di entrambi", *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), vol. II, *Filiazione*, 2012, p. 951;

Vignudelli, L.: "L'adempimento dell'obbligazione alimentare, fra solidarietà sociale e vincolo giuridico", *Famiglia e Diritto*, 2019, num.12°, p. 1137;

Zaccaria, A.: "Contatto sociale", *Dig. disc. civ. online*, 2018, p. 3 ss.



LA AUTORIDAD FAMILIAR EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

FAMILY AUTHORITY IN THE SPANISH CIVIL CODE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1962-1981

Juan Manuel
BADENAS
CARPIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: A pesar de que el artículo 39 de la Constitución Española establece que los poderes públicos deben asegurar la protección de la familia, esta institución carece de una significación concreta en el Derecho español. La familia para el Derecho español es como el paisaje en el que se producen los actos y situaciones que verdaderamente tienen significado jurídico: el matrimonio, el divorcio, la filiación, la adopción, el acogimiento de menores, la tutela, la curatela, etc. No fue así en el Código civil cuando entró en vigor en 1889, pues entonces existía, hasta 1983, una figura que permitía vertebrar la institución familiar: el Consejo de Familia. Hoy no es posible hablar de autoridad familiar en el Derecho español, pues esta autoridad ha sido asumida por el Estado a través de sus poderes. Algunos autores hablan de la administrativización de la familia.

PALABRAS CLAVE: Familia; autoridad familiar; consejo de familia; modelos morales de familia.

ABSTRACT: *According to the article 39 of Spanish Constitution, public authorities must protect the family, but family has no real meaning in the Spanish law. The family is the landscape where truly important events take place: marriage, divorce, filiation, adoption, minors protection, guardianship, and so on. The first edition of Spanish Civil Code (1889-1983) contained the family council. This was a useful figure to structure the family. Currently, it is not possible to speak of family authority in the Spanish law. Some authors prefer to speak about administrative (or public) authority of the family.*

KEY WORDS: *Family; family council; family authority; family moral models.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA FAMILIA Y EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE.- III. LO IMPORTANTE NO ES LA FAMILIA, SINO TODO LO MÁS LOS MENORES.- IV. LA FAMILIA EN LA PRIMERA EDICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.- V. ASPECTOS PSICOSOCIALES DE LA AUTORIDAD FAMILIAR.- VI. BREVE CONCLUSION.

I. INTRODUCCIÓN.

La familia tiene *rango* constitucional en el Derecho español. Aunque sólo fuera por esto, cabría pensar que la institución familiar es importante para nuestro ordenamiento. Sin embargo, del tenor literal del párrafo primero del art. 39 de la Carta Magna no se deduce exactamente qué significa la familia jurídicamente. Como es sabido, el citado párrafo primero del art. 39 CE lo único que prescribe es que "los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia".

Por no constituir la familia un derecho fundamental (no existe siquiera el derecho a tener una familia, como es obvio, pues es un hecho y no un derecho), al haber sido incluida su mención constitucional en el Capítulo Tercero, en lugar de en el Segundo del Título Primero de la Constitución (Sección 1ª), la determinación de qué representa jurídicamente la familia ha quedado relegada a la legislación ordinaria, formada por el Código civil y las leyes especiales sobre la materia (además de lo que se dispone sobre ella en los Derechos forales).

El propósito de este breve ensayo es demostrar el poco peso que tiene la familia en el Derecho español, por comparación con el que tuvo en épocas pasadas, a pesar de que una parte importante de nuestro Derecho civil se siga denominando, de manera rimbombante, Derecho de familia.

II. LA FAMILIA Y EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE.

En multitud de ocasiones aparece mencionada la palabra familia --o algún derivado de su misma raíz-- en el articulado del Código civil. Tales menciones tienen que ver con las más variopintas situaciones y cuestiones jurídico-civiles en las que se pueden ver envuelta la familia o alguno de sus miembros.

El primer precepto que se refiere a la familia es el que regula la determinación de la ley personal de las personas físicas (el art. 9 CC), la cual rige, como es sabido, "la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte". En ninguna otra parte del Código se enumeran expresamente

• Juan Manuel Badenas Carpio
Catedrático de Derecho civil de la UJI de Castellón. Miembro de la Real Academia de Ciencias de Ultramar de Bélgica. Correo electrónico: jbadenas@uji.es

tales deberes, si bien podría decirse que del conjunto del articulado se podrían deducir.

En otros lugares se alude al denominado "cabeza de familia", como sucede en los artículos 917 y 1910 CC. El primero de ellos forma parte de la regulación del parentesco y se refiere a los parientes unidos en línea recta descendente; el segundo a la responsabilidad de quien, siendo cabeza de familia, ha de responder por los daños causados por las cosas arrojadas o que cayeren de la casa en que habita. Cúmplase decir que, en cuanto al del último caso, de acuerdo con los principios y preceptos de nuestro Derecho vigente, en muchas viviendas no habrá uno sino dos "cabezas de familia", pues respecto de los menores que habiten en la misma casa la patria potestad la ostentan ambos progenitores. También es cierto que la doctrina y la jurisprudencia han extendido esta responsabilidad a personas que no forman parte de una misma familia, pero conviven juntas, e incluso al titular de una empresa o a una propiedad horizontal[1], que, como es sabido, no es una persona física sino jurídica.

Otros preceptos aluden al "interés de la familia", como cuando el art. 67 CC señala que "los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia", concepto que se repite en el art. 70 CC y luego en el art. 1056, cuando faculta al testador para que pueda ordenar que a algunos de sus legitimarios se pague su derecho a la herencia en metálico e incluso con fondos extrahereditarios, con un posible aplazamiento no superior a cinco años, si fuera necesario, "en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia (y) quiera (el testador) preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital".

En otras ocasiones el Código civil alude a la vivienda, al domicilio e incluso al ajuar familiares. Así sucede en los artículos 82.1, 90, 91 y 93, todos ellos relacionados con diversas cuestiones y avatares que tienen que ver con la separación, divorcio o nulidad del matrimonio.

A la "dedicación a la familia" se refiere el art. 97 CC, que regula la cuantía de la pensión compensatoria a la que pudiera tener derecho el cónyuge al que "la separación o el divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro".

A las "necesidades" y a las "cargas de la familia" se refieren, al menos, respectivamente los artículos 152 CC (respecto del cese de la obligación de alimentos entre parientes "cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere

1 *Vid.*, entre otros, Albaladejo, M.: "La responsabilidad del artículo 1910 del Código Civil", *Iniuria*, núm. 2, 1994, pp. 13 y ss.

reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia") y los artículos 155. 2º y 165 CC, relativos al deber de los hijos a contribuir, según sus posibilidades y de manera proporcional, al levantamiento de las citadas cargas, mientras convivan en el hogar familiar.

El art. 158. 6 CC se refiere al "entorno familiar" sobre las medidas que puede adoptar el juez de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, respecto de la suspensión cautelar del ejercicio de la patria potestad, guardia y custodia, régimen de visitas y comunicaciones, etc., a fin de "apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas".

El art. 90. 1. b) bis CC es uno de los pocos --o el único-- que habla de los "miembros de la familia" literalmente, en cuanto al destino de los animales de compañía en caso de nulidad, separación o divorcio, pues se deberá tener en cuenta el interés de estos miembros y el bienestar del animal a la hora de redactar el oportuno convenio regulador.

Los artículos 137. 4 y 140 CC aluden a la falta de la posesión de estado en las "relaciones familiares", sin que, en ningún otro lugar, salvo error u omisión míos, se vuelva a utilizar esta expresión en el texto articulado del Código.

El art. 264 CC utiliza la expresión "significado personal o familiar" respecto de la no necesaria autorización judicial cuando "el guardador de hecho solicite una prestación económica a favor de la persona discapacitada, siempre que no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar".

El art. 287 CC se refiere a la necesidad de la autorización judicial que ha de recabar el curador para "realizar actos de transcendencia personal o familiar, cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma".

A la "familia de origen" se refieren directa o indirectamente diversos preceptos del Código civil. Entre ellos, los artículos 160 (respecto de los menores adoptados sometidos a la patria potestad del adoptante o adoptantes), art. 172. 2 y 3 (que regula distintas situaciones relacionadas con el posible retorno del adoptado a su familia originaria), el art. 176 bis (respecto de la eventual suspensión de las relaciones del menor con su familia de origen en caso de acogimiento preadoptivo) y el art. 178 que prescribe la "extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen".

La "situación familiar" del adoptante o adoptantes debe ser tenida en cuenta respecto de la adopción de un menor, como un elemento añadido a su capacidad para el ejercicio de la patria potestad, señala el art. 176 CC.

A la historia médica del menor y de "su familia" se refiere el art. 180. 5 CC, en cuanto a la conservación de tal información por parte de las entidades públicas que intervengan en el proceso de adopción. Información a la que pueden acceder las personas adoptadas al alcanzar su mayoría de edad, o a través de sus representantes legales antes de alcanzarla, conforme al párrafo 6 del mismo precepto.

Al acogimiento familiar se refieren, entre otros, el art. 172 ter CC, el cual "produce la plena participación del menor en la vida de familia", en la que es recibido (art. 173 CC). En este sentido, mencionan expresamente a la "familia de acogedora" los artículos 161 y 200 CC.

El art. 184 CC se refiere a la convivencia familiar de los hermanos mayores de edad, en cuanto que uno de ellos puede ser el representante de cualquiera de los otros, en caso de ausencia de este último.

El art. 1388 CC alude al abandono familiar que puede facultar a los tribunales para conferir a uno de los cónyuges la administración de los bienes gananciales. En este sentido, señala el precepto aludido que podrá ser conferida "cuando el otro (cónyuge) se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiese separación de hecho".

A la familia del arrendatario se refiere el art. 1558 CC, en el supuesto de que esta haya de soportar obras de reparación urgente en la finca arrendada, por más de cuarenta días, que hagan la vivienda inhabitable.

Al eventual despido del criado doméstico "de la familia" se refiere someramente el art. 1584 CC. Se trata, como se puede ver, de una norma un tanto anacrónica que debe ser complementada con la legislación laboral.

Y, finalmente, los artículos 497 y 1903 CC aluden respectivamente a la obligación del usufructuario de cuidar las cosas dadas en usufructo y a la de los padres, tutores, curadores, directores de establecimientos y empresas y titulares de centros docentes respecto de los actos u omisiones de otros, de actuar con la "diligencia de un buen padre de familia". Los artículos 1094 y 1101 CC, respecto del cumplimiento de las obligaciones y el art. 1889 CC, sobre la gestión de negocios ajenos, se pueden incardinar en la misma idea que los anteriores, en cuanto al estándar de diligencia.

Como se puede comprobar, todos estos preceptos que se refieren a la familia, a algunos de sus componentes y a diversas situaciones interesantes, no confieren a la institución familiar un rol muy relevante. En muchas ocasiones, la familia semeja ser una parte del decorado en el que se desarrollan los acontecimientos verdaderamente importantes: el matrimonio, el divorcio, la separación, el acogimiento, la adopción, la tutela, la curatela, el arrendamiento, el usufructo, etc. Y cuando se emplea como estándar de prudencia para el cumplimiento de las obligaciones o respecto de los actos u omisiones propios o ajenos, la mención de la "familia" no deja de ser algo anecdótico, propio de una frase hecha o de una mención consolidada, que podría ser sustituida por otra, como la prudencia de *a man on the Claphan omnibus*, o de *a reasonable person*, que emplean los tribunales británicos.

III. LO IMPORTANTE NO ES LA FAMILIA, SINO TODO LO MÁS LOS MENORES.

Todos somos hijos, aunque sea de filiación no conocida. Si bien, en el caso de que no lo sea, su plasmación jurídica queda muy disminuida si no llega a determinarse posteriormente o no se produce una adopción. Volviendo al art. 39 CE, conviene recordar que, aunque el párrafo primero de este precepto alude a la familia, tal y como señalé más arriba, los tres párrafos siguientes ya no vuelven a referirse a ella.

El párrafo 2 del art. 39 CE corresponde con "la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil". El párrafo 3 establece el deber de los padres de "prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda". Y el cuarto que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

Por consiguiente, analizado párrafo por párrafo el precepto constitucional se deduce que lo que nuestros constituyentes tuvieron en mente a la hora de regular la familia no fue esta propiamente dicha, sino los menores que, como hijos, pueden ser concebidos tanto en una relación matrimonial como extramatrimonial. La familia, como decía antes, es el decorado o el paisaje en el que los menores se pueden desarrollar o no. El fin del precepto, a pesar de la dicción de su párrafo 1, no es la "protección" de la familia propiamente dicha, sino de los menores que puedan ser habidos en ella. De los cuatro párrafos, tres de ellos aluden directamente a la protección o asistencia de los menores. En tal sentido, podría pensarse que para nuestra Constitución y, como veremos después, para la legislación ordinaria civil

española, el sujeto verdaderamente merecedor de tuición es el menor y no en sí misma la familia.

IV. LA FAMILIA EN LA PRIMERA EDICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.

Tal y como veremos a continuación, hasta la reforma del Código civil operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre[2], se podría decir que la familia tenía significación propia en nuestro ordenamiento, e incluso tenía su órgano de representación.

No obstante, para referirse a ello conviene retrotraerse, siquiera brevemente a los antecedentes del Código civil español.

Algunos autores criticaron durante cierto tiempo la inclusión, en nuestro Derecho, de una figura aparentemente importada del Código civil francés. Entre ellos, Manresa en sus *Comentarios*, cuando afirma que "es una institución novísima en el Derecho patrio"[3]. Me refiero al Consejo de familia, que fue introducido en el Código civil español de 1889[4], a través del Proyecto de 1851, procedente, como decía antes, del Derecho francés. Actualmente, quedan todavía algunos que lo siguen criticando, en mi opinión, de manera no del todo justificada[5].

Como digo, el Consejo de familia llegó al Código civil español de 1889, a través del Anteproyecto de 1851, también conocido como Proyecto de García Goyena. Este autor, conocedor del espíritu que nos caracteriza a los españoles, tan dados a poner a chupa de dómine todo aquello que no nos cuadra, se anticipó a las críticas que se iban a formular por la supuesta inspiración francesa de sus preceptos proyectados. Así, alude al Fuero Juzgo y al Fuero Real como textos normativos que conferían a los parientes más propincuos del huérfano o del padre difunto, respectivamente, la designación de tutor[6]. Por tanto, la intervención de los parientes (de la familia), en la designación de tutor, una de las funciones más importantes que atribuía la primera edición del Código civil al Consejo de familia, no era una situación extraña a nuestro Derecho y nuestras costumbres, sino algo propio de ambos y relacionado con nuestra idiosincrasia. Dejando aparte, que el Proyecto de 1851 pretendía ser un Código para todos los españoles y, por consiguiente, que incluyera a los habitantes de los territorios llamados forales[7].

2 *Vid.* Lalaguna Domínguez, E.: *El Código civil y sus reformas,* Madrid, 1984, pp. 184 a 203.

3 *Vid.* Manresa Navarro, J. M.: *Comentarios al Código civil español,* tomo II, Madrid, 1925, p. 199.

4 *Vid.* Alcubilla, M.: *Código civil de España,* Madrid, 1889, pp. 108 a 112; y Lalaguna Domínguez, E.: *El Código civil,* cit., pp. 201 a 203.

5 Entre otros, Gutiérrez Calles, J. L: "El Código Civil de 1889", en https:/app.vlexcom/#vid/código-civil-294179.

6 *Vid.* la Ley 3, título 3 del libro 4 del *Fuero Juzgo* y la ley 3, título 7, libro 3 del *Fuero Real.*

7 En palabras del propio García Goyena se podría aducir lo siguiente: los resultados de esta incorporación, "puede casi asegurarse que serán desde luego felices en las provincias de Fueros, cuya legislación ha creado y conserva más vivo el espíritu de familia" (*vid.* García Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del*

En este sentido, quienes criticaron a García Goyena tuvieron, no obstante, que reconocer que esta posibilidad de designación del tutor por parte de los parientes seguía estando vigente a la entrada en vigor del Código civil, en 1889, en algunas partes de España[8]. Sin embargo, en la obra de los críticos no se encuentra ningún argumento de peso contra la conveniencia técnica del Consejo de familia, tan solo, como señalo, referencias a su carácter foráneo.

Las instituciones jurídicas --y no jurídicas-- pierden peso específico cuando se desestructuran. La historia jurídica de la familia es una historia de desestructuración. Socialmente, desde hace mucho, asistimos a una tensión entre lo individual y lo colectivo, entre lo privado y lo público. Esta tensión ya se vivió en Roma, pues en un primer momento el derecho individual y el de familia (que no es más que un conjunto de individuos), estaban sustraídos a la intervención de la sociedad. Los asuntos familiares eran propios y exclusivos de la *gens,* que era un agregado de familias colaterales, descendientes de una estirpe común y designadas con un *cognomen*. El *pater familias* era el soberano absoluto dentro del grupo familiar y nadie podía inmiscuirse en sus asuntos internos. Sólo la asamblea de la gente, como señala Manresa, podía influir en las decisiones del citado *pater familias*, "algo así como el consejo de familia"[9].

Aparte de los señalado por García Goyena, antecedentes del Consejo de familia en el Derecho histórico español podemos encontrar en diversos lugares. Si bien, según señala Manresa, con competencias circunscritas a pocos asuntos, tales como: "nombramiento de tutor en ciertas circunstancias, autorización del matrimonio de la huérfana soltera menor de edad, aprobación de las donaciones, quitas, etc., hechas por el pupilo a su guardador y a la transferencia de los bienes dotales hecha por la mujer al marido"[10]. Entre las normas históricas que se pueden aducir se encuentran, sin pretensión de exhaustividad: la *Lex Wisigothorum*, lib. 4º, tit. 3º, ley 3ª; el *Fuero Real de España*, lib. 3º, tit. 7º, ley 3ª[11], la *Lex Wisigothorum*,

Código civil español, tomos I-II, Madrid, 1852, p. 187). En apoyo de esta misma idea se puede consultar Costa, J.: "El consejo de familia en el Alto Aragón", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 54, Madrid, 1879, pp. 257 y ss.

8 El propio Manresa, que, como ya sabemos, tanto criticó la intromisión afrancesada en el trabajo de García Goyena reconoce que "en el Pirineo (Navarra, Alto Aragón y parte del Norte de Cataluña), donde la tradición jurídica encomendaba mayores condiciones de supervivencia; se mantuvo pujante esta institución y ha llegado sin menos cabo hasta nuestros días, acreditando el poder creador, y juntamente la virtud conservadora que tiene la costumbre, cuando se la deja en libertad de escoger sus formas y el modo y el momento de renovarlas, implantando un régimen del *selfgovernement* civil tal y como el vigente en aquella región de la Península. De la extensión de este consejo de familia consuetudinario se formará una idea por los siguientes croquis tomados a la vista de la práctica en Aragón y Navarra" (*Vid.* Manresa y Navarro, J. M.: Manresa Navarro, J. M.: *Comentarios,* cit., p. 452). Más adelante, el mismo autor termina por reconocer que "no había que hablar ya de importación ni de ensayo: el consejo de familia podía penetrar en la legislación civil española como institución eminentemente nacional y abonada por la experiencia de muchos siglos" (*vid.* cit., p. 457).

9 Ibidem nota anterior, p. 447.

10 Manresa y Navarro, J. M.; *Comentarios,* cit., p. 448.

11 Citado por García Goyena.

lib. 3º, tit. 2º, ley 8ª; el *Fuero Viejo de Castilla*, lib. 5º, tit. 5º, leyes 1ª y 2ª; el *Fuero de Sepúlveda*, tit. 55; el *Fuero de Cáceres*, tit. 55; el *Fuero de Salamanca,* tít. 55; el *Usatge* de 1351, de Pedro III, Cortés de Perpiñán, cap. 17; y la Pragmática de 23 de marzo de 1776, *Novísima Recopilación*, lib. 10, tit. 2º, leyes 9ª y 18ª).

Estas competencias, como veremos a continuación, se parecen mucho a las que el Código civil de 1889 atribuyó al Consejo de familia. Por tanto, hablar de importación de una figura extraña al Derecho patrio en relación con la regulación del citado Consejo de familia en la primera edición del Código supone, en mi opinión, no hacer honor a la verdad completamente.

Antes de la reforma del Código civil operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, el sistema de protección de los menores, de los incapacitados, de los pródigos y de los sometidos a la pena de interdicción civil[12] basculaba sobre tres figuras: el tutor, el protutor y el Consejo de familia. Así lo establecía el art. 201 CC de 1889: "la tutela se ejercerá por un solo tutor bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia". Las funciones de los tres órganos eran diferentes y complementarias, como es lógico, y funcionaban como una especie de pesos y contrapesos en garantía e interés del menor o del incapacitado. Se trataba, como veremos después, de un sistema –al menos desde el punto de vista teórico—bien trabado y de proximidad con el necesitado de protección[13].

La figura central, como actualmente respecto de los menores no sometidos a la patria potestad, era la tutela y quien la ejercía, el tutor, la persona encargada de atender directamente --y bajo su responsabilidad-- las necesidades personales y patrimoniales del tutelado. Y el protutor y el Consejo de familia, los contrapesos encargados de vigilar el ejercicio de la tutela por parte del tutor, conforme al art. 201 CC de 1889.

El protutor que podía ser nombrado por los padres en testamento y, en su defecto, por el Consejo de familia, tenía, según el art. 236 del CC de 1889, las siguientes funciones: 1ª. Intervenir el inventario de los bienes del menor y la constitución de la fianza del tutor, cuando hubiere jugar a ella, 2ª. Sustentar los derechos del menor, en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor, 3ª. Llamar la atención del Consejo de familia sobre la gestión del tutor, cuando le pareciera perjudicial para la persona o los intereses del tutelado, 4ª.Promover la reunión del Consejo de familia para el nombramiento de nuevo tutor, cuando la tutela quedaba vacante o abandonada y 5ª. Cualesquiera otras que señalasen las leyes.

12 *Vid*. art. 200 del Código civil de 1889 (Alcubilla, M., *Código civil*, cit., p. 92).

13 Gutiérrez Calles define esta situación diciendo que las tres figuras venían a integrar una especie de tutela de familia, en tanto que la incapacidad del demente (o del menor) quedaba suplida por sus familiares (*vid.* de este autor, "El Código Civil", cit.

El tutor no podía empezar a ejercerla tutela sin que hubiese sido nombrado el protutor (art. 234 CC de 1889); pues era, como decía, el contrapeso imprescindible para evitar que el tutor pudiera excederse o quedarse corto en el ejercicio de sus funciones. Para evitar cualquier tipo de interferencia o connivencia entre el tutor y el protutor, el art. 235 CC de 1889 señalaba que "el nombramiento de protutor no pod(ía) recaer en pariente de la misma línea que el tutor".

El Consejo de familia, además de la función de nombrar al protutor (art. 233 CC de 1889) y al tutor (arts. 204 y 231 CC de 1889) a falta de designación testamentaria por parte de los padres, tenía también otras encomiendas legales. Una era ejercer una especie de tutela provisional; pues, como señalaba Sánchez Román, "normalmente, aun actuando con premura, desde que surge la necesidad hasta el cumplimiento de las formalidades y total constitución de la tutela, hay un interregno durante el cual el menor o incapacitado no puede ni debe quedar sin protección y amparo"[14]. Autor al que siguen Clemente de Diego, Valverde, Escobar de la Riva y Lete del Rio, entre otros[15]. Las restantes funciones tienen que ver fundamentalmente con atributos de supervisión y continuidad.

Estos atributos o funciones se podrían resumir de la siguiente manera: ser oído por los tribunales antes de proceder a la incapacitación del que presuntamente lo requiera (art. 216 CC de 1889), lo mismo que en caso de que alguien tuviera que ser declarado pródigo (art. 221 CC de 1889), examinar las causas de excusa o exención de los tutores y protutores para ejercer el cargo correspondiente (art. 249 CC de 1889), señalar los actos administrativos que debe realizar el protutor que se consideren indispensables para la conservación de los bienes y percepción de sus productos por parte del tutelado (art. 256 CC de 1889), solicitar la inscripción o el depósito que deba realizar el tutor para afianzar la tutela conforme al art. 252 CC de 1889, poner en posesión a los tutores y a los protutores en sus cargos (art. 261 CC de 1889), vigilar la obligación del tutor de alimentar y educar al tutelado, imponer al tutor hacer inventario de los bienes del tutelado (art. 264 CC de 1889), aceptar las solicitudes de autorización de actos relacionados con los bienes del tutelado que pida el tutor cuando lo exija la ley (arts. 270 y 271 CC de 1889) y censurar e informar las cuentas de la tutela (art. 279 y 282 CC de 1889).

Así pues, aunque el tutor, como dije, es el sujeto encargado unipersonalmente de cuidar y atender directamente las necesidades del tutelado, tanto desde el punto de vista personal como patrimonial, el ejercicio de su función no se realizaba aisladamente, sino acompañado y supervisado por la autoridad familiar

14 Sánchez Román, F.: *Estudios de Derecho civil,* tomo V, vol. 2º, Madrid, 1912, p. 1321

15 Clemente de Diego, F.: *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral,* tomo 6, Madrid, 1920, p 558; Valverde, C.: *Tratado de Derecho civil español,* tomo IV, Valladolid, 1938, p. 607, Escobar de la Riva, E.: *La tutela,* Madrid, 1943, p. 95; y Lete del Rio, J. M.: *La responsabilidad de los órganos tutelares,* Valladolid, 1965, p. 23.

representada directamente por el Consejo de familia e indirectamente, por nombramiento de este último, del protutor.

La autoridad judicial no es que ejerciera una función residual, sino que su función era, más que otra cosa, de carácter instrumental y de recurso. El Juez municipal era el encargado de citar a las personas que debían formar el Consejo de familia una vez este tuviese conocimiento de que alguna persona se encontrase en alguna de las situaciones previstas en el art. 200 CC de 1889 (art. 293 CC de 1889) y en función de la competencia establecida por la Ley de Enjuiciamiento civil resolver los recursos que cupieran contra las decisiones del Consejo de familia (por ejemplo, ex art. 249 CC de 1889). Pero el peso de supervisar la labor del tutor recaía en la propia familia, a través del Consejo y del protutor.

Esta es la razón por la cual Manresa y otros autores advierte que con la entrada en vigor del Código civil se sustituyó la autoridad judicial, que intervenía conforme al Derecho anterior, por la familiar representada por el Consejo de familia[16].

Ciertamente, hay que admitir que la regulación contenida en el Código civil en su edición de 1889, respecto de la tutela, tuvo sus detractores (que censuraban que se tratara de un sistema demasiado complejo), lo cual produjo que en 1983, como señalé antes, se modificaran los artículos 199 y siguientes, instaurando otro de autoridad judicial.

De manera que se podría decir que en el Derecho español del último siglo y medio aproximadamente, respecto de la protección de las personas necesitadas de apoyo, por razones de tipo físico o psicológico (sin tener en cuenta el Derecho anterior a la entrada en vigor del Código civil), se podrían separar tres etapas: una inicial en la que predominó el principio de *autoridad familiar* (entre 1889 y 1983), la segunda en la que imperó el principio de *autoridad pública* o *judicial* (entre 1983 y 2021) y la tercera, que es en la que nos encontramos, de fundamento en la voluntad y preferencias de la persona necesitada de protección, que podría denominarse de *autoridad propia*, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 8 de junio. No así respecto de los menores sometidos a tutela, para los cuales la tercera etapa no debería considerarse, por cuanto que la citada Ley 8/2021 no ha tenido incidencia sobre ellos.

No obstante, como señalan atinadamente diversos autores, "la Ley 8/2021 pretende una razonable desjudicialización, que pasa por el reforzamiento de la guarda de hecho, la cual, como se dice en la Exposición de Motivos, había sido entendida tradicionalmente como una situación fáctica y de carácter provisional, debiendo ahora convertirse en una verdadera guarda de Derecho, otorgándole

16 Manresa y Navarro, J.M.: *Comentarios,* cit., p. 338.

categoría de institución jurídica de apoyo"[17]. Sin embargo, esta no es una cuestión para ser tratada en este ensayo, pues hacerlo me alejaría de su objeto.

V. ASPECTOS PSICOSOCIALES DE LA AUTORIDAD FAMILIAR.

De vuelta a las reflexiones expuestas en la introducción de este texto, podrían reproducirse las palabras del profesor García Cantero escritas en 1995: "hay que poner de relieve la insatisfactoria regulación constitucional de la familia. (P)udo deberse la misma a la no presencia de privatistas en la Comisión encargada de redactar el texto, (y) al dilema con que tuvo que enfrentarse, pues por una parte se trataba de distanciarse del anterior régimen en su política exaltadora y protectora de la familia, y, por otra, los textos internacionales suscritos por España seguían considerando a la familia 'célula básica de la sociedad'. El resultado ha sido una normativa híbrida, con luces y sombras, y claro predominio de estas últimas, que permiten dar la razón a quienes afirman que la familia basada en el matrimonio ha sido la gran perdedora de la transición"[18].

Como señalaba más arriba, actualmente asistimos a una especie de delegación al Estado de muchas de las cuestiones que afectan a la familia, hecho que ha sido calificado por algunos autores como una especie de "*administrativización* de la familia"[19]. Fenómeno que anteriormente ya había acontecido en otros periodos de la historia[20]. ¿Por qué se produjo esta *administrativización,* que despojó a la familia de su autoridad y de su órgano de representación? Pues --además de que doctrinalmente se había criticado la complejidad del sistema del sistema basado en la colaboración de tres elementos: el tutor, el protutor y el Consejo de familia, que, para algunos, implicaba a demasiadas personas-- porque la forma de ver las cosas de los españoles había cambiado. Dicho de otra manera, como veremos a continuación, el patrón moral sobre el que se apoyó el Derecho en 1983, como es obvio, ya no era el mismo que en 1889. Vamos a ver a continuación lo que señala un importante experto en ciencias del comportamiento y psicología social, respecto de los modelos morales familiares. Este autor es George Lakoff, quien, en una de sus obras más conocidas describe los dos modelos morales de familia: el del *Padre Estricto* y el del *Progenitor Atento*.

17 *Vid.* De Verda y Beamonte, J. R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/20021, de 2 de junio* (dir. J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 68, quien toma la expresión de F. Santos Urbaneja, en *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio, Cuniep*, Madrid, 2021, p. 227.

18 García Cantero, G.: "Luces y sombras en la evolución del Derecho español de familia (1981-1990)", *REDC,* 52, 1995, pp. 282 y 283.

19 García Cantero, G.: "Luces y sombras", cit., p. 289.

20 Manresa y Navarro, J. M.: *Comentarios,* cit., cit., 447.

Según este autor, el modelo del Padre Estricto "parte del presupuesto de que la vida es difícil y de que el mundo es un lugar esencialmente peligroso"[21]. Según Lakoff, el citado modelo se podría resumir de la siguiente manera:

-"El padre tiene la responsabilidad principal de dar sustento y protección a la familia, ejerce la autoridad y fija las pautas generales de comportamiento en la familia".

-"El padre enseña a los hijos a distinguir el bien del mal mediante la imposición de reglas estrictas de comportamiento".

-"A los niños jamás se les debe consentir, pues un niño consentido dependerá para siempre de los demás y no será capaz de desarrollarse por sí mismo".

-"Los hijos deben respetar y obedecer a sus padres, en parte por su propia seguridad y en parte porque de ese modo forjarán carácter, es decir disciplina y autonomía".

-"Los hijos ya crecidos, llegada cierta edad, abandonan el hogar familiar y deben demostrar responsabilidad y autonomía. Tienen que tomar sus propias decisiones y ser capaces de hacerlo".

-"Una vez abandonado el nido, los buenos padres no interfieren en la vida de sus hijos, cualquier injerencia parental es fuertemente rechazada"[22].

En resumen, los padres deben educar disciplinadamente a sus hijos para que éstos sean capaces de ser disciplinados y así, el día de mañana, cuando sean mayores y vivan por su cuenta, no necesitarán a sus padres y serán autosuficientes. Para ello, los padres deben enseñarles un sistema de valores y principios adecuado para que puedan guiarse a sí mismos eficazmente.

La autoridad es el principio básico de este modelo. Primero se obedece a los padres y después se obedece la autoridad propia. La moral del Padre Estricto pretende forjar hijos disciplinados, capaces de llevar a delante los planes que ellos mismos se propongan y de cumplir sus compromisos en la edad adulta. Como señala Lakoff, "el objetivo del modelo del Padre Estricto es garantizar que el niño se convierte en ese tipo de persona"[23].

Para este modelo, el éxito es la manifestación de que el hijo ha sido obediente y disciplinado, de manera que aquél forma parte del sistema moral. No se debe

21 Lakoff, G.: *Política moral. Cómo piensan progresistas y conservadores,* Capitán Swing, 2016, p. 91.

22 Lakoff, G.: *Política moral*, cit., pp. 91 y 92.

23 Lakoff, G.: cit., p. 93.

recompensar a los que no han luchado y trabajado por ello, de ahí "la inmoralidad de premiar a quienes no se han ganado la recompensa compitiendo"[24]. La competición no es mala, es un elemento esencial del sistema. La educación de los hijos para que se conviertan en adultos disciplinados, autosuficientes y capaces de competir, utilizando un mismo sistema de reglas, contribuye al bien común.

El otro modelo es el del *Progenitor Atento*, cuyas bases son:

-En el caso de que la familia tenga dos progenitores, "ambos deben compartir las responsabilidades en el hogar", aunque también es posible que haya familias monoparentales.

-Los principales elementos experienciales de este modelo son el dar y recibir atenciones, cumplir con los deseos de interacción amorosa de los miembros de la familia y que éstos sean "tan felices como sea posible".

-Los hijos se desarrollan óptimamente "estableciendo relaciones positivas con sus semejantes, contribuyendo a la comunidad y persiguiendo la realización de su potencial y alegría de vivir".

-El apoyo y protección son parte de las atenciones que se han de dispensar a los hijos. "La obediencia del niño nace del amor y respeto por sus padres, no del miedo al castigo".

-La autoridad de los progenitores ha de "legitimarse", éstos deben explicar a sus hijos el porqué de sus decisiones.

-La protección es una forma de cuidado y protección frente a los peligros externos. "El principal objetivo de las atenciones dadas por el progenitor es que los niños vivan una vida plena y feliz y que ellos mismos aprendan también a dispensar atenciones a sus semejantes".

-La propia realización y las atenciones prodigadas a los demás se consideran elementos inseparables. Los hijos deben aprender empatía y capacidad de cuidar. "Es necesario respetar los valores del niño y permitir que explore toda la gama de ideas y opciones que el mundo le ofrece"[25].

Desde hace algunas décadas, el modelo moral imperante en las sociedades occidentales tiene mucho más que ver con el segundo que con el primero. Con el modelo del progenitor atento más que con el del padre estricto. Los principios y los valores de las personas se adquieren más en el entorno social que dentro de la

24 Lakoff, G.: cit. p. 94.

25 Vid Lakoff, G.: cit. pp. 133 y 134.

familia, lo cual demuestra que ha disminuido la autoridad familiar. Esto, obviamente, debía tener transcendencia en el ordenamiento jurídico[26].

Si el sistema moral predominante tiene que ver con un tipo de familia en la que todos sus miembros tienden a la igualdad la autoridad familiar carece de sentido (debe legitimarse mediante el diálogo). Si la autoridad parental pierde fuerza, ¿qué tipo de autoridad podría pensarse que tienen los restantes familiares, por muy propincuos que sean? Ninguna.

Creo que no hace falta adentrarse en espesas disquisiciones para constatar que el modelo imperante en las sociedades occidentales corresponde con el del Progenitor atento. Circunstancia que como afirma Jonathan Haidt no se da en otras partes del mundo[27]. No obstante, a modo de muestra legislativa española, se podría aducir lo acontecido con el final del art. 154 CC tras su reforma por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Como muchos recordarán, porque no hace de ello tanto tiempo, el citado precepto terminaba con el siguiente párrafo: "Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos"[28].

Ahora el precepto ya no alude a la citada "corrección razonable y moderada". Es una "responsabilidad parental" y no incluye expresamente la autoridad de corrección. Tan sólo el art. 155 CC habla de que los hijos deben "obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre". El Supremo ha señalado en alguna sentencia no muy reciente que el deber de respeto es de "Derecho natural" (STS de 28 de octubre de 1962), que es tanto como asentarlo entre los fundamentos morales de la sociedad. Los progenitores siguen teniendo la función de velar por sus hijos, educarlos y procurarles una formación integral, pero en ningún lugar se afirma que tengan autoridad sobre ellos (no es lo mismo autoridad que responsabilidad). La autoridad la tendría en todo caso el poder judicial, que es al que los progenitores pueden acudir solicitando su auxilio para poder ejercer la patria potestad, en ciertos casos. Por tanto, podría afirmarse que estamos ante un sistema de autoridad pública respecto de los asuntos familiares. Los padres tienen deberes, obligaciones y responsabilidad, pero no estrictamente autoridad sobre sus hijos. Es decir, no tienen autoridad suficiente,

26 Sobre este tema se puede consultar, entre otros trabajos, el de Kennet Eimar Himma: *Derecho y moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente,* Serie de Teoría jurídica y filosofía del Derecho, núm. 56, Colombia, 2011, en el que se analizan las distintas posibilidades de interacción entre moral y Derecho, también la obra clásica Benthan, J.: *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation,* Oxford, 1789, pp. 156 y 157.

27 *The Righteous Mind. Why Good people are divided by politics and religión,* Penguin Books, 2012, p. 88.

28 *Vid.* entre otros, Ballesteros de los Rios, M: "Comentario al art. 154", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (coord. por R. Bercovitz), Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2006, p. 292.

puesto que deberán en su caso complementarla con quien realmente la tiene: el juez competente.

El Código no habla de autoridad parental si bien lo hace y mucho de *autoridad judicial*, en materia de familia. Baste citar varios ejemplos donde la trata: los artículos 94, 94 bis, 96, 166, 200, 208, 210, 211, 213 o 217 del Código civil.

De la dicción del penúltimo párrafo del art. 154 CC podría deducirse que los hijos tienen tanta *autoridad* como sus padres (aun estando sometidos a la patria potestad) cuando "tuvieren suficiente madurez" para adoptar decisiones que les afecten, "sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo". Esto recuerda mucho algunas de las características del modelo del Progenitor atento que señala Lakoff, que hemos visto, según las cuales, los miembros del núcleo familiar comparten responsabilidades mutuas, sin que la jerarquía establezca que unos estén por encima de los otros. También señala Lakoff que el modelo del Progenitor atento huye de los premios y los castigos intrafamiliares[29]. Así pues, cultural o moralmente, la legislación española se ha ido adaptando a los tiempos, pasando de un modelo moral y jurídico basado en la autoridad (modelo del Padre Estricto) a otro en el que prima el igualitarismo (modelo del Progenitor atento).

VI. BREVE CONCLUSION.

Por consiguiente, a pesar de ser una denominación muy consolidada, más que de Derecho de "familia" procedería hablar más bien de Derecho de las "situaciones familiares". Insisto en que la familia no es más que el paisaje en el que, para el Derecho, tiene lugar las relaciones familiares. La familia en cuanto tal, como institución, carece de un sustrato suficiente como para poder considerarla un ente con propio fundamento. Dejando aparte el debate sociológico respecto del que se dice que no existe un único tipo de familia sino varios. Cuando algo puede ser muchas cosas pierde su identidad. Como señaló el maestro clásico, "la identidad de una sustancia no puede venir de sus accidentes, ni tan siquiera de la unión de los accidentes con la sustancia"[30]. De modo que ¿qué es la familia jurídicamente?

Al haber dejado la familia de ser una *sustancia* jurídica, resulta completamente imposible hablar de autoridad familiar. Los hechos parecen indicarnos que la tendencia dominante es la que lleva a considerar la sociedad como un agregado de individuos autónomos únicamente sometidos, en su caso, a la autoridad del Estado. Por ello hablamos de autoridad judicial o de *administrativización* de la familia, mientras ésta resulta despojada de autoridad respecto de sus miembros.

29 Sobre esta misma cuestión también se puede consultar la obra de Haidt, J.: *The Righteous Mind*, cit, p. 45.

30 Aritóteles: *Metafísica*, IV, 4 y VII, 4.

Ni la Constitución española ni la legislación ordinaria reflejan que la familia merezca una especial consideración. La legitima de los herederos forzosos tampoco significa que la familia tenga un rango especial en nuestro Derecho. Se trata simplemente de un modo de limitar la libertad de testar del causante para cuando él ya no forme parte de la familia. Tampoco el compartir una herencia supone el fortalecimiento de los lazos familiares entre quienes la reciben. En ocasiones, sucede todo lo contrario.

La obligación de alimentos entre parientes tampoco refuerza, en mi opinión, el carácter familiar. En realidad, no es más que una obligación legal entre personas que mantienen entre sí un vínculo de parentesco, sin que, por ello, como en la legítima, la familia resulte de por sí misma reforzada. Aunque más vale esto que nada.

Así pues, autoridad familiar, poca o ninguna.

BIBLIOGRAFIA

Albaladejo, M.: "La responsabilidad del artículo 1910 del Código Civil", *Iniuria*, núm. 2, 1994.

Alcubilla, M.: *Código civil de España,* Madrid, 1889.

Aristóteles: *Metafísica*, IV, 4 y VII, 4.

Ballesteros de los Ríos, M.: "Comentario al art. 154", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (coordinados por R. Bercovitz), Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2006.

Bentham, J.: *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation,* Oxford, 1789.

Clemente de Diego, F.: *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral,* tomo 6, Madrid, 1920.

Costa, J.: "El consejo de familia en el Alto Aragón", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 54, Madrid, 1879, pp. 257 y ss.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/20021, de 2 de junio* (dir. J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Escobar de la Riva, E.: *La tutela,* Madrid, 1943.

García Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español,* tomos I-II, Madrid, 1852.

Gutiérrez Calles, J. L: "El Código Civil de 1889", en https:/app.vlexcom/#vid/código-civil-294179.

Haidt, J.: *The Righteous Mind. Why Good people are divided by politics and religión,* Pinguin Books, 2012.

Kennet Einar Himma: *Derecho y moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente,* Serie de Teoría jurídica y filosofía del Derecho, núm. 56, Colombia, 2011.

Lakoff, G.: *Política moral. Cómo piensan progresistas y conservadores,* Capitán Swing, 2016.

Lalaguna Domínguez, E.: *El Código civil y sus reformas,* Madrid, 1984.

Lete del Rio, J. M.: *La responsabilidad de los órganos tutelares,* Valladolid, 1965.

Manresa y Navarro, J. M.: *Comentarios al Código civil español,* tomo II, Madrid, 1925.

Sánchez Román, F.: *Estudios de Derecho civil,* tomo V, vol. 2º, Madrid, 1912, p. 1321.

Valverde, C.: *Tratado de Derecho civil español,* tomo IV, Valladolid, 1938.

UNA DOBLE PERSPECTIVA ACERCA DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN ESPAÑA Y LA UNIÓN CIVIL ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN ITALIA

A DOUBLE PERSPECTIVE ON SAME-SEX MARRIAGE IN SPAIN AND SAME-SEX CIVIL UNIONS IN ITALY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1982-2015

Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Pocas veces sucede que dos países tan próximos y con una tradición jurídica similar regulen de manera diferente una misma figura. En este caso, mientras que el Derecho español admite la validez del matrimonio homosexual, el Derecho italiano no lo ha reconocido aún, habiéndose limitado a introducir la figura de la unión civil entre personas del mismo sexo, que si bien se parece en algunas cuestiones al matrimonio, en otras se encuentra en clara desventaja, lo que sin duda constituye una discriminación.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio homosexual; unión civil homosexual; personas del mismo sexo; personas del mismo género; homosexualidad.

ABSTRACT: *It rarely happens that two countries so close to each other and with a similar legal tradition regulate the same figure differently. In this case, while Spanish law admits the validity of same-sex marriages, Italian law has not yet recognised them, having limited itself to introducing the civil union between persons of the same sex, which, although they are similar to marriage in some respects, at the same time they are clearly disadvantaged in others, which undoubtedly entails discrimination.*

KEY WORDS: *Same-sex marriage; same-sex civil union; persons of the same sex; persons of the same gender; homosexuality.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN EL DERECHO ESPAÑOL.- 1 .La Constitución española.- 2. La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.- III. LA UNIÓN CIVIL ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO ITALIANO.- 1. La unión civil en países del entorno.- 2. Cuestiones previas.- 3. La Ley de 20 de mayo de 2016, núm. 76, Legge Cirinnà.- IV. DISIMILITUDES.- 1. La adopción.- 2. Las técnicas de reproducción asistida.- 3. El deber de fidelidad.- 4. La disolución.- V. A MODO DE REFLEXIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

El Derecho evoluciona al ritmo al que discurre la sociedad vinculándose a la realidad en la que se desarrolla, o así al menos es como debería suceder. Ello no acontece de igual modo en todos los tiempos ni en todos los colectivos sino que, muy al contrario, se debe tomar en consideración el momento histórico concreto y la ubicación geográfica en cuestión. En el tiempo y en el espacio cada sociedad es fruto de sus circunstancias y creencias, siendo en muchos casos la religión y la ideología, variables a tener muy presentes. Factores tanto endógenos como de tipo exógeno influyen en la manera en la que se introducen en cada ordenamiento jurídico figuras que hasta ese momento habían sido desconocidas o incluso denostadas. En cualquier caso, la premisa básica debería ser siempre la de evolucionar, no involucionar, pues no debemos posicionarnos de perfil a la realidad que subyace en torno a ciertos núcleos familiares actuales, ni negar lo que acontece a nuestro alrededor. Cuando surge una necesidad social que, como tal, merece ser regulada, el legislador ha de actuar sin titubeos: la pluralidad jurídica debería significar una traducción al Derecho de la pluralidad social.

Entrando en materia, la comparación que surge entre los matrimonios y las uniones civiles entre personas del mismo sexo es el resultado del análisis de dos realidades observadas desde un prisma jurídico social. Se trata de dos panoramas jurídicos disímiles pero emparentados al mismo tiempo, y es por eso que a pesar del trasegar de ambas instituciones por sus propios senderos generando cada una de ellos situaciones jurídicas particulares, en algunos puntos encontramos zonas comunes[1].

Pese a ello, el reconocimiento de las familias homosexuales no ha sido fácil ni ha estado exento de obstáculos. La persecución y el odio injustificado hacia

1 En sentido parecido, Arango Benjumea, C. J.: "Matrimonio civil entre personas del mismo sexo vs. Uniones maritales de hecho en Colombia y su referencia en el Derecho civil español", *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 2, 2015, p. 122.

• Cristina López Sánchez
Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: cristina.lopezs@umh.es

las personas homosexuales hunde sus raíces siglos atrás. En concreto, con anterioridad a que la homosexualidad se considerase por la Organización Mundial de la Salud "una variante natural del comportamiento sexual humano", fue objeto de represión al mismo tiempo que era calificada como pecado, delito, perversión o enfermedad. No en vano, las personas homosexuales fueron perseguidas también en el ámbito normativo y social llegando a ser calificadas como criminales peligrosos. Sin embargo, a partir del siglo XVIII, con el movimiento de la Ilustración se fue notando un cambio paulatino, perdurando solo en algunos reductos ciertos ecos de lo que había sido[2]. De hecho, en Europa las relaciones homosexuales estuvieron tipificadas como delito en la mayoría de países hasta fechas bien recientes.

En relación con todo lo anterior cabe destacar que el 17 de mayo de 1990 se produjo un punto de inflexión cuando la homosexualidad dejó de ser considerada por la Organización Mundial de la Salud como una enfermedad mental al retirarla de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud. Tras esa histórica decisión muchos países cambiaron su perspectiva, siendo la realidad actual bien distinta en la mayoría de países[3].

A mayor abundamiento, cuatro años más tarde de la eliminación de la homosexualidad de esa clasificación, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) de la Organización de las Naciones Unidas señaló en una Resolución que "los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto[4] (…). La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación"[5].

No cabe duda de que el hecho que las familias homosexuales sean consideradas diferentes a las demás podría conllevar una discriminación para sus hijos. Y ello supondría violar el art. 2 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño

2 En algunos países occidentales hubo que esperar a la segunda mitad del siglo XX para que se aboliera cualquier forma de criminalización de la conducta homosexual. Así, Salazar Benítez, O. y Giacomelli, L.: "Homofobia, Derecho Penal y libertad de expresión: un estudio comparado de los ordenamientos italiano y español", *ReDCE*, núm. 26, julio-diciembre 2016, p. 2; Winkler, M. y Strazio, G.: *L'abominevole Diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori.* Il Saggiatore, Milano, 2011, pp. 75 ss.

3 La homosexualidad está considerada como ilegal en 68 países del mundo, según cifras de 2021. Se trata de una cifra alarmante porque de los 193 países que componen la ONU, un tercio sigue castigando penalmente la homosexualidad. En países como Arabia Saudí, Irán, Sudán y Yemen, y en algunas provincias de Nigeria y Somalia incluso se castiga con la pena de muerte. Se puede consultar en este mapa el estado actual de la cuestión: https://www.datawrapper.de/_/BWIgy/

4 El texto se refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

5 ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *Observación general Núm. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 2 julio 2009, E/C.12/GC/20, disponible en: https://www.refworld.org.es/docid/4ae049a62.html (consulta de 22/09/2022).

de 1989[6], que establece que los Estados deben respetar los derechos del niño "sin distinción de raza, color, sexo (...) nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres". La misma disposición recoge también que "los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño esté efectivamente protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición social, las actividades o las opiniones o creencias profesadas por sus padres". Y si realmente existe la intención de poner los derechos e intereses del menor en el centro del debate, se debe tener muy presente el contenido de este artículo.

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo se produjo un cambio de tendencia con la despenalización de las relaciones homosexuales a partir de la pionera sentencia Dudgeon, de 22 de octubre de 1981[7]. Y una vez que se había despenalizado las relaciones homosexuales, se debía evolucionar hacia la adquisición de un estatus de igualdad con respecto a las parejas heterosexuales. En este ámbito encontramos dos pronunciamientos del TEDH (sección 3ª), el caso Lustig-Prean y Beckett contra Reino Unido[8] y el caso Smith y Grady contra Reino Unido[9], ambos de 27 de septiembre de 1999, donde el Tribunal consideró que la expulsión de los recurrentes del ejército británico debido a su homosexualidad podría calificarse como una violación del art. 8 CEDH. El Gobierno británico no discutía que los soldados homosexuales fueran menos capaces que los soldados heterosexuales ni que hubiera problemas de conducta antes de conocerse su condición. Pero hacía hincapié en que estaban en juego la seguridad nacional y la defensa del orden y que el hecho de admitir personas homosexuales en las fuerzas armadas tendría un efecto negativo en la moral del resto de soldados, argumentos que fueron rechazados por el TEDH por no ser convincentes ni sólidos. Aprovecha el Tribunal la ocasión que le brinda el caso para señalar que no se puede hacer abstracción de las tendencias (aunque recientes) que no paran de extenderse y evolucionar, ni tampoco de los cambios jurídicos que ello conlleva para el Derecho de cada Estado.

En las páginas que siguen vamos a describir la situación actual en el Derecho español y en el Derecho italiano con los matrimonios homosexuales en el primer caso y las uniones civiles entre personas de idéntico sexo en el segundo, haciendo una comparación entre ambos ordenamientos jurídicos. Para ello pondremos de manifiesto las semejanzas aunque pondremos más ahínco en las diferencias

6 Por todos, Giacomelli, L.: "I ragazzi stanno bene" La famiglia omogenitoriale, i *best interests of the child* e il silencio legislativo, *Jura Gentium*, XIII, 2016, 2, p. 84.

7 TEDH 1981, 4.

8 TEDH 1999, 36.

9 TEDH 1999, 37.

existentes entre ambos países al propio tiempo que analizaremos su distinta evolución, a partir de las regulaciones de estos dos ordenamientos jurídicos[10].

Precisamente uno de los temas que más debate social ha suscitado en los últimos tiempos ha sido el tema de los núcleos familiares homosexuales, léase parejas y, sobre todo, matrimonios formados por personas de idéntico sexo. De hecho, la opción de legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo dista de ser unánime incluso en la actualidad. En este contexto, mientras que en España se reconoció legalmente el matrimonio entre personas del mismo género con la Ley de 13 de julio de 2005 –a semejanza de cuanto acontece en la mayoría de países europeos–, algunos como Italia aún no lo han reconocido, probablemente por la presión que ejercen razones de origen religioso, contando en dicho país únicamente con lo que denominan "unión civil entre personas del mismo sexo", reconocida por la Ley de 20 de mayo de 2016, núm. 76, la llamada "Legge Cirinnà", donde también se regula las "parejas de hecho"[11].

Conforme avanza el reconocimiento del matrimonio –o uniones de naturaleza similar– de parejas homosexuales entre los ordenamientos jurídicos europeos, cobra mayor sentido que nos preguntemos sobre si del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y otros instrumentos de Derecho internacional se puede extraer que existe un derecho a contraer matrimonio por parte de las parejas del

10 En la doctrina encontramos afirmaciones como "El matrimonio sólo se debe referir a la unión monógama y heterosexual entre personas" (Sánchez Barroso, J.A.: "El concepto de matrimonio en la Constitución. Análisis jurídico a partir de las reformas al Código civil para el Distrito Federal de 2009", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* vol. 61, núm. 256 (2011), pp. 302-204); "La unión entre hombre y mujer tiene unas características estructurales y funcionales que la diferencian de la unión entre dos hombres o dos mujeres y esas diferencias son lo bastante importantes como para justificar denominaciones diferentes y un tratamiento jurídico diferenciado, y que ambas cosas, en sí mismas, no suponen una consideración peyorativa de las uniones homosexuales" (Díaz Delgado, T.: "Sobre el pretendido Reconocimiento Civil a las Uniones Homosexuales", *IUS,* vol. 2, núm. 1, 2012, p. 62); "Las diferencias de denominación y de régimen jurídico no son arbitrarias, sino que responden al hecho de que se trata de dos fenómenos bien distintos, en su estructura, en sus consecuencias, y en la dinámica a que responde su relación" (Martínez de Aguirre Aldaz, C.: *Diagnóstico sobre el derecho de familia. Análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del Derecho de Familia*, Rialp, Madrid, 1996, p. 168); "Se debe reservar el término matrimonio para las uniones entre personas de distinto sexo (ese es el sentido propio de la palabra: art. 3.1 Cc.), de manera que las uniones homosexuales, en caso de entenderse que precisaban de una específica regulación jurídica (cosa que debería ser objeto de consideración y debate específicos), tuvieran un cauce institucional propio, diferente del matrimonio, y adaptado a sus características estructurales y funcionales (Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "A cada uno su familia, a cada familia su Derecho (Aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio de la diversidad)", TEORDER 2007, núm. 2, pp. 44-45); "La institucionalización de uniones no matrimoniales como si fueran un matrimonio es un error jurídico, político y moral" (Rodríguez, M. S.: "El Acuerdo de Unión Civil. Un error hecho ley", *Anuario de Derecho Público*, 2015, p. 41); "Una pareja homosexual, por su misma conformación especial, dista tanto de un matrimonio como puede distar del mismo un grupo de amigos fraternalmente unidos, una asociación benéfica o una cooperativa agraria" (Alonso Pérez, M.: "La familia y el Derecho de Familia", en A.A.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia, vol. I., Derecho de familia y Derecho de la familia. La relación jurídico-familiar. El matrimonio y su celebración* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada), Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 74 ss).

11 A efectos de las disposiciones de los apartados 37 a 67 de la Ley Cirinnà se entenderá que hay parejas de hecho o convivientes de hecho («conviventi di fatto») cuando dos personas mayores de edad estén unidas de forma estable por lazos afectivos de pareja y de ayuda mutua moral y material, y no vinculada por relaciones de parentesco, afinidad o adopción, matrimonio o unión civil.

mismo sexo, derecho que, por consiguiente, sería violado por aquellos Estados que no reconocieran el matrimonio homosexual[12].

A la vista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos observamos una clara evolución. Si según el Tribunal el art. 12 CEDH[13] recogía una concepción heterosexual del matrimonio y reconocía a los Estados miembros la potestad de establecer los requisitos necesarios para contraerlo (STEDH de 17 de octubre de 1986 –caso Rees contra Reino Unido–, en relación con la transexualidad[14])[15], poco a poco ha ido modulando su criterio (por todas véase la STEDH de 11 julio 2002 –caso Christine Goodwin contra Reino Unido– también en relación con la transexualidad)[16].

En esta línea, un logro relevante en la batalla por la no discriminación de las personas homosexuales lo constituye la inclusión de la "orientación sexual" como criterio discriminador en el art. 14 del CEDH, pese a que no aparecía explícitamente en su redacción originaria. Según el TEDH una diferencia de trato es discriminatoria cuando no persigue un fin legítimo o no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido, tal y como se recoge en la sentencia de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal[17], donde se le niega al padre la atribución de la patria potestad con base en su orientación homosexual, violándose con ello el art. 14 CEDH en relación con el art. 8 del Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales. En el caso de existir alguna diferencia de trato derivada de la orientación sexual, el TEDH exige que los Estados lo justifiquen suficientemente, por lo que si bien acepta que la protección del concepto de familia en sentido tradicional podría justificar la diferencia de trato, se debe aportar argumentaciones suficientes que lo corroboren.

Siguiendo esta tendencia, en el año 2003 la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo presentó un Informe en el que se pedía a los Estados miembros que reconocieran a las parejas homosexuales

12 En el mismo sentido, Soriano Martínez, E.: "El matrimonio homosexual en Europa", *Rev. boliv. de derecho, núm. 12*, julio 2011, pp. 206-207.

13 Artículo 12. *Derecho a contraer matrimonio*. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

14 Más recientemente vid. STEDH, S.V. contra Italia, núm. 55216/08, 11 de octubre de 2018 y su comentario en Ortiz Fernández, M.: "Identidad sexual y vida privada: un paso más hacia la protección de los transexuales", en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Materiales del IV Encuentro anual del Centro español del European Law Institute* (dir. por A. Ruda González y C. Jerez Delgado, C.; coord. por A. Ortega Giménez), Sepin, marzo 2021.

15 "En opinión del Tribunal, el artículo 12, al garantizar el derecho a casarse, se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas de distinto sexo biológico. Lo confirma su redacción: se deduce de ella claramente que la finalidad que se persigue es principalmente proteger el matrimonio como fundamento de la familia" (II, 49). TEDH 1986, 11.

16 JUR 2002, 181176.

17 TEDH 1999, 72.

los mismos derechos que tienen las heterosexuales. A pesar de que dicho Informe no fue aprobado, el Parlamento aconsejó incluir en su agenda el debate en torno los matrimonios homosexuales, aprobándose un nuevo Informe el 15 de enero de 2009, en el que solicitaba a los Estados miembros que adoptasen las medidas legislativas necesarias para acabar con la discriminación que sufrían algunas parejas como consecuencia de su orientación sexual y, a los Estados que ya habían legislado en torno a las parejas del mismo sexo, que fueran un paso más allá y reconocieran las leyes homónimas de otros Estados miembros incluyendo directrices para el reconocimiento mutuo de las leyes internas de cada país en aras de garantizar el derecho a la libre circulación de las parejas del mismo sexo (casadas o en régimen de pareja de hecho) en la Unión Europea[18].

Otra sentencia del Tribunal de Estrasburgo que merece ser traída a colación es la sentencia de 24 de junio de 2010, caso Schalk y Kopf contra Austria, donde el Tribunal se pronuncia sobre el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo (si bien ya lo había hecho anteriormente en relación con el matrimonio de las personas transexuales). El Tribunal reconoce que la dicción literal del art. 12 CEDH es la que es y las palabras que la forman no están puestas al azar, lo cual, teniendo en cuenta el contexto histórico en el cual el Convenio fue adoptado, conduce a que el artículo se refiere al matrimonio entre personas de distinto sexo. Sin embargo, según señala, la institución del matrimonio se ha visto considerablemente modificada por la propia evolución social, lo que conlleva que con base en el art. 12 CEDH no se pueda imponer a ningún Estado la obligación de introducir el matrimonio homosexual, si bien tampoco se puede extraer de dicho artículo la imposibilidad de regularlo. Así, según señala el Tribunal de Estrasburgo "el matrimonio posee connotaciones sociales y culturales profundamente enraizadas susceptibles de diferir notablemente de una sociedad a otra", sin imponer su propia apreciación sobre el matrimonio a los gobiernos nacionales que son los que mejor pueden valorar las necesidades que emergen de cada sociedad[19].

Actualmente el matrimonio entre personas del mismo sexo es legal en dieciocho países europeos, entre ellos, Países Bajos (2001)[20], Bélgica (2003), España (2005), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (2010), Austria (2010), Dinamarca (2012), Francia (2013), Irlanda (2015), Luxemburgo (2015), Finlandia (2017), Alemania (2017) y Malta (2017). Y en otros once países de Europa se reconoce alguna forma de unión civil de parejas del mismo sexo, distinta

18 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2009, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008 [2007/2145(INI)], disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52009IP0019 (consulta de 13/10/2022).

19 JUR 2010, 211641.

20 En concreto, desde el día 1 de abril de 2001, siendo el primer país del mundo en legalizarlo, https://www.swissinfo.ch/spa/pa%C3%ADses-bajos-derechos_dos-d%C3%A9cadas-de-matrimonio-homosexual-en-pa%C3%ADses-bajos/46498002 (consulta de 9/11/2022).

al matrimonio, como en Croacia, República de Chipre, Estonia, Grecia, Hungría, Italia, Liechtenstein, Mónaco, Montenegro, República Checa y San Marino[21].

Como vemos, la discusión en torno al matrimonio de parejas compuestas por personas del mismo sexo ha obtenido diferentes resultados según en qué país nos encontremos. Con todo, independientemente del desenlace, no podemos desconocer que la equiparación entre el matrimonio contraído por personas de distinto sexo con el formado por personas de idéntico sexo sido uno de los grandes debates de comienzos del siglo XXI[22].

II. EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Según datos estadísticos, desde que se legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo en España hasta el año 2021 se han celebrado un total de 62.405 matrimonios entre parejas del mismo sexo, de los cuales 34.285 lo han sido entre hombres y 28.120 entre mujeres. La cifra de matrimonios contraídos en 2005 (914 entre hombres y 355 entre mujeres) se ve considerablemente incrementada al año siguiente (3.000 entre hombres y 1.313 entre mujeres), siendo mayoritarios los matrimonios entre hombres hasta el año 2018, donde cambia la tendencia y en los años 2019, 2020 y 2021 es superior el número de matrimonios contraídos entre mujeres. Los últimos datos que barajamos son del año 2021, donde se celebraron un total de 5.035 matrimonios, de los cuales 2.158 fueron entre hombres y 2.877 entre mujeres[23].

Las cifras hablan por sí solas de la necesidad social y del decisivo papel transformador que parece haber asumido el legislador español, incluso de forma más incisiva y precoz en el contexto autonómico, donde algunas leyes sobre parejas de hecho ya hacían alusión a la indiferenciación sexual de sus miembros en su propio articulado, con expresiones como "con independencia de su orientación sexual", "incluso del mismo sexo", "con independencia de su sexo",

21 A mayor abundamiento, y ya fuera del continente europeo, el matrimonio homosexual está reconocido en países como Canadá (desde 2005), Sudáfrica (desde 2006), Argentina (desde 2010, siendo el primer país de Latinoamérica en reconocerlo), en México (desde 2010) y en algunas jurisdicciones de Estados Unidos: Massachusetts (desde 2004), Connecticut (desde 2008), Iowa (desde 2009), Vermont (desde 2009), New Hampshire (desde 2010) y Washington, D.C. (desde 2010).

22 En el mismo sentido, Arrieta Castillo, C.: "Metáforas por las que vivimos el debate parlamentario en torno al matrimonio homosexual en España", *Discurso y sociedad*, 2019, vol. 13, núm. 4, p. 597.

23 Durante 2020 el número de matrimonios entre personas del mismo sexo descendió ligeramente a causa de la pandemia por coronavirus, entre otros factores. Sin embargo, en 2021, se produjo un repunte especialmente acentuado en el caso de las uniones entre mujeres, llegando a realizarse un total de 2.887 enlaces durante ese último año. Esta cifra representa no solo un incremento de 1.240 ceremonias con respecto a 2021, sino que además es la cifra más alta registrada durante todo el periodo, vid, https://es.statista.com/estadisticas/510949/evolucion-del-numero-de-matrimonios-entre-hombres-en-espana/ (consulta de 9/11/2022).

"con independencia de su opción sexual", o "ya sean del mismo o de distinto género o sexo"[24].

A la vista del carácter fragmentario de las soluciones que aportaban las legislaciones autonómicas e incluso de la evidente desigualdad que se deriva de que en algunas comunidades de España se reconozcan unos efectos a las uniones homosexuales y en otras no, urgía promulgar una ley general que protegiera del mismo modo y con las mismas garantías a la familia que surge de una unión entre personas homosexuales.

1. La Constitución española.

Todo aquel que pretenda seguir anclado en la exigencia de la diversidad de sexos en relación con la institución del matrimonio hace gala de unas creencias anticuadas, al propio tiempo que resultan incompatibles con los textos constitucionales, caracterizados por ser garantistas, humanistas, igualitarios y promotores de las libertades individuales[25].

En nuestro Derecho, en la misma línea que caracteriza al art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, al art. 12 del Convenio de Roma sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de diciembre de 1950, al art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y al art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 18 de diciembre de 1966, el art. 32 de la Constitución española (cuyo origen se halla en el art. 43 de la Constitución española de 1931) dispone que "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica".

Cuando en el año 1978 se redactó el art. 32 CE, era obvio que la institución del matrimonio se entendía entre personas de distinto sexo. Lo que el constituyente del momento se planteaba con respecto al matrimonio no tenía nada que ver con la orientación sexual de los contrayentes, sino que fueron otras las cuestiones que le preocupaban. Dicho de otro modo, en el año 1978 los problemas que se debatían fueron –tal y como se deduce de los trabajos parlamentarios–, la división entre la Iglesia y el Estado, el divorcio, la equiparación entre hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos y la igualdad entre el hombre y la mujer en el matrimonio. De donde mientras que una interpretación historicista del art. 32 CE arroja como resultado que el legislador constitucional no tenía en mente el

24 Ayllón García, J. D.: "El concepto de unión de hecho", en AA.VV.: *Las uniones de hecho* (dir. por P. Chaparro Matamoros), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 164-165.

25 Rosenvald, N.: "União estável no Direito Privado Brasileiro", *Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 11, agosto 2019, p. 235.*

matrimonio homosexual, una interpretación literal no lo prohíbe expresamente, entendemos que por considerarlo innecesario en el momento de su aprobación[26].

El art. 32 CE presupone que el matrimonio se contrae entre un hombre y una mujer, no contiene un concepto de matrimonio, sino que únicamente identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio. Obsérvese que en ningún momento se hace referencia a que el hombre y la mujer tengan derecho a contraer matrimonio entre sí. Al hilo de ello no hay que olvidar que los requisitos del matrimonio han ido cambiando con el paso del tiempo y que actualmente se prohíbe cualquier discriminación por razón de sexo.

Ahondando en esto último, la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 198/2012, de 6 de noviembre entiende que el requisito tradicional referido a la diversidad de sexos no constituye contenido esencial del derecho a contraer matrimonio. En concreto: "lo que hace el legislador en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio sin afectar a su contenido"[27]. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de inconstitucionalidad 6864/2005 interpuesto por 72 Diputados del Grupo Popular en el Congreso en relación con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, resultando modificado el Código civil pero no el art. 32 CE, declarando con ello la constitucionalidad de los matrimonios de parejas del mismo sexo[28].

Nos limitaremos a traer aquí algunas reflexiones de interés. En opinión de los recurrentes, la reforma del Código Civil pese a que pudiera parecer mínima, era una modificación legislativa de gran enjundia para la sociedad española, al entender que se estaba creando una institución nueva, con perfiles distintos a los del matrimonio. Y siendo así, entendían que dado que el matrimonio es una institución garantizada constitucionalmente, cualquier reforma al respecto no corresponde al legislador ordinario, pues lo contrario supondría una arbitrariedad que casa mal con el art. 9.3 CE. Aun con todo, señalan que se puede respetar la institución del matrimonio (cuyas notas principales son la igualdad y la heterosexualidad) y al mismo tiempo los derechos de las personas homosexuales a través de otros medios de convivencia distintos al matrimonio.

26 En el mismo sentido, Polo Sabau, J.R.: *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 48 y 66-67; Espín Alba, I.: "El matrimonio y las uniones homosexuales", *Dereito,* vol. 14, núm. 2, 2005, pp. 56-57.

27 RTC 2012, 198.

28 Vid. con más detalle De Amunategui Rodríguez, C.: "Sobre la posible constitucionalidad de matrimonio homosexual", en AA.VV.: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI* (Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005) (coord. por F. Yáñez Vivero, A. Donado Vara y M.F. Moretón Sanz; dir. congr. C. Lasarte Álvarez), 2006, pp. 417-424.

A tenor de lo anterior, el abogado del Estado expone que el legislador tenía dos opciones, o bien establecer un matrimonio heterosexual y una unión civil homosexual, o bien admitir un matrimonio tanto para parejas heterosexuales como homosexuales en condiciones de plena igualdad. La evolución social pone de relieve que la homosexualidad es una opción sexual tan aceptable como la heterosexualidad, por lo que no existe ninguna razón para que las parejas del mismo sexo no puedan disfrutar de los mismos derechos que las parejas heterosexuales, debiendo atender, además, a la prohibición de discriminación (14 CE) y al principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Y si bien existen otros cauces para reconocer las uniones entre personas del mismo sexo, ello no convierte en inconstitucional la opción seguida por el legislador, que es proporcionada y razonable.

El Tribunal Constitucional se centra en determinar si la nueva redacción del párrafo segundo del art. 44 CC, introducida por la Ley 13/2005, convierte al matrimonio en una institución irreconocible y, por tanto, desnaturalizada, o si el legislador ha actuado dentro del margen que la Constitución le concede. La igualdad de los cónyuges y la libertad para contraer matrimonio son características esenciales del matrimonio que ya estaban presentes en el Código Civil antes de la reforma operada en el año 2005 y siguen reconociéndose con el nuevo diseño. Las personas heterosexuales siguen gozando del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las previstas en el Código Civil, mientras que las personas homosexuales gozan ahora de la opción de contraer matrimonio, por lo que con ello se avanza en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad. Lo que deriva en la desestimación del recurso de constitucionalidad interpuesto contrala Ley 13/2005 y, teniendo en cuenta la evolución social de la institución matrimonial y de la propia familia se admite la constitucionalidad de los matrimonios entre personas homosexuales[29].

2. La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

El 30 junio de 2004 se presentó ante el Congreso de los Diputados un Anteproyecto de Ley de reforma del Código civil con el que se pretendía incluir el matrimonio entre personas del mismo sexo, iniciándose con ello un intenso debate aderezado con la visceralidad de ciertas convicciones ideológicas o religiosas[30]. En el caso de España, con los precedentes autonómicos existentes era lógico aprobar una Ley de semejantes características, la Ley 13/2005, de 1 de julio, convirtiéndose

29 Así, Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "¿Es constitucional, hoy, el matrimonio homosexual (entre personas de idéntico sexo)?, *Revista de Derecho Privado*, núm. 3-4, abril-marzo 2005, p. 42; Espín Alba, I.: "El matrimonio", cit., p. 58.

30 Espín Alba, I. "El matrimonio", cit., p. 46.

con ello en el tercer país del mundo que legalizaba el matrimonio homosexual, por detrás de los Países Bajos y de Bélgica.

En concreto, esta Ley ha contribuido a la "personalización" del matrimonio, acentuando la función del matrimonio como una forma de desarrollo de la personalidad de los cónyuges, en detrimento de su carácter de institución social, donde la procreación de los hijos era tan importante que exigía el requisito de la heterosexualidad[31]. No resulta sencillo compaginar la defensa de los derechos de las minorías con la progresiva maduración que conlleve la aceptación social por las mayorías, de ahí que en muchos casos el Derecho se adelante y eso es lo que parece haber ocurrido con el matrimonio homosexual, donde se ha aprovechado el camino iniciado por los precedentes normativos autonómicos y por la labor de la jurisprudencia, sacrificando algunas etapas en el proceso de maduración social[32].

Como adelantábamos en el apartado anterior, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de noviembre de 2012 se centra en saber si con la Ley 13/2005, que da nueva redacción al párrafo segundo del art. 44 CC, el matrimonio no queda desnaturalizado, aportando suficientes argumentos en contra. En concreto, el art. 44 CC, dispone que «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código», estableciendo el nuevo párrafo segundo que «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Resulta incuestionable que con la nueva regulación del matrimonio se han abierto las puertas de esta institución a las parejas del mismo sexo, al mismo tiempo que se ha logrado la equiparación absoluta entre ambos tipos de matrimonio.

III. LA UNIÓN CIVIL HOMOSEXUAL EN EL DERECHO ITALIANO.

1. La unión civil en países del entorno.

Junto a la opción del matrimonio de las personas del mismo sexo, razones de muy variada índole han conducido a que en otros países europeos se haya optado por una ley de uniones civiles entre personas homosexuales que, aun siendo figuras cercanas, no son totalmente equiparables. Incluso en muchos casos primero se ha optado por esta y luego por aquella. La primera ley de uniones civiles homosexuales que se aprobó en el mundo fue la Ley danesa de Parejas registradas ("The Danish Registered Partnership Act") vigente desde el 1 de octubre de 1989, que aunque inicialmente no permitía la adopción por parte de un conviviente, del hijo o hija (hijos o hijas) del otro, con la reforma de 1999 se incluyó. Como no podía ser de otro modo, la figura de la unión civil de parejas del

31 De Verda y Beamonte, J.R. y Chaparro Matamoros, P.: en AA.VV.: *Derecho civil IV, Derecho de familia* (coord. por J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 34-35.

32 Espín Alba, I.: "El matrimonio", cit., pp. 43 y 66.

mismo sexo se fue propagando al resto de países del entorno escandinavo y en idéntico sentido se promulgaron la Ley de Parejas Registradas en Noruega, que entró en vigor el 1 de agosto de 1993 y otra Ley similar en Suecia, vigente desde el 23 de junio de 1994.

Además, fruto de la evolución a la que nos estamos refiriendo desde el principio, los tres países acabaron reconociendo el matrimonio entre personas del mismo sexo. En Noruega, la Ley que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo entró en vigor el 1 de enero de 2009, en Suecia el 1 de mayo del mismo año y, en la misma línea, Dinamarca aprobó en el año 2012 el matrimonio homosexual, en vigor desde el 12 de junio de ese mismo año.

Por su parte, en Alemania se aprobó una Ley que reconoce a las parejas homosexuales desde el 1 de enero de 2001 ("Eingetragene Lebenspartnershaft") y dieciocho años después, es decir a partir del 1 de enero de 2019, se reconoció también el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En el Reino Unido las uniones civiles obtuvieron reconocimiento legal tras la entrada en vigor de la Ley de uniones civiles ("Civil Partnerships Act 2004") el 5 de diciembre de 2005, posibilitando incluso la adopción conjunta. Y el 17 de julio de 2013 se promulgó una ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, en vigor desde el 29 de marzo de 2014.

Por último, en Francia se aprobó el "Pacto Civil de Solidaridad" ("Pacte civil de solidarité") en 1999, según el cual, toda pareja no casada, homosexual o heterosexual, podía constituir una convivencia reconocida por el Derecho con derechos y deberes para ambas partes. Y el 23 de abril de 2013 se aprobó la Ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, incluida la adopción de menores, convirtiéndose en el catorceavo país en legislar sobre la materia.

Asimismo, una mirada hacia otros continentes nos permite constatar cómo la evolución de las uniones y/o matrimonios entre personas del mismo sexo discurre por los mismos derroteros. Por citar solo un ejemplo, si hasta hace escasos meses en Chile no se reconocía el matrimonio homosexual (solo se había regulado el acuerdo de unión civil sin efectos sobre la filiación y sin permitir la adopción, desde octubre de 2015 con la Ley núm. 20.830), en la actualidad se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, concretamente desde marzo de 2022, gracias a la Ley de Matrimonio Igualitario promulgada el 9 de diciembre de 2021.

2. Cuestiones previas.

La homosexualidad ha existido desde tiempos inmemoriales, siendo en occidente los griegos y los italianos los que la integraron, contrastando ese dato

con el alto grado de homofobia que se constata en la actualidad, dado que Italia, donde la religión católica desempeña un papel fundamental a todos los niveles, se ha extendido el estoicismo que promulgaba la represión de los deseos. En Italia, como primer avance se abolió el delito de sodomía, pero se mantuvo la etiqueta de "vicio" para hacer referencia a las prácticas homosexuales. Más adelante, en la etapa del fascismo se suprimieron ciertas referencias legislativas para evitar reconocer la existencia de la homosexualidad, aunque siguió existiendo en silencio. El Estado democrático italiano, por influencia católica, conservó la condena social hacia las personas homosexuales y ni siquiera la Ley de 25 de junio de 1993, núm. 205, conocida como "Legge Mancino" que condenaba todo aquello que incitase al odio, a la violencia o a la discriminación por motivos raciales, religiosos o nacionales, hacía referencia a la discriminación por razón de sexo, siendo años después cuando se introdujo también la tutela legal hacia discriminaciones por razón de sexo, si bien todavía se advierten ciertos desajustes[33].

En cuanto a la jurisprudencia constitucional italiana, su evolución difiere de la española. La Corte Constitucional italiana ha intervenido ante el vacío legislativo existente, reafirmando, con la sentencia núm. 138 de 21 de abril de 2010[34] y con la sentencia núm. 170 de 11 de junio de 2014[35], que el matrimonio es una institución reservada únicamente a las parejas heterosexuales. Ambas sentencias consolidan tanto el estatuto constitucional de la familia fundada en el matrimonio heterosexual, como el de la unión homosexual, considerándolas instituciones con rango constitucional pero ontológicamente diferentes. Al mismo tiempo, la Corte señala que una extensión de la institución del matrimonio a las parejas homosexuales iría en contra de la ley, ya que el art. 29 de la Constitución de la República italiana reserva la institución del matrimonio a la familia tradicional formada por un hombre y una mujer[36].

Sirva de aclaración que en Italia existen tres formas diferentes de matrimonio: el matrimonio civil, el matrimonio concordatario y el matrimonio celebrado según los ritos de un culto religioso distinto del católico[37]. La diferencia entre ellos se refiere a la constitución del acta matrimonial, ya que los ritos de celebración son diferentes, pero todas estas formas de matrimonio pueden producir efectos civiles que conllevan la aplicación de las normas del Código Civil italiano que regula la familia. En concreto, el matrimonio civil se contrae ante el funcionario del Registro

33 Llamedo Pandiella, G.: "Silencios en-callados en la sociedad italiana", *Tonos digital: Revista de estudios filológicos*, núm. 36, 2019, pp. 8 a 11.

34 ECLI:IT:COST:2010:138.

35 ECLI:IT:COST:2014:170.

36 Dolzini, E.: "Nuclei familiari tra persone same-sex: l'esperienza giuridica italiana a confronto con quella spagnola. Quadro introduttivo della problemática", *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 34, 2017, pp. 35-36.

37 Un estudio más completo en Ferrando, G.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2015.

civil y se rige por las normas del Código Civil. El matrimonio concordatario está regulado por el Concordato o Pactos de Letrán firmados entre la Iglesia Católica y el Estado italiano en el año 1929 y permite que los católicos contraigan matrimonio a través de la Iglesia, produciendo ese matrimonio efectos civiles mediante la inscripción del acto matrimonial en el Registro civil. Y el matrimonio no católico es para quienes pretendan contraer un matrimonio religioso con un culto diferente al católico, que también produce efectos civiles.

3. La Ley de 20 de mayo de 2016, núm. 76, Legge Cirinnà.

La Ley de 20 de mayo de 2016 titulada "Regulación de las uniones civiles entre personas del mismo sexo y de la convivencia" aunque más conocida como Legge Cirinnà, impulsada por el Partido Demócrata y aprobada con una amplia mayoría, no sin antes dilatarse su tramitación durante meses de intensos debates sobre todo por parte de los partidos más conservadores que ejercieron un duro hostigamiento frente al colectivo homosexual, constituye un importante avance en Italia.

No en vano, esos debates volvieron a poner de manifiesto la homofobia que existe en muchas instituciones tradicionales italianas, lo que se traduce en una constante voluntad de relegarlas a un segundo plano al considerarlas "contra natura". Sin embargo, a partir de la aprobación de la mencionada Ley, en el Derecho italiano las parejas homosexuales tienen casi las mismas obligaciones y derechos que los matrimonios, aunque con algunas limitaciones, como por ejemplo no se les reconoce el derecho a adoptar hijos ni existe entre ellos la obligación de guardarse fidelidad, e incluso pueden disolverse sin pasar antes por el procedimiento de separación legal (si bien la disolución está sujeta a un período de reflexión de tres meses[38]), como veremos a continuación. Asimismo, al no hacer referencia al art. 78 CC italiano que regula la afinidad, a la unión civil no parece que se le atribuya la capacidad expansiva de crear vínculos entre los miembros de la unión y la familia de la otra parte[39].

Sin embargo, la principal diferencia que se desprende de la comparación entre ambas instituciones guarda relación con los hijos, fundamentalmente en relación con la adopción del hijo o hija de la pareja –la llamada adopción "stepchild"– y con la negación de acceso a las técnicas de reproducción asistida a las uniones homosexuales.

38 A tenor del apartado 24 de la Ley Cirinnà "La unión civil también se disuelve cuando las partes han manifestar, incluso por separado, la voluntad de disolverla ante el funcionario del registro civil.
En este caso, la demanda de disolución se propone tres meses después de la manifestación de la voluntad de disolver la unión".

39 Sobre la Ley núm. 76 de 2016 vid. Rescigno, P. y Cuffaro, V.: "Unioni civili e convivenze di fatto: la legge", *Giur.it*., 2016, pp.1771-1823.

A pesar de que legislador italiano se ha ocupado de declarar de forma inequívoca que la unión civil determina un vínculo parcialmente diferente del matrimonio, las dos instituciones tienen ciertas similitudes: igual al matrimonio es la regulación de los impedimentos[40] y los deberes de asistencia moral y material, de convivencia y de contribución a las necesidades comunes[41] y los derechos sucesorios[42], entre otros aspectos.

Dicha Ley recoge dos tipos de situaciones: la unión civil entre personas del mismo sexo y la convivencia de hecho entre personas (homosexuales o heterosexuales). La unión civil puede formarse entre dos personas mayores de edad que tengan el mismo sexo, cuando así lo declaren ante el oficial encargado del Registro civil en presencia de dos testigos. Con todo, nos hallamos ante el primer reconocimiento legislativo de la unión familiar homosexual en Italia, donde sin embargo no se ha reconocido el matrimonio homosexual sino solo esta unión civil entre personas del mismo sexo.

Con carácter general, las parejas de hecho podríamos decir que se enmarcan dentro del art. 2 de la Constitución de la República italiana, en el sentido de "formación social", donde la familia sería la primera formación social[43], si bien una parte considerable de la doctrina católica aduce que la única familia reconocida en el Derecho italiano es la familia matrimonial. Según el mencionado artículo "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo, como en el seno de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social".

Eso es lo máximo que hasta la fecha se ha logrado en Italia donde no se ha reconocido el matrimonio entre personas homosexuales[44]. Aun con todo, la evolución ha sido considerable, puesto que hasta que se aprobó dicha Ley, los únicos a favor del reconocimiento de estas parejas habían sido dados por la jurisprudencia. Así, es destacable la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos

40 Según el apartado 4 del art. 1 de la Ley Cirinnà, entre los impedimentos para constituir una unión civil se encuentra a) la existencia de un vínculo matrimonial o de unión civil entre personas del mismo sexo. Y según el apartado; c) la existencia entre las partes de las relaciones mencionadas en el artículo 87, primer párrafo del Código Civil; tampoco podrán formar parte de la unión civil entre personas del mismo tío y sobrino y tía y sobrina; d) la condena firme de una parte por un asesinato o tentativa de asesinato contra una persona casada o unida civilmente con la otra parte.

41 Así se recoge en el apartado 11 del art. 1 de la Ley Cirinnà.

42 Cacchio, A.: La legge 20 maggio 2016 n. 76 c.d. "legge Cirinnà", *Diritto.it.,* 2017, p. 2.

43 Prisco, I.: "Il pluralismo familiare in Italia: unioni civile e convivenze", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 11, agosto 2019, pp. 82 a 85.

44 Junto con Suiza, Mónaco y la República Checa, Italia aún otorga el reconocimiento de "unión civil" a este tipo de vínculos en Europa. Sin embargo, Suiza ha legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo a partir del 1 de julio de 2022.

Humanos, secc. IV, de 21 de julio de 2015, caso Oliari y otros contra Italia[45], donde el TEDH señala que Italia no cumplía con el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, referido al derecho al respeto a la vida privada y familia, a tenor del cual "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia", al propio tiempo que dejaba claro que en Italia se estaban infringiendo los derechos humanos al no admitir a las parejas homosexuales, lo que trajo como efecto que el legislador italiano aprobase la Ley de 20 de mayo de 2016[46].

IV. DISIMILITUDES.

1. La adopción.

Durante la tramitación de la Ley de 20 de julio de 2016 fue tan delicado el tema de la adopción de menores por parte de las uniones civiles homosexuales, que la polémica suscitada derivó en la supresión del art. 5 del Proyecto de ley en su redacción final, dado que extendía a los componentes de la unión civil homosexual (mediante la reforma del art. 44, letra b, de la Ley sobre la Adopción núm. 184 de 1983), la posibilidad de solicitar la adopción del hijo o hija biológico o adoptivo de la otra parte, garantizando así la estabilidad y solidez de la relación familiar.

Efectivamente, para poder seguir adelante con la aprobación de la Ley Cirinnà hubo que hacer ciertas concesiones, vetándose la denominada "stepchild adoption" o posibilidad de adoptar al hijo o hija de la otra parte (adopción de hijastros)[47]. Si en España el Tribunal Constitucional en su sentencia de 6 de noviembre de 2012 declaró la constitucionalidad del precepto que equiparaba las parejas del mismo sexo, incluido –como no podía ser de otro modo–, todo lo referente a la adopción, en Italia, cuatro años después de la sentencia del Tribunal español, dicha posibilidad fue suprimida en aras de que finalmente se aprobase la Ley Cirinnà[48].

Conviene centrar nuestra atención ahora en el análisis del apartado 20 del art. 1 de la citada Ley, donde se recoge una norma de equivalencia terminológica mediante la cual el legislador pretende evitar toda discriminación entre los matrimonios y las uniones civiles: "las disposiciones que se refieren al matrimonio

45 JUR 2015, 189961. Vid. Nota a dicha sentencia de Lenti, L.: "Prime note in margine al caso Oliari c. Italia", *NGCC*, 2015, I, pp. 575 y ss; Bruno, P.: "Oliari contro Italia: la dotrina degli "obblighi positivi impliciti" al banco di prova delle unioni tra persone dello estesso sesso", *Fam e dir.*, 2015, 1069 y ss.

46 Más adelante la Cámara de los Diputados aprobó en Italia la llamada "Legge Zan", concretamente el 4 de noviembre de 2020 -que lleva el nombre del activista LGTBI y diputado socialdemócrata Alessandro Zan-, con el objeto de proteger y castigar los delitos de odio contra las personas homosexuales, transexuales y bisexuales. Que finalmente no superó la votación en el Senado.

47 En el trámite del senado, el Partido Nuovo Centrodestra (NCD) puso como condición su eliminación para apoyar el Proyecto.

48 Dolzini, E.: "Nuclei familiari", cit., p. 50.

y las disposiciones que contienen las palabras 'cónyuge', 'cónyuges' o términos equivalentes, dondequiera que aparezcan en las leyes, los actos con fuerza de ley, los reglamentos, los actos administrativos y los convenios colectivos, se aplicarán también a cada una de las partes de la unión civil entre personas del mismo sexo". La segunda parte del apartado 20 contempla dos excepciones a esa norma de equivalencia, señalando que no se aplica "a las disposiciones del Código Civil no contempladas expresamente en la presente Ley, así como a las disposiciones de la Ley núm. 184 de 4 de mayo de 1983. Todo ello sin perjuicio de lo previsto y permitido en adopción por parte de la legislación vigente".

Parte de la doctrina entiende que esto último sería una especie de entelequia porque la legislación italiana sobre adopciones no prevé nada al respecto para las parejas del mismo sexo. Sin embargo, entendemos que puede interpretarse como una especie de cláusula "de salvaguarda" dirigida a permitir o, mejor dicho, a no impedir la consolidación de una orientación jurisprudencial reciente según la cual se ha reconocido la adopción en tales casos en aras de proteger los intereses del menor (en este sentido, véase el pronunciamiento del Tribunal de Menores de Roma de 30 de julio de 2014)[49].

Tal es así que según la jurisprudencia quedaría fuera de la mencionada excepción la adopción de menores en casos particulares (regulada en el capítulo I del título IV de la Ley núm. 184 de 4 de mayo de 1983), por mor de principios generales como el recogido por el art. 57.2 de la Ley sobre adopciones, a tenor del cual el tribunal debe atender al interés superior del menor[50]. Así, la disposición prevista en el apartado 20 del art. 1 de la Ley Cirinnà permitiría la adopción por el otro miembro de la unión homosexual ante una imposibilidad de acogimiento preadoptivo y en ausencia de desamparo, acudiendo al art. 44.1.d) de la Ley de 4 de mayo de 1983, que no restringe la adopción ni al matrimonio ni a los cónyuges. De donde se deduce que esa la única herramienta que las parejas homosexuales tendrían para conseguir la adopción a favor del hijo o hija de su pareja, por remisión a la legislación vigente en la materia.

Efectivamente, como el art. 44.1.b) de la Ley italiana sobre Adopciones presenta el inconveniente de referirse al matrimonio[51], las uniones civiles homosexuales buscan cobijo en el art. 44.1.d), a tenor del cual "Los menores pueden ser adoptados también cuando no concurran las condiciones previstas en el apartado primero del art. 7: (…) d) Cuando se establezca que el acogimiento preadoptivo es imposible".

49 Salazar Benítez, O. y Giacomelli, L., "Homofobia, Derecho", cit., nota a pie de página núm. 41.

50 El Tribunal verificará: (…) 2) si la adopción responde al interés superior del menor.

51 Art. 44.1 Ley núm. 184 de 1983: "Los menores pueden ser adoptados también cuando no concurran las condiciones previstas en el apartado primero del art. 7: (…) b) por el cónyuge cuando el hijo es también hijo adoptivo del otro cónyuge.

En este contexto conviene traer a colación la sentencia del Tribunal de Menores de Milán de 17 octubre de 2016, núm. 261, que rechazó dos recursos presentados al mismo tiempo por una pareja de mujeres que habían tenido una hija cada una, después de dos años de convivencia estable, por medio de fecundación heteróloga con los gametos del mismo donante y solicitaban la adopción de las respectivas hijas[52]. Pese a que las dos demandantes pretendían adoptar a la hija de la otra acudiendo al art. 44.1.d de la Ley sobre Adopciones, señalando que así se aseguraba una mayor tutela para las menores[53], el Tribunal rechazó la solicitud, al señalar que la imposibilidad de acogimiento preadoptivo prevista en el art. 44.1.d) como requisito para esta adopción especial debe ser entendida como imposibilidad de hecho, o de derecho, de proceder a la adopción, que debe servir de telón de fondo, de una situación de abandono. Y en ese caso no existe abandono dado que las menores disfrutaban del cuidado, educación y afecto, tanto de las madres biológicas como de las respectivas compañeras. Por lo que, según entiende, el abandono constituye un presupuesto imprescindible para la adopción en el caso especial previsto en el art. 44.1.d).

Al desestimarse en dicha sentencia la demanda de adopción recíproca, el fallo judicial parece representar un retroceso injustificado con respecto al derecho jurisprudencial que, en aras de colmar un vacío legal previamente había abierto una puerta hacia el reconocimiento del derecho de las parejas homosexuales a la adopción del hijo de su pareja, basada en el interés superior del menor[54]. De ahí que, pese a que la doctrina jurisprudencial debería prevalecer en todo caso, sin embargo, no nos parece adecuado sostener soluciones como la que acabamos de comentar, donde el interés superior del menor se sacrifica por la lectura miope de un inadecuado texto normativo[55].

Efectivamente, no cabe ninguna duda de la importancia de tutelar el interés del menor en cada caso concreto en función de las características de los eventuales adoptantes, sin que para ello influya la orientación sexual de los mismos. Conviene recordar aquí que en la Sentencia Fretté contra Francia de 26 de febrero de 2002[56],

52 La llamada "adozione legittimante" o legitimadora se produce cuando el menor se encuentra en estado de abandono o cuando es huérfano de padres o está privado de sus cuidados. En ese caso el hijo adoptado se convierte en hijo legítimo de los padres adoptantes y por tanto se sustituye el apellido, se establece un parentesco con la familia de los padres adoptivos y rompen los vínculos con la familia biológica, salió lo que se refiera a los impedimentos matrimoniales. Por el contrario, en la "adozione non legitimante" o no legitimadora el menor adoptado no adquiere la condición de hijo legítimo de los padres adoptivos, por lo que no se sustituye el apellido, aunque el menor se convierte en heredero de los padres adoptivos no se establece un parentesco con la familia de los padres adoptivos y se mantienen algunos vínculos con la familia biológica, salvo lo concerniente a los impedimentos matrimoniales.

53 Trib. min. Milano, 17 octubre 2016, núm. 261, *NGCC*, 2, 2017, pp. 171 y ss con nota de Ferrando, G.: "A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare".

54 Astone, A.: "L'oscurità delle leggi e il ruoo degli interpreti: Il Tribunale dei inorenni di Milano nega la "stepchild adoption' ", *Rivista critica del Diritto Privato*, año XXXV-2, junio 2017, p. 309.

55 Astone, A.: "L'oscurità", cit., p. 326.

56 TEDH 2002, 10.

el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció que el Convenio de Roma no impide que un Estado pueda conceder el derecho de adopción a las personas homosexuales, ya sea de forma individual o colectiva, así como que tampoco está obligado a reconocerlo. Según el Tribunal Europeo la adopción es "dar una familia a un niño, y no un niño a una familia" y el Estado debe asegurarse de que las personas escogidas como adoptantes son las que puedan ofrecerle las condiciones más favorables, sin que a este respecto exista certeza alguna que permita afirmar que en la actualidad esas condiciones no puedan ser proporcionadas por una pareja homosexual.

Es por ello que criticamos esa sentencia al mismo tiempo que propugnamos la solución que adopta unos meses antes la sentencia de la Corte de casación, sección 1ª, de 22 de junio de 2016[57], a través de una interpretación extensiva del art. 44.1.d) de la Ley sobre Adopciones que entiende que –a la vista del interés superior del menor– ha de aplicarse no solo cuando exista una imposibilidad de hecho derivada de una situación de desamparo del menor, sino también cuando exista una imposibilidad jurídica de proceder al acogimiento preadoptivo[58], en cuanto que el menor no estaba desamparado, porque por ejemplo vivía adecuadamente en una familia homosexual[59]. Además, la Corte de Casación, al reconocer el derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar al hijo o hija (hijos o hijas) del otro miembro, subraya que una limitación basada en la orientación sexual del solicitante de la adopción tendría carácter discriminatorio, en cuanto que iría en contra de los arts. 8 a 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Como vemos, la decisión de la Corte de Casación pone en el centro el interés del menor y admite la "stepchildren adoption", antes incluso de la entrada en vigor de la Ley núm. 76 de 2016, sobre la base de que el bienestar de los miembros del grupo familiar no depende tanto de la forma que asume el grupo como de la calidad de las relaciones que se generan en su interior[60].

En Italia, con carácter general la adopción solo se permite a los cónyuges que hayan estado casados durante al menos tres años, o que alcancen este período añadiendo a la duración del matrimonio el período de convivencia prematrimonial y además entre ellos no haya separación y sean aptos para educar, instruir y

57 *NGCC*, 2016, I, pp. 1135 ss.

58 Existe, pues, un contraste entre la postura jurisprudencial que se opone a la aplicación del art. 44.1.d) de la Ley de Adopción, y la contraria que defiende su aplicación permitiendo que el menor que sea adoptado por una unión homosexual aun no hallándose en estado de desamparo y cuyo intento de acogimiento preadoptivo no ha podido llevarse a cabo, así Stefanelli, S.: "Adozione del figlio del partner nell'unione civile", 2016, *Genius*, p. 1, disponible en http://www.stefaniastefanelli.it/doc/Adozione.pdf (consulta de 12/10/2022); Landini, S.: "Filiación y parejas homosexuales en Italia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, feb. 2018, pp. 53-54.

59 Astone, A.: *Omosessualità e filiazione tra tentativi di sovranismo e oscillanti aperture,* in *La nuova giurisprudenza civile e commentata*, II, 5, 2020, p. 1172.

60 Para un estudio en profundidad véase Astone, A.: "L'oscurità", cit., p. 310.

mantener a los menores que pretendan adoptar[61]. Y precisamente la exigencia de que se trate de cónyuges deja fuera a las uniones civiles entre personas del mismo sexo. Cuestión distinta es lo que ocurra en la jurisprudencia al interpretar el art. 44.1.d) de la Ley de adopción, de donde se deriva la hipocresía de un legislador que vive de espaldas a la realidad social.

En España se permite la adopción, es decir, los cónyuges pueden adoptar conjunta y sucesivamente, si bien de entrada lo que se contempla es la adopción por una sola persona, eso sí, con independencia de su orientación sexual. Efectivamente, el apartado siete del artículo único de la Ley 2005, dio una nueva redacción al art. 175.4 CC que abre la posibilidad que los cónyuges homosexuales adopten hijos conjuntamente. Desde ese año, con la reforma del art. 44 CC español, los matrimonios homosexuales pueden contraer matrimonio con los mismos efectos y requisitos que cuando ambos contrayentes sean de diferente sexo, lo que supone que pueden adoptar. Ello en cuanto al matrimonio porque, si se trataba de una pareja de hecho homosexual que no había contraído matrimonio, al menos en el plano estatal no podían adoptar conjuntamente[62], hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. El actual art. 175. 4 CC señala: "Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad (…)"[63].

En el caso español, en la sentencia de 6 de noviembre de 2012, el Tribunal Constitucional dictaminó que la nueva redacción del apartado 4 del art. 175 CC se ajustaba al art. 39 CE. Asimismo, dado que el juez ha de valorar el interés

61 Así lo recoge el art. 6 de la Ley núm. 184 de 1983: "1. La adopción se permite a los cónyuges que lleven al menos tres años casados y entre los que no exista separación legal o de hecho.
(…)
4. El requisito de estabilidad de la relación a que se refiere el apartado 1 puede considerarse cumplido si los cónyuges han convivido de forma estable y continuada antes del matrimonio durante un periodo de tres años, si el Juzgado de Menores constata la continuidad y estabilidad de la convivencia, atendiendo a todas las circunstancias del caso". El apartado 4 fue introducido por la Ley 19 octubre 2015, núm. 173. En la doctrina, Astone, A.: "Omosessualità e", cit., pp. 307-308; Bellelli, A.: "La filiazione nelle coppie omogenitoriali", *Giur. it.,* 2016, pp. 1819-1823.

62 En algunas Comunidades Autónomas sí se podía: Navarra (Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables), País Vasco (Ley 2/2003, de 7 de mayo reguladora de las parejas de hecho), Cantabria (Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria), Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas), Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia). Por su parte en Extremadura las parejas homosexuales pueden acoger pero no adoptar (Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura).

63 La redacción anterior del art. 175.4 CC español se limitaba a establecer que "Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona (…)".

superior del menor adoptado y la idoneidad del adoptante/adoptantes[64], el Tribunal Constitucional considera que ese interés está garantizado, tanto si es adoptado por una familia heterosexual como homosexual. En realidad, no existe un derecho a adoptar sino que lo relevante es procurar el interés del menor. La opción legislativa en España ha sido la adecuada pues sería un absurdo regular el matrimonio homosexual eliminando la posibilidad de llevar a cabo la adopción, máxime si tenemos en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico pueden adoptar las personas solteras y en varias CCAA se permitía por parte las uniones de hecho del mismo sexo.

Por el contrario, como hemos señalado, en Italia las uniones civiles de parejas del mismo sexo no pueden acceder a la adopción de la Ley sobre Adopciones, sin perjuicio de lo previsto para los casos de adopciones especiales en el art. 44.1.d) de la Ley núm. 76 de 2016. Es decir, en esas uniones civiles no está permitida llamada "stepchild adoption" pero lo que ocurre es que, llegado el caso, la jurisprudencia les reconoce plenamente derechos a esos niños, o sea que la legislación lo niega pero la jurisprudencia lo permite, por el principio del interés superior del menor, con base en el art. 24.2 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, a tenor del cual "En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial". Lo que nos hace poner de relieve la doblez del legislador italiano, que perjudica sobremanera a los menores que en muchos casos han de esperar largos procedimientos judiciales[65].

2. Las técnicas de reproducción asistida.

Si, como acabamos de ver, la adopción no está permitida para las uniones civiles homosexuales y, como veremos ahora, no tienen acceso a las técnicas de procreación médica asistida (entiéndase tanto inseminación artificial como fecundación in vitro), las parejas homosexuales italianas solo pueden llevar a cabo su deseo de ser padres o madres en el extranjero[66], ya que en Italia, la Ley núm. 40 de 19 de febrero de 2004 sobre procreación médicamente asistida les prohíbe

64 En el Derecho español está garantizado que en el procedimiento de adopción, el objetivo fundamental es el interés del menor, puesto que el art. 176 CC señala en su apartado primero que "La adopción se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptado y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad", sin que esa idoneidad dependa de la orientación sexual.

65 Incluso la jurisprudencia italiana ha llegado a confirmar la relación de filiación, en virtud del Derecho internacional privado, considerando válidos los documentos de nacimiento o adopción formalizados en el extranjero, Cfr., por todos Cass. civ., sez. I, 22 febbraio 2018, ord. núm. 4382/2018: El caso en cuestión de esta decisión se refería a la posibilidad de transcribir, en los registros del estado civil de un municipio italiano, el certificado de nacimiento, formado en España y válido según la ley española, de un niño que es hijo de dos mujeres (de que un italiano) se casó en ese país.

66 Se llega a hablar de "turismo reproductivo", por todos, Corn, E.: "La reproducción humana asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga", *Rev. Bio y Derecho*, núm.35, 2015, p. 20, disponible en https://dx.doi.org/10.1344/rbd2015.35.14278 (consulta de 7/11/2022).

expresamente el acceso a estas técnicas[67] e impide la maternidad subrogada en cualquier caso, es decir, también en el caso de parejas heterosexuales[68]. Por su propia naturaleza son las mujeres quienes, en su caso, accederían a estas técnicas, mientras que las parejas homosexuales de hombres tendrían que acudir a la gestación por subrogación, ambas, como decimos, prohibidas por la legislación italiana. En concreto, el art. 5 de la Ley núm. 40 de 19 de febrero de 2004, permite acceder a estas técnicas a las parejas mayores de edad, de distinto sexo, cónyuges o compañeros, cuyos integrantes vivan y estén en edad potencialmente fértil y en caso de "esterilidad o infertilidad documentada" (art. 4).

A la hora de determinar la filiación de los nacidos conforme a estas técnicas de reproducción artificial ha de tenerse en cuenta tanto el tipo de técnica empleada como la existencia o no de matrimonio. En España se admiten tanto las técnicas homólogas como las heterólogas y en Italia actualmente también, si bien la Ley núm. 40 en su redacción originaria solo admitía la donación homóloga[69], hasta que el 9 de abril de 2014, la Corte constitucional italiana declaró en su sentencia núm. 162 la inconstitucionalidad de la prohibición de fecundación heteróloga para las parejas heterosexuales declaradas infértiles o estériles de forma absoluta e irreversible[70].

En relación con la prohibición de aplicar estas técnicas de reproducción asistida a parejas del mismo sexo o mujeres solteras que existe aún en Italia, resulta inaceptable que se prohíba una conducta cuyo objetivo se puede alcanzar por otra vía, moralmente discutible pero neutra para el Derecho, como sería la repetición, por parte de la mujer, de una serie de relaciones sexuales ocasionales con desconocidos[71].

Por su parte, en España, las técnicas de reproducción asistida se regulan por la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida Humana, cuyo art. 6 establece que cualquier mujer que sea mayor de 18 años y tenga plena capacidad podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito de manera libre, consciente y expresa, con independencia de su estado civil y orientación sexual. En primer lugar, en relación

67 Algo similar ocurre en Chile, donde el art. 182 del Código civil chileno limita el acceso a estas técnicas solo a las parejas heterosexuales, y no se lo permite a mujeres solas: "el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas (…)", Goñi Huarte, E.: "El problema de la homosexualidad y la filiación en Chile. Situación en España y soluciones de Derecho comparado", *REIB: Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 10, núm. 2, 2016, p. 8.

68 Marcello, D.: "La genitorialità delle coppie in Italia. Le soluzione giurisprudenziali nel silenzio del legislatore", *Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 17, p. 809.*

69 El art. 4.3 de la Ley núm. 40 señalaba antes de ser declarado inconstitucional que: "Se prohíbe el recurso a técnicas de procreación medicamente asistida de tipo heterólogo".

70 ECLI:IT:COST:2014:162. En la doctrina, véase Corn, E.: "La reproducción", cit., p. 20.

71 Corn, E.: "La reproducción", cit., p. 25.

con las técnicas de reproducción asistida heterólogas en uniones matrimoniales, es decir, cuando la usuaria de la técnica de reproducción asistida está casada con otra mujer, no es necesario que esta consienta. El art. 7.3 de la Ley española permite que en tal caso, y siempre que no exista separación legal o de hecho, la mujer de la usuaria de la técnica puede manifestar, en atención a lo que dispone la Ley del Registro Civil, que "consiente en que se determine a su favor al filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge". A tenor de la disposición legal, ese consentimiento es preceptivo en el momento de la inscripción en el Registro, de modo que si se diera en un momento anterior no tendría efectos en orden a la atribución de la filiación[72]. Tampoco menciona dicho artículo si es necesario que se acredite que el hijo en cuestión ha sido concebido mediante técnicas de reproducción asistida. Ante tal omisión, nos parece que ofrecería mayor seguridad jurídica que así se recogiera para evitar que se empleasen técnicas distintas a las previstas por la Ley[73].

En segundo lugar, en lo que respecta a las técnicas de reproducción asistida heterólogas en parejas de hecho, no encontramos en la Ley 14/2006 un precepto similar al art. 8.2 (referido a los supuestos en los que la pareja es heterosexual), para el caso en que la mujer hubiera consentido que su cónyuge también mujer se sometiera a estas técnicas, a pesar de lo cual la jurisprudencia viene admitiendo que ese consentimiento puede ser tenido como un indicio de posesión de estado para poder ejercitar una reclamación de maternidad, por aplicación del art. 131 CC[74].

En relación con el acceso a estas técnicas el matrimonio como tal no debería constituir un criterio de distinción, pues ello supondría una injustificable discriminación, máxime en España donde, tal y como está regulada la institución del matrimonio, ni siquiera tiene jurídicamente vocación alguna de permanencia, pudiendo cualquiera de los cónyuges solicitar la separación o el divorcio, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio (arts. 81.2 y 86 CC, respectivamente).

Como vemos, entre España e Italia existen tales diferencias que muchos italianos han optado por someterse a tratamiento en centros de reproducción asistida extranjeros, lo que aún era más frecuente cuando se impedía la fecundación

72 Aunque podría ser un indicio de que posteriormente dado para la inscripción ha sido prestado de forma libre así, De Verda y Beamonte, J.R.: "La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida", en AA.VV.: *Derecho civil IV (Derecho de Familia)* (coord. por J.R. de Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 314.

73 Como por ejemplo auto-inseminaciones artificiales con gametos de varones anónimos comprados a distancia a bajo precio en países extranjeros, De Verda y Beamonte, J.R.: "La filiación", cit., p. 315.

74 Por todas, STS 15 enero 2014 (Sección pleno), (RJ 2014, 1265).

heteróloga[75]. Esta diversificación es resultado de la opción escogida por cada Estado en torno a la prohibición de ciertas conductas para proteger los valores de su propio ordenamiento jurídico, especialmente la protección de los menores, a los que -según entienden algunos- hay que procurar un entorno familiar adecuado, y de las mujeres, que podrían decidir someterse a prácticas de subrogación no solo para fines solidarios. Las opciones restrictivas de la ley italiana se basan, por un lado, en la idea de que la procreación médicamente asistida es un remedio para la esterilidad o la infertilidad resultantes de patologías que no se pueden eliminar (art. 4) y, por otro lado, en la preferencia por un modelo familiar caracterizado por padres de distinto sexo en edad potencialmente fértil y viva[76].

Es por ello que, en la sentencia de 18 de junio de 2019 núm. 221[77] se solicitaba a la Corte Constitucional que se pronunciase en relación con la constitucionalidad de la Ley núm. 40 de 2004, en la parte en que limita el acceso a estas técnicas a las parejas heterosexuales. En concreto, el pronunciamiento giraba en torno a la constitucionalidad de los arts. 5 y 12, apartados 2, 9 y 10 de la citada Ley, que no declaró inconstitucionales por entender que la admisión a las técnicas de reproducción en parejas homosexuales supondría el fracaso de las dos ideas que presiden el sistema diseñado por el legislador en el año 2004, que acabamos de indicar.

Más allá de no compartir el fallo de la Corte Constitucional, puesto que lo conveniente habría sido permitir el acceso a las mujeres homosexuales a las técnicas de reproducción asistida, resulta preocupante que llegara a expresar que la opción de recurrir a estas técnicas alterando la fórmula natural del proceso de procreación abría escenarios innovadores con respecto a los presupuestos convencionales de la paternidad y de la familia históricamente arraigados en la cultura social, donde la ponderación de intereses y valores dependía del poder legislativo, que debía erigirse en el intérprete de la sociedad[78].

3. El deber de fidelidad.

El apartado 11 del art. 1 de la Ley Cirinnà establece que en las uniones civiles entre personas del mismo sexo las partes adquieren los mismos derechos y asumen las mismas obligaciones, derivando de dicha unión la obligación recíproca

75 Italia ha sido el último país europeo en promulgar una ley sobre procreación médica asistida, cincuenta años después de las primeras leyes. Se puede decir que se trata de una ley "neutral" cuyo fundamento reside en el pluralismo ético, lo cual se expresa en una ley dócil y sobria con un largo elenco de prohibiciones, así Chamie, J.F.: "Reproducción humana asistida: entre dilema y prohibición. Breves comentarios a la ley italiana 40 de 2004 sobre procreación médica asistida", *Derecho y vida*, julio de 2007, núm. LXIV, p. 2; en el mismo sentido, Corn, E.: "La reproducción", cit., p. 20.

76 Marcello, D.: "La genitorialità", cit., pp. 809-810.

77 ECLI:IT:COST:2019:221.

78 Marcello, D.: "La genitorialità", cit., p. 810.

de asistencia moral y material y de cohabitación. Como vemos, nada dice acerca del deber de fidelidad, es decir, no incluye la obligación entre las parejas del mismo sexo de guardarse fidelidad, lo cual fue impuesto por el Partido NCD, con la intención de que no se equiparase este tipo de unión con el matrimonio.

En cambio, el art. 143 CC italiano, referido a los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges, sí que incluye la obligación recíproca de fidelidad, junto con la de asistencia moral y familiar, la colaboración en los intereses de la familia y la cohabitación, así como la obligación de contribuir a las necesidades de la familia que tienen ambos cónyuges.

Los efectos personales o deberes conyugales que se derivan del matrimonio en España se regulan en los arts. 67 y 68 CC y son el deber de convivencia, el deber de asistencia y socorro mutuo, el deber de respeto y el deber de fidelidad, que se caracterizan por ser derechos-deberes recíprocos y mutuos y, aunque actualmente su incumplimiento no conlleva sanción alguna, sí que despliegan ciertos efectos jurídicos: el incumplimiento grave o reiterado puede constituir causa de desheredación –art. 855.1 CC– y de pérdida del derecho a alimentos –art.152.4 CC–), ya que el adulterio dejó de constituir un delito tras la reforma del Código penal de 1978. El adulterio tampoco es delito en Italia tras la derogación del art. 559 CP italiano como consecuencia de las sentencias de la Corte Constitucional de 19 de diciembre 12 de 1968 (núm. 126) y 3 de diciembre de 1969 (núm. 147)[79].

La infidelidad fue causa de separación legal y divorcio, tanto en España como en Italia. En la actualidad, en Italia la separación y el divorcio tampoco son causales pero queda algún vestigio, por ejemplo con la "Separazione con addebito", donde el "addebito" es la atribución de culpa al cónyuge a quien se le pueda atribuir la falta en el cumplimiento de los deberes matrimoniales (por ejemplo, en caso de infidelidad)[80]. Así, en el art. 151 CC italiano puede leerse que "La separación puede solicitarse cuando se produzcan hechos, incluso con independencia de la voluntad de uno o ambos cónyuges, que hagan insoportable la continuación de la convivencia o sea gravemente perjudicial para la educación de los hijos. El tribunal, al pronunciar la separación, declarará, si se dan las circunstancias y si así se solicita, a cuál de los cónyuges debe atribuirse la separación, en atención a su conducta contraria a los deberes derivados del matrimonio"[81].

79 Así, https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-xi/capo-i/art559.html (consulta de 15/11/2022).

80 Una separación con "addebito" puede llegar a producir efectos muy graves, puesto que el cónyuge culpable de la separación perderá el derecho a la pensión alimenticia e incluso podrá ser llamado a responder de los daños y perjuicios en caso en que su actuación hubiera vulnerado los derechos fundamentales del otro cónyuge.

81 Con anterioridad al 20/09/1975, el art. 151 CC italiano señalaba: 1. La separación puede solicitarse por motivos de adulterio, deserción voluntaria, excesos, abusos, amenazas o lesiones graves.
2. La acción de separación por causa de adulterio del marido no será admisible a menos que las circunstancias sean tales que el hecho constituya una ofensa grave contra la esposa".

En la Ley Cirinnà, en ausencia de la previsión de la separación como paso previo a la disolución de la unión, no es posible pensar en el débito. Incluso la citada omisión ha sido considerada como un elemento diferencial con respecto al vínculo que supone el matrimonio y podría considerarse como un remedio para evitar valorar responsabilidades[82]. Lo que está claro es que la omisión del deber de fidelidad entre los deberes de las uniones civiles no puede considerarse un mero olvido del legislador. Y si el sentido de la omisión del deber de fidelidad debe atribuirse a una postura legislativa inadecuadamente motivada que encuentra en la unión entre personas del mismo sexo una relación menos vinculante, ello expondría el apartado 11 del art. 1 de la Ley 76/2016 a una posible inconstitucionalidad en tanto que sería discriminatorio, salvo justificación en contrario[83].

En relación con lo anterior, lo cierto es que antes de prejuzgar cuál sea la intención del legislador, la no inclusión del deber de fidelidad podría dar lugar a una doble interpretación. Por una parte, que a las uniones civiles entre personas del mismo sexo se les libera de un deber y, por otra parte, que se les sigue considerando menos dignas para constituir una familia, en cuyo caso se evidenciaría una seria desconfianza hacia este tipo de relaciones. Y aunque la doctrina parece inclinarse hacia la segunda interpretación, hace unos años se impulsó en Italia un Proyecto de ley que finalmente no fue aprobado[84] donde se consideraba que la Ley de uniones civiles era más progresista que el Código Civil puesto que la referencia a la fidelidad era un elemento sexista que servía para garantizar la legitimidad de los hijos, y que al desaparecer la distinción entre hijos "legítimos" e "ilegítimos" ya no era necesaria la obligación de fidelidad. Para los impulsores de la reforma, la fidelidad no debía ser entendida con connotaciones sexuales sino, sobre todo, en cuanto a "confianza y respeto" y que, pese a que se trataba de un valor importante, no le correspondía al Estado su imposición.

4. La disolución.

Según el apartado 22 del art. 1 de la Ley Cirinnà, la muerte o la declaración de fallecimiento de una de las partes de la unión civil determina su disolución. El apartado 23 señala que la unión civil se disuelve, también en los casos previstos en el art. 3 número 1) y número 2) letra a), c), d) y 2) de la Ley 1 diciembre 1970, núm. 898. Y en el apartado 24 se establece que la unión civil se disuelve también cuando las partes manifiesten incluso por separado la voluntad de disolución ante

82 Marcellino, C.: "Il concetto di fedeltà tra diritto e società – Parte III", *Diritto.it*, 1 septiembre 2022, disponible en https://www.diritto.it/il-concetto-di-fedelta-tra-diritto-e-societa-obbligo-dovere-scelta-parte-iii/ (consulta de 30/10/2022).

83 Dolzini, E.: "Nuclei familiar", p. 46.

84 Tras la aprobación de las uniones civiles homosexuales en Italia, la senadora Laura Cantini (Partido Democrático) presentó un proyecto de ley cuyo único objetivo era eliminar el deber de fidelidad entre los cónyuges, https://prudentiapolitica.blogspot.com/2016/12/itaia-la-fidelidad-en-el-matrimonio-es.html (consulta de 7/11/2022).

el oficial del estado civil. El tal caso, la demanda de disolución de la unión civil se propone tres meses después de la fecha de la manifestación de la voluntad de disolución de la unión.

En la ley se habla de "scioglimento dell'unione" y el art. 149 CC italiano se titula "scioglimento del matrimonio", a lo que hay que añadir la Ley núm. 898 de 1 de diciembre de 1970, sobre "Regulación de los casos de disolución del matrimonio", y la Ley del divorcio breve, la Ley núm. 55 de 6 de mayo de 2015, que solo se puede iniciar en ausencia de hijos menores o con discapacidad, se realiza ante el funcionario del registro civil y posee la misma eficacia y efectos legales que el divorcio judicial. En concreto, según la Ley del divorcio breve, en Italia se puede solicitar un divorcio después de seis meses, en el caso de separación consensual, o de 12 meses (antes eran 3 años), en caso de separación judicial. El divorcio se puede pedir cuando se haya dictado sentencia de separación judicial o de mutuo acuerdo y la separación haya tenido una duración ininterrumpida de los plazos señalados.

Eso acontece en relación con el matrimonio. Pero en Italia, las uniones civiles entre personas del mismo sexo pueden disolverse directamente, es decir, no necesitan pasar antes por el trámite de una separación, debiendo tener únicamente en cuenta los tres meses previstos en la ley. De entrada, llama la atención el hecho de permitir que una unión a la que no se le llama matrimonio pueda disolverse. El vínculo (matrimonial o, en este caso, de la unión civil) se rompe por fallecimiento o declaración de fallecimiento de alguno de los cónyuges o por el divorcio.

V. A MODO DE REFLEXIÓN.

De este excurso respecto de la institución del matrimonio entre las personas homosexuales en España y la no existencia de su homónimo en el Derecho italiano, –donde solo se ha regulado la figura de la unión civil entre personas del mismo sexo–, extraemos algunas conclusiones fruto de la reflexión acerca de la doblez con la que el legislador italiano se opone a abrir el concepto tradicional de matrimonio y acomodarlo al contexto social, lo cual no deja de ser una postura anacrónica que se muestra de espaldas a la realidad, siendo en Italia la jurisprudencia quien ha dado algunos pasos al frente.

Se han argüido razones de tipo religioso para justificar este desajuste. No obstante, según el art. 7, primer párrafo, de la Constitución de la República italiana, el Estado y la Iglesia católica son independientes y soberanos. De donde se deriva que, al menos en el plano teórico, Italia es un Estado aconfesional. Es más, en el artículo siguiente se puede leer que todas las confesiones religiosas serán igualmente libres ante la Ley. Y si ponemos esos dos artículos en relación con el

art. 3 de la propia Constitución, a tenor del cual todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción alguna por razón de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas o circunstancias personales y sociales, no se llega a entender la fuerte influencia que ejerce la religión católica en la negativa del legislador italiano a admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Llegados a este punto nos preguntamos por los efectos que se derivan de todo lo que acabamos de describir, básicamente del hecho de que en España se reconoce los matrimonios homosexuales mientras que en Italia no. A pesar de tener raíces histórico-jurídicas similares, en esta materia ambos países se encuentran en las antípodas, lo que podría suponer que, dada la proximidad geográfica y las similitudes culturales entre ambos países, aquellas parejas italianas que realmente quieran contraer matrimonio al no bastarles con la unión civil que se regula en Italia, podrían hacerlo en nuestro país.

En concreto, tratándose de una pareja homosexual residente en España en la que al menos uno de los miembros tiene nacionalidad española, al no existir normas de Derecho Internacional Privado aplicables al caso, la Dirección General de Registros y del Notariado ha autorizado la celebración del matrimonio en España aun cuando la legislación nacional del otro miembro (extranjero) no permitiera la celebración de tal matrimonio[85], como por ejemplo podría ser Italia. El argumento utilizado es que la identidad o diversidad de sexos no es una cuestión de capacidad que se relacione con la ley personal de los contrayentes (art. 9.1. CC) sino que más bien constituye un elemento estructural de la misma institución.

Para finalizar, es cierto que el legislador español podría haberse inclinado por otras opciones a la hora de reconocer la validez legal de las parejas del mismo sexo, que sin embargo no fue la opción escogida, abriendo con ello la institución única del matrimonio a toda persona con independencia de su orientación sexual. Sin duda, esta toma de postura se ajusta más a los valores constitucionales y parece responder a la lógica y al sentido común de que dos relaciones jurídicas que son iguales en derechos y obligaciones –nos estamos refiriendo al matrimonio entre personas de distinto sexo y a la unión civil o pareja entre personas del mismo sexo– deben ampararse bajo un mismo título. La experiencia española constituye, pues, un referente a seguir. A día de hoy Italia sería más bien una excepción, probablemente porque el legislador italiano, en lugar de hacer valer una independencia parlamentaria que debiera ser intrínseca, consiente que la moral y la religión se inmiscuyan en cuestiones relativas a los derechos de las personas.

85 RDGRN 29 julio 2005 (JUR 2005, 184678).

BIBLIOGRAFIA.

Alonso Pérez, M.: "La familia y el Derecho de Familia", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia, vol. I., Derecho de familia y Derecho de la familia. La relación jurídico-familiar. El matrimonio y su celebración* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada), Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 51-192.

De Amunategui Rodríguez, C.: "Sobre la posible constitucionalidad de matrimonio homosexual", en AA.VV.: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI* (Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005) (coord. por F. Yáñez Vivero, A. Donado Vara y M.F. Moretón Sanz; dir. congr. C. Lasarte Álvarez), 2006, pp. 417-424.

Arango Benjumea, C. J.: "Matrimonio civil entre personas del mismo sexo vs. Uniones maritales de hecho en Colombia y su referencia en el Derecho civil español", *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 2, 2015, pp. 121-145.

Astone, A.: "L'oscurità delle leggi e il ruoo degli interpreti: Il Tribunale dei inorenni di Milano nega la 'stepchild adoption'", *Rivista critica del Diritto Privato*, año XXXV-2, junio 2017, pp. 305-326.

Astone, A.: "Omosessualità e filiazione tra tentativi di sovranimso e oscillanti aperture", *NGCC*, II, 5/2020, pp. 1169-1179.

Arrieta Castillo, C.: "Metáforas por las que vivimos el debate parlamentario en torno al matrimonio homosexual en España", *Discurso y sociedad*, 2019, vol. 13, núm. 4, pp. 595-616.

Ayllón García, F.: "El concepto de unión de hecho", en *Las uniones de hecho,* (dir. por Chaparro Matamoros, P.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 125-173.

Bellelli, A.:" La filiazione nelle coppie omogenitoriali", *Giur. it.,* 2016, pp. 1819-1823.

Bruno, P.: "Oliari conro Italia: la dotrina degli "obblighi positivi impliciti" al banco di prova delle unioni tra persone dello estesso sesso", *Fam* e *dir.*, 2015, 1069 y ss.

Cacchio, A.: La legge 20 maggio 2016 n. 76 c.d. "legge Cirinnà", *Diritto.it.*, 2017, pp. 1-3.

Corn, E.: "La reproducción humana asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga", Rev. Bio

y Derecho, núm. 35, 2015, pp. 18-31, disponible en https://dx.doi.org/10.1344/rbd2015.35.14278 (consulta de 7/11/2022).

Cerdeira Bravo De Mansilla, G.: "¿Es constitucional, hoy, el matrimonio homosexual (entre personas de idéntico sexo)?, *Revista de Derecho Privado*, núm. 3-4, abril-marzo 2005, pp. 37-56.

Chamie, J.F.: "Reproducción humana asistida: entre dilema y prohibición. Breves comentarios a la ley italiana 40 de 2004 sobre procreación médica asistida", *Derecho y vida*, julio de 2007, núm. LXIV, pp. 1-4.

De Verda y Beamonte, J.R.: "La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida", en AA.VV.: *Derecho civil IV (Derecho de Familia),* (coord. por J.R. de Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 307-331.

Díaz Delgado, T.: "Sobre el pretendido Reconocimiento Civil a las Uniones Homosexuales", *IUS*, vol. 2, núm. 1, 2012, pp. 58-62.

Dolzini, E.: "Nuclei familiari tra persone same-sex: l'esperienza giuridica italiana a confronto con quella spagnola. Quadro introduttivo della problemática", *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 34, 2017, pp. 29-52.

Espín Alba, I.: "El matrimonio y las uniones homosexuales", *Dereito*, vol. 14, núm. 2, 2005, pp. 41-66.

Ferrando, G.: *Trattato di diritto civile e commerciale,* Giuffrè, Milano, 2015.

Ferrando, G.: "A Milano l'adozione del figlio del partner non si puó fare", nota a pp. 171 y ss con nota al Trib. min. Milano, 17 octubre 2016, n. 261, Nuova Giur. Civ. Comm. 2, 2017, pp. 171 y ss.

Giacomelli, L.: "'I ragazzi stanno bene' La famiglia omogenitoriale, i *best interests of the child* e il silencio legislativo", *Jura Gentium*, XIII, 2016, 2, pp. 45-85.

Goñi Huarte, E.: "El problema de la homosexualidad y la filiación en Chhile. Situación en España y soluciones de Derecho comparado*", REIB: Revista Electrónica Iberoamericana,* Vol. 10, núm. 2, 2016, pp. 28-45.

Landini, S.: "Filiación y parejas homosexuales en Italia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, feb. 2018, pp. 48 a 58.

Lenti, L.: "Prime note in margine al caso Oliair c. Italia", *NGCC,* 2015, I, pp. 575 y ss.

Llamedo Pandiella, G.: "Silencios en-callados en la sociedad italiana", *Tonos digital: Revista de estudios filológicos*, núm. 36, 2019, pp. 1-22.

Marcellino, C.: "Il concetto di fedeltà tra diritto e società – Parte III", *Diritto.it*, 1 septiembre 2022, disponible en https://www.diritto.it/il-concetto-di-fedelta-tra-diritto-e-societa-obbligo-dovere-scelta-parte-iii/ (consulta de 30/10/2022).

Marcello, D.: "La genitorialità delle coppie in Italia. Le soluzione giurisprudenziali nel silenzio del legislatore", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 17, pp. 802-825.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: *Diagnóstico sobre el derecho de familia. Análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del Derecho de Familia*, Rialp, Madrid, 1996.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "A cada uno su familia, a cada familia su Derecho (Aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio de la diversidad)", *TEORDER* 2007, núm. 2, pp. 28-47.

Moliner Navarro, R..: "Capítulo III" en AA.VV.: *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005* (coord. por J.R. De Verda y Beamonte), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006.

Ortiz Fernández, M.: "Identidad sexual y vida privada: un paso más hacia la protección de los transexuales", en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Materiales del IV Encuentro anual del Centro español del European Law Institute* (dir. por A. Ruda González y C. Jerez Delgado, C.; coord. por A. Ortega Giménez), Sepin, marzo 2021.

Poliseno, B. y Maglietta, M.: "Stepchild adoption, al centro del dibattito tra diritti e legittimità", *Guida al Diritto*, núm. 9, 20 febbraio 2016, pp. 15 y ss.

Polo Sabau, J.R.: *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Civitas, Madrid, 2006.

Prisco, I.: "Il pluralismo familiare in Italia: unioni civile e convivenze", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 11, agosto 2019, pp. 78-109.

Rescigno, P. y Cuffaro, V.: "Unioni civili e convivenze di fatto: la legge", *Giur.it.*, 2016, pp. 1771-1823.

Rodríguez, M. S.: "El Acuerdo de Unión Civil. Un error hecho ley", *Anuario de Derecho Público*, 2015, pp. 38-59.

ROSENVALD, N.: "União estável no Direito Privado Brasileiro", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 11, agosto 2019, pp. 224-265.

SALAZAR BENÍTEZ, O. y GIACOMELLI, L.: "Homofobia, Derecho Penal y libertad de expresión: un estudio comparado de los ordenamientos italiano y español", *ReDCE*, núm. 26, julio-diciembre 2016, pp. 1-36.

SÁNCHEZ BARROSO, J.A.: "El concepto de matrimonio en la Constitución. Análisis jurídico a partir de las reformas al Código civil para el Distrito Federal de 2009", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* vol. 61, núm. 256 (2011), pp. 277-304.

SORIANO MARTÍNEZ, E.: "El matrimonio homosexual en Europa", *Rev. boliv. de derecho,* n*úm.* 12, julio 2011, pp. 204-216.

STEFANELLI, S.: "Adozione del figlio del partner nell'unione civile", 2016, *Genius,* pp. 1-25, disponible en http://www.stefaniastefanelli.it/doc/Adozione.pdf (consulta de 12/10/2022).

WINKLER, M. y STRAZIO, G.: *L'abominevole Diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori.* Il Saggiatore, Milano, 2011.

APUNTES SOBRE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES: UNA PALETA DE COLORES EN BUSCA DE ALGUNA ARMONÍA JURÍDICA*

NOTES ON SINGLE-PARENT FAMILIES: A COLOR PALETTE IN SEARCH OF LEGAL HARMONY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2016-2035

* Este trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación "El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas" [ref. PID2019-109019RB-100], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020. Convocatoria de 2019.

Julia
AMMERMAN
YEBRA

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Los hogares monoparentales son el colectivo de hogar que más ha crecido en los últimos años. De entre ellos, muchos son de familias monoparentales ab initio, es decir, que su estructura es así desde su misma concepción y no por circunstancias sobrevenidas, y en su gran mayoría están encabezados por mujeres. No obstante, se trata de un modelo familiar escasamente regulado por el Derecho. En el último lustro se han atisbado mejoras, pero que varían considerablemente entre Comunidades Autónomas e incluso entre resoluciones de tribunales a similares casos. En Galicia, la Ley 5/2021, de 2 de febrero, de impulso demográfico prevé en su art. 40 que se apruebe un plan de apoyo a las familias monoparentales. Esta y otras normas recientes serán objeto de análisis en el presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: Familia monoparental; interés del menor; cuidados; discriminación indirecta; madres solas.

ABSTRACT: *Single-parent families are the group of households that has grown the most in recent years. Among them, many are single-parent families ab initio, which means that their structure is like this from its very conception and not due to unexpected circumstances, and the vast majority are headed by woman. However, this is a family model that is barely regulated by law. In the last five years, improvements have been glimpsed, but they vary considerably between Autonomous Communities and even between court decisions in similar cases. In Galicia, Article 40 of Law 5/2021, of February 2, on demographic promotion, provides for the approval of a plan to support single-parent families. In this paper, we will analyze both this and other recent regulations.*

KEY WORDS: *Single-parent family; best interest of the child; care; indirect discrimination; solo mothers.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO NEUTRO DE FAMILIA DEL QUE SURGEN DIFERENTES MODELOS FAMILIARES.- II. EL MODELO DE FAMILIA MONOPARENTAL.- III. UNA PALETA DE COLORES: LAS DEFINICIONES DE "FAMILIA MONOPARENTAL" EN VARIAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS. 1. Galicia.- 2. Illes Balears.- 3. Asturias.- 4. Cantabria.- IV. CONSECUENCIAS DE LA DIVERSIDAD NORMATIVA SOBRE QUÉ ES Y QUÉ NO ES UNA FAMILIA MONOPARENTAL.

I. INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO NEUTRO DE FAMILIA DEL QUE SURGEN DIFERENTES MODELOS FAMILIARES.

La familia puede ser analizada desde múltiples perspectivas, no solo la jurídica. Así, podríamos adoptar un enfoque sociológico, ético, religioso, antropológico, económico o cultural a la hora de hablar sobre familias monoparentales. De hecho, no descartamos que debamos acudir a algunos rasgos de estas disciplinas para entender mejor hacia dónde vamos en el ámbito jurídico.

Incluso desde la perspectiva jurídica, debemos conjugar de forma transversal las soluciones que se arbitran en las distintas ramas del Derecho, para ver si estas se adecúan y son idóneas para solucionar los problemas reales. Creemos que las familias monoparentales son una de estas realidades que deben ser tratadas de forma conjunta por los juristas[1].

En la sociedad abierta en la que vivimos coexisten muchos elementos diferentes que hacen que no pueda darse un concepto unívoco de familia. El panorama actual de la familia es una realidad abierta, en la que van surgiendo nuevas reivindicaciones propiciadas por un marco constitucional que ampara los derechos fundamentales de las personas por encima de la institucionalización de modelos familiares. La CE no establece un concepto de familia, aunque sí formula una serie de principios constitucionales que toman como referencia la familia. Así, es el artículo 39 CE el que enuncia los principios de protección integral de la familia y el artículo 32 CE el que garantiza la institución del matrimonio; también se deben tener en cuenta los principios de libre desarrollo de la personalidad, mejor interés del menor y protección de las personas vulnerables.

Tampoco definen el concepto de familia ni el Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos y libertades fundamentales, de 1950

1 Sobre la visión conjunta que debe adoptarse en el estudio de las familias monoparentales se pronuncia Valpuesta Fernández, R.: "Las familias monoparentales. Una perspectiva sobre el Derecho de familia", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo* (coord. por A. Cabanillas Sánchez), Civitas, Madrid, 2003, p. 5006.

• Julia Ammerman Yebra
Investigadora Postdoctoral "Margarita Salas" de la Universidad de Santiago de Compostela. Correo electrónico: julia.ammerman@usc.es

(CEDH), ni la Convención sobre los Derechos del niño, de 1989. No obstante, el CEDH recoge en su art. 8 el derecho al respeto a la vida privada y familiar. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea también establece este derecho (art. 7) así como el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia (art. 9).

Hasta hace unas décadas imperó el modelo clásico de familia matrimonial, presidido por el principio de unidad jurídica de la familia, familia cuyo interés superior era el más digno de protección. Hoy la importancia de este modelo ha ido en descenso, mudando hacia otros más flexibles que responden a la realidad social de nuestro tiempo, más tolerante con el ejercicio de la libertad personal a la hora de conformar las relaciones familiares y en el que el interés protegido no es ya de la familia como ente, sino "el interés de la persona en la familia", es decir, que se protegen "intereses solidarios e individuales de sus componentes"[2].

Desde el punto de vista de la sociología, hablaríamos de "variaciones en el ciclo familiar", producidos por el intento de dilatar el concepto de familia para incluir en él uniones más o menos estables de vida, entre personas que desean ser reconocidas social y jurídicamente como familia a pesar de presentar un nuevo perfil social diferente al modelo matrimonial con hijos[3]. El afecto, es decir, el vínculo subjetivo entre las distintas personas que integran el núcleo familiar, se convertiría en el elemento que como resultado último del análisis permitiría estructurar la forma familiar[4]. Aunque es cierto que tipificar la diversidad de formas de familia en unos pocos modelos corre el riesgo de simplificar una realidad social mucho más compleja y variada, ello nos ayuda a poner orden a una sociedad que, de otra manera, sería inescrutable[5].

Así, la doctrina jurídica ha hecho esfuerzos por sistematizar los diferentes modelos de familia que han ido surgiendo en la sociedad[6]. Empezando por el

2 En este sentido, Vivas Tesón, I., "La indefensión del menor de edad desde que se produce la ruptura parental hasta que se judicializa", en AA.VV.: *Autonomía e heteronomía no Direito da Familia e no Direito das Sucessoes*, (coord. por H. Mota y R. Guimaraes), Almedina, Coimbra, 2016, pp. 616-617.

3 Salar Sotillos, Mª J.: "¿Familia o familias? Diversificación de la institución familiar (I)", *Actualidad Civil,* núm. 12, sección persona y derechos, A fondo, diciembre 2019, p. 2, y también en p. 5, en un intento de sistematizar, desde un punto de vista sociológico, todos los modelos de familia presentes hoy en nuestra sociedad.

4 Manrique, R. C.: "El afecto como elemento estructurante del derecho de familia", en AA.VV.: *Afeto e estruturas familiares* (coord. por M. B. Dias, E. F. Bastos y N. M. N. Moraes), Belo Horizonte, Del Rey, 2010, p. 473.

5 Salar Sotillos, Mª J.: "¿Familia o familias?", cit., pp. 2-3.

6 La toma en consideración de nuevos modelos familiares es algo que también se tiene en cuenta en las leyes que van promulgando las comunidades autónomas relativas a las familias. Así, en la Exposición de motivos de la Ley balear 8/2018, de apoyo a las familias, se reconoce que "La transformación no solo ha afectado a la estructura de las familias, sino también a los modelos familiares y a las dificultades con que desarrollan las correspondientes funciones". "Con respecto a la estructura de las familias, resulta que se ha reducido el número de miembros, como consecuencia de la baja natalidad, y se ha reducido el número de familias en las que conviven tres generaciones, mientras que se ha incrementado el número de familias monoparentales, en las que un único adulto, mayoritariamente una mujer, asume la responsabilidad sobre

único realmente regulado pormenorizadamente en nuestro ordenamiento, el tradicional modelo matrimonial, pasando por otros hoy ya ampliamente reconocidos como las parejas de hecho y el matrimonio homosexual, hoy se suele citar como modelos en los que todavía no hay un reconocimiento legal expreso los siguientes[7]: en primer lugar, el de familia monoparental, especialmente aquellas familias encabezadas por mujeres, modelo en el que nos detendremos en este estudio. En segundo lugar, a las familias recompuestas o reconstituidas, entendiendo por estas las que están formadas por una pareja con hijos no comunes provenientes de una relación anterior[8]. También, similar a este modelo, serían aquellas parejas no convivientes pero que los unen hijos comunes, por lo que permanecen lazos de filiación y, en su caso, de afecto y cuidado. Como cuarto modelo, las personas que conviven sin connotación sexual, llamadas a veces "familias múltiples", o de "vivienda colaborativa"[9]. En quinto lugar, las denominadas familias extensas o tradicionales, en las que conviven diferentes generaciones en un mismo hogar, muchas veces debido a la solidaridad intergeneracional, ayudando a aquellos miembros de la familia que más dificultades económicas tienen. Por último, la doctrina menciona otros modelos, por ejemplo los conocidos en el mundo anglosajón como *living apart together* (aquellas parejas que mantienen relaciones afectivas pero no conviven), o aquellas unidades conformadas por lo que se conoce como "poliamor"[10]. En definitiva, y como ya dijo Valpuesta Fernández

los niños. Asimismo, han aumentado de manera significativa la presencia de familias que comparten vivienda con otras y el número de personas que viven solas".

7 En esta enumeración seguimos a García Rubio, Mª P.: "¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?", en AA.VV.: *Libro Homenaje a Encarnación Roca Trías* (coord. por P. Abad Tejerina), Sepín, Madrid, 2021, pp. 279-290.

8 Sobre el modelo de familias recompuestas desde la perspectiva del derecho italiano, véase el reciente trabajo de Barba, V.: "Familias recompuestas y derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación", *Revista de Derecho Civil,* vol. IX, núm. 3, 2022, pp. 157-206. Y ahondando en un modelo similar a este, pero en el que el hecho relevante es la multiparentalidad de uno o más menores, véase García Rubio, Mª P.: "Un niño o una niña pueden tener más de dos madres o de dos padres: hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad", en AA.VV.: *Persona, familia y género. Liber Amicorum a Mª del Carmen Gete-Alonso y Calera* (coord. por J. Solé Resina), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 209-220.

9 En este sentido, creemos que los pocos ordenamientos forales que regulan esta forma de convivencia todavía recelan de calificarla como familia. Así, en Navarra encontramos en su Fuero Nuevo, título IX, leyes 117 a 119, la regulación de las Comunidades de Ayuda Mutua, y que se refieren a la convivencia de dos o más personas mayores de edad, que pueden o no ser parientes en línea colateral, sin límite de grado o tener entre ellos relación de amistad o compañerismo. Los autores que hablan de ellas suelen entrecomillar su calificación como "familia", pero reconocen que, aun no habiendo vínculos biológicos ni sexuales, las personas que conforman esta comunidad lo son por razones de afecto y ayuda mutua, que viven bajo un mismo techo, con voluntad de permanencia, y compartiendo gastos comunes, trabajo doméstico, o ambos. Se excluye a los cónyuges y parejas estables y de hecho. Gómez Soriano, M.: "Relaciones convivenciales de ayuda mutua en el Fuero Nuevo navarro", *Diario La Ley,* núm. 10094, sección tribuna, 21 de junio de 2022, pp. 1-2.
En ordenamientos vecinos como Portugal sí se dispone de una Ley estatal: la Ley de medidas de protección de la Economía Común, introducida por la Ley 6/2001, de 21 de mayo, y actualizada por la ley núm. 82-E/2014, de 31 de diciembre. El factor de comunión de la vida en conjunto es el espíritu de solidaridad entre los convivientes, requiriéndose un mínimo de dos años de convivencia para que sean reconocidos jurídicamente con el estatus de economía común.

10 Sobre estas últimas, García Rubio enfatiza que, aunque está justificado el tabú de la poligamia debido "a las relaciones de desigualdad entre el varón y sus esposas, víctimas de groseras discriminaciones incompatibles con los principios de igualdad y dignidad de todas las personas consagrados en los textos constitucionales español y europeos", ello no debería obstar a que tengan un reconocimiento jurídico aquellas uniones voluntarias entre varios adultos que, además de la connotación amorosa sexual o de intimidad, presenten

al hablar de las "mil y una familias", estamos ante "una realidad jurídica inacabada, cuyas posibilidades de transformación las podemos avizorar, aunque su devenir último solo podamos intuir"[11].

Por todo lo anterior, entendemos que debe utilizarse un concepto neutro de familia atendiendo a los principios de protección integral de la familia, libre desarrollo de la personalidad, mejor interés del menor y protección de las personas vulnerables, pues solo de esta manera podrán englobarse en él las distintas formas de modelos familiares que surgen con los tiempos[12]. Y el legislador no podrá quedarse al margen de la familia ni de regular los modelos que se vayan consolidando en la sociedad, pues la vida en familia conlleva el respeto por los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes[13], y también es tarea del legislador entrar en el ámbito privado –si bien hoy las líneas entre lo privado y lo público aparecen difusas–, como la teoría feminista se ha encargado de precisar[14].

II. EL MODELO DE FAMILIA MONOPARENTAL.

Según Gete Alonso, la palabra monoparentalidad ni siquiera aparece en el diccionario de la RAE, aunque jurídicamente sí sea claro el significado, si bien adjetivado, de "familia monoparental". También señala esta autora que las normas que predominan en este ámbito no son las civiles, sino las laborales, asistenciales o fiscales[15], algo que constataremos a la hora de estudiar las normativas que han ido aprobando algunas Comunidades Autónomas.

---

vínculos de solidaridad y compromiso familiar. García Rubio, Mª P.: "¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?", cit., p. 285.

11 Valpuesta Fernández, R.: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 19. No obstante, como esta misma autora expone más adelante (p. 415), la formulación del derecho a constituir una familia no implica el reconocimiento de una legitimación en abstracto para generar cualquier tipo que convenga a los intereses de sus miembros, pues esta es una creación social que ha de responder a lo que la comunidad entiende por familia, por lo que el Derecho puede reconocerla o ignorarla.

12 Sobre este concepto neutro de familia, véase Roca Trías, E.: *Libertad y familia. Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como Académica de número por la Excma. Sra. Dª Encarnación Roca y Trías,* Tirant lo Blanch, Madrid, 2012, pp. 42-44.

13 Vivas Tesón, I.: "La indefensión del menor de edad", cit., pp. 616-617. Así las cosas, vivir en familia conlleva, necesariamente, respeto por los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes (ya sean grandes, medianos o pequeños): dignidad, libre desarrollo de la personalidad, honor, intimidad, integridad física y psíquica, libertad de expresión y religiosa, etc. Por ello, el legislador no puede quedarse al margen de la familia, como antaño, bajo el entendimiento (hoy erróneo) de que no debía entrar en la esfera de los sentimientos, en la intimidad familiar o del hogar (de puertas para adentro), lo que provocaba que el Derecho civil prestase escasa o ninguna atención a la protección de los derechos de los hijos".

14 La línea público/privado que distinguía lo propiamente legal de lo exento de lo legal se mostraba como una barrera que excluía y marginaba a las mujeres del Derecho, por lo que estas empezaron a reclamar un sitio en el mundo del Derecho público para redefinir lo legal como ya inserto en lo privado, y como determinante del *status* y del trato a la mujer. Mackinnon, C.: *Women's lives, men's laws,* Harvard University Press, 2005, p. 105.

15 Gete Alonso Y Calera, Mª C. y Solé Resina, J.: *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 191.

La percepción de las familias monoparentales ha pasado de ser, en palabras de Valpuesta Fernández, de "familias con problemas" a familias identificadas por los problemas comunes que puedan presentar, siendo el feminismo el motor de este cambio de perspectiva, que se ocupó de presentar la diversidad social y la dignificación de los comportamientos humanos frente al modelo clásico de familia. Los problemas de estas familias tienden a identificarse por su mayor vulnerabilidad en lo económico y en lo personal, pues el ejercicio de responsabilidad parental no es compartido, sino que recae en un solo adulto. De hecho, según los últimos datos del Instituto Nacional de Estadística, el 54% de las familias monoparentales en el año 2020 estaban en riesgo de pobreza. Por otro lado, se trata de una pobreza que afecta en mayor medida a las mujeres, pues según las mismas estadísticas, de los casi dos millones de hogares monoparentales que había en España en 2020 (un 10,4% del total de hogares), el 81,4% estaban integrados por madres con hijos (frente al 18,6 restante de padre con hijos)[16]. Lo que la autora citada reclamaba ya hace casi dos décadas con respecto a estas familias es que se incluyese, para mejor protección específica de las familias monoparentales, como un supuesto normativo más de modelo de familia inserido en el tenor del art. 39 CE[17].

En cuanto a la tipología de las familias monoparentales, estas pueden serlo desde un primer momento, por decisión de la madre de asumir la maternidad en solitario desde el inicio[18] (o del padre[19] en caso de la adopción)[20]; o resultar

16 Datos de la encuesta continua de hogares, año 2020, Instituto Nacional de Estadística. Nota de prensa de 7 de abril de 2021, p. 5.

17 Valpuesta Fernández, R.: "Las familias monoparentales", cit., pp. 4999-5005.

18 La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, permite en su art. 6 que toda mujer mayor de edad, y con plena capacidad de obrar, sea receptora de las técnicas reguladas en la ley, con independencia de su estado civil y orientación sexual. Desde el año 2014 solo podían acceder personas con trastornos de la fertilidad, o para prevenir la transmisión de enfermedades o trastornos graves, o la preservación de la fertilidad en situaciones asociadas a procesos patológicos especiales. Pero desde noviembre de 2021, las mujeres sin pareja, lesbianas y transexuales que conservan la capacidad de gestar, pueden tener acceso a las técnicas de reproducción humana asistida en el Sistema Nacional de Salud, según la Orden Ministerial SND/1215/2021, de 5 de noviembre, por la que se modifica el anexo III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, y los anexos I y II del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

19 El caso que no se contempla en la ley, como explica Gete-Alonso y Calera, Mª C.: A*ctualización del Derecho de filiación,* cit., p. 193, es el del padre por naturaleza solo, con la excepción de los supuestos en los que la maternidad se reserve de origen o sea desconocida. Esto se explica porque el padre, salvo en la adopción, necesitará siempre de una mujer para serlo, y por el momento nuestra legislación no permite los contratos de maternidad subrogada, se consideraría nulo (art. 10 LTRA). La autora remarca, y con buen criterio aunque pueda parecer obvio, que la norma no está prohibiendo la paternidad sola, sino que está recogiendo un criterio conforme a las leyes de la biología, por lo que al ser la técnica de reproducción asistida solo posible en mujeres, no hay cabida para considerar a la norma discriminatoria de los hombres.
Por otro lado, y en lo que respecta a la adopción, del art. 175 CC se desprende la posibilidad de que una persona sola adopte, lo que constituye la llamada adopción unipersonal.

20 Además del supuesto de adopción, apunta Gete-Alonso y Calera, Mª C.: A*ctualización del Derecho de filiación,* cit., p. 193, que aunque para la formación de un nuevo ser humano siempre se requiere la confluencia de células femeninas y masculinas, jurídicamente podría estar solo determinada una relación de filiación, que generalmente será la maternidad –sobre todo a partir de 2015 en que siempre debe quedar constancia registral de ella, art. 44.4 LRC– aunque no debería descartarse la paternidad sola cuando la madre decida renunciar a los efectos derivados de la filiación.

sobrevenida, bien por fallecimiento del cónyuge/pareja, bien por separación o divorcio en el que los hijos e hijas queden a cargo de un solo progenitor[21].

Que existan varias vías de entrada en la monoparentalidad hace que haya mucha diversidad en estas familias, pues aunque las necesidades serán similares, la forma de vivirlo será diferente[22]. Esta distinción la realizaba la jurisprudencia, por ejemplo, en sentencias como la del TSJ de Madrid de 4 mayo 2017[23], otorgando a las segundas –la monoparentalidad sobrevenida– más beneficios que a las primeras, apoyándose en preceptos como el art. 2.2. e), de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias numerosas, en el que se equipara a la familia numerosa al padre o la madre con dos hijos, cuando haya fallecido el otro progenitor. Esto provocaba que una madre sola con dos hijos sin discapacidad no cumpliese los requisitos para obtener el título de familia numerosa, con los beneficios que ello comportaba, y en cambio otra que hubiese enviudado y tuviese dos descendientes, sí se equiparase. Por lo tanto, ante realidades sustancialmente idénticas, no se daban iguales soluciones[24]. Hoy se ha solventado, en parte –pues la mencionada Ley 40/2003 no ha cambiado su tenor–, con las normas que algunas Comunidades Autónomas han ido promulgando, aunque todavía no hay criterios homogéneos en todos los territorios. De aprobarse la anunciada Ley de Diversidad Familiar y Apoyo a las Familias, parece que este aspecto será uno de los que se tendrá en cuenta: que las familias monoparentales con dos hijos a cargo sean consideradas como familia numerosa a los efectos de otorgarles iguales permisos de conciliación, cuidados y beneficios fiscales[25].

Como decimos, esta situación se ha ido parcheando, con mayor o menor fortuna, en algunas Comunidades Autónomas que paulatinamente han ido recogiendo, en diferentes "leyes sobre familias", el concepto de familia monoparental, a los efectos de otorgarles mayor protección. Como analizaremos, la paleta que encontramos actualmente en España es todo menos monocromática, y lo que en

21 Tradicionalmente, los primeros estudios que hubo sobre familias monoparentales fueron por ausencia de padre, por causa de muerte principalmente. Y los casos de familias monoparentales por causa de maternidad en solitario y fuera del matrimonio, o de ruptura conyugal, fueron relegadas del análisis por suscitar alarma social, ya que "parecían ser el resultado de una falta de moralidad que producía el deterioro de la vida familiar y social". Vicente Torrado, T. L. y Royo Prieto, R.: *Mujeres al frente de familias monoparentales,* Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 13.

22 Reyes Patiño, C.: "Las familias monoparentales", en AA.VV.: *Hacia la protección de la familia. Perspectivas del Derecho de Familia Hoy. Preguntas, Respuestas y Propuestas* (coord. por A. Ortega Giménez y J. I. Grande Aranda), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, p. 269.

23 TSJ de Madrid (sala de lo contencioso administrativo), de 4 de mayo de 2017, núm. 244/2017 (JUR 2017/142518).

24 En 2017 nos preguntábamos si ello se debía a antiguos estigmas que todavía hoy se arrastran contra las madres solas, antes llamadas "solteras" (Ammerman Yebra, J.: *Las madres solas ante los tribunales, la administración y las leyes. ¿Se perpetúa la discriminación?,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 29).

25 La Ley de Diversidad Familiar y Apoyo a las Familias se debería de aprobar en el Consejo de Ministros del martes 25 de octubre de 2022, pero todo apunta a que se seguirá retrasando.

una Comunidad se reconoce como familia monoparental a la que se asocian unos beneficios, en otra puede que nada se diga.

III. UNA PALETA DE COLORES: LAS DEFINICIONES DE "FAMILIA MONOPARENTAL" EN VARIAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS.

Aunque parece que la aprobación de una "Ley de diversidad familiar y apoyo a las familias" se plantea en el futuro próximo, todavía no conocemos su texto, en el que es de suponer que bajo el término "diversidad familiar" se tratará de dar un poco de coherencia al actual panorama de las familias monoparentales. A falta de una regulación estatal que dote de mayor unidad a esta realidad, actualmente existen varias Comunidades Autónomas que han definido la figura de las familias monoparentales, sobre todo a los efectos de dotarlas de beneficios fiscales y laborales. Las diversas leyes autonómicas que contemplan a las familias monoparentales coinciden en definir a estas como aquellas formadas por una hija o hijo, o varias hijas o hijos menores de edad, que conviven y dependen económicamente de una sola persona, que se hace cargo emocional y económicamente de ellas. A partir de aquí, las diferencias son notables. A continuación, haremos un rápido repaso por tres de las normativas dictadas hasta el momento, las de Galicia, Illes Baleares, y Cantabria, además de mencionar la propuesta de decreto que hay actualmente en Asturias, siendo conscientes de que se trata de un análisis parcial y de que nos quedan muchas normas de otras Comunidades Autónomas en el tintero.

1. Galicia.

En la Ley 5/2021, de 2 de febrero, de impulso demográfico de Galicia (en adelante, Ley gallega 5/2021), el gobierno gallego dispuso en el art. 40, bajo la rúbrica "Especial consideración de las familias monoparentales", que el Consello de la Xunta de Galicia aprobaría, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, de un plan de apoyo a las familias monoparentales, "con la finalidad de mejorar la atención y la cobertura social de sus necesidades", haciendo especial hincapié en las medidas que debían de partir de las administraciones locales. Además, en el apartado segundo del art. 40 Ley gallega 5/2021, se concede un plazo de seis meses desde su entrada en vigor para la creación del Registro de Familias Monoparentales Gallegas. A día de hoy todavía no nos consta que se haya creado tal Registro, lo que no obsta para que se hayan ido expidiendo certificados

a familias monoparentales, que no ha hecho más que crecer[26], pasando de 558 en el año 2020 a 1495 en el 2021, y 1270 en los primeros seis meses de 2022[27].

Actualmente es el art. 13 de la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia (en adelante, Ley gallega 3/2011) –y que fue dotado de nueva redacción por la anterior Ley gallega 5/2021– el que recoge el concepto de familia monoparental, entendiéndose por tal al "núcleo familiar compuesto por un único progenitor o progenitora que no conviva con otra persona con la que mantenga una relación análoga a la conyugal y los hijos o hijas a su cargo", y siempre que se cumpla uno de los siguientes tres supuestos: a) Los hombres o las mujeres que afrontan la paternidad o la maternidad en solitario; b) Las familias formadas por una o un cónyuge viudo y los hijos e hijas; c) Las familias formadas por un padre o madre que queda a cargo de las hijas e hijos sin que haya custodia compartida. Como podemos observar, el primer supuesto se refiere a la monoparentalidad de origen, mientras que los otros dos a la sobrevenida.

Además, el apartado segundo del precepto equipara a los hijos e hijas a los efectos de considerarlos en un núcleo monoparental a: a) Las personas unidas al único progenitor o progenitora por razón de tutela o acogimiento; b) El concebido o la concebida, siempre que mediante la aplicación de esta asimilación se obtuviera mayor beneficio.

Por último y como ya indicamos, en su apartado tercero se prevé que la Xunta de Galicia cree un Registro de Familias Monoparentales Gallegas, cuestión que todavía está por solventarse. Lo que sí nos constan son los requisitos y los medios de acreditación de dicha condición, como se desprende del portal de política social de la Xunta de Galicia[28]. Aunque se trata de cuestiones en su mayoría de índole administrativa, queremos destacar algunas con mayor repercusión civil. Nos referimos al requisito de la acreditación de no constar inscrito el progenitor en el Registro Autonómico de Parejas de Hecho de Galicia, y a los requisitos de

26 Este crecimiento también explica que hayan surgido asociaciones como la recién creada "Fagamos. Asociación de Familias Monomarentais de Galicia", que se dirige a apoyar a los progenitores que estén criando a hijos en solitario, entendiendo por progenitores tanto madres solas como padres solos (el término "monomarentales" entendemos que fue dado por la indiscutida prevalencia de la maternidad en solitario frente a la masculina), y tanto en el modelo de monoparentalidad originaria como sobrevenida. Su página web es esta: https://fagamos.com/es/

27 En la nota de prensa de la Xunta de Galicia "La Xunta apoya a las familias monoparentales con ayudas económicas y programas de promoción de la conciliación corresponsable" se anuncian nuevas medidas para mejorar la conciliación de la vida familiar y profesional de las familias monoparentales. En síntesis, se recogen reducciones de jornadas cuando los niños y niñas sean menores de 3 años, el incremento en un 25% de la puntuación para las solicitudes de las familias monoparentales, y se "flexibilizan los criterios en general para poder llegar a más personas beneficiarias", aunque no se dice en qué consiste esta flexibilización, que en todo caso entendemos dentro de los parámetros marcados por el art. 13 de la Ley 3/2011. Puede consultarse la nota de prensa aquí: https://www.xunta.gal/notas-de-prensa/-/nova/70359/xunta-apoya-las-familias-monoparentales-con-ayudas-economicas-programas-promocion?langId=es_ES (Fecha de última consulta: 10/10/2022).

28 Los requisitos para la acreditación de familia monoparental en Galicia se contienen aquí: https://politicasocial.xunta.gal/es/areas/familia-e-infancia/familias-monoparentales

edad que deben cumplir los hijos e hijas para que puedan conformar ese núcleo monoparental.

Sobre el primer extremo, el problema surge debido a la heterogeneidad reinante en cuestión de parejas de hecho y su registro (o no) en las diferentes Comunidades Autónomas o incluso en Ayuntamientos. Aunque suene enrevesado, podrían darse casos de parejas de hecho registradas en otras comunidades, viviendo en Galicia, y que no consten en el registro gallego, por lo que no habría impedimento para que, aunque en fraude de ley –pues además también se requiere una declaración jurada o responsable de no mantener una relación de convivencia análoga a la conyugal–, uno de los progenitores acreditase su condición de familia monoparental junto a los hijos. Remarcamos que se trataría de una situación extrema, consecuencia de la falta de regulación unitaria de las parejas de hecho en todo el territorio español, y que en todo caso no creemos que sea motivo suficiente para eliminar este requisito, que en la mayoría de los casos será eficaz.

En cuanto a la edad que se exige a los hijos, se consideran dentro de la familia monoparental, en todo caso, a los menores de 21 años, y entre los 21 y 25 años (ambas edades incluidas), se debe acreditar que están estudiando, salvo que tengan una discapacidad igual o superior al 33%, caso en el que se seguirán considerando parte del núcleo monoparental aun sin acreditación del requisito de estudios.

Por último, en el caso de la monoparentalidad sobrevenida, si es por causa de separación o divorcio, se exige adjuntar a la solicitud del certificado de familia monoparental "copia de la sentencia o de la resolución judicial que establezca las medidas paterno-filiales de los hijos e hijas e común, acompañada en su caso, del correspondiente convenio regulador". Que se exija la sentencia, cuando es notorio que esta se puede dilatar en el tiempo durante meses, o incluso años, puede situar al progenitor que se quede conviviendo con los hijos e hijas en un limbo, constituyendo "de facto" una familia monoparental, pero no a los efectos de la ley gallega 3/2011[29]. Consideramos que sería más adecuado que se solicitase la acreditación de que desde la efectiva separación entre los progenitores, uno de ellos ha quedado conviviendo con los hijos e hijas de ambos –siempre y cuando no se constatase una custodia compartida "de facto"-.

Y un último apunte sobre la duración del certificado de familia monoparental: a día de hoy, la validez del certificado es de un año. Creemos que ello está justificado cuando los hijos e hijas ya se encuentran en una edad próxima a la mayoría de edad (o, más bien, a los 21-25 años a los que se refieren los requisitos antes expuestos), pero podría resultar engorroso para aquellos progenitores, mayoritariamente

29 Sobre la desprotección de los menores en la fase que va desde la separación "de facto" de los progenitores, hasta el establecimiento de medidas definitivas, se ha pronunciado –no en sede de familia monoparental, sino en general– Vivas Tesón, I.: "La indefensión del menor de edad", cit., pp. 609-634.

madres, que desde el principio deciden asumir su maternidad en solitario, y se van a ver abocadas a tener que renovar, año tras año, su certificado de familia monoparental. Como veremos, hay otras legislaciones que prevén plazos más dilatados.

2. Illes Balears.

En las Illes Balears cuentan con la Ley 8/2018, de 31 de julio, de apoyo a las familias, que ya en su preámbulo declara su intención de acabar con diferencias como aquella que mencionábamos al comienzo de la contribución en la que situaciones idénticas (madre sola con hijos, pero una *ab initio* y otra viuda) recibían un trato diferenciado: "nos encontramos ante una situación de cambio constante, de redefinición de modelos familiares y de nuevas necesidades sociales expresadas que hacen necesaria y oportuna una regulación específica, que integre a la que ya se viene desarrollando desde distintos ámbitos de la Administración, que genere nuevas actuaciones y que defina claramente a algunos colectivos, como el de las familias monoparentales, para permitir que accedan a los servicios en condiciones similares a las de las familias numerosas". Será el art. 7.7. el que equipare a las familias monoparentales con dos o más hijos al régimen de ayudas para las familias numerosas. Sobre la necesidad de mayor protección de estas familias se pronuncia su art. 5, y en el art. 6 se iguala a las familias numerosas a aquellas monoparentales con un hijo con discapacidad reconocida del 33% o superior.

Es el art. 7 de la Ley balear 8/2018 el referido a las familias monoparentales, y para no incurrir en reiteraciones destacaremos solo aquellos aspectos diferentes a la regulación gallega. Por un lado, la amplitud del concepto de familia monoparental, que abarca también estas tres situaciones: a) cuando el progenitor con hijos a cargo convive al mismo tiempo con otra persona o personas con quien no tiene ninguna relación matrimonial o unión estable de pareja, de acuerdo con la legislación civil. b) La familia en la que el progenitor o progenitora que tiene la guarda de los hijos o hijas no percibe ninguna pensión por los alimentos de estos hijos o hijas establecida judicialmente y tiene interpuesta la correspondiente denuncia o reclamación civil o penal. c) La familia en la que el progenitor o progenitora con hijos o hijas a cargo ha sufrido abandono de familia por parte del otro progenitor o progenitora o conviviente.

Como podemos observar, en el primer supuesto cabrían situaciones como las consideradas *supra* que denominamos familias múltiples (cuando se convive con otra u otras personas, diferente del progenitor e hijos, sin vínculo de relación afectivo sexual), o incluso también se podría considerar aquí a las familias extensas, en las que conviven varias generaciones. Por lo tanto, se podría considerar la existencia de un núcleo monoparental dentro de una familia extensa, o de una familia múltiple.

Por último, destacamos la disposición adicional quinta, en la que se dice que se reconocerán los títulos de familias monoparentales de otras comunidades autónomas siempre que exista reciprocidad, hasta que dejen de estar vigentes, y que en su caso se podrán renovar en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de acuerdo con esta normativa.

3. Asturias.

En Asturias hay una propuesta de Decreto "por el que se regula el reconocimiento de la condición de familia monoparental en el Principado de Asturias"[30]. De ella destacamos que ya en el preámbulo se hace mención a que la condición de monoparentalidad incluye una diversidad de situaciones que, además de recoger las ya expuestas *supra* en la normativa gallega, añade "otras casuísticas en las que aun habiendo dos progenitores o dos tutores la realidad evidencia situaciones claras de monoparentalidad y en las que se hace preciso un reconocimiento de la misma". Así, se recogen, además de las situaciones de progenitor solo *ab initio,* por razón de viudedad o por separación y divorcio con custodia en exclusiva para un progenitor, los siguientes: a la unidad formada por el progenitor y sus hijos y que tenga atribuida en exclusiva la patria potestad (art 2.1.c); a la mujer que haya sufrido violencia de género y sus hijos (art. 2.1.f); a aquella formada por una pareja y su descendencia en la que uno de los miembros de la pareja esté en situación de ingreso en prisión o de hospitalización en un centro hospitalario por un período ininterrumpido durante al menos un año (art. 2.1.g); a aquella formada por una pareja y su descendencia en la que uno de los miembros de la pareja tenga reconocido un grado III de dependencia, la incapacidad permanente absoluta o la gran invalidez (art. 2.1.h)[31].

En el art. 3 de la propuesta de decreto se establecen las condiciones que deben ostentar los hijos e hijas: requisitos de edad (solteros y menores de 21 años, o 25 si estudian, límites que no se aplican a quienes tengan reconocido un grado de discapacidad superior al 33%, "o estar incapacitados para trabajar, cualquiera que fuese su edad" –frase que debería modificarse a la vista de la Ley 8/2021 y la nueva concepción de la discapacidad que trae consigo, en la que desaparece la institución de la incapacitación-); de convivencia con la persona progenitora; y de dependencia económica de esta. En el apartado segundo del art. 3 se recoge cuándo se pierde la condición de familia monoparental: cuando la persona que encabece la unidad familiar contraiga matrimonio o conviva con otra persona en

30 Se puede consultar la propuesta de Decreto por el que se regula el reconocimiento de la condición de familia monoparental en el Principado de Asturias" aquí: http://www.asturiasparticipa.es/wp-content/uploads/2020/11/Propuesta-de-decreto-reconocimiento-familias-monoparentales.pdf

31 En los casos de los apartados e), g) y h), la condición de familia monoparental se otorgará siempre y cuando los ingresos anuales de la unidad familiar sean inferiores a 1,5 veces el IPREM vigente calculado en doce mensualidades.

una relación análoga a la conyugal, "o cuando la unidad familiar deje de cumplir con alguno de los requisitos establecidos en este decreto".

Dos cuestiones más de esta propuesta de decreto deben ser destacadas: por un lado, la diferenciación que hace en el art. 4 entre la categoría "especial" de familias monoparentales, y la "general", comprendiendo esta última todas las situaciones no comprendidas en la primera. Las especiales son las que tengan dos o más hijos, las que alguno de sus miembros tenga reconocido un grado de discapacidad del 33% o más, las que tengan ingresos inferiores a 1,5 veces el IPREM, y las que tengan como persona que encabeza la unidad familiar una mujer víctima de violencia de género.

Y, por otro lado, la vigencia del título de familia monoparental, que con carácter general "estará determinada por la fecha en que todos los descendientes dejen de cumplir las condiciones referidas al límite de edad", y cuyos efectos dejarán de producirse "tanto en el momento en que se agota el plazo de vigencia establecido en el título sin proceder a su renovación, como en el momento en que dejen de cumplirse los requisitos para considerarse familia monoparental" (art. 10). En este extremo, vemos mucho más sensato y menos engorrosa la solución asturiana a la gallega, que recordemos pedía validar el título anualmente.

4. Cantabria.

En el caso de Cantabria, cuentan con el Decreto 26/2019, de 14 de marzo, por el que se regula el reconocimiento de la condición de Familia Monoparental en la Comunidad Autónoma de Cantabria[32]. La propuesta de decreto asturiana, anteriormente analizada, se basa en gran parte en este decreto, del que solo diremos que no contempla todas las situaciones de familia monoparental que figuran en la mencionada propuesta asturiana (en concreto, los recogidos en el art. 2.1 g) y 2.1 h) de la propuesta). Por otra parte, en lo referido a la vigencia del título (art. 10 del Decreto cántabro 26/2019), se recoge una panoplia de posibilidades que van desde la validez "general", que es hasta que algún hijo o hija cumpla los 21 años, hasta la "especial" cuando estemos ante un acogimiento (durará lo que este), o personas extranjeras residentes (durará lo que el documento acreditativo de la residencia), o de un año si (i) existen hijos e hijas mayores de 21 años, (ii) si el título depende de los ingresos de los hijos e hijas o (iii) si el título depende de los ingresos de la unidad familiar.

32 El Decreto 26/2019 cántabro se puede consultar aquí: https://boc.cantabria.es/boces/verAnuncioAction.do?idAnuBlob=336703

V. CONSECUENCIAS DE LA DIVERSIDAD NORMATIVA SOBRE QUÉ ES Y QUÉ NO ES UNA FAMILIA MONOPARENTAL.

A grandes rasgos, de la normativa expuesta –y teniendo en cuenta que el análisis hecho es meramente ejemplificativo, dado que prácticamente todas las Comunidades Autónomas cuentan hoy en día con normativa sobre familias monoparentales– extraemos una enorme confusión sobre lo que se considera o no familia monoparental. Si bien en un primer momento no parecería dar problemas su definición como "núcleo conformado por una persona con uno o más hijos a su cargo", las situaciones pueden ser tantas y tan variadas que en los ejemplos expuestos cada Comunidad Autónoma ha elegido qué englobar en el concepto de familia monoparental. Además, creemos que los requisitos para acreditar tal condición también pueden llegar a influir en las propias situaciones reconocidas –por ejemplo, en el caso gallego, aunque en principio un progenitor que se haya separado o divorciado, podría constituir familia monoparental junto a los hijos de los que ostente la guarda en exclusiva, ello no podrá acreditarse a los efectos de obtener el "título" de familia monoparental hasta recaída sentencia que establezca la guarda en un único progenitor. Y en el caso balear, solo se considerará familia monoparental sobrevenida por motivo de separación o divorcio si el progenitor que se queda con la guarda de los niños no recibe una pensión de alimentos, cosa que no sucede en Galicia, en donde podría constituirse en familia monoparental aun recibiendo la pensión.

Por lo tanto, si bien es loable que los poderes públicos, en este caso, las administraciones autonómicas, protejan a la familia, como establece el mandato del art. 39 CE, sería también necesario que se reconociese en la normativa civil el modelo monoparental como un modelo civil de familia. Si estas familias no están plenamente reconocidas, como sí sucede, por el contrario, con el pormenorizadamente regulado modelo matrimonial de familia, en palabras de Valpuesta Fernández estaríamos ante el mayor desamparo que podrían encontrar estas situaciones, que sería su consideración de "no-familia"[33].

Por otro lado, en el ámbito laboral, la falta de regulación está provocando diferencias notables en la forma de aplicar los permisos parentales[34]. Y es que el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo

33 Valpuesta Fernández, R.: "Las familias monoparentales…", cit., p. 5012.

34 La Asociación de Madres Solteras por elección elevó una queja el 18 de febrero de 2021, ante el defensor del pueblo por vulneración de los derechos de las familias monoparentales y de sus hijos e hijas con la reforma del sistema de permisos parentales introducida por el RDL 6/2019 de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, por no garantizarse las mismas opciones de cuidado a sus hijas e hijos o menores a su cargo que en las familias biparentales.
Accesible aquí: https://madressolterasporeleccion.org/wp-content/uploads/2021/02/Queja-permisos-parentales_AMSPE-1.pdf

y la ocupación, equiparó la duración de la suspensión del contrato de ambos progenitores por nacimiento, adopción o acogimiento. En los casos de nacimiento procederá, por un lado, la suspensión del contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas –siendo obligatorias las 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, y que habrán de disfrutarse a jornada completa – y, por otro, la suspensión del contrato de trabajo del otro progenitor distinto de la madre biológica durante el mismo período de 16 semanas, y en iguales términos que el de la madre biológica –siendo, por tanto, también obligatorias las primeras 6 semanas-.

La cuestión que aquí nos interesa destacar es que el art. 48.4 ET establece el carácter individual de este derecho de la persona trabajadora, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, pues el objetivo es contribuir a la consecución de una igualdad real y efectiva por razón de género haciendo recaer sobre ambos progenitores las mismas responsabilidades de cuidado en los primeros meses de vida. El problema que se da en las familias monoparentales es que, al ser un derecho "de naturaleza individual e intransferible", el único progenitor, en teoría, no podría solicitar el que le hubiera correspondido al otro progenitor en una familia biparental, lo que en definitiva repercutiría en un menor tiempo de cuidado del menor, ya que solo se dispondría de las 16 semanas previstas legalmente para un progenitor.

Esta cuestión está siendo tratada de forma diferente por la jurisprudencia: por un lado, contamos con una línea jurisprudencial iniciada por el TSJ del País Vasco en la sentencia de 6 octubre 2020[35], que considera que, en el caso de familias monoparentales, el hecho de que no se puedan acumular las semanas de descanso que hubiesen correspondido al otro progenitor supondría una discriminación contra las familias monoparentales. Por otro, Sentencias como la del TSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de octubre de 2021[36], consideran que la ampliación de la duración de la prestación no resulta posible considerado el derecho vigente, y negando que exista la discriminación del menor que se integra en una familia monoparental en relación al que lo hace en una familia biparental, basándose en el principio de contributividad que rige esta prestación.

En la primera línea, que como se supondrá es la que estimamos correcta, sentencias como la reciente del TSJ de Galicia de 28 enero 2022[37], argumentan esta postura en base a tres pilares: el interés superior del menor, la vulneración

35 TSJ del País Vasco (sala de lo social, secc. 1ª) núm. 1217/2020, de 6 de octubre (ECLI:ES:TSJPV:2020:396)

36 TSJ de la Comunidad Valenciana, núm. 4451/2021, de 19 de octubre (ECLI:ES:TSJCV:2021:4451).

37 TSJ de Galicia, sala de lo social, núm. 425/2022, de 28 de enero de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:971). En igual sentido y entre las más recientes, véase la STSJ Cantabria, núm. 255/2022, de 8 de abril de 2022 (ECLI:ES:TSJCANT:2022:344), en la que se conceden diez semanas adicionales de prestación a una madre que constituye una familia monoparental.

del principio de igualdad por circunstancias familiares que discrimina a las familias monoparentales por no reconocer el derecho del progenitor único a acumular el período de suspensión que hubiese correspondido al otro progenitor, de existir este, y la vulneración del principio de no discriminación por razón de género, vistas las estadísticas que muestran que más de un 80% de las familias monoparentales están formadas por madres con hijos.

En cuanto al primero de los pilares, el interés superior del menor en obtener iguales tiempos de cuidado independientemente del modelo de familia en el que nazca, se basa en el art. 39.4 CE: "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". Además de la consagración por parte de la normativa española y la jurisprudencia tanto interna como europea de este derecho, debemos destacar que la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, ratificada por España en 1990, establece que el interés superior del menor habrá de ser un criterio primordial a la hora de que las instituciones, tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos atiendan cuando se trate de medidas concernientes a niños y niñas, comprometiéndose los Estados miembros a asegurar a los menores la protección y cuidado que sea necesario para su bienestar (art. 3). Además, los arts. 18 y 26 de la Convención establecen la asistencia apropiada que el Estado deben dar a los progenitores para el desempeño de la crianza de los menores, y el reconocimiento de los niños y niñas a beneficiarse de la Seguridad social, teniéndose en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño".

Sobre el segundo de los pilares, referido a la vulneración del principio de igualdad por circunstancias familiares, se basa en la discriminación que sufrirían las familias monoparentales de no reconocérseles el derecho a acumular el período de suspensión del contrato que correspondería al otro progenitor, y que no iría en consonancia con lo dicho en la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre Conciliación de la vida familiar y de la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, cuando en su considerando 37 se explicita que "el requisito de evaluar si las condiciones de acceso al permiso parental y las modalidades detalladas del mismo deben adaptarse a las necesidades específicas de los progenitores en situaciones particularmente adversas", debe evaluarse por los Estados adaptándose a necesidades específicas, "por ejemplo, familias monoparentales, padres adoptivos, progenitores con discapacidad, progenitores que tienen hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas, o progenitores en circunstancias particulares, tales como las relacionadas con nacimientos múltiples y prematuros".

En cuanto al último de los pilares, referido a la discriminación por razón de género que sufrirían estas familias de no concederse el permiso que correspondería al otro progenitor, se basa en el aplastante predominio del modelo femenino de monoparentalidad, en el que el 84.1% de los hogares monoparentales en el año 2020 era formado por una madre con hijos. En este sentido, permitir a las mujeres una mejor conciliación entre su vida profesional y personal contribuye a la consecución de una igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres.

En definitiva, con esta línea jurisprudencial se establece que una aplicación estricta del carácter individual e intransferible del derecho a suspender el contrato de trabajo y, en su caso, a percibir la prestación de Seguridad Social en el supuesto de nacimiento y cuidado del menor, supondría una quiebra del principio de igualdad, por lo que se reconoce al progenitor único el derecho a acumular las semanas de prestación adicionales que corresponderían al otro progenitor[38].

El problema, no obstante, persiste, pues por mucho que los tribunales estén declarando este derecho, en la mayoría de las ocasiones llega tarde y la sentencia no se puede ejecutar. En el caso de la comentada STSJ Galicia, cuando esta se publica (el 28 de enero de 2022), la niña sobre la que se reclamaba el permiso ya tenía un año y cuatro meses (pues había nacido el 21 de septiembre de 2020). Aunque la madre interpuso el recurso solicitando la prestación que correspondería al otro progenitor el 6 de noviembre de 2020, esta se denegó primero el 13 de noviembre, y después el 18 de diciembre definitivamente por la administración. A partir de ahí, pudo la madre interponer la demanda contra el INSS, y aunque en primera instancia (en Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Ourense de 24 marzo 2021[39], por tanto todavía a tiempo de disfrutarse parte del permiso solicitado) ya se le reconoce su pretensión, el INSS recurre, dando como resultado la mencionada STSJ Galicia que, como decimos, a 28 de enero de 2022, ya llega tarde.

38 Debemos precisar que las semanas que hasta ahora están concediendo los tribunales que siguen esta línea jurisprudencial restan aquellas que correspondería disfrutar de forma simultánea al otro progenitor, dado que de lo contrario las familias monoparentales acabarían disfrutando, en total, de más semanas que las familias monoparentales. Aunque ello no deja de ser cierto, también lo es que asumir la crianza en solitario tendrá otras muchas desventajas (sobre todo en lo que se refiere a tiempo de dedicación al menor, por no ser compartido, y a cuestiones de menor solvencia económica, en donde solo se dispone de una fuente de ingresos del progenitor único) por lo que otorgar esas semanas adicionales quizá sería una manera de compensar los otros aspectos en los que se encuentran en desventaja.

39 Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Ourense, núm. 236/2021, de 24 de marzo de 2021.

BIBLIOGRAFÍA

Ammerman Yebra, J.: *Las madres solas ante los tribunales, la administración y las leyes. ¿Se perpetúa la discriminación?,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Barba, V.: "Familias recompuestas y derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación", *Revista de Derecho Civil,* vol. IX, núm. 3, 2022, pp. 157-206.

García Rubio, Mª P.: "¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?", en AA.VV.: *Libro Homenaje a Encarnación Roca Trías* (coord. por P. Abad Tejerina), Sepín, Madrid, 2021, pp. 279-290.

García Rubio, Mª P.: "Un niño o una niña pueden tener más de dos madres o de dos padres: hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad", en AA.VV.: *Persona, familia y género. Liber Amicorum a Mª del Carmen Gete-Alonso y Calera* (coord. por J. Solé Resina), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 209-220.

Gete Alonso Y Calera, Mª C. y Solé Resina, J.: *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Gómez Soriano, M.: "Relaciones convivenciales de ayuda mutua en el Fuero Nuevo navarro", *Diario La Ley,* núm. 10094, sección tribuna, 21 de junio de 2022.

Mackinnon, C.: *Women's lives, men's laws,* Harvard University Press, 2005.

Manrique, R. C.: "El afecto como elemento estructurante del derecho de familia", en AA.VV.: *Afeto e estruturas familiares* (coord. por M. B. Dias, E. F. Bastos y N. M. Moraes), Belo Horizonte, Del Rey, 2010.

Reyes Patiño, C.: "Las familias monoparentales", en AA.VV.: *Hacia la protección de la familia. Perspectivas del Derecho de Familia Hoy. Preguntas, Respuestas y Propuestas* (coord. por A. Ortega Giménez y J. I. Grande Aranda), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Roca Trías, E.: *Libertad y familia. Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como Académica de número por la Excma. Sra. Dª Encarnación Roca y Trías,* Tirant lo Blanch, Madrid, 2012.

Salar Sotillos, Mª J.: "¿Familia o familias? Diversificación de la institución familiar (I)", *Actualidad Civil,* núm. 12, sección persona y derechos, A fondo, diciembre 2019.

Valpuesta Fernández, R.: "Las familias monoparentales. Una perspectiva sobre el Derecho de familia", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis*

Díez-Picazo, (coord. por A. Cabanillas Sánchez), Civitas, Madrid, 2003, pp. 4997-5014.

Valpuesta Fernández, R.: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Vicente Torrado, T. L. y Royo Prieto, R.: *Mujeres al frente de familias monoparentales,* Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

Vivas Tesón, I., "La indefensión del menor de edad desde que se produce la ruptura parental hasta que se judicializa", en AA.VV.: *Autonomía e heteronomía no Direito da Familia e no Direito das Sucessoes* (coord. por H. Mota y R. Guimaraes), Almedina, Coimbra, 2016, pp. 609-634.

LA CONVIVENCIA MARITAL COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

MARITAL COEXISTENCE AS A CAUSE FOR TERMINATION OF THE RIGHT TO ATTRIBUTE THE USE OF THE FAMILY HOME

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2036-2063

David AVIÑÓ
BELENGUER

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La convivencia de un tercero en la vivienda familiar atribuida a uno de los cónyuges no se contempla en el Código Civil español como causa de extinción del uso de dicha vivienda. No obstante, a raíz de la Sentencia núm. 641/2018, de 20 noviembre, se reconoce dicha causa de extinción, si bien existen muchos intereses a proteger, entre los cuales se encuentran el interés superior del menor, y, por otro lado, la libertad del cónyuge que podría quedar comprometida. Por otro lado, el cónyuge no atribuido, frecuentemente no custodio y propietario o copropietario de la vivienda, ve que tiene que seguir sufragando las cuotas del préstamo u otros gastos mientras que el tercero incluso está lucrándose del precio del alquiler de su propia vivienda, al no necesitarla.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del menor; vivienda familiar; atribución del uso, convivencia marital.

ABSTRACT: *The coexistence of a third party in the family home attributed to one of the spouses is not contemplated in the Spanish Civil Code as a cause for termination of the use of said home. However, as a result of Judgment no. 641/2018, of November 20, this cause of extinction is recognized, there are many interests to protect, among which are the best interests of the minor, and, on the other hand, the freedom of the spouse that could be compromised. On the other hand, the non-attributed spouse, often a non-custodian and owner or co-owner of the home, sees that they have to continue paying the loan installments or other expenses, while the third is even profiting from the rental price of his own home, by not needing it.*

KEY WORDS: *Child's best interest; family housing; attribution of use, marital cohabitation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- 1. Intereses jurídicos protegibles.- 2. Una breve aproximación a la atribución de la vivienda familiar.- A) En casos de custodia exclusiva.- B) En casos de custodia compartida.- 3. Problemática suscitada y relación con la razón de la atribución.- A) En caso de existencia de convenio regulador.- B) No existiendo hijos menores de edad.- C) En caso de que el uso se haya atribuido a los menores.- D) En caso de custodia compartida.- 4. Extinción del derecho de atribución del uso de la vivienda por el hecho de contraer matrimonio o por convivir maritalmente con un tercero.- A) Falta de previsión legal como causa de extinción.- B) Efectos en la rebaja de pensión de alimentos.- III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL USO POR CONVIVENCIA CON UNA NUEVA PAREJA.- 1. Causas 'tradicionales' de extinción del uso de la vivienda familiar.- A) Cuando la presencia del conviviente es perjudicial para los hijos menores.- B) Cuando cese la necesidad de vivienda por abandono de la misma.- C) Cuando se acredita la producción de un enriquecimiento injusto.- D) Cuando se produce un abuso del derecho y/o un fraude de ley.- 2. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 y posteriores. La convivencia marital como causa de extinción ¿automática?.- A) Causas 'novedosas' de extinción automática de la atribución del uso.- a) El domicilio familiar dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura familiar.- b) Posibilidad de que el derecho de habitación del menor sea satisfecho a través de otros medios distintos de la atribución del uso de la vivienda familiar.- B) Consecuencias de la extinción del uso.- a) Modificación de las circunstancias y liquidación del inmueble, en su caso.- b) Consecuencias en materia de alimentos o compensación económica.- c) La posible limitación temporal del uso hasta su extinción definitiva.

I. INTRODUCCIÓN.

Según jurisprudencia, la "vivienda habitual" constituye la base física habitable y permanente[1] necesaria para la convivencia de la familia, el desarrollo de la personalidad y una vida digna, y lugar de residencia habitual[2]. Se trata de un concepto no definido en el Código Civil (en adelante CC), pero que debe integrarse con lo establecido en el art. 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges. Así, dicho concepto se puede extraer[3] del contenido de los arts. 40, 68, 70, 1320 y 1406.4º CC. El Código Civil prescinde de aportar una noción de vivienda familiar pese a aludir a la misma en diferentes preceptos (así, a título de ejemplo, en los arts. 90.1.b, 91, 96 o 103 CC), aunque también se encuentran menciones a conceptos tales como "domicilio familiar" (art. 93.2 CC), "domicilio conyugal" (arts. 70 y 105 CC), "vivienda habitual" (art. 1320 CC), "la vivienda donde tuviese la residencia habitual" (art. 1406 CC), etc.

Con frecuencia, producida la nulidad, separación, divorcio o ruptura de una pareja de hecho y atribuido el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en

1 Salvo excepciones, no incluye las segundas residencias, o las viviendas de temporada, ni las anteriores viviendas familiares, o las que no han sido ocupadas al tiempo de crisis matrimonial.

2 Vid. STS 31 mayo 2012 (RJ 2012, 6550) y RDGRN 12 junio 2019 (RJ 2019, 3344).

3 Bravo de Mansilla, G. C.: *Separaciones y divorcios ante notario*, Reus, Madrid, 2016, p. 165.

• David Aviñó Belenguer
Profesor ayudante doctor de Derecho Civil (Universitat de València). Correo electrónico: david.avino@uv.es

compañía de los hijos menores (por razón de guarda), o simplemente al cónyuge por entenderse que tiene un interés más necesitado de protección, el cónyuge atribuido contrae nuevo matrimonio o comienza a vivir *more uxorio* con un tercero en la vivienda familiar, formando un nuevo núcleo familiar al que en ocasiones se incorporan el o los hijos que esta persona ha tenido de una relación anterior. Tampoco resulta infrecuente, por otro lado, que la vivienda sea propiedad exclusiva del cónyuge no atribuido, que, además, debe seguir pagando religiosamente las cuotas para hacer frente a la hipoteca que grava aquella.

Llegados a este punto, nos hacemos eco de algunas de las preguntas formuladas por algún autor, por considerarlas pertinentes: ¿Cabe interponer, y que prospere, una demanda de modificación de medidas entendiendo que la nueva situación comporta una alteración de las circunstancias?[4]. ¿El nuevo matrimonio o la convivencia marital con una tercera persona extingue el derecho de uso de la vivienda familiar? En caso contrario, ¿ofrece el ordenamiento jurídico alguna medida al cónyuge privado del uso? Las respuestas que podamos hacer a cada una de las preguntas anteriores tienen una importancia crucial para los excónyuges, ya que la vivienda familiar es uno de los activos más importantes (a nivel patrimonial) de los que disponen las familias. En cualquier caso, una vez sobrevenida la crisis dicho carácter familiar no se pierde sin más[5], por lo que resulta necesario analizar, en primer lugar, cuáles son los intereses más necesitados de protección a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar, y, en segundo lugar, las posibles causas de extinción de la atribución de dicho uso, y, en especial, en los supuestos de convivencia *more uxorio* del cónyuge "atribuido".

II. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

1. Intereses jurídicos protegibles.

La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar está muy relacionada con el régimen de custodia que se haya pactado o establecido judicialmente[6]. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el art. 96 CC atribuye el uso de la vivienda familiar, en caso de custodia exclusiva, "a los hijos menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad" (art. 96.1.I); en casos de custodia repartida (o compartida,

4 Dice Ordás Alonso, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2018, p. 542, que esto no es infrecuente en la práctica.

5 Dice Gómez Valenzuela, M. Á.: "La convivencia de un tercero en la vivienda familiar: Análisis de la Sentencia núm. 641/2018, de 20 de noviembre, del Tribunal Supremo", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 21, 2019, que "(…) la crisis matrimonial no es óbice para la conceptuación de la vivienda como familiar, y ello porque a pesar de la ruptura, la familia, aun desestructurada, sigue existiendo".

6 De la Iglesia Monje, Mª. I.: "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012, p. 2298.

por analogía), "cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad resolverá lo procedente (art. 96.1.IV). "No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección" (art. 96.2), criterio transpolable a los casos de titularidades compartidas, pues de otra forma las facultades dominicales del cónyuge no beneficiario en el uso quedarían indefinidamente frustradas, p. e. no pudiendo solicitar la división de cosa común.

En todo caso, según el art. 103.2º CC el juez determinará a quién corresponde el uso de la vivienda familiar teniendo en cuenta el "interés familiar más necesitado de protección". De hecho, "Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia" (art. 39.1 CE)[7]. El interés familiar se representa en los procesos de familia por el "interés superior de los hijos menores de edad" (*favor filii*) del art. 39.2 CE ("Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos…"), en el art. 154.2º CC ("La patria potestad …se ejercerá siempre en beneficio de los hijos") y, en lo que se refiere a la atribución del uso de la vivienda familiar, por el art. 96.1 CC (y el 142 CC, que recoge la obligación de alimentos a los hijos, entre los que se encuentra la habitación). No obstante, el interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando sea posible conciliarlos, siempre que: a) este interés no restrinja o limite más derechos que los que ampara; y b) las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor valoren en todo caso los DD.FF. de otras personas que pudieran verse afectados, primando, en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, el interés superior del menor (art. 2.3 y 4 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor). Y ello, además, a la vista de la realidad social existente en el momento en cuestión (art. 3.1 CC)[8].

2. Una breve aproximación a la atribución de la vivienda familiar.

A) En casos de custodia exclusiva.

7 También deberán tenerse en cuenta en la protección del interés del menor la Declaración Universal de DD.HH. (arts. 25 y 26); el Convenio Europeo para la Protección de los DD.HH. y las Libertades Fundamentales (art. 8); la Carta de DD.FF. de la UE (art. 24); la Declaración de Ginebra sobre los derechos del Niño (1989); la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño; la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño (núm. 169, de 25 de enero de 1996); el Convenio núm. 192, de 15 de mayo de 2003 del Consejo de Europa sobre las relaciones personales concernientes a los niños; la Resolución del Parlamento Europeo "Hacia una estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño", de 16 de enero de 2008, etc.

8 Chaparro Matamoros, P.: "Custodia monoparental, atribución del uso de la vivienda familiar y «entorno» del menor: ¿una reformulación del interés superior del menor en la sociedad tecnológica?", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 51, 2019.

En aplicación del principio del interés superior del menor, una línea doctrinal[9] y jurisprudencial[10] considera que el primer párrafo del art. 96.1 CC contiene una presunción *iuris et de iure* (es decir, tiene carácter imperativo) de que el interés del menor sólo queda correctamente salvaguardado mediante la atribución del uso de la vivienda familiar (y con ello, por extensión, al cónyuge en cuya compañía queden), por lo que no cabe ponderarla o modularla con otros posibles intereses más necesitados de protección[11], excepto que: 1.º la vivienda deje de tener el carácter de familiar; y/o 2.º se pierda la custodia por la mayoría de edad[12].

Otra línea doctrinal[13] (sí plasmado en algunas normas autonómicas)[14], considera que el art. 96.1.1 CC contiene una presunción *iuris tantum*, por lo que cabría prueba en contrario consistente en demostrar que el concreto interés superior del menor está salvaguardado de otro modo[15], y así no realizar atribución alguna del uso de la vivienda familiar o incluso atribuir el uso al no custodio[16]. Se trata de hacer una relectura del art. 96.1.1 en clave "alimenticia", en la que, garantizando el cumplimiento del interés del menor (fundamentalmente el derecho de habitación), el juez pueda determinar, tras la oportuna valoración de los intereses en juego y las circunstancias concurrentes (titularidad del bien, cónyuge más necesitado, etc.), cuál es el "interés familiar más necesitado de protección" (art. 103.2 CC y 39.1 CE), que no tiene por qué ser necesariamente el de los hijos menores[17] ni atribuirse con carácter indefinido.

9 Ureña Carazo, B.: "Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014, de 24 de octubre)", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 6, 2015.

10 SAP Málaga 1 septiembre 2005 (JUR 2005, 228944).

11 SSTS 26 abril 2012 (RJ 2012, 6102), 3 abril 2014 (RJ 2014, 1950), 24 octubre 2014 (RJ 2014, 5180), 22 febrero 2017 (RJ 2017, 1079), 8 marzo 2017 (RJ 2017, 696), etc.

12 Pérdida de la custodia que tiene lugar con la mayoría de edad de los hijos (aunque no sean independientes económicamente, al poder quedar cubiertos con otros mecanismos como el derecho de alimentos), salvo que estén en situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar (se equipararán a los hijos menores).

13 SSTS 1 abril 2011 (RJ 2011, 3139), 5 noviembre 2012 (RJ 2012, 10135), 27 junio 2013 (RJ 2013, 4375), 3 mayo 2016 (RJ 2016, 2215), 27 noviembre 2017 (RJ 2017, 6187), 4 abril 2018 (RJ 2018, 1185), etc.

14 Cataluña, art. 233.20-2 y 4 CC Cat.; País Vasco, art. 12.2 Ley 7/2015; Aragón, art. 81.2 CDFA.

15 Berrocal Lanzarot, A. I.: "La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial, por convivencia marital del usuario con otra persona", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 774 (2019), pp. 2008-2009; Cabezuelo Arenas, A. L.: "Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con un tercero", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm.21, 2008, pp. 312-313; Martínez Calvo, J.: "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Civil*, Vol. 6, núm. 3, 2019, p. 166.

16 Santos Morón, Mª. J.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre 2014, p. 33; Martínez Calvo, J.: "La extinción", cit., pp. 166-167 dice que "de hecho, si el propio artículo 96.1 del Código Civil admite que las partes puedan acordar una solución diferente a la atribución del uso de la vivienda al progenitor custodio sin que ello se considere *per se* contrario al interés del menor, carecería de toda lógica pensar que si es el propio juez el que adopta tal decisión sí va a resultar necesariamente contrario a dicho interés".

17 STS 27 junio 2013 [RJ 2013, 4375]). En la doctrina, Seisdedos Muiño, A.: "La atribución de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis, 2015, p. 149; Pinto Andrade, C.: "La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 30, 2013; Tamayo Carmona,

B) En casos de custodia compartida.

Partiendo de la premisa de que los hijos menores deberán tener garantizado su derecho de habitación[18] (a través del acceso a una vivienda digna, o mediante el aumento de la pensión alimenticia para proveerla), el Tribunal Supremo afirma que cuando se establezca el régimen de custodia compartida no es de aplicación el art. 96.1.I CC, sino analógicamente el 96.1 IV, que permite resolver al juez lo procedente, según el interés familiar más necesitado de protección, mediante una labor de ponderación de las circunstancias del caso concreto[19] (p. e. posibilidad efectiva de cada progenitor de procurarse otra vivienda, número de hijos, edad y periodo que van a pasar con cada uno de los progenitores[20], si alguno de los hijos tiene alguna discapacidad física o psíquica, etc.), con especial atención a dos factores, según afirma la STS 24 octubre 2014[21]: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres (interés de los hijos a disponer de una vivienda cuando estén en compañía de cada uno de los progenitores), lo que está íntimamente relacionado con el "interés del cónyuge más necesitado"; en segundo lugar, al régimen de propiedad de la vivienda, es decir, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero (teniendo en cuenta que habiendo paridad económica, y quedando garantizado el derecho de habitación de los hijos, debería atribuirse el uso al progenitor que fuera titular de la misma, con las compensaciones que procedan); y, en ambos casos, por el hecho de no haber una residencia familiar sino dos, no procede hacer adscripción del uso por tiempo indefinido sino únicamente atender al interés de los hijos, que se concreta en aquella atribución del uso que permita compaginar los periodos de estancias de los hijos con ambos progenitores, lo que se traduce en que puede imponerse una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la establecida en el art. 96.2 CC (si bien en su tenor literal se refiere a los matrimonios sin hijos), al objetivo prioritario de facilitar al cónyuge al que se le ha asignado el derecho de uso la transición a una nueva residencia[22].

J. A.: "El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, pp. 270-271.

18 Beltrán Cabello, C.: "Atribución de la vivienda familiar en caso de custodia compartida cuando aquella era propiedad privativa de uno de los cónyuges (Comentario a la STS de 14 de junio de 2017)", *CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 202, 2017, p. 131.

19 Berrocal Lanzarot, A. I.: "La extinción del derecho", cit., pp. 2009-2010.

20 Pinto Andrade, C.: *La atribución del uso de la vivienda familiar. Aplicación práctica en los procesos de separación y divorcio*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 70.

21 STS 24 octubre 2014 (RJ 2014, 5180). A la que le siguen muchas otras SSTS: 29 mayo 2015 (RJ 2015, 2273), 27 junio 2016 (RJ 2016, 2876), 21 julio 2016 (RJ 2016, 3445), 14 marzo 2017 (RJ 2017, 878), 22 septiembre 2017 (RJ 2017, 4407), 22 enero 2017 (RJ 2017, 4636), 20 febrero 2018 (RJ 2018, 573), etc.

22 Costas Rodal, L.: "Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS", *Aranzadi civil-mercantil*, núm. 11, 2016.

En cambio, cuando se atribuya el uso de la vivienda familiar a los hijos y sean los padres los que alternen el uso de la misma (*per relationem*) estaríamos más cerca del supuesto del art. 96.I CC[23] (supuesto de custodia exclusiva) que en supuesto del 96.1 IV.

3. Problemática suscitada y relación con la razón de la atribución.

El problema suscitado en este trabajo, según se ha apuntado anteriormente, es la falta de previsión del matrimonio o convivencia marital como causa de extinción del derecho de uso, lo que unido a la consideración de que el interés protegido por el art. 96.1 es el de los hijos menores, aboca a mantener esta situación (salvo que de la convivencia con un tercero pueda resultar algún perjuicio para ellos) por poco equitativa que parezca. En cualquier caso, debemos diferenciar si al momento de la ruptura, existían, o no, hijos comunes menores de edad, o si se había pactado esta causa de extinción en el convenio regulador.

A) En caso de existencia de convenio regulador.

Salvo opinión en contrario[24], creemos que ninguna duda suscita la admisibilidad de un convenio regulador, homologado judicialmente, que contemple expresamente esta eventualidad (art. 90 CC), considerado como una especie de pacto "a mayores"[25]. Tesis compartida por la mayoría de los participantes en el IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios de Familia con la Asociación Española de Abogados de Familia (Valencia 2010), en cuyas conclusiones se propuso una modificación legislativa para resolver esta situación.

B) No existiendo hijos menores de edad.

No habiendo hijos comunes menores de edad, la vivienda familiar se atribuye (art. 96.III CC) al cónyuge cuyo interés es el más necesitado de protección. En

23 Chaparro Matamoros, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida", *Actualidad civil*, núm. 2, 2019.

24 Feás Costilla "Vivienda familiar y divorcio notarial", en AA.VV.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2017, p. 232) dice que "pese a que tal pacto no contraviene ningún concreto precepto legal, ni causa ningún concreto perjuicio económico, debe rechazarse por su propia lesividad genérica, más vinculada a lo personal y a lo moral que a lo patrimonial o económico".

25 Cabezuelo Arenas, A. L.: "Extinción de la atribución del uso", cit., p. 315; Cuena Casas, M.: "Uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, 2014, p. 34.

estos casos, la doctrina[26] y la jurisprudencia[27] mayoritarias dicen que el matrimonio o la convivencia marital con un tercero conlleva la extinción del derecho de uso -en ocasiones otorgando plazo[28]- tanto si la vivienda pertenece en cotitularidad como si es propiedad exclusiva del cónyuge no usuario, pues se opera sobre la base de intereses dignos de protección en un plano de igualdad, basándose bien en la pérdida del carácter de domicilio familiar al constituirse la nueva familia, bien en una alteración de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de la atribución del uso, que lleva a entender que el interés del beneficiario ya no es el más necesitado de protección[29].

Esta es la línea seguida en del Código Civil catalán (art. 233-24.2 b) CC Cat) o en el País Vasco (art. 12.11 Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores), si bien en este último caso con la diferencia de que dicha causa de extinción no se limita a los supuestos de inexistencia de hijos.

C) En caso de que el uso se haya atribuido a los menores.

En el caso de que el uso de la vivienda familiar se haya atribuido a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.1.I CC), se pueden distinguir dos líneas doctrinales. Por un lado, la que defiende que el hecho de que su titular contraiga matrimonio o conviva maritalmente con una tercera persona en la vivienda familiar no produce, por sí misma, una alteración sustancial de las circunstancias ni constituye, por tanto, causa de extinción del derecho, pues la vivienda continuará teniendo tal consideración para los hijos que allí residen[30]. De hecho, las necesidades

26 Cuena Casas, M.: "Uso de la vivienda familiar", cit. p. 34; García Mayo, M.: "Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero: ¿y el interés del menor?", *Actualidad civil*, núm. 2, 2019; Rodríguez Chacón, R.: "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar", en *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 1999, núm. 2, p. 39; Berrocal Lanzarot, A. I.: "La extinción del derecho", cit., p. 2023.

27 La SAP Barcelona 2 septiembre 2002 (JUR 2002, 271492) declara extinguido el derecho de uso a favor de la esposa y al hijo del actor (mayor de edad y económicamente independiente), "toda vez que en el mismo habita una familia distinta de la constituida en su día por los aquí litigantes y su hijo, al haberse casado nuevamente la demandada y servir tal vivienda de morada al nuevo núcleo familiar".

28 SSAP Valencia 9 mayo 2011 (JUR 2011, 281277) y 18 julio 2012 (JUR 2012, 307999), Málaga 31 marzo 2016 (JUR 2016, 183338), Valladolid 15 enero 2018 (RJ 2018, 159913).

29 Moro Bonillo, E.: "La convivencia con terceros en la vivienda familiar", *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 2014, núm. 63.

30 En la doctrina, Cabezuelo Arenas, A. L.: "Extinción de la atribución del uso", cit., pp. 317-319; Carreras Maraña, J. M., "Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de las parejas de hecho en relación con la vivienda", *Manuales de formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, 2009, núm. 50, p. 228; Cuena Casas, M.: "Uso de la vivienda familiar", cit. p. 34; De Verda y Beamonte, J. R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas españolas e italiana", *RDCI,* Año núm. 91, núm. 752, 2015, p. 3411; García Mayo, M.: "Extinción del derecho de uso", cit.; Rodríguez Chacón, R.: "La extinción del derecho de uso", cit., p. 38; Santos Morón, Mª. J.: "La atribución del uso", cit., p. 4. En la jurisprudencia, SSAP Barcelona 3 marzo 2003 (JUR 2003, 196943), Madrid 10 abril 2003 (JUR 2003, 188468), Castellón 29 julio 2004 (JUR 2004, 242824), Navarra 3 noviembre 2006 (JUR 2007, 90760), Madrid 11 diciembre 2008 (JUR 2009, 116311), Asturias 20 febrero 2009 (JUR 2009, 188730), Cádiz 8 julio 2010 (JUR 2010, 363273), Cáceres 21 julio 2010 (JUR 2010, 302591),

de los hijos ni se modifican, ni se alteran, ni desaparecen por este hecho, de lo contrario, el interés del menor quedaría desprotegido, y quedaría al albur del éxito o fracaso de las relaciones de pareja del custodio[31]. Además, el cónyuge titular del uso de la vivienda familiar, en uso de su libertad personal y amparado por los derechos a la dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, puede establecer relaciones estables de pareja con quien estime procedente y decidir convivir o no con su nueva pareja en el domicilio, siempre que no perjudique los intereses de los hijos[32]. En cualquier caso, se ha discutido por algún autor[33] si el titular no adjudicatario puede ostentar algún derecho frente a ese tercero que entra a convivir en el domicilio familiar[34], lo que dependería de si ya es perceptor de una compensación económica por la pérdida del uso de la vivienda[35].

Se ha criticado por parte de la doctrina que con esta interpretación rigorista del art. 96 CC, nuestros tribunales han venido colocando al cónyuge no custodio en una situación humillante -factor de tipo sentimental[36]- que le puede conducir a una suerte de descapitalización económica[37]. La protección de los hijos o, la salvaguarda de su entorno no puede conducir a que el cónyuge titular tenga que financiar la necesidad de vivienda del querido/a de la madre/padre de su hijo[38] (gastos de comunidad, hipoteca, etc.), con el consiguiente aprovechamiento o beneficio que éste/a obtiene[39]. Es difícil aceptar, la posibilidad de que la nueva pareja del cónyuge beneficiario del uso (así como los hijos que en su caso tengan) habite la vivienda común o propiedad del otro cónyuge, incluso cuando es titular de otra vivienda que aprovecha para poner en alquiler[40]. Incluso, en Italia, si bien el Art. 337-sexies Ccit. recoge que, a pesar de contemplar expresamente la extinción del derecho de uso, cuando el beneficiario conviva *more uxorio* o contraiga nuevo

Vizcaya 5 octubre 2010 (JUR 2010, 409300), A Coruña 16 septiembre 2010 (JUR 2010, 343095), Málaga 20 abril 2012 (JUR 2012, 330448), Barcelona 10 mayo 2016 (JUR 2016, 179876), etc.

31 López-Brea Martínez, M.ª C.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial", en AA.VV.: *El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad de gananciales* (A. L. Rebolledo Varela *et. al.*), Dykinson, Madrid, 2010, p. 277. Sobre la normativa vasca (art. 12.11.e) dice Castellanos Cámara, S. "Las crisis familiares en la legislación vasca", en AA.VV.: *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar* (dir. J. R. De Verda y Beamonte), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 575 que "ni la situación económica del adjudicatario mejora de forma automática por el hecho de tener una nueva pareja, ni (…) garantiza *per se* que la necesidad de habitación del menor (todavía sujeto a la custodia del beneficiario del derecho de uso que ahora se extingue) vaya a quedar de otro modo debidamente cubierta".

32 García Mayo, M.: "Extinción del derecho de uso", cit.

33 Castellanos Cámara "Las crisis familiares", cit., p. 575.

34 Eso sí, la SAP Madrid 10 julio 2017 (JUR 2017, 216669) cerró la puerta a la consideración de precarista, desestimando la acción de desahucio por precario ejercitada contra dicho tercero.

35 Como es prevé, en este último caso, en el País Vasco (art. 12.7 Ley 7/2015).

36 García Mayo, M.: "Extinción del derecho de uso", cit.

37 Gómez Valenzuela, M. Á.: "La convivencia", cit.

38 Cuena Casas, M.: "Uso de la vivienda familiar", cit. p. 34.

39 Berrocal Lanzarot, A. I.: "La extinción del derecho", cit., p. 2016.

40 Santos Morón, Mª. J.: "La atribución del uso", cit. p. 3.

matrimonio, la jurisprudencia no considera la extinción automática, sino que la subordina a un juicio de conformidad al interés de los hijos menores[41].

Para otro sector, cuando el progenitor custodio forma una nueva unidad familiar mediante la convivencia marital con un tercero de forma prolongada, se pierde el carácter de vivienda familiar, al sustituirse el núcleo familiar a cuyo favor se hizo dicho reconocimiento[42]. Esta línea ha sido la finalmente adoptada por la STS 20 noviembre 2018[43], según la cual podrá solicitarse dicha medida a través del proceso de modificación de medidas, al considerar que la unidad familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado sustancialmente alterada en su composición, dando lugar a una nueva, generándose una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido[44], momento a partir del cual el cónyuge -junto con sus hijos y pareja sentimental- deberá buscar nuevo alojamiento.

D) En caso de custodia compartida.

Cuando se haya determinado la custodia compartida de los hijos, si la vivienda se atribuye al cónyuge no titular o cotitular se deberá a sus escasos recursos, según el art. 96.1.IV. A tal efecto, el matrimonio o convivencia marital podría considerarse como causa de extinción de la atribución del uso, al tener el nuevo cónyuge el deber de socorrerle ex art. 68 CC[45].

4. Extinción del derecho de atribución del uso de la vivienda por el hecho de contraer matrimonio o por convivir maritalmente con un tercero.

A) Falta de previsión legal como causa de extinción.

41 García Mayo, M.: "Extinción del derecho de uso", cit. Vid. Cass. de 8 de mayo de 2013, núm. 10719; Cass. de 15 de julio de 2014, núm. 16171; o Cass. de 14 de julio de 2015, núm. 14727.

42 Cabezuelo Arenas, A. L.: "Extinción de la atribución del uso", cit., pp. 309-319; Moll de Alba Lacuve, C.: "Análisis crítico de la regulación de la extinción del uso de la vivienda familiar", en AA.VV.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2017, p. 206; Ordás Alonso, M.: "El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar. un halo de esperanza", en *Diario La Ley*, 2019, núm. 9332. En la jurisprudencia, SSAP Málaga 21 de septiembre 2010 (JUR 2011, 83336), SAP Valladolid 18 mayo 2012 (JUR 2012, 226812) o Almería 19 marzo 2007 (AC 2007, 505).

43 STS 20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5086)

44 Cuena Casas, M.: "Uso de la vivienda familiar", cit. p. 34; Berrocal Lanzarot, A. I.: "La extinción del derecho", cit., p. 2015.

45 Solución que sí viene recogida en Cataluña (art. 233-24.2 b) Ccat.).

Tradicionalmente, la jurisprudencia[46] y la doctrina[47] han considerado que no se extingue el derecho de atribución del uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero cuando dicho derecho hubiera sido atribuido por razón de la custodia de los hijos menores, pues no altera o modifica la necesidad de vivienda de los hijos en cuyo interés se atribuyó el uso, al primar la libertad de entrada en el domicilio de cualquier persona, siempre que no perjudique los intereses de los hijos. Según la jurisprudencia, por convivencia marital se entiende -argumentos que pueden hacerse extensibles a los efectos de extinción del uso de la vivienda- la voluntad de constituir una pareja estable, que goce de los elementos de sentimiento de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad[48]. Esto no se ve desvirtuado por el hecho de que habitando cada uno de los componentes en su propio domicilio o en que comparten vivienda sólo durante algunos determinados días (p. en los fines de semana)[49], o que quien es actualmente pareja de quien tiene atribuido el uso aparezca empadronado en otro lugar[50], ni porque mantenga casa abierta[51]; tampoco, es necesario que la pareja comparta gastos, ni que la pareja se haya instalado en un domicilio o comparta indistintamente el que cada uno de ellos tuviera antes de conocerse[52].

Por otro lado, se ha planteado por un sector doctrinal y jurisprudencial la aplicación analógica del art. 101 CC, que contempla expresamente como causa de extinción de la pensión compensatoria el nuevo matrimonio o la convivencia marital con otra persona a los supuestos de extinción de la atribución del uso por convivencia marital[53]. Otra línea doctrinal, en cambio, defiende que dichas pensiones cumplen funciones distintas, ya que la pensión compensatoria tiene un carácter indemnizatorio (eliminar desequilibrio patrimonial entre los cónyuges)[54] y el criterio de atribución carácter asistencial (interés más necesitado de protección[55].

46 Según la SAP Asturias 20 febrero 2009 (JUR 2009, 188730) "las necesidades de la menor se mantienen en la misma medida en que estaban presentes en el momento en que se produjo la ruptura de la convivencia". La SAP Murcia 21 junio 1999 (JUR 1999, 272220), considera que la convivencia de un tercero, pareja de la madre, en la vivienda habitual es un "motivo carente de entidad legal a efectos revocatorios de la medida en controversia". SAP A Coruña 16 septiembre 2010 (JUR 2010, 343095).

47 De Verda y Beamonte, J. R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso", cit. p. 3411; Rodríguez Chacón, R.: "La extinción del derecho de uso", cit., p. 38.

48 SSAP Barcelona 3 mayo de 2007 (AC 2007, 746), Valencia 17 diciembre 2013 (AC 2014, 181).

49 SAP Madrid 10 mayo 2016 (JUR 2016, 164400).

50 SAP Asturias 27 abril 2018 (JUR 2018, 186108).

51 SAP Pontevedra 21 abril 2014 (JUR 2014, 216714).

52 SAP Asturias 14 julio 2014 (AC 2014, 1275).

53 SAP Asturias 25 abril 2011(RJ 2011, 185052). Siguen esta línea Gómez Valenzuela, M. Á.: "La convivencia", cit.; Pinto Andrade, C.: *La atribución del uso*, cit. pp. 89-90; Rodríguez Chacón, R.: "La extinción del derecho de uso", cit., p. 39; Cervilla Garzón, M. D., "Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, 2003, núm. 34, p. 23.

54 Muñoz Rodrigo, G. "La extinción de la pensión compensatoria por "convivencia marital": significado y finalidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, pp. 361-362.

55 Dice García Mayo, M.: "Extinción del derecho de uso", cit., que "la pensión compensatoria no atiende a un estado de necesidad, hasta el punto de que se puede ser acreedor de la pensión compensatoria aunque se tengan medios suficientes para mantenerse por sí mismo".

En Cataluña, el derecho de uso, si se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge (supuestos de custodia compartida), se extingue (233-24.2 CC Cat), entre otros motivos: b) Por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona. No obstante, algún autor ha sugerido la modificación del art. 233.24.2 CC Cat al objeto de incluir el caso que se haya atribuido el uso por razón de necesidad, sino también en los casos de atribución por guarda [56]. De hecho, la SSTJ Cataluña 3 febrero 2012[57] ha reconocido que si se incrementaran los medios del guardador por mor de esa nueva convivencia con tercero o matrimonio, debería cesar también el uso, al haberse modificado las circunstancias iniciales, por lo que no parece extraño que en lugar de empeñarse en que el hijo permanezca a toda costa en un enclave, contribuyan los padres al pago de la renta de un inmueble en proporción a sus recursos", introduciéndose los correctivos necesarios[58].

En el País Vasco, son causas de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar (art. 12.11 Ley 7/2015), entre otras: "d) El matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona, salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario"[59]. Algún autor ha señalado que este motivo -y el del apdo. c)- de extinción del uso probablemente esté pensado exclusivamente para los casos de atribución del uso de la vivienda familiar por razón de necesidad. En cualquier caso -dice el autor-, que el matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona no es una razón que justifique en todo caso la consecuencia que la Ley le atribuye, por lo que habría que ponderar en qué medida esa nueva pareja puede proporcionar o facilitar al progenitor adjudicatario el acceso a otra vivienda.

B) Efectos en la rebaja de pensión de alimentos.

Para la STS 19 enero 2017[60] la convivencia con un tercero puede producir una revisión modificativa en el procedimiento de familia, rebajando las pensiones alimenticias (arts. 90, 91 i*n fine* CC, en relación con los arts. 93, 145 y 146 CC) ya que de conformidad con el art. 142 CC se comprende dentro del concepto de

56 Moll De Alba Lacuve, C.: "Análisis crítico de la regulación", cit. p. 209

57 SSTJ Cataluña 3 febrero 2012 (RJ 2014, 1568)

58 Cabezuelo Arenas, A. L.: "El art. 96 CC: sobrevaloración del interés del menor versus aniquilación de los intereses económicos de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de reforma", en AA.VV.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2017, p. 352.

59 Seisdedos Muiño, A.: "La atribución de la vivienda familiar", cit. p. 162

60 Dice la STS 19 enero 2017 (RJ 2017, 754) que "La que fuera esposa del demandante y a la cual había sido atribuido el uso *per relationem* introduce en la vivienda familiar una nueva pareja y el hijo que ambos tienen. Afirma que "además de repercutir en la contribución de gastos, … como los de comunidad de la vivienda -… repartidos al 50%-, y los gastos de la empleada de hogar que se computan a los efectos de cuantificar la pensión de alimentos en su día, son gastos estos de los que se beneficia la nueva familia en perjuicio del … apelante, que comparte al 50% la vivienda afectada al uso". En la jurisprudencia menor, baste citar p. e. las SSAP Baleares 26 octubre 2007 (JUR 2008, 85688) y Madrid 16 octubre 2007 (AC 2007, 2324).

alimentos el de habitación[61]. Ampararse en que se está sirviendo a los intereses de los menores, cuando realmente se está especulando es una manera peculiar de entender el funcionamiento del art. 96.1 CC"[62]. Eso sí, si bien las consecuencias de la introducción de un tercero en la vivienda no se plantean desde la medida del uso, sino de la prestación de alimentos, parece transmitir el mensaje de que la cuestión debe plantearse desde este último[63]. Se ha criticado por algún autor, no obstante, que la rebaja de la pensión de alimentos reduce los recursos para cubrir las necesidades de los hijos[64].

Se ha llegado a plantear la posibilidad de que se conceda una compensación económica al cónyuge no usuario de forma directa o creada *ex novo*[65], a cargo de la nueva pareja, con dos posibles modalidades: i) que la nueva pareja contribuya a los gastos ocasionados por la convivencia, lo que reequilibraría la prestación alimenticia (bajando la del no custodio y aumentando la del custodio); o ii) que la nueva pareja pague por el uso de dicha vivienda[66]. De este modo, se evitaría tanto el estado de asfixia económica en el que con frecuencia éste se ve inmerso, como el sentimiento de injusticia material que provocan ciertas situaciones, como la incorporación en la vivienda atribuida de un tercero -a veces con hijos-[67], y con ello la disminución de litigiosidad[68]. En todo caso, coincidimos con algún autor[69] en que no se ve inconveniente para introducir ciertas estipulaciones en convenio regulador, desplazando hacia el custodio la obligación de sufragar ciertos conceptos de acaecer este evento.

Por su parte, el auto de la SAP Madrid 5 mayo 2000[70] apunta una solución indemnizatoria a cargo de la pareja del cónyuge atribuido, por incumplimiento de una obligación de no hacer.

61 Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia del TS en torno a las consecuencias de la convivencia del progenitor custodio con una nueva pareja en la vivienda familiar", en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. *P. Chaparro Matamoros*), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 339.

62 Cabezuelo Arenas, A. L.: "El art. 96 CC", cit., pp. 350-354.

63 Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia", cit. p. 339.

64 SAP Alicante 22 junio 2018 (JUR 2018, 317434). Martínez Calvo, J.: "La extinción", cit. p. 175.

65 Martínez Calvo, J.: "La extinción", cit., p. 175.

66 Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia", cit. p. 341.

67 Santos Morón, Mª. J.: "La atribución del uso", cit., p. 11.

68 Oliva Blázquez, F.: "Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: análisis crítico y propuestas de reforma legal", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 16, 2017.

69 Cabezuelo Arenas, A. L.: "El art. 96 CC", cit. p. 352.

70 Según la SAP Madrid 5 mayo 2000 (JUR 2011, 239853) "Es cierto que en el caso no podía actuarse contra el actual esposo […], por vía de lanzamiento, al ser un tercero ajeno al proceso matrimonial, pero ello no excluía la exoneración de toda responsabilidad civil de quien, conforme a lo antedicho, venía obligado a no hacer extensivo el derecho de uso a personas ajenas al entorno originario constituido por aquélla y las hijas comunes".

III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL USO POR CONVIVENCIA CON UNA NUEVA PAREJA.

A falta de previsión legal en el Código Civil español para poder solicitar la extinción del uso de la vivienda por el matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona suele alegarse por el cónyuge no atribuido la modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta cuando se fijó el mismo en la sentencia correspondiente[71].

1. Causas 'tradicionales' de extinción del uso de la vivienda familiar.

A) Cuando la presencia del conviviente es perjudicial para los hijos menores.

Se ha venido defendiendo el posible planteamiento de la extinción del derecho de uso si se demuestra que la presencia de un compañero sentimental que convive maritalmente con el cónyuge es perjudicial para los hijos menores, solicitando la modificación de la medida de guarda y custodia a raíz de la pérdida de la misma por parte del progenitor custodio, y con ello su atribución del uso[72]. P. e. por una invasión del tercero conviviente en cometidos que no le son propios, esto es, si se demuestra que intenta usurpar funciones educativas que son exclusivas de los progenitores o que ejercer influencia nociva sobre el menor"[73].

No obstante, según algún sector doctrinal y de la jurisprudencia la nueva relación no tiene por qué incrementar, *per se*, el perjuicio al propietario excluido del uso[74].

B) Cuando cese la necesidad de vivienda por abandono de la misma.

Cuando los beneficiarios del uso abandonan el inmueble se puede entender que se encuentran sus necesidades satisfechas por otros medios, supuesto en el cual se encuentra fundamentado tal cese del régimen jurídico de la vivienda familiar, pues la necesidad ha cesado y el inmueble ha dejado de cumplir tal función [75]. No obstante, como apunta algún autor no todo abandono es susceptible de implicar la extinción del derecho de uso y, en consecuencia, la pérdida de la condición familiar de la vivienda. Como ha recogido alguna sentencia, si el cónyuge

71 Moro Bonillo, E.: "La convivencia", cit.

72 Berrocal Lanzarot, A. I.: "La extinción del derecho", cit., p. 2015; Rodríguez Chacón, R.: "La extinción del derecho de uso", cit., p. 38.

73 Cabezuelo Arenas, A. L.: "Extinción de la atribución del uso", cit., p. 317.

74 García Mayo, M.: "Extinción del derecho de uso", cit., comparte lo afirmado por la SAP Madrid 5 mayo 2011 (JUR 2011, 239853), referida a un supuesto en el que el tercero que convivía en la vivienda era, en este caso, la hermana del cónyuge beneficiario. Según esta sentencia, la del propietario se trata de una queja "humanamente, si se quiere, comprensible, pero jurídicamente inatendible, pues la presencia del tercero no le ocasiona ningún daño –adicional-"-.

75 García Mayo, M.: "Extinción del derecho de uso", cit.

custodio asignatario del uso de la vivienda pasa a convivir con su nueva pareja en una residencia distinta de aquélla, puede ser recomendable no extinguir su derecho de uso, porque ello supondría privar de protección a los hijos en caso de ruptura del cónyuge custodio con su nueva pareja. Por ello, talvez parece más razonable sostener que, en caso de necesidad del cónyuge no usuario, pueda extinguirse el primigenio derecho de uso y serle atribuida a aquél la vivienda (mediante el correspondiente juicio de modificación de medidas), sin perjuicio de volver a realizar un cambio en el uso de la vivienda en caso de que existiera una necesidad habitacional por parte de los hijos[76].

C) Cuando se acredita la producción de un enriquecimiento injusto.

La acción más empleada para intentar privar del derecho de uso de la vivienda familiar al beneficiario es la de "enriquecimiento injusto"[77], reclamando en la mayoría de los casos que el nuevo inquilino abone una cuantía en concepto de alquiler o en caso contrario, abandone la vivienda[78] P. e. cuando un tercero que convive maritalmente con el custodio en el inmueble privativo del no custodio y mientras tanto alquila la vivienda de su propiedad, obteniendo así un enriquecimiento "parcialmente injusto" en cuanto se debe, en parte, al propietario de la vivienda que se ocupa[79]. Así, el tercero que entra a vivir en el domicilio familiar está obteniendo un enriquecimiento no justificado, en la medida en la que disfruta del uso de un inmueble sin que exista título alguno que lo ampare. Correlativamente, el propietario de la vivienda sufre un perjuicio, pues no solo debe soportar el derecho de uso sobre la vivienda que corresponde a su excónyuge y a sus hijos -éste sí, amparado por la correspondiente resolución judicial-, sino también el uso por parte de un tercero ajeno a la familia[80].

En contra de la opinión anterior, otro sector doctrinal desestima la posibilidad de entender que se produce en estos casos un enriquecimiento injusto por este motivo[81].

D) Cuando se produce un abuso del derecho y/o un fraude de ley.

En determinados supuestos se ha señalado por algún autor que puede plantearse la extinción del uso de la vivienda familiar con fundamento en la

76 Chaparro Matamoros, P.: "La pérdida del carácter "familiar" de la vivienda en la que se había desarrollado la convivencia conyugal. Comentario a la STS núm. 524/2017, de 27 de septiembre", *Actualidad civil*, núm. 2, 2019, pp. 628-629.

77 Oliva Blázquez, F.: "Atribución del uso", cit.; Ordás Alonso, M.: *La atribución, cit.*, p. 549.

78 Moro Bonillo, E.: "La convivencia", cit.; Ordás Alonso, M.: *La atribución, cit.*, pp. 553-554. SSAP Baleares 19 mayo 2006 (JUR 2006, 195641), A Coruña 16 septiembre 2010 (JUR 2010, 343095).

79 SAP Barcelona 28 mayo 2008 (JUR 2008, 266886).

80 Martínez Calvo, J.: "La extinción", cit., p. 160.

81 Cabezuelo Arenas, A. L.: "Extinción de la atribución del uso", cit., p. 317.

doctrina de la prohibición del abuso del derecho y en la condena del fraude de ley, cuando se trate de evitar resultados que "clamen al cielo"[82], p. e. cuando el cónyuge atribuido pretende continuar en el uso de la vivienda pese a contar, en su caso, con otros medios con los que satisfacer la necesidad habitacional[83].

En ocasiones, el abuso del derecho se alega como argumento hipotético en el caso de que no se llegue a una situación de justicia, p. e. cuando el hijo, ya mayor de edad, no precise de la vivienda por vivir, junto a su madre (a la que le había sido atribuido el uso por guarda), en el domicilio de la nueva pareja. Este es el caso conocido en la STS 29 marzo 2011[84], que resuelve que "cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, (…) constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que, en el presente caso, se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre (…). La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC.".

2. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 y posteriores. La convivencia marital como causa de extinción ¿automática?

Una creciente línea doctrinal[85] y jurisprudencial[86] defiende la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar en caso de matrimonio o convivencia marital con un tercero, haya o no hijos menores de edad[87] Entre todas las sentencias puede destacarse, por su carácter pionero, la STS núm. 641/2018, de 20 noviembre, que vamos a analizar en los siguientes apartados.

82 Cabezuelo Arenas, A. L.: "Extinción de la atribución del uso", cit., p. 319.

83 García Mayo, M.: "Extinción del derecho de uso", cit. En la SAP Almería 3 febrero 2003 (JUR 2003, 76100) se dice que "la sentencia recurrida [] otorga [el uso] a la esposa en atención al interés más necesitado de protección (…). Ahora bien, (…) la esposa ya aportó al matrimonio un hijo extramatrimonial y que al poco de producirse la separación la misma ha tenido otro hijo fruto de la unión sentimental de la esposa con otra persona, con la que al parecer mantiene una convivencia. Por consiguiente [] por la vía de la pretendida protección de un menor y de su interés se puede conseguir por la madre un hogar para su nueva familia, aportando el esposo separado en tales circunstancias una vivienda, lo que ciertamente sería (…) un abuso de derecho, y un fraude de ley pues por el mecanismo de impetrar la protección que merece la hija menor de los litigantes, está obteniendo en la práctica un beneficio que carece de justificación para sí misma, para su nuevo compañero y para el hijo de ambos, con la consiguiente limitación sin causa del derecho dominical del actor sobre la finca".

84 STS 29 marzo 2011 (RJ 2011, 3021).

85 De Verda y Beamonte, J. R. y Bueno Biot, A.: "El régimen de los alimentos de los hijos menores de edad", en AA.VV. *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar* (dir. J. R. De Verda y Beamonte), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 255; Ordás Alonso, M.: *La atribución*, cit., p. 543.

86 SSAP Almería 19 marzo 2007 (JUR 2007, 505), Málaga 31 marzo 2016 (JUR 2016, 183338) o Granada 14 diciembre 1992 (AC 1992, 1671).

87 Ordás Alonso, M.: "El matrimonio o convivencia marital", cit. Lo que cuestiona la autora es que la libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio.

A) Causas 'novedosas' de extinción automática de la atribución del uso.

De forma totalmente novedosa[88] la STS 20 noviembre 2018[89], apunta los siguientes argumentos en pro de la extinción de la atribución del uso: 1.º el domicilio familiar "dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura familiar" (pérdida del carácter familiar de la vivienda), y 2.º la posibilidad de que el derecho de habitación del menor sea satisfecho a través de otros medios distintos de la atribución del uso de la vivienda familiar, con objeto de conciliar su interés superior con los intereses del resto de partes implicadas, ya que -dice- "el interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos"[90]. Todo ello favorecido, según el TS, "por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda", aunque la pérdida del carácter familiar de la vivienda se producirá sea cual fuere la titularidad (ganancial o no) de la vivienda[91]. La sentencia no niega "que al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad se puedan establecer nuevas relaciones de pareja con quien se estime conveniente, lo que se cuestiona es que esta libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio", conciliando así la aplicación del principio del interés del menor con el de sus padres (p. e. el derecho de propiedad del cónyuge al que no se adjudicó el uso y disfrute de la vivienda), siempre que el derecho a una vivienda de los hijos menores de edad resulte amparado, flexibilizando la rígida interpretación que del art. 96 CC venía efectuando el Alto Tribunal y proporcionando la esperanza en que de forma gradual, y dentro del ámbito de

88 Méndez Tojo, R.: "Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges por convivencia con tercera persona: la novedosa STS 641/2018, de 20 de noviembre", *Actualidad civil*, núm. 1, 2019. En la jurisprudencia del Alto Tribunal, anteriormente, la STS 19 enero 2017 (RJ 2017, 754) trató de estos efectos de dicha convivencia desde la perspectiva de la rebaja del importe de las pensiones alimenticias de los menores, pero el alto Tribunal no se había pronunciado anteriormente acerca de los efectos que produce en el derecho de uso sobre la vivienda familiar el hecho de que el progenitor al que se la atribuyó el uso comience a vivir con una nueva pareja. No obstante, este criterio de extinción sí venía recogido en algunas SSAP. P. e. la SAP Valencia 9 mayo 2011 (JUR 2011, 281277) afirma que "en la actualidad la esposa ha formado una nueva familia, al haberse casado con otra persona con la que tiene un hijo, con lo que la primitiva vivienda familiar ha pasado a ser también vivienda familiar de su nueva familia, perdiendo así, en parte, su antiguo carácter de vivienda familiar, lo que unido al tiempo transcurrido desde la fecha de la sentencia de separación así como el amplio régimen de visitas, que casi supone una custodia compartida, hace que la Sala limite el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y en todo caso por un plazo máximo de dos años a contar de la fecha de la sentencia de la instancia". En parecido sentido, vid. SSAP Valencia 20 julio 2015 (JUR 2016, 1741) o Málaga 31 marzo 2016 (JUR 2016, 183338).

89 La STS 20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5086) se dicta en confirmación de la SAP Valladolid 15 enero 2018 (JUR 2018, 64717), que consideró que la vivienda familiar ha dejado de tener tal consideración, al servir su uso a una familia diferente, añadido a que razones de justicia y equidad obligan a no mantener el uso de la vivienda familiar cuando ello beneficia un tercero; en cuanto a la solicitud de venta de la vivienda familiar o a su adjudicación a uno de ellos, la AP desestimó dicho petitum al entender que previamente debía procederse a la liquidación del régimen económico del matrimonio, dado que la vivienda tenía carácter ganancial. No obstante, nada dijo la sentencia de la AP sobre la pensión de alimentos, aspecto que no fue recurrido por ninguna parte.

90 Chaparro Matamoros, P.: "La pérdida del carácter "familiar", cit. p. 6349.

91 García Mayo, M.: "Extinción del derecho de uso", cit.

aplicación de la norma, vaya adaptando el tenor del precepto a la realidad social del tiempo en que debe ser aplicada[92].

a) El domicilio familiar dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura familiar.

La sentencia analizada dice que "La introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habérsele asignado la custodia de los hijos (…), cambia el estatus del domicilio familiar"[93]- al introducir a una tercera persona en la misma, que hace perder a la vivienda su antigua naturaleza "por servir en su uso a una familia distinta y diferente" [94], y aunque "no se niega que al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad se puedan establecer nuevas relaciones de pareja con quien se estime conveniente" ("lo que se cuestiona -dice el fallo- es que esa libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio …)", considera que "una nueva relación de pareja, tras la ruptura del matrimonio, tiene evidente influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar e incluso en el interés de los hijos, desde el momento en que introduce elementos de valoración distintos de los que se tuvieron en cuenta inicialmente"; y, en definitiva, "determina la modificación de los criterios que sirvieron de base para la concreción de la medida". Para algún autor, la pérdida del carácter familiar únicamente se produciría por la "intensidad" del nuevo núcleo familiar, p. e. cuando convivan el progenitor custodio, hijo/s comunes de la pareja, hijo/s de esa nueva pareja, e hijo/s comunes de la nueva relación[95].

Este argumento se reproduce en las SSTS 29 octubre 2019 y 23 septiembre 2020[96]. La primera confirma la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por introducción en ella de una pareja sentimental de la mujer, titular del derecho de uso, en el sentido de que, manteniéndose la menor en la misma, se forma una nueva pareja sentimental entre su madre y un tercero que disfruta de una vivienda que también es propiedad del marido, que además abona el 50 % de la hipoteca. La segunda, referida a un caso de nuevo matrimonio, confirma que la introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza.

92 Ordás Alonso, M.: "El matrimonio o convivencia marital", cit.

93 Cuena Casas, M.: "Uso de la vivienda familiar", cit., p. 34. Según la autora, esta circunstancia provoca una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido.

94 Ordás Alonso, M.: *La atribución, cit.*, p. 549. Según la autora "El sustrato fáctico sobre el que se sustentaba la adjudicación del uso ha desaparecido al igual que ocurriría con la desaparición del inmueble o del título de ocupación (v.gr. resolución del contrato de compraventa, ejecución de la hipoteca, desahucio en el arrendamiento) y en consecuencia procede la extinción".

95 Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia", cit. p. 346.

96 SSTS 29 octubre 2019 (RJ 2019, 4495) y 23 septiembre 2020 (RJ 2020, 3531).

Desde el punto de vista de la prueba de la convivencia con el tercero, esta solución de extinción puede conducir a que "aquellos excónyuges usuarios que, hayan iniciado una relación afectiva con un tercero, procurarán que esa situación convivencial no sea visible, por lo que muchos compañeros sentimentales habrán de abandonar la vivienda familiar que, tenga atribuida su pareja y, que hasta ahora era su hogar. Y, ello quizá conlleve como consecuencia adicional la ruptura de muchas parejas ante la nueva situación generada"[97].

Otro sector doctrinal no ve claro que la entrada de un tercero en la vivienda provoque la pérdida de su estatus de vivienda familiar. En primer lugar, no se puede hablar técnicamente de unos fines del matrimonio que subsistirían civilmente tras el divorcio, cuando ya ha desaparecido civilmente el matrimonio y hasta que comenzara la convivencia de uno de los excónyuges con un tercero[98]. En segundo lugar, no hay una nueva familia formada por el conjunto de la madre, los hijos y la nueva pareja, porque el conviviente carece de relaciones familiares legales con los hijos del primer matrimonio[99]. En tercer lugar, todavía habitan en la vivienda los miembros de la familia primitiva a los que se le atribuyo su uso -el progenitor custodio y sus hijos-, por lo que la referida circunstancia no hace desaparecer el interés -la necesidad- que motivó la atribución[100], lo que iría en contra, además, de la *ratio legis* del art. 96 CC: la de proteger a los hijos menores (de no entenderse así, estaríamos haciendo depender tal necesidad del éxito o del fracaso de las relaciones que mantenga el progenitor custodio)[101]. Finalmente, el cónyuge usuario, en uso de su libertad personal y amparado por los derechos a la dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, puede establecer relaciones estables de pareja con quien estime procedente y decidir convivir o no con su nueva pareja en el domicilio en el que habita; libertad que se vería obstaculizada si dicha convivencia tuviera como consecuencia la extinción del uso pues la amenaza de dicha extinción actuaría como elemento disuasorio o inhibidor del pleno ejercicio de aquella libertad[102].

97 Berrocal Lanzarot, A. I.: "La extinción del derecho", cit., pp. 2023-2024.

98 Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia", cit. p. 341.

99 Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia", cit. p. 341.

100 Según Cabezuelo Arenas, A. L.: "Extinción de la atribución del uso", cit., p. 311 "si lo relevante ha de ser que desempeñe la guarda a la perfección, abstracción hecha de cuál sea su posición financiera, no se ve reparo alguno a que pueda rehacer su vida sentimental junto a otra persona que, además, no constituye un mal ejemplo para los menores (quienes pueden sentir incluso abierta simpatía hacia ese tercero); García Mayo, M.: "Extinción del derecho de uso", cit.; Martínez Calvo, J.: "La extinción", cit., pp. 162-165, "puesto (…) [s]i consideráramos que la vivienda pierde su condición de familiar cuando deja de servir a los fines del matrimonio, (…), la consecuencia no podría ser otra que el cese de dicha condición en el momento preciso en el que se disuelve el vínculo matrimonial, sin necesidad de que se produzca ninguna otra circunstancia"; Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia", cit. p. 341.

101 Cabezuelo Arenas, A. L.: "El art. 96 CC", cit., pp. 350-354.

102 López-Brea Martínez, M.ª C.: "El derecho de uso", cit. p. 276.

Sería por ello deseable que tanto las resoluciones judiciales, como aquellas que aprueben los convenios, contengan un pronunciamiento expreso y concreto al respecto de los límites que deben imponerse al progenitor custodio, que convive con los hijos en el domicilio familiar, sobre el derecho de uso, que se otorga única y exclusivamente, y con carácter excluyente, a favor de los mismos y de dicho progenitor custodio o que convive con aquellos, con los apercibimientos correspondientes, de diversa índole, según los casos, que sean procedentes en aquellos casos en los que se da lugar a transgresión de la sentencia en este apartado[103].

b) Posibilidad de que el derecho de habitación del menor sea satisfecho a través de otros medios distintos de la atribución del uso de la vivienda familiar.

La STS 20 noviembre 2018, desde una óptica más patrimonialista[104] señala que "es posible satisfacer el derecho de habitación de los hijos a través de otros medios, conciliando así su interés con los intereses patrimoniales de los progenitores"[105]. La misma afirma que "la medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda ya que la progenitora se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si adquiere la mitad o se vende y adquiere otra, ni cambia la custodia". El interés del menor se protege "no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino también con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio[106], para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros". Por lo que "más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que ha dejado de tener carácter familiar, más allá del tiempo estrictamente necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales". Y concluye el Alto Tribunal diciendo que "El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben

103 García Mayo, M.: "Extinción del derecho de uso", cit.

104 Según Berrocal Lanzarot, A. I.: "La extinción del derecho", cit., pp. 2022-2023 "no se ha de negar que, un tercero se aprovecha de un uso no atribuido, además de que su presencia puede contribuir a mejorar la situación económica y patrimonial de la familia; y ante legítimos intereses concurrentes, no cabe duda que el del cónyuge no usuario resulta más digno de protección". Parecidamente Gómez Valenzuela, M. Á.: "La convivencia", cit. dice que el TS "se hace eco de una de las interpretaciones más vanguardistas que se recuerdan en el Derecho de Familia, secundado la exégesis en torno a la fungibilización del inmueble, cristalizada legislativamente en algunos Derechos Forales".

105 El TS se apoya en dos de los criterios introducidos en la reforma llevada a cabo a través de la Ley Orgánica 8/2015, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, para la determinación del interés superior del menor: a) que dicho interés no restrinja o limite más derechos que los que ampara, y b) que las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los DD.FF. de otras personas que pudieran verse afectados (vid. art. 1.2, en la redacción que dio al art. 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor).

106 Moro Bonillo, E.: "La convivencia", cit.

tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda". Incluso, como se ha señalado por parte de la doctrina, llegado el caso, la nueva vivienda no tiene por qué encontrarse en el entorno donde residía el menor[107].

De darse esta solución extintiva, no se reduce la prestación alimenticia a los hijos, y existe la posibilidad que en sede de liquidación de gananciales el 50% de la propiedad de la hasta ahora vivienda familiar, perteneciente al otro cónyuge no usuario, sea adquirida por el cónyuge usuario, o se proceda a la venta de la totalidad de la vivienda y con el precio que se obtenga de ella cada cónyuge adquiera o alquile otra vivienda. Incluso, ante esta nueva necesidad habitacional de los menores no se descarta que pudiera derivar en un aumento de la cuantía de los alimentos, siempre que se pruebe por el cónyuge custodio la necesidad, a la par que una variación esencial de las circunstancias iniciales. Lo que podría conducir a la conveniencia de exigir conjuntamente la extinción del uso y la liquidación de la sociedad de gananciales. En cualquier caso, para ello es necesario adaptar la dicción legal del art. 96 CC a los nuevos supuestos que plantean los modelos familiares, atendiendo a la realidad social[108]. Desde este punto de vista, la remisión al derecho de alimentos actúa como una solución efectiva para asegurar las necesidades básicas de los hijos económicamente dependientes.

No obstante, se ha criticado[109] que la decisión adoptada por el TS puede entrar en conflicto con la literalidad del art. 96 CC, y plantea serias dudas desde el punto de vista del interés superior del menor, sobre todo teniendo en cuenta que el alto Tribunal no alude al modo en el que va a quedar garantizado el derecho de habitación de los menores tras la extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar, pues se limita a señalar que puede satisfacerse "a través de otros medios", sin aclarar ni especificar cómo va a llevar a cabo. Parece presuponer que el derecho de habitación de los menores va a quedar garantizado mediante la adquisición de una nueva vivienda por parte del progenitor a cuyo cargo estén, sin valorar además otros aspectos, como las características y la localización de la nueva vivienda. Por ello, se ha considerado que los menores salen perdiendo, porque deberán hacer frente a mayores gastos con el mismo dinero (antes la vivienda les resultaba gratis, y ahora hay que pagar por ella, sin que aumente la pensión alimenticia), así que, cuando la sentencia afirma que el interés del menor no puede desvincularse del de sus padres, se acaba dando preferencia a este último[110]

107 Zumaquero Gil, L.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma", *Revista de Derecho Patrimonial*, n. 41, 2016.

108 Según Gómez Valenzuela, M. Á.: "La convivencia", cit. el art. 96 CC es una prolongación, en sede de medidas aplicables a las crisis matrimoniales, de los deberes paternos previstos en el art. 154.1º CC.

109 Según Martínez Calvo, J.: "La extinción", cit., pp. 169-171, más bien parece que, en el recurso de casación que dio origen al pronunciamiento del alto Tribunal, ante un conflicto entre el interés superior del menor y los patrimoniales de uno de los progenitores, se está dando prevalencia a estos últimos, lo que entra en discordia con lo dispuesto del artículo 2.4 LOPJM, y, en última instancia, con el interés superior del menor.

110 Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia", cit. p. 341.

B) Consecuencias de la extinción del uso.

a) Modificación de las circunstancias y liquidación del inmueble, en su caso.

La SAP Almería 19 marzo 2007[111] consideró que se ha producido una esencial modificación de las circunstancias, ya que "si el cónyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial desea fundar con tercera persona una familia, o unirse establemente a ella, lo oportuno es que, consumando la liquidación de gananciales que a la disolución provocada por la sentencia de separación o divorcio debe ordinariamente suceder, forme nuevo hogar renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando"[112]. Dice el fallo de la sentencia que "Esto conjuga perfectamente los derechos del menor, el interés del padre no custodio, los derechos y obligaciones de la madre encargada de la custodia del menor, y el principio que impide el enriquecimiento y abuso de derecho". Además "la sustancial mejora de la situación económica de la madre desde la separación hasta el momento presente, (…) acreditada en autos, le hace capaz de hacer frente a la adquisición de otra vivienda o de la mitad de la que tiene junto con el recurrente, si a este acuerdo llegaran".

La STS 20 noviembre 2018 viene a reproducir el argumento anterior en cuanto a que la extinción del derecho de uso no será efectiva hasta que se liquide la sociedad de gananciales, lo que ha sido criticado por algún autor que considera que dicha sentencia abre un paréntesis de duración indefinida, que puede prolongarse durante mucho tiempo, bien sea por problemas típicos de la liquidación de gananciales o por posibles conductas obstruccionistas del usuario de la vivienda que pretende alargar todo el tiempo que pueda esta situación[113].

Pero si la vivienda fuera propiedad exclusiva del cónyuge no usuario no habría liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que la extinción del uso operaría automáticamente[114].

b) Consecuencias en materia de alimentos o compensación económica.

La SSTS 20 noviembre 2018 y 23 septiembre 2020 no aumentan la pensión alimenticia que debe abonar el padre, lo que causa un desequilibrio desde el punto de vista patrimonial, ya que el progenitor custodio y el hijo sujeto a guarda han de hacer frente al coste de la nueva vivienda, sin contar con los ingresos 'nuevos'

111 SAP Almería 19 marzo 2007 (JUR 2007, 505).

112 Cabezuelo Arenas, A. L.: "Extinción de la atribución del uso", cit., p. 317.

113 Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia", cit. p. 341.

114 Dice Berrocal Lanzarot, A. I.: "La extinción del derecho", cit., pp. 2020-2022 que este procedimiento liquidatorio podría demorarse en el tiempo si es contencioso. De todas formas, en la STSJ Aragón, 16 marzo 2018 (RJ 2018, 1700) la resistencia de la esposa a liquidar el patrimonio común tras el divorcio, se considera cambio de las circunstancias y justifica el desalojo de la vivienda".

procedentes del progenitor no custodio que deberían ir asignados a hacer frente a la parte proporcional de sus deberes de alimento.

Se ha defendido que la pérdida y privación del derecho de uso podría verse compensada con un incremento de la pensión alimenticia proporcional al beneficio obtenido por el progenitor alimentante que recupera su vivienda privativa o puede así liquidar anticipadamente el inmueble ganancial[115], si bien no se trata de una mera operación aritmética que deba efectuarse siempre y en todo caso, sino que habrá que atender a las circunstancias concurrentes, que pueden ser muchas y variadas[116]. Esta es la solución a la que llega la STS 29 octubre 2019, que deja sin efecto la atribución de la vivienda, y, correlativamente, aumenta el importe de la pensión que debe abonar el padre. Argumenta la sentencia que la pensión de alimentos que el padre debía abonar para atender a las necesidades de la hija, se desnaturaliza en su cuantía, pues la habitación forma parte de dichos alimentos (extremo que se tuvo en cuenta al fijar la pensión). Solución que ya había sido reflejada en su día por la jurisprudencia menor[117]

c) La posible limitación temporal del uso hasta su extinción definitiva.

Al haberse producido una variación sustancial de las circunstancias, una de las soluciones más demandadas es la de la limitación temporal en el derecho de uso de la vivienda familiar[118], plazo que en las SSTS 29 octubre 2019 y 23 septiembre 2020 se fija en un año para abandonar la vivienda, lo que viene a solucionar, en parte, la indefinición que había en 2018[119].

Mismo plazo, o menor encontramos en algunas sentencias de la Audiencia Provincial[120].

115 Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia", cit. p. 341.

116 Ordás Alonso, M.: "El matrimonio o la convivencia marital", *cit*.

117 En la jurisprudencia menor, la SAP Valencia 18 julio 2012 (JUR 2012, 307999) incrementó la cuantía de la pensión alimenticia", reconociendo que el concepto de alimentos se integra la vivienda (suprimida) del hijo.

118 Moro Bonillo, E.: "La convivencia", cit.

119 Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia", cit. p. 341.

120 Por su parte, el AAP Barcelona 15 marzo 2002 (JUR 2002, 151347) dice que "los dos hijos ya son mayor de edad, gozando uno de ellos Dª […] de plena independencia económica, mientras que D. […], está a punto de hacerlo, ejerciendo trabajos todavía en situación de precariedad económica, si a ello aunamos que la vivienda también es compartida por el actual compañero sentimental de la madre, aportando al núcleo familiar su salario, y la circunstancia de haber transcurrido ya doce años de la atribución del uso del domicilio conyugal, … es por lo que resulta procedente la determinación de un límite temporal de permanencia del uso, referido a un año desde la fecha del presente auto, transcurrido el cual cesará tal atribución, pudiendo las partes … proceder a la división de la cosa común". Vid también SAP Valencia 18 julio 2012 (JUR 2012, 307999) acuerda "el cese del uso de la vivienda conyugal al hijo a partir de tres meses contados desde la presente sentencia".

BIBLIOGRAFÍA

Beltrán Cabello, C.: "Atribución de la vivienda familiar en caso de custodia compartida cuando aquella era propiedad privativa de uno de los cónyuges (Comentario a la STS de 14 de junio de 2017)", *CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 202, 2017, pp. 129-132.

Berrocal Lanzarot, A. I.: "La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial, por convivencia marital del usuario con otra persona", *Revista crítica de derecho inmobiliario* (*RDCI*), núm. 774 (2019), pp. 2002-2042.

Bravo de Mansilla, G. C.: *Separaciones y divorcios ante notario*, Reus, Madrid, 2016.

Cabezuelo Arenas, A. L.: "Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con un tercero. Comentario a la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007", *Revista de Derecho Patrimonial*, n. 21, 2008, pp. 309-319.

Cabezuelo Arenas, A. L.: "El art. 96 CC: sobrevaloración del interés del menor versus aniquilación de los intereses económicos de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de reforma", en AA.VV.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2017, pp. 331-360.

Carreras Maraña, J. M.: "Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de las parejas de hecho en relación con la vivienda", *Manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial*, 2009, núm. 50, pp. 33-250.

Castellanos Cámara, S.: "Las crisis familiares en la legislación vasca", en AA.VV.: *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar* (dir. J. R. De Verda y Beamonte), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 543-579.

Cervilla Garzón, M. D.: "Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, 2003, núm. 34, p. 13-52.

Chaparro Matamoros, P.: "Custodia monoparental, atribución del uso de la vivienda familiar y «entorno» del menor: ¿una reformulación del interés superior del menor en la sociedad tecnológica?", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 51, 2019.

Chaparro Matamoros, P.: "La pérdida del carácter "familiar" de la vivienda en la que se había desarrollado la convivencia conyugal. Comentario a la STS núm. 524/2017, de 27 de septiembre", *Actualidad civil*, núm. 2, 2019, pp. 620-635.

Chaparro Matamoros, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida", *Actualidad civil*, núm. 2, 2019.

Costas Rodal, L.: "Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS", *Aranzadi civil-mercantil,* núm. 11, 2016, pp. 167-176.

Cuena Casas, M.: "Uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, 2014, pp. 9-39.

De la Iglesia Monje, Mª. I.: "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial", *RDCI*, núm. 732, 2012, pp. 2298-2326.

De Verda y Beamonte, J. R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas españolas e italiana", *RDCI,* Año núm. 91, núm. 752, 2015, pp. 3387-3466.

De Verda y Beamonte, J. R. y Bueno Biot, A.: "El régimen de los alimentos de los hijos menores de edad", en AA.VV. *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar* (dir. J. R. De Verda y Beamonte), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 221-257.

Feás Costilla, J.: "Vivienda familiar y divorcio notarial", en AA.VV.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2017, pp. 213-237.

García Mayo, M.: "Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero: ¿y el interés del menor?", *Actualidad civil*, núm. 2, 2019.

Gómez Valenzuela, M. Á.: "La convivencia de un tercero en la vivienda familiar: Análisis de la Sentencia núm. 641/2018, de 20 de noviembre, del Tribunal Supremo", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 21, 2019, pp. 86-104.

López-Brea Martínez, M. C.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial", en AA.VV.: *El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad de gananciales* (A. L. Rebolledo Varela *et. al.*), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 257-304.

Martínez Calvo, J.: "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Civil*, Vol. 6, núm. 3, 2019, pp. 155-178.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia del TS en torno a las consecuencias de la convivencia del progenitor custodio con una nueva pareja en la vivienda familiar", en AA.VV.: La vivienda en las crisis familiares (dir. P. Chaparro Matamoros), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 337-346.

Méndez Tojo, R.: "Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges por convivencia con tercera persona: la novedosa STS 641/2018, de 20 de noviembre", *Actualidad civil*, núm. 1, 2019.

Moll de Alba Lacuve, C.: "Análisis crítico de la regulación de la extinción del uso de la vivienda familiar", en AA.VV.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2017, pp. 203-212.

Moro Bonillo, E.: "La convivencia con terceros en la vivienda familiar", *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 2014, núm. 63, pp. 21-43.

Muñoz Rodrigo, G.: "La extinción de la pensión compensatoria por "convivencia marital": significado y finalidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, pp. 346-364.

Oliva Blázquez, F.: "Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: análisis crítico y propuestas de reforma legal", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 16, 2017.

Ordás Alonso, M.: "El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar. Un halo de esperanza", *Diario La Ley*, n. 9332, 2019.

Ordás Alonso, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2018.

Pinto Andrade, C.: *La atribución del uso de la vivienda familiar. Aplicación práctica en los procesos de separación y divorcio*, Bosch, Barcelona, 2011.

Pinto Andrade, C.: "La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 30, 2013.

Rodríguez Chacón, R., "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar», en *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 1999, núm. 2, pp. 21-66.

Santos Morón, Mª. J.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre 2014, pp. 1-36.

Seisdedos Muiño, A.: "La atribución de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015, pp. 145-163.

Tamayo Carmona, J. A.: "El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, pp. 264-291.

Ureña Carazo, B.: "Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014, de 24 de octubre)", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 6, 2015.

Zumaquero Gil, L.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 41, 2016.

LE MOBILI FRONTIERE DEL DIRITTO FAMILIARE. L'ASSEGNO DIVORZILE

THE MOVING BORDERS OF FAMILY LAW. THE DIVORCE ALLOWANCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2064-2091

Susanna
CAPPUCCIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: I recenti orientamenti giurisprudenziali hanno valorizzato l'apporto fornito al ménage familiare e riconosciuto l'assegno divorzile anche al cospetto della scelta, "autoresponsabilmente" assunta, di instaurare una nuova convivenza, attribuendo così rilievo alla funzione compensativa che sembrerebbe avere una sua autonoma rilevanza. Alla luce della ricostruzione richiamata, occorre verificare il possibile impatto della valorizzazione delle esigenze compensative nelle dinamiche familiari, interrogandosi, inter alia, se possa prospettarsi una lettura evolutiva dell'art. 5, comma 10, l. 898/1970, nelle fattispecie in cui l'ex coniuge contragga nuovo matrimonio. La prospettiva metodologica è quella del fatto storico; l'angolo prospettico resta il c.d. ordinamento del caso concreto, tenendo conto del vissuto familiare, tra autoresponsabilità e solidarietà.

PALABRAS CLAVE: Assegno divorzile; convivenza more uxorio; tutela del coniuge debole; solidarietà post-coniugale; autoresponsabilità.

ABSTRACT: *The latest case law has enhanced the intake given to the family and acknowledged the divorce allowance, also in case of new cohabitation, giving importance to its compensatory function and independent relevance. In light of this, it has to be verified the possible impact of the compensatory needs in family dynamics: the main question is if article 5 c. 10 of L. 898/1970 could be interpreted in a evolutive way even if the former partner get married again. The methodological perspective is the historic facts, so called ordinamento del caso concreto (specific cases), which takes into account the family experience between self-responsibility and solidarity.*

KEY WORDS: *Divorce allowance; cohabitation; weaker partner protection; solidarity after divorce; self-responsibility.*

SUMARIO.- I. LA CENTRALITÀ DELLA PERSONA IN FAMIGLIA E LE PRIME APPLICAZIONI DELL'ART. 5, COMMA 6, L. 898/1970.- II. L'ASSEGNO DI DIVORZIO TRA SOLIDARIETÀ E AUTORESPONSABILITÀ: UN DIFFICILE EQUILIBRIO.- III. INSTAURAZIONE DI UNA FAMIGLIA DI FATTO E VALORIZZAZIONE DELLA FUNZIONE PEREQUATIVO-COMPENSATIVA.- IV. I POSSIBILI NUOVI SCENARI.

I. LA CENTRALITÀ DELLA PERSONA IN FAMIGLIA E LE PRIME APPLICAZIONI DELL'ART. 5, COMMA 6, L. 898/1970.

La riforma del diritto di famiglia, in attuazione dei principi costituzionali, ha mutato profondamente l'articolato sistema di regole, segnando il passaggio da una concezione gerarchica[1], in cui gli interessi dell'istituzione familiare risultavano prioritari rispetto a quelli del singolo, ad una concezione equiordinata e giuridicamente unitaria[2], che pone la famiglia in funzione della persona[3], attribuendo rilievo centrale e preminente alle esigenze e alle scelte di ciascun componente[4] e perseguendo la tutela dei principi di solidarietà, dignità e uguaglianza[5].

Da una lettura costituzionalmente orientata e alla luce delle fonti multilivello, la famiglia assurge a ruolo di formazione sociale privilegiata nel cui ambito si sviluppa la personalità del singolo[6], la cui dignità rappresenta l'obiettivo primario da perseguire tanto nella fase fisiologia quanto in quella patologica del rapporto.

Se in costanza di matrimonio il principio di uguaglianza è garantito dalla parità dei coniugi, dalla eguale valenza del lavoro professionale e casalingo, dal dovere

1 Sul punto v. Falzea, A.: "I rapporti patrimoniali", in AA.VV.: *La riforma del diritto di famiglia*, *Atti dei Convegni Lincei*, Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 1978, pp. 33 ss.

2 I coniugi sono tenuti in pari misura a concorrere alla realizzazione della vita familiare. L'unità familiare è fondata sull'accordo dei coniugi che rileva sia per la costituzione sia per la conservazione del rapporto coniugale; si tratta di un regime che può garantire una elevata forma di civile dignità: Falzea, A.: *Famiglia e aspetti patrimoniali*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, Giuffré, Milano, 1977, pp. 1 ss. La centralità dell'accordo è stata, invero, già evidenziata dall'illustre maestro ben prima dell'avvento della Carta costituzionale, Id, *La separazione personale dei coniugi*, Giuffrè, Milano, 1943, p. 113.

3 Osserva Tommasini, R.: "Formazioni sociali in divenire", in AA.VV.: *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, (a cura di V. Scalisi), Giuffré, Milano, 2004, p. 560, che alla luce dell'art. 29 Cost. viene dato risalto all'aspetto unitario della famiglia ma "nello stesso tempo è anche garantito l'interesse individuale dei soggetti che compongono la famiglia".

4 Secondo Ruscello, F.: *Lineamenti di diritto di famiglia*, Giuffré, Milano, 2005, p. 153, la tutela della famiglia non comporta una garanzia per l'istituzione in sé considerata, ma "il favore per lo sviluppo della persona in una determinata famiglia".

5 La solidarietà familiare si può attuare solo nel rispetto dei principi di libertà, parità e dignità individuali, Parrinello, C.: "Art. 150", in AA.VV.: *Commentario codice civile*, (diretto da E. Gabrielli) Della famiglia, (a cura di G. Di Rosa), Utet, Milano, 2018, p. 701.

6 Cfr. Perlingieri, P.: *Sui rapporti personali nella famiglia*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, Esi, Napoli, 1979, pp. 1253 ss.

• Susanna Cappuccio
Assegnista IUS/01 Università degli Studi di Messina. E-mail: scappuccio@unime.it

di contribuire ai bisogni della famiglia, resta il dubbio se, verificatasi la rottura del ménage, e alla luce della giurisprudenza formatasi in tema di assegno di divorzio, adeguata tutela riceva il coniuge che abbia sacrificato le proprie aspirazioni ed esigenze personali e professionali a vantaggio della famiglia e dell'altro coniuge.

La ratio etico-giuridica dell'assegno di divorzio risiede negli obblighi di solidarietà che permangono anche a seguito dello scioglimento del vincolo matrimoniale[7].

L'istituto, disciplinato dall'art. 5 della L. 898/1970, come modificato dalla L. n. 74/1987, rappresenta lo strumento attraverso il quale dare attuazione ad una regolamentazione, tendenzialmente egualitaria, degli assetti economici del rapporto ormai sciolto[8].

Le prime applicazioni della disposizione sono state influenzate dal contesto socio-economico esistente al momento dell'entrata in vigore della legge, in cui i rapporti familiari erano caratterizzati da una netta divisione dei ruoli con conseguente incidenza sulle posizioni economico-patrimoniali derivanti dalla rottura del vincolo coniugale.

Sulla spinta del rinnovato principio di parità ed uguaglianza tra i coniugi, la giurisprudenza, nell'interpretare l'art. 5, comma 6, nella sua originaria formulazione[9], ha attribuito all'assegno di divorzio una composita[10], sicché, ai fini del suo riconoscimento, occorreva prendere in considerazione il criterio assistenziale (condizioni economiche dei coniugi), risarcitorio (ragioni che hanno determinato lo scioglimento del matrimonio) e compensativo (contributo personale ed economico fornito alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio comune), operanti ciascuno sia come criterio di attribuzione, sia come

7 Secondo Tommasini, R.: "Primi "discutibili" orientamenti della Suprema Corte in tema di determinazione dell'assegno di divorzio", *Rassegna di diritto civile*, 1990, 4, p. 897, la solidarietà post-coniugale non esprimerebbe la sopravvivenza di uno status connesso ad un rapporto personale definitivamente estinto ma troverebbe giustificazione proprio nella sua cessazione.

8 Secondo Bianca, C.M.: "Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale", *Famiglia e Diritto*, 2018, 11, pp. 955 ss., fondamento del diritto all'assegno divorziale del matrimonio è dunque la solidarietà che obbliga al reciproco aiuto le parti del disciolto matrimonio, comunemente chiamata solidarietà postconiugale.

9 La norma recitava: "Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale dispone, tenuto conto delle condizioni economiche dei coniugi e delle ragioni della decisione, l'obbligo per uno dei coniugi di somministrare a favore dell'altro periodicamente un assegno in proporzione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto del contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi. Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in una unica soluzione".

10 Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 26 aprile 1974, n. 1194, Cass. civ., 2 giugno 1981, n. 3549, Cass. civ., 10 gennaio 1986, n. 72; in senso diverso, altra parte della giurisprudenza (Cass. civ., 7 maggio 1974, n. 1283) evidenziava la funzione risarcitorio-indennitaria dell'assegno, sottolineando - provocatoriamente - che si tratterebbe di una "elemosina graziosamente elargita da parte del giudice" (Cass. civ., 1 dicembre 1974, n. 263).

parametro per la determinazione dell'assegno, eventualmente stabilendo quale dovesse prevalere in concreto[11].

In questo contesto l'assegno si caratterizzava sempre più come strumento volto a riequilibrare le posizioni economico-patrimoniali, scongiurando vantaggi per un coniuge a discapito dell'altro; nella valutazione complessiva e paritaria dei criteri ex art. 5, comma 6, assumevano rilievo l'apporto personale fornito alla comunità familiare e le eventuali perdite di chances lavorative e professionali subite dal coniuge più debole.

La prospettiva diretta a valorizzare la funzione composita risulta incisa dalla novella del 1987[12] che, al fine di superare le incertezze applicative, propende per la natura "eminentemente assistenziale" dell'assegno, che rinviene nell'in- "adeguatezza dei mezzi" del coniuge richiedente o, comunque, nell'impossibilità di "procurarseli per ragioni oggettive", la condizione necessaria per l'affermazione del diritto[13].

La preminente valenza attribuita al profilo assistenziale e il mancato riscontro dei presupposti, sopra richiamati, in capo al coniuge richiedente comportava l'inoperatività degli altri criteri enunciati dalla disposizione volti a garantire la funzione perequativo-compensativa dell'assegno[14], annientando oltremodo l'eventuale contributo fornito dal coniuge alla formazione del patrimonio comune e dell'altro coniuge durante il rapporto matrimoniale.

11 Benanti, C.: "La nuova funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio", *La nuova giurisprudenza civile commentata,* 2018, 11, p. 1601.

12 Art. 10, comma 1, L. 898/1987, "Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive".

13 In tal senso v. Cass. civ., 4 aprile 1990, n. 2799, secondo cui "l'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente ... costituisce presupposto per il riconoscimento dell'assegno stesso". Cfr. Bianca, C.M.: "Commento all'art. 5 L. div.", in AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia*, (a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi), VI, 1, Cedam, Padova, 1993, pp. 326 ss.; Rossi, M.: "Gli effetti di natura patrimoniale del divorzio riguardo ai coniugi", in AA.VV.: *La famiglia in crisi*, (a cura di G. Cassano, G. Oberto), Cedam, Padova, 2016, p. 375; Rimini, C. e Razzari, M.: "Art. 5", L. 1.12.1970, n. 898", in AA.VV.: *Commentario del codice civile*, (diretto da E. Gabrielli), Della famiglia, 2ª ed., (a cura di G. Di Rosa), III, Utet, Torino, 2018, pp. 131 ss.; Sesta, M.: "Profili attuali della solidarietà post coniugale", in AA.VV.: *Divorzio 1970-2020 – Una riflessione collettiva*, (a cura di V. Cuffaro), Giuffrè, Milano, 2021, p. 126.

14 Cass. civ., 13 maggio 1998, n. 4809. Alcuni studiosi ritengono che si debba attribuire un ruolo centrale ai criteri partecipativo-contributivi di cui alla prima parte del novellato 6° comma e non una funzione soltanto assistenziale: Tommasini, R.: "Il diritto all'assegno di divorzio: criteri di determinazione", in AA.VV.: *La riforma del divorzio*, (a cura di E. Quadri), passim, Napoli, 1987, pp. 283 s.

Peraltro, il nuovo e generico richiamo ad un giudizio di "adeguatezza dei mezzi"[15], privo di un espresso parametro di riferimento[16], da ricercare al di là degli indicatori contenuti nella norma, ha dato vita a rilievi da parte della dottrina[17] e ad interpretazioni giurisprudenziali contrastanti che muovevano da due concezioni opposte del rapporto tra matrimonio e divorzio[18].

Un primo orientamento[19] riteneva che la natura eminentemente assistenziale dell'assegno rinvenisse il suo fondamento non nello stato di bisogno dell'avente diritto, che ben poteva essere economicamente autosufficiente, ma, piuttosto, nell'apprezzabile deterioramento, a seguito della rottura del rapporto matrimoniale, delle sue precedenti condizioni economiche.

L'altro orientamento[20], invece, ha identificato il parametro dell'adeguatezza nella "mera sufficienza economica", sicché l'ex coniuge non ha diritto alla somministrazione dell'assegno se è in grado di provvedere adeguatamente da sé al proprio mantenimento[21].

15 Parte della dottrina osserva che il legislatore del 1987 ha "dettato una norma in bianco, lasciando all'interprete ufficiale di riempirla di contenuto concretamente precettivo" (Gabrielli, G.: "L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione", *Rivista di diritto civile*, 1990, II, p. 540), in quanto il concetto di adeguatezza è certamente mutevole (Bonilini, G.: "Art. 5" in AA.VV.: *Lo scioglimento del matrimonio,* (a cura di G. Bonilini, F. Tommaseo) in *Commentario c.c.* Schlesinger (diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 3ª ed., 2010, pp. 575 ss.

16 La individuazione "in positivo" dell'adeguatezza dei mezzi economici del richiedente richiama un "modello di vita autonomo e dignitoso" da valutare caso per caso, secondo una pretesa configurazione della coscienza sociale. L'autore precisa come "il referente di questo parametro è di difficile comprensione, essendo opinabile quale possa essere secondo il comune sentire questo modello di vita": Tommasini, R.: "Primi "discutibili" orientamenti della Suprema Corte in tema di determinazione dell'assegno di divorzio", cit., p. 896. V., altresì, Santosuosso, F.: "Il divorzio – effetti per i coniugi", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato*, (diretto da P. Rescigno), Persone e Famiglia, tomo II, Utet, Torino, 1996, p. 331.

17 Secondo Roma, U.: "Primissime contestazioni al criterio dell'indipendenza economica per l'assegno di divorzio e non solo", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, 2, p. 216, "l'infelice formulazione della disposizione ed il suo carattere di compromesso, testimoniato dai lavori preparatori, ha provocato una spaccatura tra gli interpreti, divisi tra coloro che sostenevano la natura ormai esclusivamente assistenziale dell'assegno e quanti reputavano che il sicuro rafforzamento di tale natura, operato dalla riforma del 1987, si accompagnava alla persistente rilevanza degli altri criteri (compensativo e risarcitorio), non solo in sede di quantificazione, ma pure di attribuzione dell'assegno".

18 A fronte del nuovo testo dell'art. 5, comma 6, l. div., risulta immediatamente chiaro come la questione esegetica ruotasse essenzialmente intorno al problematico coordinamento della prima parte della disposizione, col relativo elenco dei vari "elementi" ivi enumerati: Quadri, E.: "L'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": gli ex coniugi "persone singole" di fronte al loro passato comune", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 9, p. 1261.

19 Secondo Cass. civ., 17 marzo 1989, n. 1322, "ai fini della attribuzione e della determinazione dell'assegno di divorzio, in base al criterio assistenziale, non rileva lo stato di bisogno dell'avente diritto, che può essere economicamente autosufficiente, ma l'apprezzabile deterioramento, in dipendenza dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio, delle condizioni economiche del suddetto rispetto a quelle su cui, con riferimento al reddito ed alle sostanze dell'altro, egli poteva contare in costanza di rapporto e che, in via di massima, devono essere ripristinate, in modo da ristabilire un certo equilibrio a favore del coniuge impoverito".

20 Cass. civ., 2 marzo 1990, n. 1652.

21 In dottrina, tra i tanti, v. Finocchiaro, A.: "Commento all'art. 5 l.d.", in AA.VV.: *Diritto di famiglia*, (a cura di A., Finocchiaro, M. Finocchiaro), III, Giuffré, Milano, 1988, pp. 400 ss.; Tommasini, R.: "Primi "discutibili" orientamenti della Suprema Corte in tema di determinazione dell'assegno di divorzio", cit., pp. 896 ss. Secondo l'autore, ul. cit. "la soluzione offerta dalla Corte, al di là del caso di specie, finirebbe con l'ignorare qualunque valutazione relativa al preesistente regime patrimoniale della famiglia e determinerebbe un trattamento profondamente ingiusto per il coniuge che abbia prestato e presti attività lavorativa".

Se gli indirizzi giurisprudenziali sopra richiamati risultano contrastanti in relazione al parametro di commisurazione del giudizio di "adeguatezza dei mezzi", entrambi ritengono che il giudizio dovesse articolarsi rigorosamente in due fasi distinte tra loro: solo dopo aver accertato l'inadeguatezza dei mezzi (parametrata o al tenore di vita o all'autosufficienza economica), cd. fase dell'"an debeatur", si procede a quantificare la misura concreta del contributo, cd. fase del "quantum debeatur".

Il contrasto ermeneutico sorto tra i giudici di legittimità ha richiesto l'intervento delle Sezioni Unite che nel tentativo di trovare un compromesso tra le diverse istanze, pur richiamando l'impostazione in chiave bifasica, giungono a riconoscere l'assegno anche in assenza di uno stato di bisogno dell'avente diritto, dando così rilievo al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio[22], eventualmente temperandolo sulla base degli altri parametri, fra i quali, il contributo dato da ciascun coniuge alle esigenze familiari e la durata della relazione coniugale[23].

La soluzione prospettata dalla Suprema Corte appare condivisibile per avere, attraverso l'applicazione del principio di solidarietà post-coniugale, apprestato massima tutela al coniuge debole[24], che in quel momento storico veniva identificato nella donna, dando puntuale attuazione al riconoscimento egualitario dei ruoli all'interno della famiglia. Tuttavia, occorre segnalare che la decisione non appare in linea con le scelte legislative del tempo, volte a tutelare la donna non più attraverso un meccanismo di tipo assistenzialistico, ma, piuttosto, con interventi volti a superare in ogni settore il gap di genere[25]. Peraltro, a volte, ha favorito comportamenti deresponsabilizzati del beneficiario, disincentivandolo a rendersi protagonista nel mercato del lavoro, nonostante emerga dalle argomentazioni che

22 Secondo l'orientamento restrittivo l'adeguatezza dei mezzi doveva essere riferita al parametro della vita libera e dignitosa e non piuttosto al tenore di vita matrimoniale che "si pone in contrasto con l'idea di divorzio quale cessazione definitiva della comunione tra i coniugi e porta con sé il rischio di dare vita a rendite parassitarie, deresponsabilizzando il coniuge economicamente debole", cfr., Al Mureden, E.: "Assegno di divorzio ed incrementi reddituali del coniuge economicamente forte", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, 6, pp. 748 ss., Auletta, T.: *Il diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 217.

23 Cass. civ., Sez. Un., sent. Gemelle 29 novembre 1990 nn. 11489, 11490 e 11492.

24 Parte della dottrina ritiene che attraverso il binomio assistenza-solidarietà postconiugale si intende impedire che la decisione di sciogliere il vincolo possa "cancellare senza tracce l'impegno di vita assunto col matrimonio e di abbandonare alla sua sorte chi su tale impegno aveva costruito la sua famiglia" (Bianca, C.M., "Commento all'art. 5 l.d.", cit. p. 337).

25 Occorre ricordare che gli anni '90 del secolo scorso si caratterizzano per la presa di coscienza da parte del legislatore di dovere intervenire attraverso normative che concretamente potessero dare attuazione al principio di uguaglianza sostanziale ed in questa direzione assumono rilievo le diverse normative in tema di pari opportunità per l'accesso al mondo del lavoro da parte delle donne. La realizzazione dell'uguaglianza sostanziale si attua garantendo le pari opportunità a persone di sesso diverso, mediante l'adozione di azioni positive per le donne, quali misure tese a rimuovere gli ostacoli di fato che ne impediscono la realizzazione e in quest'ottica assume centrale rilievo la Legge 125/91 in tema di "Azioni positive per la realizzazione della parità uomodonna nel lavoro" il cui Articolo 1, rubricato Finalità, recita: 1. Le disposizioni contenute nella presente legge hanno lo scopo di favorire l'occupazione femminile e di realizzare, l'uguaglianza sostanzialmente tra uomini e donne nel lavoro, anche mediante l'adozione di misure, denominate azioni positive per le donne, al fine di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità"

tale rischio si sarebbe potuto arginare attraverso una bilanciata valutazione dei criteri indicati nella norma[26].

II. L'ASSEGNO DI DIVORZIO TRA SOLIDARIETÀ E AUTORESPONSABILITÀ: UN DIFFICILE EQUILIBRIO.

L'impianto interpretativo delineato dalle Sezioni Unite del '90 è rimasto costante in giurisprudenza per quasi un trentennio[27], trovando anche l'avallo della Corte Costituzionale[28].

Nel corso di questo lungo lasso temporale si avverte sempre più l'esigenza, per un verso, di superare il parametro del tenore di vita, potenziale generatore di forme di ultrattività del vincolo che potrebbero tradursi in una sorta di assicurazione vitalizia sine die, e, per altro verso, di contemperare la tutela del coniuge debole con il principio di autoresponsabilità, in particolar modo quando si è al cospetto di matrimoni di breve durata.

Se, infatti, le attribuzioni patrimoniali post-coniugali trovano fondamento nel principio di solidarietà che rinviene la sua originaria connotazione nel vissuto familiare, caratterizzato da dedizione e condivisione, e che si proietta al di là di esso, l'esigenza di riequilibrare le posizioni degli ex coniugi non dovrebbe avvertirsi in quei rapporti di breve durata in cui sia difficilmente ravvisabile uno squilibrio economico-patrimoniale eziologicamente correlato alle scelte condivise.

Un primo tentativo di superare il tenore di vita, quale parametro di commisurazione dell'assegno, è stato operato dalle sezioni semplici della Corte

26 Secondo Gabrielli, G.: "L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione", cit., p. 543, "la discrezionalità giudiziale può spaziare, nel disporre l'assegno, fra un massimo rappresentato dal tenore di vita matrimoniale e un minimo costituito dagli alimenti, in considerazione di una pluralità di elementi indicati nella norma". Alcuni giungono a ritenere che "si assiste nella prassi alla liquidazione di assegni che, il più delle volte, lungi dal consentire la conservazione di analogo tenore di vita, costringono i beneficiari a penose restrizioni": Buttiglione F.: "Assegni di mantenimento del coniuge e dei figli. Assegno di divorzio", in AA.VV.: *Diritti e tutele nella crisi familiare*, (a cura di Mariani I. e Passagnoli G.), Cedam, Padova, 2007, p. 38. Si assiste ad un divario tra affermazioni teoriche e applicazioni pratiche nel riconoscimento e nella determinazione dell'assegno divorzile: Rimini, C.: "La crisi della famiglia", in AA.VV.: "Il nuovo divorzio", in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Schlesinger (diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni), Giuffrè, Milano, 2015, p. 121.

27 V., tra le tante, Cass. civ., 4 gennaio 1991, n. 39, Cass. civ., 12 marzo 1992, n. 3019, Cass. civ., 24 marzo 1994, n. 2872.

28 La Consulta (Corte Cost. 11 febbraio 2015, n. 11), rigettando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, 6 comma, per contrasto con l'art. 3 Cost., ha precisato come "il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio non costituisce l'unico parametro di riferimento ai fini della statuizione sull'assegno divorzile". Secondo la Corte il parametro del tenore di vita rileva unicamente per determinare "in astratto...il tetto massimo della misura dell'assegno" ma occorre altresì tener conto della circostanza che detto "parametro concorre, e va poi bilanciato, caso per caso, con tutti gli altri criteri indicati nello stesso denunciato art. 5", quali la condizione e il reddito dei coniugi, il contributo personale ed economico dato da ciascuno alla formazione del patrimonio comune, la durata del matrimonio e le ragioni della decisione che "agiscono come fattori di moderazione e diminuzione della somma considerata in astratto" e possono giungere "anche ad azzerarla", qualora la conservazione del tenore di vita collida con tali parametri.

di Cassazione[29] che, muovendosi in una prospettiva individualistica dei rapporti tra ex coniugi, hanno affermato il principio di autoresponsabilità[30], subordinando il diritto all'assegno del coniuge istante alla "non autosufficienza economica"[31], nell'ottica di scongiurare "rendite di posizione" post-coniugali, tendenzialmente vitalizie[32].

È evidente che nella soluzione adottata i giudici piuttosto che armonizzare le esigenze solidaristiche legate al pregresso rapporto matrimoniale con il nuovo principio, le hanno poste in netta antitesi. Infatti, la logica assistenziale, rivisitata alla luce del principio di autoresponsabilità e/o dell'indipendenza economica, attinente esclusivamente alla persona dell'ex coniuge richiedente l'assegno e svincolata dal

29 Cass. civ., 10 maggio 2017, n. 11504. Favorevole alla prospettiva ricostruttiva della Corte è Barba, V.: "Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente", *Giustiziacivile.com*, 27 novembre 2017; in senso contrario Tommaseo, F.: "La Prima Sezione sui criteri per stabile *an* e *quantum* sull'assegno divorzile: una svolta nella giurisprudenza della Cassazione?" e Scalera, A.: "Assegno divorzile: l'indipendenza economica del coniuge e il nuovo parametro di riferimento", *Quotidiano giuridico*, 11 maggio 2017; Bianca, C.M.: "L'ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: ciao Europa?", *Giustiziacivile.com*, 9 giugno 2017.

30 In questo senso l'autoresponsabilità assume un significato coincidente con quello accolto dal diritto tedesco in materia di divorzio (par. 1569 BGB), laddove si prevede l'assegno rectius il diritto agli alimenti solo nel caso in cui il coniuge non sia capace di provvedere ai suoi bisogni e sino a quando non riesca a trovare una occupazione lavorativa adeguata (par. 1573 BGB).

31 I Principi europei della Commission on European family law prevedono che dopo il divorzio ciascun coniuge provvede ai propri bisogni (principio di autosufficienza (2:2), e la possibilità che il giudice ordini il pagamento in un'unica soluzione (2:5). Per un commento ai Principi si rinvia a Patti, S.: "I principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi", *Familia*, 2005, p. 337 s.; Pacia, R.: "I principi di diritto europeo della famiglia", *Europa e diritto privato*, 2009, pp. 227 ss.

32 La decisione è stata oggetto di varie riflessioni da parte della dottrina. Tra i tanti si segnalano, Quadri, E.: "I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore - di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?", *Corriere Giuridico, 2017, 7*, pp. 885 ss., Al Mureden, E.: L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale, *Famiglia e Diritto*, 2017, 7, pp. 636 ss., Danovi, F.: "Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definitivi", *Giurisprudenza italiana*, 2017, pp. 1299 ss., Di Majo, A.: "Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?", *Giurisprudenza italiana*, 2017, n. 6, pp. 1305 ss., Rimini, C.: "Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fenomeno assistenziale", *Giurisprudenza italiana,* 2017, pp. 1799 ss., Astone, A.: "Assegno post-matrimoniale ed autoresponsabilità degli ex coniugi", *Diritto di Famiglia e delle Persone,* 2017, 4, pp. 1208 ss., Roma, U.: "Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica", *Foro italiano*, 2017, I, p. 1859, Casaburi, G.: "Tenore di vita ed assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi di antico", *Foro Italiano*, 2017, I, c. 1895 ss., Bona, C.: "Il revirement sull'assegno divorzile e gli effetti sui rapporti pendenti", *Foro Italiano*, 2017, I, c. 1903 ss., Mondini, A., "Sulla determinazione dell'assegno divorzile la Sezione semplice decide «in autonomia». Le ricadute della pronuncia sui giudizi di attribuzione e sui ricorsi per revisione dell'assegno", *Foro Italiano*, 2017, I, c. 1900 ss., Patti, S.: "Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?", *Giurisprudenza italiana*, 2017, 6, pp. 1299 ss., Bianca M.: "Il nuovo orientamento in tema di assegno divorzile. Una storia incompiuta", *Foro Italiano*, 2017, I, c. 2707 ss. In particolare, nella citata sentenza Cass. civ., 10 maggio 2017, n. 11504, si legge che "il matrimonio è un atto di libertà e di autoresponsabilità, il luogo degli affetti e di effettiva comunione di vita e, in quanto tale, è dissolubile. Pertanto, non è configurabile un interesse giuridicamente rilevante o protetto dell'*ex* coniuge a conservare il tenore di vita matrimoniale goduto in costanza di matrimonio. L'interesse tutelato con l'attribuzione dell'assegno divorzile è il raggiungimento dell'indipendenza economica e non, invece, il riequilibrio delle condizioni economiche degli *ex* coniugi".

preesistente rapporto matrimoniale[33], svuota di contenuto il principio di solidarietà post-coniugale, nonostante sia declamato[34].

Tale impostazione non attribuisce rilevanza a tutti gli indicatori elencati nell'art. 5, comma 6, prescinde dalle peculiarità del caso concreto, giungendo inevitabilmente a negare rilievo, pur in presenza di una significativa sperequazione delle capacità economiche e patrimoniali delle parti, all'apporto fornito dal coniuge alla conduzione della vita familiare, alla cura e alla crescita della famiglia, nonché al sacrificio delle proprie aspirazioni ed aspettative professionali, con ciò incidendo sulla dignità, personalità e autonomia del coniuge più debole[35] che possono essere promosse solo in forza di un giusto equilibrio[36] tra le esigenze solidaristiche e il principio di autoresponsabilità[37].

L'autoresponsabilità diventa criterio autonomo, equiordinato con quello di assistenza, con la conseguenza che il coniuge cd. debole, uti singuli, non potrebbe beneficiare (né pretendere) di un contributo economico per un legame ormai estinto, piuttosto dovrebbe responsabilmente perseguire la propria indipendenza economica.

L'orientamento inaugurato nel 2017 ha avuto una portata dirompente ma di breve durata; infatti, solo a distanza di appena un anno è stato modificato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[38] che, accogliendo le doglianze della

33 Secondo Rimini, C.: "Assegno divorzile - Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa", *Giurisprudenza Italiana*, 2018, 8-9, p. 1843, la logica esclusivamente assistenziale portava a conclusioni ormai inaccettabili, non attribuendo adeguato rilievo all'esigenza di riequilibrare le fortune economiche dei coniugi rispetto agli sforzi e alle rinunce da ciascuno di essi effettuati a favore della famiglia. V., altresì, Roma, U.: "Primissime contestazioni al criterio dell'indipendenza economica per l'assegno di divorzio e non solo", cit., p. 219; Astone, A.: "Assegno post-matrimoniale ed autoresponsabilità degli ex coniugi", cit., p. 1208 ss.

34 Precisa Bianca, M.: "La perdurante incertezza sulla natura dell'assegno divorzile", in AA.VV.: *Divorzio 1970-2020 – Una riflessione collettiva*, (a cura di V. Cuffaro), Giuffrè, Milano, 2021, p. 326 che il richiamo alla solidarietà post-coniugale, come declamato in giurisprudenza, si traduce in una formula di stile, attraverso il rinvio all'art. 23 Cost.

35 Sul punto v. Quadri, E.: "Brevissima durata del matrimonio e assegno di divorzio", *Corriere Giuridico*, 2009, 4, pp. 470 ss.

36 Osserva Falzea, A.: "Note introduttive generali", in AA.VV.: in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, VI, Cedam, Padova, 1993, pp. 61 ss., che la disciplina del divorzio, nel suo complesso, pone la difficoltà di "equilibrare il valore della persona fondata sulla libertà [con la] responsabilità contratta con l'assunzione del vincolo matrimoniale".

37 La nozione di autoresponsabilità richiama la necessità che i soggetti, liberi per natura, si assumano le conseguenze delle proprie scelte; sull'accezione del concetto e sulle diverse qualificazioni si rinvia allo studio di Pugliatti, S.: "Autoresponsabilità", in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffré, Milano, 1959, pp. 452 ss.

38 Cass. civ. Sez. Un., 11 luglio 2018, n. 18287.

dottrina[39] e della giurisprudenza di merito[40], hanno individuato una "terza via" rispetto ai precedenti orientamenti, in linea con la ratio dell'art. 5, comma 6, e con i principi costituzionali[41], nell'ottica di conseguire un equo contemperamento tra i valori in gioco.

Le Sezioni Unite affermano che "all'assegno divorzile in favore dell'ex coniuge deve attribuirsi, oltre alla natura assistenziale, anche natura perequativo-compensativa, che discende direttamente dalla declinazione del principio costituzionale di solidarietà, e conduce al riconoscimento di un contributo volto a consentire al coniuge richiedente non il conseguimento dell'autosufficienza economica sulla base di un parametro astratto, bensì il raggiungimento in concreto di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, in particolare tenendo conto delle aspettative professionali sacrificate".

L'impianto argomentativo operato dai giudici di legittimità si basa sull'assunto secondo cui i criteri che devono fondare il giudizio di adeguatezza non vanno ricercati al di fuori della disposizione, ma, piuttosto, nella prima parte dell'art. 5, comma 6, secondo una valutazione complessiva che supera l'articolazione bifasica fra criteri attributivi e determinativi.

In tal modo la Corte, contemperando il principio di solidarietà sotteso al riconoscimento dell'assegno con quello di autoresponsabilità, ancora l'accertamento relativo all'adeguatezza dei mezzi alle caratteristiche dello specifico rapporto matrimoniale e alla ripartizione dei ruoli endofamiliari.

Sembra emergere una diversa declinazione del concetto di autoresponsabilità; viene in rilievo la reciproca responsabilità che rappresenta il parametro attraverso il quale computare gli effetti dello scioglimento del matrimonio[42].

39 Secondo Bianca, C.M.: "Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale", cit., pp. 955 ss. "pur se risolubile il matrimonio è un vincolo sul quale i coniugi costruiscono il progetto della loro vita, e la vita vissuta nell'attuazione di questo progetto è una realtà esistenziale che il divorzio, consensuale o giudiziale, non cancella. Questa realtà non è cancellata perché il progetto di vita comune che i coniugi hanno vissuto, divenendo l'uno parte dell'esistenza dell'altro, rende doveroso il loro reciproco aiuto pur dopo lo scioglimento del vincolo".

40 Secondo Trib. Udine, 1 giugno 2017, in *Diritto&Giustizia,* 13 luglio 2017, la sentenza del 2017 è improntata a principi che non trovano riscontro nei valori costituzionali di solidarietà sociale e tutela della famiglia, anche post coniugale, richiamati dall'art. 29 della Costituzione. Viene affermato il parametro dell'adeguatezza, individuandolo nel raggiungimento "dell'indipendenza economica del richiedente", senza tuttavia ancorarlo ad alcun parametro effettivo, rendendo quindi del tutto astratto e non calcolabile in concreto questo metro di giudizio; in senso conforme, Trib. Treviso, 9 gennaio 2018, con nota di Rampini, P.: "L'incidenza delle scelte operate dai coniugi nel corso del matrimonio sul diritto all'assegno divorzile", *Ilfamiliarista.it*, 8 giugno 2018.

41 Cfr. Sesta, M.: *Diritto di famiglia* e *Costituzione oggi. Dialoghi con Mario Segni*, in *Lo Stato*, 2019, n. 13, pp. 305 ss.

42 Le reciproche libertà e responsabilità dei coniugi che devono essere contemperate anche nella fase fisiologica del rapporto (Perlingieri, P.: *Aspetti civilistici della separazione* e *del divorzio*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Esi, Napoli, 1982, p. 210) vengono, potenzialmente, a configgere nella fase della crisi matrimoniale (Bocchini, F.: *Diritto di famiglia: le grandi questioni*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 181 s).

In questa prospettiva il giudizio di adeguatezza impone una valutazione concreta ed effettiva che, partendo dall'accertamento di una rilevante disparità delle condizioni economico-patrimoniali delle parti, proceda alla verifica delle cause che hanno determinato tale sperequazione, assumendo importanza le scelte di conduzione e svolgimento della vita familiare adottate e condivise dai coniugi durante il ménage, la definizione dei ruoli all'interno della coppia e il sacrificio delle aspettative lavorative e professionali di una delle parti.

Attraverso una rilettura del concetto di adeguatezza dei mezzi e dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, le Sezioni Unite attribuiscono, dunque, particolare rilevanza alla funzione perequativo-compensativa dell'assegno, recuperando, in tal modo, il valore della solidarietà postconiugale che diventa la "solidarietà del caso concreto"[43] ed escludendo, al contempo, che la finalità dell'assegno sia quella di garantire all'ex coniuge il pregresso tenore di vita familiare, rispetto alla peculiare vicenda oggetto di esame, con l'obiettivo di garantire la giustizia del caso concreto.

La natura composita dell'assegno consente, dunque, di apprestare una adeguata tutela al coniuge debole in tutti gli scenari prospettabili.

In quest'ottica, ferma restando l'ipotesi in cui vengono in rilievo sia esigenze assistenziali che perequativo-compensative, rispetto alle quali il principio solidaristico ha la sua massima espansione, può accadere che in taluni casi l'assegno venga corrisposto in un'ottica esclusivamente assistenziale o, piuttosto, per finalità compensative[44].

Infatti, sempreché si versi in una situazione di rilevante disparità delle condizioni reddituali e patrimoniali delle parti,[45] che ne costituisce il presupposto indefettibile,

43 Bianca, C.M.: "Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale", cit., pp. 955 ss.; V., altresì, Savi, G.: "Riconoscimento e determinazione dell'assegno post-matrimoniale: il ritrovato equilibrio ermeneutico", nota a Cass. civ., 11 luglio 2018, n. 18287, *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2018, 3, p. 897, secondo il quale "Il principio di diritto dettato impone ai giudici del merito l'analisi compiuta del singolo caso concreto, che abbia effettivo riguardo a null'altro che a quella singola vicenda esistenziale matrimoniale, tra quel singolo uomo e quella singola donna, come in concreto sviluppatasi nel tempo"; Di Lallo, A.: "Non tutti i matrimoni sono uguali. Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: la rilevanza del contributo dell'ex coniuge alla famiglia", nota a Cass. civ., 11 luglio 2018, n. 18287, *Diritto & Giustizia*, 12 luglio 2018, afferma che "Il nuovo parametro indicato dalla Suprema Corte in materia di assegno divorzile tiene conto delle peculiarità e specificità tipiche di ogni matrimonio (e di ogni storia) con la conseguenza che il giudice, nel caso concreto, dovrà operare un'analisi ed un bilanciamento del contributo che ciascun coniuge ha dato alla conduzione della vita familiare, in considerazione delle singole scelte, della durata del matrimonio, dell'età dei coniugi e delle loro potenzialità reddituali – lavorative future".

44 Sul punto v. Foti, G.: "L'assegno divorzile al tempo della «equiordinazione». «Struttura» del giudizio e «funzione» dell'assegno tra continuo e discontinuo. Verso la legge Morani?", *Comparazione e diritto civile*, 2020, 1, pp. 54 ss, "un dato quantunque accomunerebbe le indicate diverse impostazioni sulla natura accidentale ovvero coessenziale della funzione compensativa: negare che l'esigenzialità ad essa sottesa possa avere la forza (perché non dotata di questo ruolo), di sorreggere, ex se, da sola, l'effetto giuridico".

45 Ai fini del riconoscimento dell'assegno è necessario che la disparità delle condizioni economico-patrimoniali delle parti sia rilevante, rimanendo escluso il diritto in presenza di scostamenti reddituali e/o patrimoniali

nel caso in cui il coniuge, senza sua colpa[46], non abbia mezzi che gli consentano di condurre una esistenza libera e dignitosa, e il rilevante squilibrio economico non sia l'effetto di scelte di conduzione familiare che abbiano portato al sacrificio di aspettative reddituali o professionali[47], l'assegno continuerà ad assolvere alla sola funzione assistenziale[48].

Per la diversa ipotesi in cui, invece, il coniuge sia economicamente autosufficiente ma abbia contribuito alla realizzazione della vita familiare, al patrimonio comune e dell'altro coniuge, o abbia sacrificato le proprie aspettative professionali[49] gli potrà comunque essere riconosciuto un contributo[50], la cui determinazione dovrà essere parametrata anche tenuto conto della durata del matrimonio[51].

Per contro, rimane escluso l'assegno nell'ipotesi in cui entrambi i coniugi abbiano mezzi adeguati per vivere dignitosamente e non vi sia un significativo

non significativi. V., in tal senso, Trib. Cuneo, 22 settembre 2020, n. 522, Trib. Bergamo, 13 giugno 2019, Trib. Trieste, 21 agosto 2018, n. 525.

46 Precisa la Cassazione (Cass. civ., 22 settembre 2021, n. 25646) che grava sul coniuge richiedente l'assegno provare l'assenza della colpa.

47 Secondo Corte di Appello Venezia, 05 ottobre 2021, n. 2500, rilevano anche le prospettive lavorative meramente potenziali; V., altresì, Cass. civ., 9 agosto 2019, Trib. Siena, 06 novembre 2018, n. 1271, Trib. Milano, 23 ottobre 2018, n. 10685, Trib. Roma, 08 agosto 2018, n. 16394, tutte in *De Jure*. Analoga appare la situazione nel caso in cui il coniuge non provi sufficientemente il contributo da lui fornito: sul punto cfr. Cass. civ., 5 marzo 2019, n. 6386, Trib. La Spezia, 10 novembre 2020, n. 523, Trib. Velletri, 07 marzo 2019, n. 428, Trib. Milano, 12 marzo 2019, n. 2397, Trib. Modena, 08 maggio 2019, n. 661, Corte di Appello Napoli, 10 gennaio 2019, n. 52, tutte in *De Jure*.

48 Sul punto cfr. Buzzelli, D.: "Una "rilettura" del recente orientamento delle Sezioni Unite sulla funzione dell'assegno di divorzio", *Nuova giurisprudenza civile commentata,* 2020, 6, p. 1359. V. in giurisprudenza, Cass. civ., 9 settembre 2020, n. 18681, Trib. Modena, 8 maggio 2019, n. 661, secondo cui "in tema di assegno di divorzio, seppure vadano maggiormente valorizzati il criterio compensativo-perequativo, non è tuttavia venuta meno la funzione anche assistenziale dell'assegno"; v., altresì, in senso conforme, Trib. Treviso, 8 gennaio 2019, in *De Jure*; Corte di Appello Napoli, 10 gennaio 2019, n. 52, in *De Jure*.

49 In tal senso, v. Trib. Civitavecchia, 14 settembre 2018, in *De Jure*, che ha affermato che l'assegno divorzile è diretto "a compensare l'investimento compiuto nel progetto matrimoniale medesimo, così almeno tendenzialmente perequandosi i disagi economici discendenti dal divorzio"; Trib. Siena, 6 novembre 2018, n. 1271 e 15 dicembre 2018, n. 51, che richiamando i principi espressi della Sezioni Unite del 2018, precisa che "al giudice del divorzio è demandato il compito di valutare, caso per caso, se, pur in ipotesi di autosufficienza economica, propriamente intesa, del coniuge richiedente l'assegno la condizione dello stesso risulti oggettivamente più debole, non quale effetto automatico dello scioglimento del vincolo, bensì per effetto di scelte condivise tra i coniugi durante il matrimonio risultate poi penalizzanti per il coniuge che si assuma destinatario dell'assegno"; Celentano, S.: "Assegno divorzile: l'indipendenza economica e la autoresponsabilità del singolo", nota a Cass. civ., 07 ottobre 2019, n. 24934, *Ilfamiliarista.it*, 24 febbraio 2020, secondo il quale "l'impostazione logico-giuridica, ha imposto, all'indomani della pronuncia a Sezioni Unite, di valutare dunque il concetto di inadeguatezza dei mezzi come un "fatto" ancorato alle caratteristiche concrete di conduzione della vita familiare e della ripartizione dei ruoli endofamiliari, imponendo al giudice di considerare l'effettivo contributo assicurato alla famiglia dal coniuge richiedente l'assegno, anche in relazione alla costruzione del patrimonio familiare o dell'altro coniuge".

50 Parte della dottrina ha da tempo evidenziato la grave carenza di attitudine compensativa delle regole preposte a disciplinare i rapporti patrimoniali tra *ex* coniugi, nel momento dello scioglimento del vincolo, suggerendo una lettura dell'art. 5, 6° comma, l. divorzio, innovativa, volta a valorizzare la componente compensativa dell'assegno, ma senza arrivare a "attrarla" nella decisione sull'an dell'attribuzione: Rimini, C.: "La crisi della famiglia", in AA.VV.: "Il nuovo divorzio", cit., p. 121.

51 Di recente, la Suprema Corte (ordinanza interlocutoria, 18 ottobre 2022, n. 30671) ha rimesso alle Sezioni Unite la questione del valore legale o meno della convivenza prematrimoniale ai fini della durata del matrimonio, ex art. 5, l. 898/1970, e della conseguente determinazione dell'assegno divorzile.

squilibrio economico- reddituale[52], senza che possano rilevare gli eventuali sacrifici professionali posti in essere da un coniuge a vantaggio della famiglia.

La rilevanza assunta dalla funzione equilibratrice-compensativa dell'assegno è stata ulteriormente valorizzata da una recente e coraggiosa pronuncia della Cassazione[53] che, chiamata a pronunciarsi sull'estinzione automatica dell'assegno divorzile in caso di instaurazione di nuova famiglia di fatto, ha posto l'accento sulla importanza che assume l'esigenza di compensare l'ex coniuge dei sacrifici fatti nell'interesse della famiglia durante la vita matrimoniale. Si tratterebbe di un ristoro per avere contribuito all'incremento della posizione economico-patrimoniale del coniuge onerato e che trova il suo fondamento in fatti passati, rispetto ai quali non può operare il principio di autoresponsabilità che attiene esclusivamente al profilo assistenziale[54].

III. INSTAURAZIONE DI UNA FAMIGLIA DI FATTO E VALORIZZAZIONE DELLA FUNZIONE PEREQUATIVO-COMPENSATIVA.

La soluzione adottata opera un equo bilanciamento tra gli interessi in gioco e rappresenta l'approdo di un lungo e travagliato percorso giurisprudenziale stimolato dall'assenza di una previsione normativa che disciplini le sorti dell'assegno divorzile per l'ipotesi in cui l'ex coniuge instauri una nuova famiglia, seppur di fatto.

In un primo tempo, la giurisprudenza ha ritenuto che il diritto all'assegno rimanesse in stato di quiescenza, ben potendosene riproporre l'attualità nell'ipotesi di cessazione della nuova famiglia[55], e ciò sul presupposto che, venuto meno il

52 V. Auletta, T.: "Legge sul divorzio e rapporti di coppia: mutamenti normativi ed evoluzione del diritto effettivo", in AA.VV.: *Divorzio 1970-2020 – Una riflessione collettiva*, (a cura di V. Cuffaro), Giuffrè, Milano, 2021, p. 32. Secondo l'autore il profilo assistenziale riveste primario rilievo in quanto l'assegno "non può liquidarsi in mancanza di uno squilibrio significativo nella condizione patrimoniale degli ex coniugi, quantunque uno degli sposi abbia assicurato un maggiore apporto al ménage familiare, mentre deve riconoscersi, in caso di mancata autosufficienza economica anche se detto apporto sia mancato". Cfr., altresì, Al Mureden, E.: "L'assegno divorzile tra diritto vivente, metodi di calcolo e intelligenza artificiale", in AA.VV.: *Divorzio 1970-2020 – Una riflessione collettiva*, (a cura di V. Cuffaro), Giuffrè, Milano, 2021, p. 278, secondo il quale "la finalità perequativa-compensativa non può considerarsi "pura" e "autonoma": essa, infatti, non può ravvisarsi a favore del coniuge che, pur avendo fornito un considerevole contributo a vantaggio dell'altro, si trovi rispetto a quest'ultimo in una posizione di parità o addirittura di superiorità economica".

53 Cass., Sez. Un., 5 novembre 2021, n. 32198. Il principio è stato confermato da Cass. civ., 18 febbraio 2022, n. 5447 con nota di Vitagliano, C.: "L'instaurazione di una stabile convivenza more uxorio non determina la perdita automatica ed integrale del diritto all'assegno divorzile", *Diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 18 marzo 2022, e con nota di Bruno, M.: "Assegno divorzile e nuova convivenza intrapresa dopo il divorzio", *Diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 8 marzo 2022.

54 Critiche alla decisione vengono sollevate da Bianca, M.: "Le Sezioni Unite su assegno divorzile e convivenza di fatto. La funzione esclusivamente compensativa e i persistenti margini di incertezza nella determinazione dell'assegno", *Giustiziainsieme*, 21 dicembre 2021, secondo la quale "Il risultato ultimo di questa impostazione è quello di attribuire all'assegno divorzile la funzione di mero "compenso" di quanto fatto nel corso del rapporto patrimoniale, quasi una sorta di risarcimento per la vita vissuta insieme".

55 Cass. civ., 11 agosto 2011, n. 17195, con nota di Figone, A.: "La convivenza more uxorio può escludere l'assegno divorzile", *Famiglia e diritto*, 2012, 1, p. 25 e con nota di Vaccaro, G.: "Il coniuge divorziato perde il mantenimento se instaura una convivenza stabile con un altro", *Guida al diritto*, 2011, p. 63.

beneficio economico derivante dall'instaurazione della convivenza che ha inciso solo sul quantum e non anche sull'an, si verificherebbe un fatto sopravvenuto[56] che giustificherebbe la domanda di revisione, ex art. 9 legge 898/1970.

Successivamente, l'orientamento giurisprudenziale ha optato per la sua esclusione definita[57] e ciò in virtù del principio di autoresponsabilità[58]. Secondo i giudici, infatti, l'instaurazione di una famiglia, ancorché di fatto, che assuma i connotati di stabilità e continuità rescinde ogni connessione con il tenore ed il modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale ed esclude ogni residua solidarietà postconiugale con l'altro coniuge, in capo al quale sorge il legittimo affidamento di essere esonerato in via definitiva dall'obbligo di corrispondere il contributo[59].

In siffatti ipotesi il venir meno del diritto all'assegno risiede nella attuazione di una convivenza[60] caratterizzata da imprescindibili profili di stabilità e durevolezza[61].

Le decisioni sopra richiamate sono unanimi nel ritenere che la costituzione di un nuovo e stabile rapporto sentimentale[62] determina la perdita del diritto

56 Cass. civ., 22 gennaio 2010, n. 1096, con nota di Achille, D.: "Revisione dell'assegno di divorzio: giustificati motivi sopravvenuti e convivenza more uxorio", *Famiglia persone e successione*, 2010, p. 754; Cass. civ., 8 ottobre 2008, n. 24858, con nota di Russo, R.: "Convivenza more uxorio e presupposti per la diminuzione dell'assegno di divorzio", *Famiglia e diritto*, 2009, p. 335.

57 Cass. civ., 3 aprile 2015, n. 6855, con nota di Ferrando, G.: ""Famiglia di fatto" e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione", *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 553 ss.; con nota di Finocchiaro, M.: "Una visione più adeguata alla realtà sociale", *Guida al diritto,* 2015, n. 18, pp. 56 ss.; con nota di Al Mureden, E.: "Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno divorzile", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, pp. 683 ss. In senso conforme v. Cass. civ., 8 febbraio 2016, n. 2466; Cass. civ., 28 febbraio 2019, n. 5974, con nota di Ventorino, L.: "Convivenza more uxorio dell'ex coniuge ed estinzione del diritto all'assegno divorzile", *Ilfamiliarista.it*, 8 luglio 2019; Trib., Imperia, 7 aprile 2020, n. 219.

58 Come affermato dalla giurisprudenza, la famiglia di fatto, che trova il proprio fondamento costituzionale nell'art. 2 Cost., è «espressione di una scelta esistenziale/libera e consapevole/da parte del coniuge, eventualmente potenziata dalla nascita di figli… dovrebbe essere necessariamente caratterizzata dalla assunzione piena di un rischio, in relazione alle vicende successive della famiglia di fatto, mettendosi in conto la possibilità di una cessazione del rapporto tra conviventi»: Cass. civ., 29 settembre 2016, n. 19345, con nota di Rizzuti, M.: "Assegno divorzile e famiglia di fatto", *Giustiziacivile.com*, 25 novembre 2016. Orientamento successivamente confermato dai giudici di merito; sul punto si rinvia a Trib., Bari, 07 febbraio 2019, n. 599.

59 Cass. civ., 28 febbraio 2019, n. 5974, Trib., Sulmona, 6 agosto 2019, n. 189, Cass. civ., 12 novembre 2019, n. 29317, Corte di Appello Brescia, 13 novembre 2019, n. 1641, Cass. civ., 28 febbraio 2020, n. 5606, Cass. civ., 29 dicembre 2020, n. 29781, Trib., Modena, 13 gennaio 2021, n. 50.

60 Cass. civ., 8 luglio 2004, n. 12557, Cass. civ., 10 novembre 2006, n. 24056.

61 La scelta dell'ex coniuge di costituire una convivenza more uxorio stabile e duratura, ben diversa da una mera coabitazione tra soggetti estranei, fa venir meno il diritto all'assegno, indipendentemente dalla posizione economica di ciascun convivente (Cass. civ., 5 febbraio 2018, n. 2732); viceversa, la mancanza di detti parametri non incide sul diritto a percepire l'assegno (Cass. civ., 8 agosto 2013, n. 18959). Successivamente è stato ritenuto sufficiente, ai fini dell'esclusione dell'assegno divorzile, un progetto di vita comune con il nuovo partner, non rilevando la circostanza, in presenza di uno stabile supporto economico e morale, che i nuovi compagni fossero residenti in abitazioni diverse (Trib. Reggio Emilia, 19 luglio 2018; in senso conforme Cass. civ., 10 gennaio 2019, n. 406 e Trib. Salerno, 05 ottobre 2021).

62 In quest'ottica i giudici hanno ritenuto che fossero indici idonei dai quali dedurre l'esistenza di una famiglia di fatto, tra gli altri, il pernottare presso l'appartamento del nuovo compagno, il detenere le chiavi dell'appartamento a lui intestato, l'ufficialità del rapporto sentimentale, la durata e la frequentazione/condivisione pressoché quotidianità, nonché la circostanza che il compagno garantisca il pagamento del

all'assegno in quanto rescinde il rapporto di solidarietà post-coniugale che sopravvive al divorzio[63].

La scelta dei giudici è condivisibile nella misura in cui deresponsabilizza il coniuge obbligato a fronte della scelta esistenziale libera e consapevole dell'ex di instaurare una nuova famiglia, ma non altrettanto apprezzabile appare la decisione di non tenere conto delle scelte di vita caratterizzanti il trascorso matrimoniale[64], ormai cristallizzato, e che hanno comportato un sacrificio per il coniuge debole.

In quest'ottica, se è ragionevole privare l'assegno della sua funzione assistenziale in virtù del principio di autoresponsabilità, non sarebbe altrettanto prudente non procedere al riconoscimento della componente perequativo-compensativa, che trova la sua ragion d'essere esclusivamente in fatti verificatisi in un tempo passato e rispetto ai quali non può incidere la circostanza che l'ex coniuge abbia o meno ricostituito una nuova famiglia.

È proprio in questa direzione che si pone la decisione dei giudici di legittimità, che presenta senz'altro il pregio di aver fatto luce sulla funzione dell'assegno divorzile come delineata dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 2018.

La Corte, chiamata a pronunciarsi se una convivenza, instaurata dal coniuge economicamente più debole con un terzo, incida sulle sorti dell'assegno, ed, eventualmente, in che misura, ha in primo luogo escluso l'automatismo della caducazione integrale dell'assegno, tenuto conto che, altrimenti, "il comprovato emergere di un contributo, dato dal coniuge debole con le sue scelte personali e condivise in favore della famiglia, alle fortune familiari e al patrimonio dell'altro coniuge … rimarrebbe ingiustamente sacrificato e non altrimenti compensato …. Un sacrificio che è proteso solo verso il passato e che solo nella definitiva regolamentazione dei rapporti con l'ex coniuge, in relazione al delimitato arco di vita del matrimonio, può trovare la sua soddisfazione".

L'iter argomentativo seguito dai giudici di legittimità conduce, dunque, al riconoscimento dall'assegno, limitatamente alla componente perequativo-

canone di locazione (in tal senso, cfr. Cass. civ., 17 dicembre 2020, n. 28915 e Trib. L'Aquila, 9 dicembre 2020, n. 570, Cass. civ., 10 maggio 2021, n. 12335, Trib. La Spezia, 15 settembre 2021, n. 491). Le decisioni richiamate sono unanimi nel ritenere che l'instaurazione di una relazione stabile e duratura, connotata da una solida progettualità della vita comune, indipendentemente da una coabitazione continuativa, sia idonea a far cessare definitivamente il diritto all'assegno divorzile (V., da ultimo, Cass. civ., 16 ottobre 2020, n. 22604 e Trib. La Spezia, 23 novembre 2020, n. 567).

63 Diversamente, per l'ipotesi in cui sia instaurata una convivenza di diversa natura, come quella con un parente o un amico, la solidarietà post-coniugale non viene meno, potendo tale circostanza incidere eventualmente solo sulla misura dell'assegno divorzile: Cass. civ., 12 novembre 2019, n. 29317.

64 Secondo Danovi, F.: "Assegno di mantenimento e di divorzio e nuova convivenza, tra onere della prova, discrezionalità giudiziale e adeguato supporto motivazionale", *Corriere Giuridico,* 2021, 1, p. 30, "non risulta così coerente immaginare di sopprimerlo (l'assegno), per scelte di indirizzo della vita personale e familiare che attengono unicamente al futuro, ma che certamente nulla potranno restituire dei sacrifici compiuti nel passato".

compensativa (ove esistente), a favore del coniuge richiedente, sebbene quest'ultimo abbia instaurato una stabile, duratura e comprovata relazione sentimentale e ciò stante la circostanza che "la sua funzione non è sostituita né può essere sostituita dalla nuova solidarietà che si costituisce nella coppia di fatto".

La Corte chiarisce, inoltre, che il coniuge istante sarà preliminarmente onerato dal provare la mancanza di mezzi adeguati nell'accezione delineata dalla stessa Corte, cioè parametrata ad un significativo squilibrio nelle posizioni economiche delle due parti, nonché dal dimostrare che tale squilibrio sia eziologicamente connesso alle "scelte di conduzione della vita familiare adottate e condivise in costanza di matrimonio, con sacrificio delle aspettative professionali e reddituali di una delle parti, in funzione dell'assunzione di un ruolo trainante endofamiliare".

Alla luce della rinnovata interpretazione del profilo perequativo-compensativo delineato dalle Sezioni Unite del 2018 e meglio precisato dalle Sezioni Unite del 2021, il riconoscimento di un assegno divorzile avente funzione compensativa dei sacrifici fatti in costanza di matrimonio dal coniuge e che hanno consentito il consolidamento di una posizione reddituale e patrimoniale di rilievo all'altro coniuge non può automaticamente venir meno a seguito della nuova unione. Dopo il divorzio, osserva un illustre maestro[65], residua una forma di solidarietà "esterna" che può essere perseguita con lo strumento dell'obbligazione individuale, trovando fondamento il contributo economico in sede di divorzio, a carico di un coniuge e a favore dell'altro, in un dovere che ha funzione restitutoria e compensativa e che ha la finalità di perequare la posizione dei coniugi come previsto dall'art. 29 Cost.[66].

IV. I POSSIBILI NUOVI SCENARI.

Alla luce dell'excursus giurisprudenziale tracciato e delle considerazioni della dottrina, sembra emergere l'esigenza di rivisitare il concetto di solidarietà post-coniugale, nell'ottica di trovare un criterio di contemperamento tra la tutela del coniuge debole e il principio di autodeterminazione e di autosufficienza[67].

65 Così Falzea, A.: "Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia", *Rivista di diritto civile,* 1977, I, p. 621.

66 Secondo Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1991, p. 521, l'assegno di divorzio rappresenta l'ultimo atto del dovere di contribuzione.

67 In tal senso v. Patti, S.: "Obblighi di mantenimento dopo la separazione e il divorzio", *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato e-library.* Ferrando, G.: ""Famiglia di fatto" e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione", cit., pp. 554 ss.; Di Majo, A.: "Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?", cit. pp. 1304 ss.

L'evoluzione della società e le attuali esigenze sociali impongono la ricerca di un punto di equilibrio tra tutti i valori in gioco, al fine garantire l'uguaglianza sostanziale e il pieno rispetto della dignità personale[68].

Se appare condivisibile il superamento del principio di solidarietà post-coniugale in quei casi in cui l'ex coniuge abbia mezzi adeguati per condurre una vita dignitosa o abbia scelto di intraprendere una nuova vita familiare, non sarebbe altrettanto accettabile limitare la sua tendenza espansiva quando vengono in rilievo esigenze compensative volte a ristorare l'ex coniuge per i sacrifici fatti nell'interesse della famiglia.

Il riconoscimento di tale contributo è espressione del principio di pari dignità tra i coniugi che si estrinseca proprio nella valorizzazione del contenuto perequativo-compensativo dell'assegno divorzile e che richiama un modello familiare incentrato sulla parità dei ruoli.

È proprio in questa direzione che si sta muovendo la Suprema Corte, e chiarificatrice in tal senso appare la sopra richiamata decisione dei giudici di privare l'assegno divorzile della sola componente assistenziale nell'ipotesi di creazione di una nuova famiglia di fatto.

Occorre però svolgere alcune considerazioni sugli effetti che tale risultato potrà produrre sul piano dell'equità e della certezza del diritto.

Invero, se la funzione perequativo-compensativa ha un'autonoma rilevanza, seppure imprescindibilmente legata ad un divario economico determinato dalle scelte familiari[69], rimarrebbe privo di giustificazione il diverso trattamento che subirebbe l'ex coniuge qualora, piuttosto che instaurare una nuova convivenza, decida di convolare a nuove nozze[70], in quanto in quest'ultima ipotesi, stante il disposto di cui all'art. 5, comma 10, L. div., perderebbe integralmente il diritto a percepire l'assegno e ciò nonostante l'impegno profuso nel previgente rapporto matrimoniale.

La decisione dei giudici di legittimità ha correttamente escluso l'applicazione analogica dell'art. 5, comma 10, alle convivenze more uxorio, stante l'ineccepibile rilievo che non si è al cospetto di un vuoto normativo, ma piuttosto di

68 Secondo alcuni autori emerge quindi una concezione dell'assegno di divorzio rinnovata: Astone, M.A.: "I provvedimenti patrimoniali nella fase presidenziale del giudizio di divorzio tra assegno di mantenimento e assegno di divorzio", in AA.VV.: *L'udienza presidenziale nel procedimento di separazione e divorzio*, (a cura di M.A. Astone e G. Basilico), Giuffrè, Milano, 2022, p. 272.

69 In tal senso v. Al Mureden, E.: "Nuova convivenza e perdurante godimento dell'assegno divorzile "compensativo" tra diritto vigente e prospettive de iure condendo", *Famiglia e diritto*, 2022, 2, p. 146, secondo il quale la funzione perequativo-compensativa non può considerarsi "pura" e "autonoma".

70 Rimini, C.: "Nuova convivenza e assegno divorzile: la funzione compensativa consente una soluzione finalmente equa del problema", *Famiglia e diritto*, 2022, 2, p. 138.

regolamentazioni diverse di situazioni che, come già evidenziato dai giudici delle leggi[71], pur assimilabili al matrimonio sotto molteplici aspetti e a pieno titolo rientranti nelle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., sono, tuttavia, tra loro eterogenee.

Peraltro, una piena equiparazione al matrimonio, in ordine alle sorti dell'assegno in caso di nuova unione familiare, non è stata attuata né mediante una revisione dell'art. 5, comma 10, norma rimasta invariata nella sua formulazione originaria, né dal recente intervento del legislatore in materia di regolamentazione delle famiglie di fatto.

Il regime allo stato vigente[72], secondo gli orientamenti interpretativi della giurisprudenza e della dottrina, è foriero di una incoerenza sistematica dell'ordinamento giuridico che dovrebbe condurre, al fine di scongiurare l'attuazione di "palesi" discriminazioni, ad una rivisitazione dell'art. 5, comma 10.

In attesa della "revisione" normativa dell'assegno di divorzio da più parti auspicata[73] che tende ad escludere l'assegno in caso di qualsivoglia nuova relazione, formalizzata oppure no, nell'ottica di escludere qualsiasi effetto ulteriore ad un rapporto ormai chiuso, si dovrebbe valutare se, alla luce della giurisprudenza più recente, è possibile una effettiva scissione tra funzione assistenziale e funzione perequativo-compensativa dell'assegno. Più volte, di recente, la giurisprudenza sembra muoversi in questa direzione sottolineando la necessità di proiettare l'indagine verso il passato "in ossequio alla funzione compensativa", con la conseguenza che la mancata indagine conduce alla cassazione della sentenza di merito. In tal senso potrebbe deporre anche la circostanza che la Suprema Corte ha cassato la decisione dei giudici di merito che si è soffermata sulle condizioni patrimoniali e reddituali delle parti relegando in secondo piano la valutazione delle scelte di vita compiute in costanza di matrimonio[74] e plaudendo il giudice d'appello

71 Da ultimo, Corte cost., 8 maggio 2009, n. 140.

72 Per un esame più approfondito v. Danovi, F.: "Assegno di divorzio: no alla caducazione automatica nel caso di nuova convivenza", *Famiglia e diritto*, 2022, 2, pp. 128 e ss.

73 Tra le tante si richiama la Proposta di legge, n. 506, presentata il 12 aprile 2018, rubricata Modifiche all'articolo 5 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, in materia di assegno spettante a seguito di scioglimento del matrimonio o dell'unione civile nella quale si prevede la predeterminazione della durata dell'assegno nei casi di ridotta capacità reddituale del richiedente dovuta a ragioni contingenti o comunque superabili. Inoltre, si dispone che "L'assegno non è dovuto nel caso di nuove nozze, di unione civile con altra persona o di una stabile convivenza del richiedente l'assegno. L'obbligo di corresponsione dell'assegno non sorge nuovamente a seguito di separazione o di scioglimento dell'unione civile o di cessazione dei rapporti di convivenza". La Proposta si pone in linea con altri ordinamenti europei di civil law: in Francia l'articolo 283 del code civil prevede, al primo comma, che l'assegno di divorzio cessi in caso di nuove nozze e, al secondo comma, che anche un concubinage notoire faccia cessare di pieno diritto la pretesa dell'ex coniuge all'assegno di divorzio; in Spagna, l'articolo 101 del código civil, al primo comma, dispone che il diritto all'assegno di divorzio si estingue per la contrazione di nuovo matrimonio o a causa di una convivenza con un'altra persona.

74 Secondo Cass. civ., ordinanza, 24 giugno 2022, n. 20456 "La valutazione richiesta ai fini del riconoscimento del diritto all'assegno di divorzio dev'essere proiettata non solo e non tanto verso il futuro, in ragione della funzione assistenziale dell'assegno, consistente nel fornire le risorse economiche necessarie al coniuge che non sia in grado di procurarsele autonomamente, ma anche e soprattutto verso il passato, in ossequio alla funzione compensativo-perequativa dell'istituto in esame, la quale impone di ricercare le ragioni della

che, tenuto conto dei parametri in base ai quali va valutata la debenza di un assegno divorzile in funzione perequativa/compensativa, ha negato, in concreto, la sussistenza nella specie delle circostanze che presiedono al riconoscimento del relativo diritto[75].

Residua, invero, il profilo problematico della determinazione e della consequenziale liquidazione della componente compensativa.

Se è indiscusso che la componente perequativo-compensativa riguarda un tempo passato e non può essere scalfita da scelte future, allora sarebbe opportuno che il giudice, in sede di determinazione dell'assegno, proceda, in relazione a ciascuna delle funzioni che vengono in rilievo, ad una specifica diversificata quantificazione.

Non è senza significato l'opportunità suggerita dalla Corte di Cassazione di valutare una liquidazione una tantum della componente compensativa, seppure attraverso una rateizzazione dell'emolumento.

La proposta appare in linea con l'esigenza di non disconoscere la sopravvivenza di un valore di solidarietà tra i coniugi, valorizzata nella componente compensativa dell'assegno di divorzio, con l'obiettivo di responsabilizzare ciascuno all'interno delle nuove realtà familiari e di evitare legami assistenziali che si sovrappongono e possano protrarsi sine die, senza una idonea giustificazione.

La prospettiva metodologica è quella del fatto storico volta ad offrire una soluzione interpretativa improntata alla ratio normativa solidaristica e all'impatto giuridico-sociale della funzione compensativa dell'assegno di divorzio, che guardi al caso concreto e alla effettiva situazione del convivente al quale il legislatore non offre le medesime e forti tutele nascenti dal passaggio a nuove nozze.

E, infatti, le perdite di chances subite nel corso del precedente matrimonio appartengono al vissuto familiare e al suo interno, nelle logiche della solidarietà post-coniugale, devono continuare a trovare adeguata compensazione.

Invero, le problematiche ancora da risolvere nei complessi nuovi assetti familiari che la società va prospettando dovranno essere oggetto di ulteriori modificazioni ed interventi legislativi, con scelte definitive sul piano ricostruttivo che allo stato non appaiono del tutto convincenti e dotate di un incondizionato rispetto dei valori costituzionali che devono essere perseguiti a tutela dei nuclei familiari tout court e dei suoi componenti con contemperamento ragionevole delle diverse posizioni.

predetta impossibilità, in relazione all'indirizzo concretamente assunto dalla vita familiare ed alle scelte compiute dal richiedente in vista della sua realizzazione".

75 Cass. civ., ordinanza, 9 giugno 2022, n. 18697.

BIBLIOGRAFIA.

Achille, D.: "Revisione dell'assegno di divorzio: giustificati motivi sopravvenuti e convivenza more uxorio", *Famiglia persone e successione*, 2010, p. 754.

Al Mureden, E.: "L'assegno divorzile tra diritto vivente, metodi di calcolo e intelligenza artificiale", in AA.VV.: *Divorzio 1970-2020 – Una riflessione collettiva*, (a cura di V. Cuffaro), Giuffrè, Milano, 2021, p. 278.

Al Mureden, E.: "Assegno di divorzio ed incrementi reddituali del coniuge economicamente forte", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, 6, pp. 748 ss.

Al Mureden, E.: "Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno divorzile", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, 1, pp. 683 ss.

Al Mureden, E.: "L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale", *Famiglia e Diritto*, 2017, 7, pp. 636 ss.

Al Mureden, E.: "Nuova convivenza e perdurante godimento dell'assegno divorzile "compensativo" tra diritto vigente e prospettive de iure condendo", *Famiglia e diritto*, 2022, 2, p. 146.

Astone, A.: "Assegno post-matrimoniale ed autoresponsabilità degli ex coniugi", *Diritto di Famiglia e delle Persone (Il)*, 2017, 4, pp. 1208 ss.

Astone, M.A.: "I provvedimenti patrimoniali nella fase presidenziale del giudizio di divorzio tra assegno di mantenimento e assegno di divorzio", in AA.VV.: *L'udienza presidenziale nel procedimento di separazione e divorzio*, (a cura di M.A. Astone e G. Basilico), Giuffrè, Milano, 2022, p. 272.

Auletta, T.: *Il diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 217.

Auletta, T.: "Legge sul divorzio e rapporti di coppia: mutamenti normativi ed evoluzione del diritto effettivo", in AA.VV.: *Divorzio 1970-2020 – Una riflessione collettiva*, (a cura di V. Cuffaro), Giuffrè, Milano, 2021, p. 32.

Barba, V.: "Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente", *Giustiziacivile.com*, 27 novembre 2017.

Benanti, C.: "La nuova funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio", *La nuova giurisprudenza civile commentata,* 2018, 11, p. 1601.

Bianca, C.M.: "Commento all'art. 5 L. div." in AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia*, (a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi), VI, 1, Cedam, Padova, 1993, pp. 326 ss.

Bianca, C.M.: "L'ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: ciao Europa?", *Giustiziacivile.com*, 9 giugno 2017.

Bianca, C.M.: "Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale", *Famiglia* e *Diritto*, 2018, 11, pp. 955 ss.

Bianca M.: "Il nuovo orientamento in tema di assegno divorzile. Una storia incompiuta", *Foro Italiano*, 2017, I, c. 2707 ss.

Bianca, M.: "Le Sezioni Unite su assegno divorzile e convivenza di fatto. La funzione esclusivamente compensativa e i persistenti margini di incertezza nella determinazione dell'assegno", *Giustiziainsieme*, 21 dicembre 2021.

Bianca, M.: "La perdurante incertezza sulla natura dell'assegno divorzile", in AA.VV.: *Divorzio 1970-2020 – Una riflessione collettiva*, (a cura di V. Cuffaro), Giuffrè, Milano, 2021, p. 326.

Bocchini, F.: *Diritto di famiglia: le grandi questioni*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 181 s.

Bona, C.: "Il revirement sull'assegno divorzile e gli effetti sui rapporti pendenti", *Foro Italiano*, 2017, I, c. 1903 ss.

Bonilini, G.: "Art. 5" in AA.VV.: *Lo scioglimento del matrimonio,* (a cura di G. Bonilini, F. Tommaseo) in *Commentario c.c.* Schlesinger (diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 3ª ed., 2010, pp. 575 ss.

Bruno, M.: "Assegno divorzile e nuova convivenza intrapresa dopo il divorzio", *Diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 8 marzo 2022.

Buttiglione F.: "Assegni di mantenimento del coniuge e dei figli. Assegno di divorzio", in AA.VV.: *Diritti e tutele nella crisi familiare*, (a cura di Mariani I. e Passagnoli G.), Cedam, Padova, 2007, p. 38.

Buzzelli, D.: "Una "rilettura" del recente orientamento delle Sezioni Unite sulla funzione dell'assegno di divorzio", *Nuova giurisprudenza civile commentata,* 2020, 6, p. 1359.

Casaburi, G.: "Tenore di vita ed assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi di antico", *Foro Italiano*, 2017, I, c. 1895 ss.

Celentano, S.: "Assegno divorzile: l'indipendenza economica e la autoresponsabilità del singolo", nota a Cass. civ., 07 ottobre 2019, n. 24934, *Ilfamiliarista.it*, 24 febbraio 2020.

Danovi, F.: "Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definitivi", *Giurisprudenza italiana*, 2017, pp. 1299 ss.

Danovi, F.: "Assegno di divorzio: no alla caducazione automatica nel caso di nuova convivenza", *Famiglia e diritto*, 2022, 2, pp. 128 e ss.

Danovi, F.: "Assegno di mantenimento e di divorzio e nuova convivenza, tra onere della prova, discrezionalità giudiziale e adeguato supporto motivazionale", *Corriere Giuridico,* 2021, 1, p. 30.

Di Lallo, A.: "Non tutti i matrimoni sono uguali. Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: la rilevanza del contributo dell'ex coniuge alla famiglia", nota a Cass. civ., 11 luglio 2018, n. 18287, *Diritto & Giustizia*, 12 luglio 2018.

Di Majo, A.: "Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?", *Giurisprudenza italiana*, 2017, n. 6, pp. 1305 ss.

Falzea, A.: *Famiglia e aspetti patrimoniali*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, Giuffré, Milano, 1977, pp. 1 ss.

Falzea, A.: "I rapporti patrimoniali", in AA.VV.: *La riforma del diritto di famiglia, Atti dei Convegni Lincei*, Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 1978, pp. 33 ss.

Falzea, A.: *La separazione personale dei coniugi*, Giuffrè, Milano, 1943, p. 113.

Falzea, A.: "Note introduttive generali", in AA.VV.: in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, VI, Cedam, Padova, 1993, pp. 61 ss.

Falzea, A.: "Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia", *Rivista di diritto civile,* 1977, I, p. 621.

Ferrando, G.: ""Famiglia di fatto" e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione", *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 553 ss.

Figone, A.: "La convivenza more uxorio può escludere l'assegno divorzile", *Famiglia e diritto*, 2012, 1, p. 25.

Finocchiaro, A.: "Commento all'art. 5 l.d.", in AA.VV.: *Diritto di famiglia*, (a cura di A., Finocchiaro, M. Finocchiaro), III, Giuffré, Milano, 1988, pp. 400 ss.

Finocchiaro, M.: "Una visione più adeguata alla realtà sociale", *Guida al diritto,* 2015, n. 18.

Foti, G.: "L'assegno divorzile al tempo della «equiordinazione». «Struttura» del giudizio e «funzione» dell'assegno tra continuo e discontinuo. Verso la legge Morani?", *Comparazione e diritto civile*, 2020, 1, pp. 54 ss.

Gabrielli, G.: "L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione", *Rivista diritto civile*, 1990, II, p. 543.

Mondini, A.: "Sulla determinazione dell'assegno divorzile la Sezione semplice decide «in autonomia». Le ricadute della pronuncia sui giudizi di attribuzione e sui ricorsi per revisione dell'assegno", *Foro Italiano*, 2017, I, c. 1900 ss.

Pacia, R.: "I principi di diritto europeo della famiglia", *Europa e diritto privato*, 2009, pp. 227 ss.

Parrinello, C.: "Art. 150", in AA.VV.: *Commentario codice civile*, (diretto da E. Gabrielli) Della famiglia, (a cura di G. Di Rosa), Utet, Milano, 2018, p. 701.

Patti, S.: "Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?", *Giurisprudenza italiana*, 2017, 6, pp. 1299 ss.

Patti, S.: "I principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi", *Familia*, 2005, p. 337 s.

Patti, S.: "Obblighi di mantenimento dopo la separazione e il divorzio", *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato e-library.*

Perlingieri, P.: *Aspetti civilistici della separazione e del divorzio*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Esi, Napoli, 1982, p. 210.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1991, p. 521.

Perlingieri, P.: *Sui rapporti personali nella famiglia*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, Esi, Napoli, 1979, pp. 1253 ss.

Pugliatti, S.: "Autoresponsabilità", in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffré, Milano, 1959, pp. 452 ss.

Quadri, E.: "Brevissima durata del matrimonio e assegno di divorzio", *Corriere Giuridico*, 4, 2009, pp. 470 ss.

Quadri, E.: "I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore - di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?", *Corriere Giuridico*, 2017, 7, pp. 885 ss.

Quadri, E.: "L'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": gli ex coniugi "persone singole" di fronte al loro passato comune", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 9, p. 1261.

Rampini, P.: "L'incidenza delle scelte operate dai coniugi nel corso del matrimonio sul diritto all'assegno divorzile", *Ilfamiliarista.it*, 8 giugno 2018.

Rimini, C. e Razzari, M.: "Art. 5", L. 1.12.1970, n. 898", in AA.VV.: *Commentario del codice civile*, (diretto da E. Gabrielli), Della famiglia, 2ª ed., (a cura di G. Di Rosa), III, Utet, Torino, 2018, pp. 131 ss.

Rimini, C.: "La crisi della famiglia", in AA.VV.: "Il nuovo divorzio", in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Schlesinger (diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni), Giuffrè, Milano, 2015, p. 121.

Rimini, C.: "Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fenomeno assistenziale", *Giurisprudenza italiana,* 2017, pp. 1799 ss.

Rimini, C.: "Assegno divorzile - Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa", *Giurisprudenza Italiana*, 2018, 8-9, p. 1843.

Rimini, C.: "Nuova convivenza e assegno divorzile: la funzione compensativa consente una soluzione finalmente equa del problema", *Famiglia e diritto*, 2022, 2, p. 138.

Rizzuti, M.: "Assegno divorzile e famiglia di fatto", *Giustiziacivile.com*, 25 novembre 2016.

Roma, U.: "Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica", *Foro italiano*, 2017, I, p. 1859.

Roma, U.: "Primissime contestazioni al criterio dell'indipendenza economica per l'assegno di divorzio e non solo", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, 2, p. 216.

Rossi, M.: "Gli effetti di natura patrimoniale del divorzio riguardo ai coniugi", in AA.VV.: *La famiglia in crisi*, (a cura di G. Cassano, G. Oberto), Cedam, Padova, 2016, p. 375.

Ruscello, F.: *Lineamenti di diritto di famiglia*, Giuffré, Milano, 2005, p. 153.

Russo, R.: "Convivenza more uxorio e presupposti per la diminuzione dell'assegno di divorzio", *Famiglia e diritto*, 2009, p. 335.

Santosuosso, F.: "Il divorzio – effetti per i coniugi", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato*, (diretto da P. Rescigno), Persone e Famiglia, tomo II, Utet, Torino, 1996, p. 331.

Savi, G.: "Riconoscimento e determinazione dell'assegno post-matrimoniale: il ritrovato equilibrio ermeneutico", nota a Cass. civ., 11 luglio 2018, n. 18287, *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2018, 3, p. 897.

Scalera, A.: "Assegno divorzile: l'indipendenza economica del coniuge e il nuovo parametro di riferimento", *Quotidiano giuridico*, 11 maggio 2017.

Sesta, M.: *Diritto di famiglia e Costituzione oggi. Dialoghi con Mario Segni*, in *Lo Stato*, 2019, n. 13, pp. 305 ss.

Sesta, M.: "Profili attuali della solidarietà post coniugale", in AA.VV.: *Divorzio 1970-2020 – Una riflessione collettiva*, (a cura di V. Cuffaro), Giuffrè, Milano, 2021, p. 126.

Tommaseo, F.: "La Prima Sezione sui criteri per stabile *an* e *quantum* sull'assegno divorzile: una svolta nella giurisprudenza della Cassazione?" *Quotidiano giuridico*, 11 maggio 2017.

Tommasini, R.: "Il diritto all'assegno di divorzio: criteri di determinazione", in AA.VV.: *La riforma del divorzio*, (a cura di E. Quadri), passim, Napoli, 1987, pp. 283 s.

Tommasini, R.: "Formazioni sociali in divenire", in AA.VV.: *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, (a cura di V. Scalisi), Giuffré, Milano, 2004, p. 560.

Tommasini, R.: "Primi "discutibili" orientamenti della Suprema Corte in tema di determinazione dell'assegno di divorzio", *Rassegna di diritto civile*, 1990, 4, p. 897.

Vaccaro, G.: "Il coniuge divorziato perde il mantenimento se instaura una convivenza stabile con un altro", *Guida al diritto*, 2011, p. 63.

VENTORINO, L.: "Convivenza more uxorio dell'ex coniuge ed estinzione del diritto all'assegno divorzile", *Ilfamiliarista.it*, 8 luglio 2019.

VITAGLIANO, C.: "L'instaurazione di una stabile convivenza more uxorio non determina la perdita automatica ed integrale del diritto all'assegno divorzile", *Diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 18 marzo 2022.



L'ATTUAZIONE DEGLI OBBLIGHI GENITORIALI NELLA CRISI FAMILIARE TRA EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA E PROPORZIONALITÀ DELLA SANZIONE

THE ENFORCEMENT OF PARENTAL OBLIGATIONS IN FAMILY CRISIS BETWEEN EFFECTIVENESS OF PROTECTION AND PROPORTIONALITY OF THE PENALTY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2092-2113

Francesco
DISALVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il presente saggio si propone di indagare la fisionomia dell'art. 709-ter c.p.c., analizzando, altresì, ambito applicativo, natura giuridica delle misure risarcitorie dallo stesso contemplate, nonché cumulabilità del rimedio con ulteriori tecniche di enforcement. Lo studio riporta, altresì, le più recenti modifiche che hanno investito i provvedimenti di affidamento della prole e i relativi strumenti di adempimento coattivo alle statuizioni giudiziali.

PALABRAS CLAVE: Misure di coercizione indiretta; effettività della tutela; giusto rimedio.

ABSTRACT: *The latest case law has enhanced the intake given to the family and acknowledged the divorce allowance, also in case of new cohabitation, giving importance to its compensatory function and independent relevance. In light of this, it has to be verified the possible impact of the compensatory needs in family dynamics: the main question is if article 5 c. 10 of L. 898/1970 could be interpreted in a evolutive way even if the former partner get married again. The methodological perspective is the historic facts, so called ordinamento del caso concreto (specific cases), which takes into account the family experience between self-responsibility and solidarity.*

KEY WORDS: *Indirect coercion measures; effectiveness of protection; fair remedy.*

SUMARIO.- I. CRISI FAMILIARE E ADEMPIMENTO DEI DOVERI PARENTALI: L'ART. 709-TER C.P.C.- II. NATURA E FINALITÀ DEGLI STRUMENTI RIMEDIALI DI CUI ALL'ART. 709-TER, COMMA 2, C.P.C.- III. RIFORMA DEL PROCESSO DELLA FAMIGLIA E CUMULO TRA TECNICHE COERCITIVE INDIRETTE.- IV. RISARCIMENTO PUNITIVO E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ DELLA SANZIONE.

I. CRISI FAMILIARE E ADEMPIMENTO DEI DOVERI PARENTALI: L'ART. 709-*TER* C.P.C.

La crisi dei rapporti di famiglia, intesa quale profilo patologico delle relazioni di coppia[1], è in grado di innescare specifiche esigenze di tutela nei confronti dei membri della compagine familiare. Quest'ultimi, invero, a causa dell'inadeguatezza dagli strumenti offerti dal processo civile, hanno spesso visto frustrata l'attuazione dei propri diritti e interessi, specialmente in relazione ai provvedimenti attinenti alla sfera dei minori[2].

Una decisa svolta in materia si è avuta con l'entrata in vigore della legge sull'affidamento condiviso[3], la quale ha agito sul piano dell'effettività della tutela giurisdizionale[4] apprestata alle situazioni giuridiche facenti capo alla prole, incrementando significativamente l'esecuzione delle statuizioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale e alle modalità di affidamento dei minori[5].

Tale ambizioso progetto è stato perseguito mediante l'introduzione nell'ordinamento nazionale dell'art. 709-*ter* c.p.c.[6], disposizione sulla quale la

1 Per uno specifico approfondimento in materia si veda AA. VV.: "La crisi delle relazioni familiari. Scioglimento del vincolo e cessazione della convivenza", in *Famiglia*, (a cura di A. Fasano-A. Figone), Milano, 2019, p. 1 ss.; Lupoi, M.A.: "Le tutele legali nelle crisi di famiglia", *I trattati operativi*, Roma, 2018.

2 Sul punto cfr. Sesta, M.: "Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio", in *Codice della famiglia*, I, Milano, 2007, p. 483 ss.

3 Il riferimento è alla legge 8 febbraio 2006 n. 54, rubricata "Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli" ed entrata in vigore il 16 marzo 2006. Tale normativa ha inteso modificare le disposizioni sostanziali, nonché talune previsioni processuali, applicabili ai procedimenti di separazione, trasformando l'affidamento congiunto da eccezione a regola, sotto la dicitura di «affido condiviso». Così facendo, il legislatore ha proceduto alla positivizzazione del diritto della prole a mantenere rapporti significativi e stabili con entrambi i genitori.

4 Proto Pisani, A.: "L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna", *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 620 ss.; Id.: "Appunti sulla tutela di condanna", *Riv. trim. proc. civ.*, 1978, p. 1165 ss.

5 Per i primi commenti sulla legge in questione cfr. AA.VV.: *L'affidamento condiviso* (a cura di S. Patti-L. Rossi Carleo), Milano, 2006; Arceri, A.: *L'affidamento condiviso*, Milano, 2007; Danovi, F.: "L'affidamento condiviso: le tutele processuali", *Dir. fam.*, 2007, p. 1921 ss.; Basini, G.F.: "I provvedimenti relativi alla prole", in Bonilini, G.-Tommaseo, F.: "Lo scioglimento del matrimonio", in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, p. 765 ss.

6 Per un'ampia disamina sulla tutela apprestata *ex* art. 709-*ter* c.p.c., cfr. Tommaseo, F.: "Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali", *Fam. dir.*, 2006, p. 401 ss.; Id.: "Applicazioni giurisprudenziali

• Francesco Disalvo
Dottorando di Ricerca in Mediterranean Studies. History, Law & Economics, Dipartimento di Giurisprudenza. LUMSA, Palermo (Italia). E-mail: f.disalvo@lumsa.it

dottrina si è sin da subito espressa in maniera critica a causa della collocazione della norma, nonché della sua non agevole lettura.

Con riguardo al primo profilo, è noto come la disposizione in esame, pur formalmente inserita all'interno del capo del codice di procedura civile dedicato alla separazione personale dei coniugi, presenti una portata applicativa decisamente più ampia. Difatti, in virtù di quanto sancito dall'art. 4, comma 2, della legge n. 54 del 2006, tale disciplina deve intendersi estesa anche alle ipotesi di «scioglimento o di nullità del matrimonio»[7], nonché «ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati»[8].

In altri termini, le disposizioni previste in materia di separazione – siccome introdotte dalla legge sull'affidamento condiviso – troveranno applicazione in tutti quei casi nei quali la crisi familiare sarà di una portata tale da investire i rapporti tra i genitori e i figli minori[9], sia che ci si riferisca alla famiglia legittima (dove la patologia del rapporto potrà essere innescata, oltre che dalla separazione e dal divorzio, anche dalla nullità del matrimonio) sia alla famiglia di fatto (dove la crisi deriva dalla cessazione della convivenza ed è in grado di legittimare l'intervento giudiziale per l'affidamento dei figli[10]). Tale scelta legislativa, la quale si poneva in perfetta continuità metodologica con quanto originariamente previsto in materia di affidamento della prole, appare oggi non più esattamente coordinata con il nuovo art. 317 c.c. Difatti, mentre prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, il secondo comma della predetta disposizione prevedeva che l'esercizio della «potestà» genitoriale, in caso di divorzio o di annullamento del matrimonio, venisse regolato dall'art. 155 c.c., con la riforma della filiazione, invece, l'esercizio

di una norma controversa: ancora sull'art. 709-*ter* c.p.c.", *ivi*, 2010, p. 706 ss.; Id.: "L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709-*ter* c.p.c.", *ivi*, p. 1057 ss.; Vullo, E.: "Commento all'art. 709-*ter* c.p.c.", in AA.VV.: *Codice di procedura civile commentato* (a cura di P. Consolo- F.P. Luiso), Milano, 2007, p. 5291 ss.; Id.: "Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone", in *Commentario del codice di procedura civile* (a cura di S. Chiarloni), I, Bologna, 2011, p. 295 ss.; Amram, D.: "L'attuazione degli obblighi genitoriali nella crisi familiare: l'art. 709-*ter* c.p.c. al vaglio della giurisprudenza e della dialettica 'sanzione-mediazione'", *Fam. pers. e succ.*, 2011, p. 533 ss.

7 Sul punto cfr. Danovi, F.: "Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709-*ter* c.p.c.)", *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 603 ss.; Id.: "Gli illeciti endofamiliari: verso un cambiamento della disciplina processuale?", *Dir. fam. pers.*, 2014, I, p. 300 ss.

8 Tali procedimenti rientrano nella competenza del tribunale per i minorenni del luogo in cui il minore ha la dimora abituale. Sul punto, Cass. Sez. un., 9 dicembre 2008 n. 28875, *Fam. dir.*, 2009, p. 701; Cass. 31 gennaio 2006 n. 2171, *Dir. giust.*, 2006, p. 20. In dottrina cfr., De Angelis, L.: "La competenza per territorio nei procedimenti civili innanzi al tribunale per i minorenni", *Giur. it.*, 1986, IV, c. 230 ss.

9 Il riferimento alla prole minorenne delimita la portata dell'art. 709-*ter* c.p.c. il quale, pertanto, non potrà trovare applicazione lì dove non vi siano figli ovvero gli stessi siano maggiorenni non portatori di *handicap* (così Finocchiaro, G.: "Commento all'art. 709 *ter* c.p.c.", in *Codice di procedura civile commentato* (a cura di L.P. Comoglio- R. Vaccarella), III ed., Torino, 2010, p. 3010).

10 Sul punto la dottrina era apparsa divisa tra coloro che ritenevano il procedimento sotteso all'applicazione della norma *de qua* attivabile solo ove fosse cessata la convivenza *more uxorio* (così Parini, G.A.: "Responsabilità civile e doveri genitoriali", in *Trattato di diritto di famiglia. Famiglia e matrimonio*, diretto da P. Zatti (a cura di G. Ferrando-M. Fortino-F. Ruscello), II ed., I, 2, Milano, 2011, p. 1840) e coloro che, invece, lo ritenevano operante anche nell'ipotesi di genitori naturali conviventi (così Casaburi, G.: "Nota a Trib. Napoli 7 febbraio 2007", *Foro it.*, 2007, I, p. 1610).

della «responsabilità» genitoriale viene appositamente disciplinato dal capo II, del titolo IX del codice civile[11].

In relazione alla tecnica normativa, infine, non sono mancate le critiche di chi ha definito l'art. 709-*ter* c.p.c. una «disposizione tutt'altro che limpida»[12] in quanto la stessa ha posto numerosi problemi ermeneutici in capo all'interprete, anziché risolverli, rendendosi oltremodo necessaria, ai fini della sua corretta applicazione, una riflessione più ampia, da ricondurre sul piano sistematico[13].

II. NATURA E FINALITÀ DEGLI STRUMENTI RIMEDIALI DI CUI ALL'ART. 709-*TER*, COMMA 2, C.P.C.

La previsione di una specifica disposizione volta a dare esecuzione coattiva ai provvedimenti giudiziali di affidamento della prole ha definitivamente sopito il dibattito dottrinale sorto in materia prima della legge n. 54 del 2006[14]. Più in particolare, mentre una prima tesi – minoritaria per vero – riteneva applicabile, anche nei confronti dei figli minorenni, la procedura di esecuzione forzata per consegna o rilascio *ex* art. 605 ss., c.p.c.[15], una seconda posizione, nettamente contrapposta, faceva leva sull'esecuzione c.d. "in via breve" *ex* artt. 388 e 650 c.p., al fine di realizzare i provvedimenti dell'autorità giudiziaria rimasti dolosamente inattuati[16].

Se, da una parte, non era difficile obiettare che la tipologia di esecuzione prefigurata dal Codice di procedura civile potesse certamente avere ad oggetto beni, ma non anche persone, dall'altra, maggiormente confacente appariva

11 Tale modifica è stata attuata dall'art. 41, comma 1, lett. b), d.lgs. 28 dicembre 2013 n. 154, a decorrere dal 7 febbraio 2014 ai sensi di quanto disposto dall'art. 108, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 154/2013. Il testo precedentemente in vigore era il seguente: "La potestà comune dei genitori non cessa quando, a seguito di separazione, di scioglimento, di annullamento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, i figli vengono affidati ad uno di essi. L'esercizio della potestà è regolato, in tali casi, secondo quanto disposto nell'articolo 155".

12 Così, con differenti sfaccettature, si vedano Tommaseo, F.: "L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 *ter* c.p.c.", cit., p. 1057; Salvaneschi, L.: "I procedimenti di separazione e divorzio", *Fam. dir.*, 2006, p. 372; Lupoi, M.A.: "Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1092. In giurisprudenza le medesime perplessità si rinvengono in Trib. Termini Imerese 12 luglio 2006 (ord.), *Foro it.*, 2006, I, c. 3243.

13 In tal senso si vedano Vullo, E.: "L'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole", in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, p. 885; Id.: "Il nuovo art. 709 *ter:* c.p.c.: l'interpretazione della dottrina e gli orientamenti della giurisprudenza", in *Studi in onore di Modestino Acone*, III, Napoli, 2010, p. 1957; Danovi, F.: "Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709-*ter* c.p.c.)", cit., p. 603 ss.; Graziosi, A.: "L'esecuzione forzata", in AA. VV.: *I processi di separazione e divorzio* (a cura di A. Graziosi), Torino, 2008, p. 234 ss.; Lupoi, M.A.: "Della separazione personale dei coniugi", in *Commentario breve al codice di procedura civile* (a cura di F. Carpi-M. Taruffo), Padova, 2009, *sub* art. 709 *ter*, p. 2353 ss.

14 Cfr. Graziosi, A.: "Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso", *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1881 ss.; Id.: *I processi di separazione e di divorzio*, Torino, 2008, p. 234 ss.; Ferrando, G.: "Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006", *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 590 ss.

15 Cfr. Fornaciari, M.: *L'attuazione dell'obbligo di consegna dei minori*, Milano, 1991, p. 232 ss.

16 Cfr. Malagù, L.: *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986, 89 ss.

il richiamo alle previsioni contenute nel codice penale. Tale soluzione, la quale radicava la competenza esecutiva in capo al giudice tutelare, coadiuvato dai servizi sociali, richiedeva, tuttavia, la prova in giudizio dell'elemento psicologico del soggetto attivo e non sempre era in grado di giustificare, sul piano della proporzionalità, la pena riconnessa alla mancata attuazione di un provvedimento di affidamento di minori.

Da ultima, una terza tesi, fatta propria dalla dottrina maggioritaria, confidava sull'applicabilità, in *subiecta materia*, dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare di cui agli artt. 612 ss., c.p.c.[17]; da ciò derivava la diretta competenza del giudice dell'esecuzione anziché del giudice tutelare[18]. Anche tale paradigma, tuttavia, scontava alcune obiezioni difficilmente superabili e strettamente riconnesse alla fisionomia dei rapporti di famiglia aventi carattere non patrimoniale[19], quali l'infungibilità della prestazione dovuta[20] e l'impossibilità di porre rimedio al pregiudizio subito dal minore, una volta realizzatosi l'inadempimento[21]. L'unica via percorribile – e poi effettivamente intrapresa dal legislatore del 2006 – rimaneva, dunque, l'impego di tecniche di coercizione indiretta[22].

Se con l'avvento dell'art. 709-*ter* c.p.c. il dibattito dottrinale sul punto non ha più ragione di esistere, alla medesima conclusione non sembra potersi pervenire con riferimento alla reale efficacia deterrente della norma, assistendosi a una netta scissione tra coloro che ritengono che la stessa sia in grado di realizzare una rilevante pressione psicologica nei confronti del genitore inadempiente – poiché lo stesso potrebbe vedersi condannato a risarcire un danno avente natura non soltanto patrimoniale, ma anche morale[23] – e coloro che, al contrario, sostengono che i provvedimenti che il giudice può assumere non avrebbero altro scopo che

17 Così Finocchiaro, A., in Finocchiaro, A.-Finocchiaro, M.: *Diritto di famiglia. Legislazione-Dottrina-Giurisprudenza*, III, Milano, 1988, p. 518.

18 Una lucida e approfondita analisi delle motivazioni che rendono inapplicabili le norme in materia di esecuzione per consegna o rilascio (artt. 605 ss. c.p.c.) e quelle in materia di esecuzione degli obblighi di fare e di non fare (art. 612 ss. c.p.c.) ai provvedimenti relativi ai minori si rinviane in Poliseno, B.: *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017, p. 400 ss.

19 Per una compiuta riflessione in merito alla non patrimonialità dei rapporti giuridici in ambito familiare si rinvia a Senigaglia, R.: "Famiglia e rapporto giuridico non patrimoniale", *Giust. civ.*, 2019, p. 100 s.

20 La quale, peraltro, non permette forme di surrogazione di alcun tipo e richiede la necessaria cooperazione del genitore tenuto a eseguire le prescrizioni contenute all'interno del provvedimento giudiziale. Sul punto cfr. l'approfondita riflessione svolta da Carapezza Figlia, G.: "Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. La revisione degli artt. 614-*bis* e 709-*ter* c.p.c. nella riforma del processo della famiglia", *Dir. fam. pers.*, II, 2022, p. 632 ss.

21 Cfr. Graziosi, A.: "L'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia di famiglia", in *Diritto processuale di famiglia* (a cura di Id.), Torino, 2016, p. 229 ss.; Cecchella, C.: *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Bologna, 2018, p. 223 ss.

22 Quest'ultime, invero, superando l'ostacolo dell'infungibilità delle prestazioni e prefigurando un sacrificio patrimoniale quale conseguenza dell'inadempimento, sono in grado di spingere il genitore inadempiente a eseguire le statuizioni giudiziali. Sul punto cfr. Mazzamuto, S.: "La coercizione indiretta", *Eur. dir. priv.*, 2021, p. 469.

23 Lo sostiene Danovi, F.: "Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709-*ter* c.p.c.)", cit., p. 616. Quale esempio immediato di danno "economico", l'Autore menziona l'ipotesi di "viaggi o vacanze programmate, alle quali il genitore abbia dovuto rinunciare a motivo del rifiuto ingiustificato di consegnare

acuire il conflitto tra i genitori, specialmente lì dove il destinatario della misura risarcitoria non abbia le possibilità economiche per potere adempiere[24].

Lungi da qualunque generalizzazione, tale differente visione prospettica è certamente da ricondurre alla non agevole lettura della disposizione, la quale, peraltro, si ripercuote sulla natura da attribuire ai provvedimenti risarcitori in essa contenuti. Più nel dettaglio, la norma, dopo avere assegnato, nel suo primo comma, «al giudice del procedimento in corso»[25] il potere di dirimere «le controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale o alle modalità dell'affidamento dei figli»[26], pone, al secondo comma, rilevanti problemi ermeneutici in merito alla funzione del risarcimento del danno al quale il genitore trasgressore può essere condannato tanto nei confronti dell'altro genitore, quanto del minore stesso.

Detta questione, dunque, non può investire né il provvedimento di ammonizione di cui al comma 2, n. 1, né, tantomeno, la sanzione amministrativa pecuniaria di cui al n. 4 del comma 2[27], dovendosi escludere il carattere compensativo di entrambe le citate misure, in quanto di per sé inidonee a soddisfare in via immediata gli interessi di cui le parti del processo sono portatrici. Con riguardo ai nn. 2 e 3 di cui al comma 2 dell'art. 709-*ter* c.p.c., invece, malgrado la presenza di posizioni non

il figlio […] da parte del genitore collocatario"; tra i danni morali, invece, lo stesso annovera "i danni alla vita di relazione, ove casualmente riferibili ai comportamenti posti in essere dall'altro genitore".

24 Per un'approfondita analisi sul punto cfr. *sub.* art. 709 *ter* c.p.c., in *Codice dei minori* (a cura di M. Dogliotti-A. Figone-F. Mazza Galanti), II ed., Milano, 2009.

25 Osserva Tommaseo, F.: "L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 *ter* c.p.c.", cit., p. 1058, che "la norma detta una regola per risolvere le controversie insorte in pendenza del giudizio di separazione (o di divorzio), ma il legislatore non si limita affatto a considerare soltanto le controversie sorte in modo incidentale *lite pendente*, bensì anche quelle successive, sorte quando il giudizio di separazione è già stato definito con una sentenza passata in giudicato. Per queste ultime, infatti, la legge consente di proporre in via principale le domande previste dall'art. 709 *ter* attribuendole alla competenza del giudice del procedimento di revisione di cui all'art. 710 c.p.c.".

26 Va rilevata l'estrema varietà del concreto ambito applicativo dell'art. 709-*ter* c.p.c., disposizione utilizzata in giurisprudenza per regolare ipotesi molto diverse tra loro. Si passa, infatti, dal mutamento della residenza in assenza del consenso dell'altro genitore (cfr. Trib. Milano 2 maggio 2019 n. 4202, *Dir. fam. pers.*, 2020, p. 176) alla mancata consultazione di quest'ultimo prima dell'assunzione di scelte di estremo rilievo per la vita del figlio (Trib. Roma 26 marzo 2016, *Foro it.*, 2016, I, c. 2605), dalla violazione dei provvedimenti del giudice in materia di affidamento del minore (Trib. Firenze 10 novembre 2011, *Danno e resp.*, 2012, p. 781 ss., con nota di Amram, D.: "Cumulo dei provvedimenti *ex* artt. 709-*ter* e 614-*bis* c.p.c. e adempimento dei doveri genitoriali") alla realizzazione di condotte volte a minare la relazione tra il figlio e l'altro genitore (App. Firenze 29 agosto 2007, *Dir. fam.*, 2008, p. 1207 ss.). Da escludersi è, invece, a detta della Suprema Corte, l'azionabilità dello strumento coercitivo in esame quale rimedio al mancato spontaneo adempimento del dovere di visita al figlio minore da parte del genitore non collocatario. In tale ipotesi, infatti, ci si trova dinanzi a un «potere-funzione la cui violazione integra, ai sensi dell'art. 709-*ter* c.p.c., una 'grave inadempienza'». Esso, pertanto, «è destinato a rimanere libero nel suo esercizio quale esito di autonome scelte che rispondono, anche, all'interesse superiore del minore ad una crescita sana ed equilibrata», non essendo neppure «suscettibile di coercizione […] nella forma indiretta di cui all'art. 614-*bis* c.p.c.» (così Cass. 6 marzo 2020 n. 6471, *Fam. dir.*, 2020, p. 332 ss.).

27 In tal senso, Danovi, F.: "Gli illeciti endofamiliari: verso un cambiamento della disciplina processuale?", cit., p. 302; Paladini, M.: "Misure sanzionatorie e preventive per l'attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli, tra responsabilità civile, *punitive damages* e *astreinte*", *Fam. dir.*, 2012, p. 855.

univoche in dottrina[28], la giurisprudenza prevalente sembra ormai da tempo essersi assestata sulla natura sanzionatoria di tale forma di risarcimento[29], funzionale non già a compensare l'effettivo danno patito[30], mediante una quantificazione monetaria dello stesso, bensì ad apprestare una reazione avverso tutte quelle condotte ritenute gravemente contrarie ai doveri genitoriali. A una lettura più accurata, è inoltre possibile notare come la norma in esame racchiuda in sé una pluralità di anime[31], dovendosi accompagnare alla funzione sanzionatoria di tale misura[32], quella di *enforcement* delle prescrizioni giudiziali in materia di obblighi personali nei confronti dei figli minori. Tale prospettiva, volta a rafforzare l'effettività della tutela apprestata dall'ordinamento alla prole, trova, peraltro, piena conferma all'interno dell'elaborazione giurisprudenziale[33].

Anche l'assolvimento dell'onere probatorio incombente in capo all'attore appare strettamente riconnesso alla funzione sanzionatoria del risarcimento *ex* art. 709-*ter*, comma 2, nn. 2 e 3, c.p.c., dovendo questi dimostrare esclusivamente

28 In dottrina propendono per il carattere sanzionatorio delle misure *ex* art. 709-*ter* c.p.c. Danovi, F.: "Gli illeciti endofamiliari: verso un cambiamento della disciplina processuale?", cit., p. 303; Zingales, I.: "Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709-*ter* c.p.c.", *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 417 ss.; La Rosa, E.: "Il nuovo apparato rimediale introdotto dall'art. 709-*ter* c.p.c.", *Fam. dir.*, 2008, p. 70 ss.; D'Angelo, A.: "Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-*ter* c.p.c.", *Familia*, 2006, p. 1048; Casaburi, G.: "La legge sull'affido condiviso (ovvero, forse, tanto rumore per nulla)", *Corr. merito*, 2006, p. 565; Graziosi, A.: "Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso", cit., p. 1884; Salvaneschi, L.: "I procedimenti di separazione e divorzio", cit., p. 374; De Marzo, G.: "L'affidamento condiviso-I profili sostanziali", *Foro it.*, 2006, V, p. 90 ss. Propendono, invece, per una finalità meramente compensativa del risarcimento del danno *ex* art. 709-*ter*, comma 2, nn. 2 e 3, c.p.c.: Frezza, G.: "Appunti e spunti sull'art. 709-*ter* c.p.c.", *Giust. civ.*, 2009, p. 35 ss.; Tommaseo, F.: "L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento", cit., p. 1066; Vullo, E.: "Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone", cit., p. 324 s.; Facci, G.: "L'art. 709-*ter* c.p.c., l'illecito endofamiliare ed i danni punitivi", *Fam. dir.*, 2008, p. 1032; Greco, A.: "Affido condiviso, (l. 54/2006) e ipotesi di responsabilità civile", *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1199; Id.: "La responsabilità civile nell'affidamento condiviso", *La resp. civ.*, 2006, p. 746; Ferrando, G.: "Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006", cit., p. 595.

29 In giurisprudenza cfr. Cass. 16 maggio 2016 n. 9978, *Foro it.*, 2017, 5, I, c. 1730, con nota di Lambo, L.: "I danni punitivi e l'intenzionalità dell'offesa"; Corte *cost. 10 luglio 2020 n. 145*, *Giur. cost.*, 2020, 4, c. 1674, con nota di Spangher G.: "Un'interpretazione costituzionalmente orientata della duplice sanzionabilità dei colpevoli comportamenti del genitore affidatario nei confronti della prole"; Trib. Milano 2 maggio 2019 n. 4202, cit.; Trib. Venezia 18 maggio 2018, *Foro it.*, 2018, I, c. 2178; Trib. Roma 11 ottobre 2016, n. 18799, *Foro it.*, 2016, I, c. 3967; Trib. Messina 8 ottobre 2012, *Danno e resp.*, 2013, p. 409 ss., con nota di Pardolesi, P.: "Vocazione sanzionatoria dell'art. 709-*ter* c.p.c. e natura polifunzionale della responsabilità civile"; In termini di funzione compensativa del risarcimento del danno *ex* art. 709-*ter*, comma 2, nn. 2 e 3, c.p.c. si sono, invece, espressi Trib. Salerno 22 dicembre 2009, *Fam. dir.*, 2010, p. 924 ss., con nota di Vullo, E.: "Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni *ex* art. 709-*ter* e concorso con le misure attuative del fare infungibile *ex* art. 614-*bis*"; Trib. Varese 7 maggio 2010, *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 472 s.

30 Per un'approfondita disamina sulla funzione compensativa del risarcimento del danno cfr. Alpa, G.: *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003, p. 290 ss.; Franzoni, M.: "Il danno risarcibile", in *Tratt. Franzoni*, Milano, 2004, p. 621 ss.; Monateri, P.G.: "La responsabilità civile", in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, p. 19 ss.

31 In termini del tutto simili si esprime Sesta, M.: "Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva", *Fam. dir.*, 2017, p. 292, il quale evidenzia la "molteplicità di funzioni sottese" all'art. 709-*ter* c.p.c.

32 La Rosa, E.: "Il nuovo apparato rimediale introdotto dall'art. 709-*ter* c.p.c.", cit., p. 64 ss.; Facci, G.: "L'art. 709-*ter* c.p.c., l'illecito endofamiliare ed i danni punitivi", cit., p. 1026 ss.; Figone, A. "In tema di risarcimento del danno *ex* art. 709-*ter* c.p.c.", *Danno resp.*, 2008, p. 800 ss.; Paladini, M.: "Misure sanzionatorie e preventive per l'attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli, tra responsabilità civile, *punitive damages* e *astreinte*", cit., p. 853 ss.

33 Così Cass. 15 aprile 2015 n. 7613, *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 938 ss. In tale pronuncia la Suprema corte ricorda come le misure di cui agli artt. 614-*bis* e 709-ter, comma 2, nn. 2 e3, c.p.c. operino "sia come strumenti sanzionatori e sia come forme di coazione indiretta all'adempimento".

la mancata spontanea esecuzione degli obblighi giudiziali da parte del genitore inadempiente, non anche il pregiudizio concretamente subito dal minore[34]. Spostandosi, infine, sul piano del *quantum*, è possibile sin da subito anticipare come la commisurazione della somma da corrispondere a titolo di risarcimento non dovrà essere parametrata alla perdita subita, bensì alla gravità della condotta lesiva posta in essere dal trasgressore, al suo grado di colpevolezza, ai vantaggi dallo stesso conseguiti, nonché alle condizioni delle parti[35].

III. RIFORMA DEL PROCESSO DELLA FAMIGLIA E CUMULO TRA TECNICHE COERCITIVE INDIRETTE.

La disposizione di cui all'art. 709-*ter* c.p.c., così come la misura compulsoria sancita dall'art. 614-*bis* c.p.c., rientra all'interno di quelle previsioni oggetto di revisione a opera della riforma in materia di diritti delle persone e delle famiglie, nonché di esecuzione forzata, promossa con l. 26 novembre 2021 n. 206[36]. Attraverso tale novella, il legislatore nazionale ha inteso assegnare un ruolo primario al principio di effettività della tutela[37] delle situazioni giuridiche facenti capo ai componenti del nucleo familiare. Quanto appena riferito è reso possibile grazie a un rinnovato approccio metodologico, rinvenibile in talune previsioni della legge delega e volto a realizzare una completa sinergia tra diritto sostanziale e giusto rimedio processuale[38]. Detta prospettiva, non soltanto ossequiosa, bensì

34 Cfr., in dottrina, Gorgoni, A.: *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2017, p. 459. In termini opposti, in virtù della natura compensativa della misura, Frezza, G.: "Appunti e spunti sull'art. 709-*ter* c.p.c.", cit., p. 35, il quale, ai fini della condanna al risarcimento, ritiene "necessaria la prova di tutti gli elementi dell'illecito, compresa quella del danno"; Tommaseo, F.: "L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 *ter* c.p.c.", cit., p. 1067.

35 Cfr., in giurisprudenza, Trib. Venezia 18 maggio 2018, cit.; Trib. Roma 11 ottobre 2016 n. 18799, cit.; Trib. Roma 30 settembre 2016, *DeJure*; Trib. Modena 17 settembre 2012 n. 1425, *Dejure*. Diversamente, in termini puramente compensativi, si esprime App. Catania 18 febbraio 2010, *Dejure*.

36 Mediante tale atto normativo, il Parlamento ha conferito formale delega al Governo ad adottare, entro un anno dalla sua entrata in vigore (ossia entro il 24 dicembre 2021), uno o più decreti legislativi recanti il riassetto formale e sostanziale del processo civile, mediante novelle al codice di procedura civile e alle leggi processuali speciali, in funzione di obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile, nel rispetto della garanzia del contraddittorio, attenendosi ai principi e criteri direttivi previsti dalla legge delega (art. 1, comma 1).

37 Sul principio di effettività della tutela cfr. Vettori, G.: *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020; Libertini, M.: "Le nuove declinazioni del principio di effettività", in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1071 ss.; Pagni, I.: "La giurisdizione tra effettività ed efficienza", *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 401 ss.; Id.: "*Effettività della tutela giurisdizionale*", in *Enc. dir.*, *Ann.* X, Milano, 2017, p. 355 ss.; Oriani, R.: *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; Comoglio, L.P.: "Il «giusto processo» civile nella dimensione comparatista", *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 728 ss.; Imbruglia, D.: "Effettività della tutela e ruolo del giudice", *Riv. trim.*, 2017, p. 961 ss.

38 Prezioso appare, sul punto, il contributo offerto da Mazzamuto, S.: *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Id.), Napoli, 1989, voll. I e II; Mazzamuto, S.: "La nozione di rimedio nel diritto continentale", *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 585 ss.; Messinetti, D.: "Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali", *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 609 ss.; Id.: "La sistematica rimediale", *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p.15 ss.; Perlingieri, P.: "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 6 s.; Nivarra, L.: "Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico", *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 583 ss.

pienamente attuativa dei principi costituzionali[39] e sovranazionali[40], mira a una realizzazione effettiva[41] dei diritti delle parti, specie qualora gli stessi presentino rango fondamentale, così come avviene in materia familiare.

All'interno della riforma inaugurata con l. n. 206 del 2021, l'effettività della tutela delle situazioni giuridiche dedotte si realizza innanzitutto attraverso il potenziamento del ruolo assegnato all'organo giudicante. Quest'ultimo, nel dettaglio, potrà adottare, conformemente a quanto previsto dall'art. 1, comma 23, lett. mm, l. cit., "anche d'ufficio, previa instaurazione del contraddittorio, provvedimenti ai sensi dell'art. 614-*bis* c.p.c. in caso di inadempimento agli obblighi di fare e di non fare, anche quando relativi ai minori".

Al fine di una piena cognizione dell'effettiva portata della novella legislativa, la disposizione appena citata non potrà che leggersi in termini di funzionalità reciproca con quanto sancito dall'art. 1, comma 33, l. n. 206 del 2021. Tale previsione, invero, riscrivendo per intero il n. 3 dell'art. 709-*ter*, comma 2, c.p.c., prevede che il giudice, mediante un provvedimento che "costituisce titolo esecutivo" ai sensi dell'art. 614-*bis* c.p.c., potrà "disporre il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori nei confronti dell'altro, anche individuando la somma giornaliera dovuta per ciascun giorno di violazione o di inosservanza" delle sue statuizioni.

I criteri direttivi testé indicati hanno trovato piena attuazione all'interno del d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 149[42], entrato in vigore il 18 ottobre 2022 e attuativo della delega legislativa di riforma del processo civile[43].

39 In particolare, Cass., Sez. un., 9 marzo 2015 n. 4683, *Foro amm.*, 2015, c. 1653, ribadisce che ogni "tecnica di tutela" delle situazioni sostanziali "trae il suo fondamento dalle norme immediatamente precettive dettate dalla Carta costituzionale al fine di garantire la piena tutela giurisdizionale (artt. 24, 103, 111 e 113 cost.)".

40 Corte EDU 21 febbraio 1975, Golder c. Regno Unito, *www.hudoc.echr.coe.int*; Corte EDU 19 marzo 1997, Hornsby c. Grecia, *ivi*; Corte EDU 1° marzo 2002, Kutic c. Croazia, *ivi*.

41 Sul rispetto del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva cfr., nella giurisprudenza di Strasburgo, Corte EDU 28 ottobre 1998, Osman c. Regno Unito, *www.hudoc.echr.coe.int*; Corte EDU 26 ottobre 2000, Kudla c. Polonia, *ivi*; in quella di Lussemburgo, Corte giust. 25 luglio 2002, c. 50/00 P, spec. § 39 ss., in *Raccolta*, 2002, I-06677; Corte giust. 18 marzo 2010, cc. 317-320/08, spec. § 61 ss., *ivi*, 2010, I-02213; Corte giust. 16 luglio 2009, c. 12/08, spec. § 47, *ivi*, 2009, I-06653, e giurisprudenza *ivi* citata. In dottrina cfr. Dalfino, D.: "Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale", *Riv. trim.*, 2014, p. 907 ss.; Trocker, N.: "Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo", *ivi*, 2007, p. 51 ss.

42 Rubricato "Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata" e pubblicato sulla G.U., Serie Generale n. 243 del 17 ottobre 2022–Suppl. Ordinario n. 38.

43 In particolare, l'*iter* legislativo che ha condotto alla promulgazione del decreto in esame si è articolato nell'adozione dello schema di decreto legislativo A.G. 407, trasmesso dal Governo al Parlamento lo scorso 2 agosto 2022, e approvato dal Consiglio dei ministri, a seguito del parere positivo espresso dalle Commissioni Giustizia di Camera e Senato, il 28 settembre 2022. L'emanazione dei decreti delegati di riforma del processo civile entro la fine del 2022 costituisce, peraltro, un traguardo da raggiungere al fine di accedere ai finanziamenti previsti dall'Unione europea nell'ambito del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Più nel dettaglio, all'interno del decreto, la disciplina processuale volta alla "realizzazione di un rito unificato in materia di persone, minorenni e famiglie"[44], passa attraverso l'introduzione, nel Libro II del Codice di procedura civile, di un apposito Titolo IV-*bis*[45], nonché nella contestuale abrogazione dei Capi I, II, III, IV, V e V-*bis*, Libro IV, Titolo II, c.p.c.[46].

L'art. 473-*bis* c.p.c., il quale inaugura il Capo I del predetto titolo IV-*bis*, delimita, innanzi tutto, il perimetro operativo del nuovo rito unificato, stabilendo che "le disposizioni contenute nel titolo IV-*bis* si applicano a tutti i procedimenti[47] relativi allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie di competenza del tribunale ordinario, di quello per i minorenni e del giudice tutelare", salvo che non sia diversamente stabilito e salve le esclusioni espressamente indicate dallo stesso articolo[48].

Con specifico riferimento, invece, all'attuazione dei provvedimenti di affidamento della prole, il legislatore della delega ha compiuto una scelta di razionalizzazione della disciplina esistente, operando, all'art. 473-*bis*.39 c.p.c. ("*Provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni*") un vero e proprio *restyling* delle regole processuali di cui all'art. 709-*ter* c.p.c.

Taluni punti fermi emergono dall'analisi di detta nuova disposizione. In primo luogo, viene positivizzata l'iniziativa officiosa del giudice nel comminare l'*astreinte* ove sussistano condotte in grado di arrecare pregiudizio al minore ovvero gravi violazioni dei doveri genitoriali. Quest'ultime, così come espressamente previsto dalla norma, possono consistere in reiterate, sistematiche o strumentali inadempienze a provvedimenti aventi natura economica[49]. Così facendo, il legislatore non soltanto persegue l'obiettivo di adeguare la normativa in materia ai più timidi approdi della giurisprudenza di merito[50], ma dimostra, altresì, una chiara

44 In attuazione di quanto disposto all'art. 1, comma 23, lett. a) della l. n. 206/2021.

45 Suddiviso in due distinti capi, l'uno intitolato "*Disposizioni generali*", e l'altro "*Del procedimento*" (quest'ultimo, a sua volta, suddiviso in sette sezioni).

46 *Ex* art. 3, comma 49, lett. a), d.lgs. 28 settembre 2022.

47 Aventi natura contenziosa, esulando dall'ambito applicativo della disposizione in esame tutti i procedimenti di volontaria giurisdizione, i quali continuano ad essere retti dalle forme del rito camerale.

48 Il riferimento è ad alcuni specifici procedimenti, quali quelli volti alla dichiarazione di adottabilità e di adozione dei minori di età e dei procedimenti attribuiti alla competenza delle sezioni specializzate in materia di immigrazione, di protezione internazionale e di libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, istituite dal decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 aprile 2017, n. 46.

49 Il riferimento è, ad esempio, alle ipotesi di mancato pagamento delle spese straordinarie.

50 Il riferimento è a Trib. Roma 23 dicembre 2017, *Resp. civ. e prev.*, 2018, p. 582 ss., il quale, in una vicenda relativa alla violazione da parte di un genitore dell'obbligo di cancellazione dal proprio *account social* di notizie e immagini relative al figlio, ha affermato che "l'*astreinte* può essere disposta d'ufficio a maggior garanzia dell'interesse del figlio e, in quanto collegato a questo, dell'interesse del genitore a cui spetta pretendere il rispetto di quegli obblighi"; Trib. Milano 7 gennaio 2018, *Dejure*, il quale ha definito l'*astreinte* come una ulteriore «sanzione punitiva» in grado disincentivare il genitore alla quale era stata comminata dall'impedire al figlio di frequentare il genitore non collocatario.

volontà di rendere effettiva la tutela degli interessi di cui il minore è portatore, operazione, questa, che viene attuata attraverso la massimizzazione dei poteri processuali riconosciuti al giudice, incluso il regime dell'iniziativa per l'adozione dei provvedimenti *ex* art. 614-*bis* c.p.c.

In secondo luogo, la riforma ha il merito di dirimere in maniera definitiva il contrasto ermeneutico sorto in relazione alla cumulabilità delle misure di cui agli artt. 709-*ter*, comma 2, e 614-*bis* c.p.c.

Se, difatti, una parte della dottrina si esprimeva nel senso di negare l'applicazione cumulativa delle due disposizioni, ritenendo l'art. 709-*ter* c.p.c. norma speciale, utilizzabile solo in quelle ipotesi in cui mancasse una specifica forma di esecuzione indiretta[51], una posizione più lungimirante, invece, prospettava la tesi secondo la quale la disciplina generale di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. poteva essere applicata in funzione integrativa "al fine di colmare eventuali lacune nel regime delle tutele speciali indirette già previste dal nostro ordinamento"[52].

Da ultimo, la giurisprudenza[53], suffragata dal pensiero della dottrina maggioritaria[54], riconosceva da tempo l'autonomia delle *astreinte*s sul piano funzionale rispetto ai provvedimenti di cui all'art. 709-*ter* c.p.c, sottolineando come la *ratio* delle due misure fosse, rispettivamente, quella di evitare *ex ante* l'inadempimento e di sanzionare *ex post* gravi violazioni delle statuizioni giudiziali da parte del genitore. Tale impostazione, pienamente rispettosa non soltanto delle finalità, ma anche dei differenti momenti applicativi delle due norme[55] è stata, per ciò stesso, fatta propria dal legislatore della novella. La neo positivizzata complementarità tra le tecniche di coercizione indiretta dà prova, ancora una volta, del carattere flessibile dell'apparato rimediale, il quale esalta le caratteriste del

51 Cfr. Vullo, E.: "L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea", in AA.VV.: *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, I, Padova, 2009, p. 523 ss.; Id.: "L'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole", cit., p. 885; Id.: "Il nuovo art. 709 *ter*: c.p.c.: l'interpretazione della dottrina e gli orientamenti della giurisprudenza", cit., p. 1957; Tommaseo, F.: "L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 *ter* c.p.c.", cit., p. 1063; Silvestri, E.: "Commento all'art. 614 *bis* c.p.c.", in AA.VV.: *Commentario breve al codice di procedura civile* (a cura di F. Carpi-M. Taruffo), Padova, 2009, p. 1925.

52 Zucconi Galli Fonseca, E.: "Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata", *www.judicium.it*., § 7.

53 Cfr. Trib. Salerno 22 dicembre 2009, cit.; Trib. Firenze 10 novembre 2011, cit.; Trib. Milano 2 maggio 2019 n. 4202, cit.; Trib. Roma, 16 dicembre 2016, cit.; Trib. Roma 10 maggio 2013, *Giur. mer.*, 2013, c. 2100 ss. In senso contrario si pone Trib. Mantova 12 luglio 2018, *Dejure*, il quale, in maniera del tutto eccentrica rispetto al sistema sinora delineato, ha statuito che i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli non "comportano alcuna statuizione di 'condanna'", esulando, in tal modo, dal perimetro di applicazione dell'art. 614-*bis* c.p.c.

54 Il riferimento è a Danovi, F.: "Gli illeciti endofamiliari: verso un cambiamento della disciplina processuale?", cit., p. 318 ss.; Graziosi, A.: "L'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia di famiglia", cit., p. 276; Donzelli, R.: "I provvedimenti nell'interesse dei figli minori *ex* art. 709-*ter* c.p.c.", Torino, 2018, p. 132 ss.

55 Puntuale, in tal senso, la riflessione di Ronco, A.: L'art. 614-*bis* c.p.c. e le controversie in materia di famiglia, *Giur. it*., 2014, p. 761 s., secondo il quale «ciò che differenzia profondamente» le misure previste dagli artt. 614-*bis* e 709-*ter* c.p.c. è «la loro collocazione cronologica rispetto all'illecito».

caso concreto[56] adeguando, sulla scorta di queste, le forme di tutela predisposte dal sistema[57].

Infine, con riguardo alla previsione di cui all'art. 1, comma 33, l. n. 206 del 2021, nessun problema di coordinamento si pone con la norma sin qui analizzata. Il giudice, infatti, potrà non soltanto munire dell'*astreinte* il provvedimento di condanna del genitore nei confronti del minore, ma – in un'ottica di *enforcement* – potrà altresì applicare l'art. 614-*bis* c.p.c.; ciò al fine di rendere effettiva la realizzazione del provvedimento assunto ai sensi del nuovo art. 473-*bis*.39 c.p.c. Ben si comprende, inoltre, come detto cumulo delle tecniche di tutela processuale persegua, altresì, una rilevante finalità deflattiva del contenzioso, rendendosi superflua la proposizione di un nuovo ricorso al fine di dare attuazione alle statuizioni giudiziali eventualmente rimaste inadempiute[58].

Da ultimo, come puntualmente rilevato dalla più attenta dottrina[59], incertezze interpretative sarebbero potute sorgere in merito alla delimitazione dell'ambito applicativo dell'*astreinte*, circoscritto dal legislatore della delega alla sola ipotesi di condanna ai sensi del n. 3 dell'art. 709-*ter*, comma 2, c.p.c. Più nel dettaglio, in presenza della medesima *ratio legis*, sarebbe risultato del tutto irragionevole non munire della misura coercitiva indiretta di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. anche i provvedimenti adottati ai sensi dei nn. 1, 2 e 4. Da tale applicazione differenziata, infatti, sarebbe derivata una ingiustificata disparità di trattamento capace di mettere a repentaglio l'uniformità del grado di protezione da assicurare a interessi tra loro omogenei. Al fine di scongiurare un simile cortocircuito, frutto della lacunosità della disposizione contenuta nella legge delega, detta dottrina optava – sussistendo tutti i presupposti di legge – per il ricorso all'analogia, quale "forma di interpretazione sistematica volta all'applicazione diretta dei principi"[60]. In conseguenza di ciò, il giudice sarebbe stato chiamato a effettuare un apprezzamento vincolato in funzione applicativa, al fine di rendere coerente la nuova normativa con l'assiologia dell'ordinamento[61]. Detta operazione, tuttavia, non si è resa necessitata, avendo il

56 Cfr. Perlingieri, P.: "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 325 ss.; Id.: "Fonti del diritto e «ordinamento del caso concreto»", *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 21 ss.

57 Così, Perlingieri, P.: "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", cit., 2011, p. 4 s., secondo il quale "non è l'interesse a strutturarsi attorno al rimedio, ma il rimedio a trovare modulazione in funzione degli interessi considerati dalla fattispecie concreta".

58 A tale importante riflessione perviene Carapezza Figlia, G.: "Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta", cit., p. 643.

59 Così Carapezza Figlia, G., *op. cit.*, p. 644.

60 In tali termini si esprime Perlingieri, P.: "L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo *in claris non fit interpretatio*, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss., ora in Id.: "Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile", Napoli, 1989, p. 291 ss. Si veda, più recentemente, Femia, P.: "Applicare il diritto al *caos*. Teoria riflessiva delle fonti e unità dell'ordine", in *Dir. priv. com.* (a cura di Perlingieri, P.- Ruggeri, L.), Napoli, 2008, p. 47 ss.

61 Tale è la funzione di controllo del giudice riconosciuta da Perlingieri, P.: "Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice", in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale* (a cura di P. Femia), Napoli, 2006, p. 10 ss.; Id.: "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", cit., p. 325 ss.

decreto legislativo opportunamente esteso il perimetro operativo dell'*astreinte* a tutte le ipotesi di condanna contemplate all'interno del 1° comma del nuovo art. 473-*bis*.39 c.p.c.

IV. RISARCIMENTO PUNITIVO E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ DELLA SANZIONE.

Dopo avere appurato la piena cumulabilità delle misure compulsorie di cui all'art. 614-*bis* e dell'abrogato art. 709-*ter* c.p.c., è utile rilevare come la natura delle stesse si ripercuota direttamente non soltanto sul piano dell'*an*, ma anche su quello del *quantum* concretamente irrogabile dal giudice.

Ebbene, la funzione sanzionatoria-deterrente delle condanne emesse ai sensi del neo introdotto art. 473-*bis*.39 c.p.c.[62], facendo il palio con i concetti di *malice* e *gross negligence* propri dell'apparato rimediale di *common law*[63], fa assurgere il coefficiente di gravità della condotta posta in essere dal genitore inadempiente a criterio di quantificazione del risarcimento spettante all'altro genitore ovvero al figlio (comma 2). In altri termini, il predetto meccanismo, fondandosi su logiche volte a punire violazioni particolarmente odiose e intollerabili, nonché a preservare il "migliore" interesse del minore[64], prescinde tanto dalla riparazione del danno da quest'ultimo patito[65], quanto – come precedentemente ricordato – dalla sua prova in giudizio.

62 Cfr. De Menech, C.: *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei "danni punitivi"*, Padova, 2019, p. 209.

63 In tal senso Pardolesi, P.: "Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 *ter* c.p.c. e natura polifunzionale della responsabilità civile", cit., p. 416.

64 Tale è, a detta di attenta dottrina che si condivide (Perlingieri, G.- Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 100 ss.), la corretta traduzione da attribuire alla locuzione inglese *best interest of the child*. Ciò in quanto l'interesse in esame non rappresenta un'entità astratta declinabile sempre nei medesimi termini; esso, piuttosto, deve essere opportunamente valutato e bilanciato nel singolo caso concreto al fine di individuare, tra le varie possibilità ermeneutiche e applicative, le specifiche soluzioni in grado di tutelare al meglio l'interesse di *quel* minore. Per un'approfondita analisi in materia si rinvia a Scalisi, V.: "Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto", *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 412 ss.; Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86 ss.; Id.: "«Best Interest of the Child» o «best interest of Children»", *Nuova. giur. civ. comm.*, 2010, p. 157 ss.; Lamarque, E.: "*Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, *passim*.

65 Sul punto illuminanti appaiono le argomentazioni fatte proprie da Trib. Messina 8 ottobre 2012, cit. secondo cui "ciò che assume rilievo ai fini della condanna *ex* art. 709 *ter* c.p.c. è la mera inottemperanza alle prescrizioni contenute nei provvedimenti di affidamento dei figli (e, più in generale, ai doveri genitoriali), fermo restando che la quantificazione del danno deve essere commisurata alla gravità della condotta illecita e liquidata in via equitativa". Pertanto, "nella individuazione della misura del risarcimento occorre in primo luogo guardare alla gravità della condotta del genitore inadempiente, anche in considerazione del fatto che i rimedi di cui all'art. 709 *ter* c.p.c. hanno essenzialmente finalità punitiva, e non occorre una prova specifica sulla esistenza ed entità del danno, che può considerarsi naturale conseguenza del deprecabile comportamento di uno dei genitori". Infine, "considerato che nella disposizione normativa in esame nessun riferimento viene effettuato all'esigenza che un danno concreto si sia verificato, ciò che viene punito ai sensi dell'art. 709 *ter* c.p.c., allora, è la condotta, e non già il pregiudizio dalla stessa provocato, in un'ottica che effettivamente sembra più vicina a quella del cd. danno punitivo".

Alla luce del quadro sinora delineato, non può che evidenziarsi come una corretta applicazione delle tecniche di coercizione indiretta, siano esse impiegate in maniera alternativa ovvero cumulativa tra loro, debba essere sempre commisurata e proporzionata[66] alla gravità della condotta lesiva del valore tutelato. Tale assunto trova piena conferma non soltanto nelle pronunce delle Corti sovranazionali[67] che si sono espresse in relazione al principio di proporzionalità delle sanzioni, ma anche all'interno della giurisprudenza nazionale di legittimità. Quest'ultima, in particolare, ha puntualmente sottolineato come il principio di legalità, il quale non può che governare le misure adottate *ex* art. 473-*bis*.39 c.p.c., richiede che il risarcimento punitivo sia ancorato a "basi normative adeguate" in grado di garantire una "precisa parametrazione della fattispecie e puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili"[68].

La funzione di *deterrence*, pertanto, non potrà mai prescindere dal canone della proporzionalità, dovendo la somma di denaro riconosciuta a titolo di risarcimento punitivo risultare "funzionale alla tutela effettiva dell'interesse vantato dalla vittima dell'illecito"[69].

Detto aspetto si ripercuote direttamente sul rapporto sussistente tra la misura di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. e i provvedimenti adottati ai sensi del comma 1 dell'art. 473-*bis*.39 c.p.c. Invero, ben potrebbe accadere che l'*astreinte* – il cui ammontare deve necessariamente essere calibrato in relazione ai parametri elencati al comma 3[70] – sia di per sé idonea ad assicurare, nel singolo caso concreto, l'esecuzione dei provvedimenti giudiziali, apprestando piena tutela agli interessi del minore. Qualora, invece, l'effetto dissuasivo della predetta misura si sia rivelato del tutto inefficace, essendosi, comunque, consumata una violazione del provvedimento giudiziale gravemente lesiva dei doveri genitoriali, il giudice potrà affiancare all'*astreinte* una delle misure di cui all'art. 473-*bis*.39, comma 1, c.p.c.

66 La centralità del principio di proporzionalità nei rapporti civilistici è intuita e sviluppata da Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 335 ss.

67 Così Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, ricc. nn. 24130/11 e 29758/11, *A.* e *B.* c. *Norvegia*; Corte giust., Grande Sez., 20 marzo 2018, c-524/15, *Menci*; c-537/16, *Garlsson Real Estate SA, en liquidation* e *a.* c. *CONSOB*; cc-596/16 e 597/16 *Di Puma* c. *CONSOB* e *CONSOB* c. *Zecca*.

68 Cfr. Cass., Sez. un., 5 luglio 2017 n. 16601, *Resp. civ. e prev.*, 2018, p. 1198 ss.

69 In questi termini Scognamiglio, C.: "Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio", *Resp. civ. e prev.*, 2017, p. 1114.

70 E cioè "valore della controversia, natura della prestazione, vantaggio per l'obbligato derivante dall'inadempimento, danno quantificato o prevedibile, condizioni personali e patrimoniali delle parti e ogni altra circostanza utile". Tali criteri rappresentano un indubbio limite legale alla discrezionalità del giudicante.

BIBLIOGRAFIA.

AA.VV.: "La crisi delle relazioni familiari. Scioglimento del vincolo e cessazione della convivenza", in *Famiglia*, (a cura di A. Fasano-A. Figone), Milano, 2019.

AA.VV.: *L'affidamento condiviso* (a cura di S. Patti-L. Rossi Carleo), Milano, 2006.

Alpa, G.: *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003.

Amram, D.: "Cumulo dei provvedimenti *ex* artt. 709-*ter* e 614-*bis* c.p.c. e adempimento dei doveri genitoriali", *Danno e resp.*, 2012.

Id.: "L'attuazione degli obblighi genitoriali nella crisi familiare: l'art. 709-*ter* c.p.c. al vaglio della giurisprudenza e della dialettica 'sanzione-mediazione'", *Fam. pers. e succ.*, 2011.

Arceri, A.: *L'affidamento condiviso*, Milano, 2007.

Basini, G.F.: "I provvedimenti relativi alla prole", in Bonilini, G.-Tommaseo, F.: "Lo scioglimento del matrimonio", in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010.

Carapezza Figlia, G.: "Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. La revisione degli artt. 614-*bis* e 709-*ter* c.p.c. nella riforma del processo della famiglia", *Dir. fam. pers.*, II, 2022.

Casaburi, G.: "La legge sull'affido condiviso (ovvero, forse, tanto rumore per nulla)", *Corr. merito*, 2006.

Id.: "Nota a Trib. Napoli 7 febbraio 2007", *Foro it.*, 2007, I.

Cecchella, C.: *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Bologna, 2018.

Comoglio, L.P.: "Il «giusto processo» civile nella dimensione comparatista", *Riv. dir. proc.*, 2002.

D'Angelo, A.: "Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-*ter* c.p.c.", *Familia*, 2006.

Dalfino, D.: "Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale", *Riv. trim.*, 2014.

Danovi, F.: "Gli illeciti endofamiliari: verso un cambiamento della disciplina processuale?", *Dir. fam. pers.*, 2014, I.

Id.: "L'affidamento condiviso: le tutele processuali", *Dir. fam.*, 2007.

Id.: "Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709-*ter* c.p.c.)", *Riv. dir. proc.*, 2008.

De Angelis, L.: "La competenza per territorio nei procedimenti civili innanzi al tribunale per i minorenni", *Giur. it.*, 1986, IV.

De Marzo, G.: "L'affidamento condiviso-I profili sostanziali", *Foro it.*, 2006, V.

De Menech, C.: *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei "danni punitivi"*, Padova, 2019.

Donzelli, R.: "I provvedimenti nell'interesse dei figli minori *ex* art. 709-*ter* c.p.c.", Torino, 2018.

Facci, G.: "L'art. 709-*ter* c.p.c., l'illecito endofamiliare ed i danni punitivi", *Fam. dir.*, 2008.

Femia, P.: "Applicare il diritto al caos. Teoria riflessiva delle fonti e unità dell'ordine", in *Dir. priv. com.* (a cura di Perlingieri, P.- Ruggeri, L.), Napoli, 2008.

Ferrando, G.: "Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006", *Fam. pers. succ.*, 2007.

Figone, A. "In tema di risarcimento del danno *ex* art. 709-*ter* c.p.c.", *Danno resp.*, 2008.

Finocchiaro, A., in Finocchiaro, A.-Finocchiaro, M.: *Diritto di famiglia. Legislazione-Dottrina-Giurisprudenza*, III, Milano, 1988.

Finocchiaro, G.: "Commento all'art. 709 *ter* c.p.c.", in *Codice di procedura civile commentato* (a cura di L.P. Comoglio- R. Vaccarella), III ed., Torino, 2010.

Fornaciari, M.: *L'attuazione dell'obbligo di consegna dei minori*, Milano, 1991.

Franzoni, M.: "Il danno risarcibile", in *Tratt. Franzoni*, Milano, 2004.

Frezza, G.: "Appunti e spunti sull'art. 709-*ter* c.p.c.", *Giust. civ.*, 2009.

Gorgoni, A.: *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2017.

Graziosi, A.: "L'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia di famiglia", in *Diritto processuale di famiglia* (a cura di Id.), Torino, 2016.

Id.: "L'esecuzione forzata", in AA. VV.: *I processi di separazione* e *divorzio* (a cura di A. Graziosi), Torino, 2008.

Id.: "Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso", *Dir. fam. pers.*, 2006.

Greco, A.: "Affido condiviso, (l. 54/2006) e ipotesi di responsabilità civile", *Resp. civ. prev.*, 2006.

Id.: "La responsabilità civile nell'affidamento condiviso", *La resp. civ.*, 2006.

Imbruglia, D.: "Effettività della tutela e ruolo del giudice", *Riv. trim.*, 2017.

La Rosa, E.: "Il nuovo apparato rimediale introdotto dall'art. 709-*ter* c.p.c.", *Fam. dir.*, 2008.

Lamarque, E.: "*Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

Lambo, L.: "I danni punitivi e l'intenzionalità dell'offesa", *Foro it.*, 2017.

Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016.

Id.: "«Best Interest of the Child» o «best interest of Children»", *Nuova. giur. civ. comm.*, 2010.

Libertini, M.: "Le nuove declinazioni del principio di effettività", in *Eur. dir. priv.*, 2018.

Lupoi, M.A.: "Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006.

Id.: "Della separazione personale dei coniugi", in *Commentario breve al codice di procedura civile* (a cura di F. Carpi-M. Taruffo), Padova, 2009, *sub* art. 709 *ter.*

Id.: "Le tutele legali nelle crisi di famiglia", *I trattati operativi*, Roma, 2018.

Malagù, L.: *Esecuzione forzata* e *diritto di famiglia*, 1986.

Mazzamuto, S.: "La coercizione indiretta", *Eur. dir. priv.*, 2021.

Id.: "La nozione di rimedio nel diritto continentale", *Eur. dir. priv.*, 2007.

Id.: *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Id.), Napoli, 1989, voll. I e II;

Messinetti, D.: "La sistematica rimediale", *Riv. crit. dir. priv.*, 2011.

Id.: "Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali", *Eur. dir. priv.*, 2005.

Monateri, P.G.: "La responsabilità civile", in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998.

Nivarra, L.: "Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico", *Eur. dir. priv.*, 2015.

Oriani, R.: *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008.

Pagni, I.: "*Effettività della tutela giurisdizionale*", in *Enc. dir.*, *Ann.* X, Milano, 2017.

Id.: "La giurisdizione tra effettività ed efficienza", *Dir. proc. amm.*, 2016.

Paladini, M.: "Misure sanzionatorie e preventive per l'attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli, tra responsabilità civile, *punitive damages* e *astreinte*", *Fam. dir.*, 2012.

Pardolesi, P.: "Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 *ter* c.p.c. e natura polifunzionale della responsabilità civile", *Danno resp.*, 2013.

Parini, G.A.: "Responsabilità civile e doveri genitoriali", in *Trattato di diritto di famiglia. Famiglia e matrimonio*, diretto da P. Zatti (a cura di G. Ferrando-M. Fortino-F. Ruscello), II ed., I, 2, Milano, 2011.

Perlingieri, G.- Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019.

Perlingieri, P.: "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", *Riv. dir. civ.*, 2010, I.

Id.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rass. dir. civ.*, 2001.

Id.: "Fonti del diritto e «ordinamento del caso concreto»", *Riv. dir. priv.*, 2010.

Id.: "Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice", in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale* (a cura di P. Femia), Napoli, 2006.

Id.: "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Giusto proc. civ.*, 2011.

Id.: "L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo *in claris non fit interpretatio*, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", *Rass. dir. civ.*, 1985.

Id.: "Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile", Napoli, 1989.

Poliseno, B.: *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017.

Proto Pisani, A.: "Appunti sulla tutela di condanna", *Riv. trim. proc. civ.*, 1978.

Id.: "L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna", *Riv. dir. proc.*, 1975.

Ronco, A.: L'art. 614-*bis* c.p.c. e le controversie in materia di famiglia, *Giur. it.*, 2014.

Salvaneschi, L.: "I procedimenti di separazione e divorzio", *Fam. dir.*, 2006.

Scalisi, V.: "Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto", *Riv. dir. civ.*, 2018.

Scognamiglio, C.: "Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio", *Resp. civ. e prev.*, 2017.

Senigaglia, R.: "Famiglia e rapporto giuridico non patrimoniale", *Giust. civ.*, 2019.

Sesta, M.: "Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio", in *Codice della famiglia*, I, Milano, 2007.

Id.: "Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva", *Fam. dir.*, 2017.

Silvestri, E.: "Commento all'art. 614 *bis* c.p.c.", in AA.VV.: *Commentario breve al codice di procedura civile* (a cura di F. Carpi-M. Taruffo), Padova, 2009.

Spangher G.: "Un'interpretazione costituzionalmente orientata della duplice sanzionabilità dei colpevoli comportamenti del genitore affidatario nei confronti della prole", *Giur. cost.*, 2020, 4.

Tommaseo, F.: "Applicazioni giurisprudenziali di una norma controversa: ancora sull'art. 709-*ter* c.p.c.", *Fam. dir.*, 2010.

Id.: "L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709-*ter* c.p.c.", *Fam. dir.*

Id.: "Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali", *Fam. dir.*, 2006.

Trocker, N.: "Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo", *ivi*, 2007.

Vettori, G.: *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020.

Vullo, E.: "Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni *ex* art. 709-*ter* e concorso con le misure attuative del fare infungibile *ex* art. 614-*bis*", *Fam. dir.*, 2010.

Id.: "Commento all'art. 709-*ter* c.p.c.", in AA.VV.: *Codice di procedura civile commentato* (a cura di P. Consolo- F.P. Luiso), Milano, 2007.

Id.: "Il nuovo art. 709 *ter*: c.p.c.: l'interpretazione della dottrina e gli orientamenti della giurisprudenza", in *Studi in onore di Modestino Acone*, III, Napoli, 2010.

Id.: "L'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole", in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano.

Id.: "L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea", in AA.VV.: *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, I, Padova, 2009.

Id.: "Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone", in *Commentario del codice di procedura civile* (a cura di S. Chiarloni), I, Bologna, 2011.

Zingales, I.: "Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709-*ter* c.p.c.", *Dir. fam. pers.*, 2009.

Zucconi Galli Fonseca, E.: "Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata", *www.judicium.it*.



L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA ITALIANA SUGLI ORDINI DI PROTEZIONE CONTRO LE VIOLENZE E *FAMILY METAMORPHOSIS*. DINAMICHE PROCESSUALI E RISVOLTI SOSTANZIALI

THE EVOLUTION OF THE ITALIAN LEGISLATION ON PROTECTION ORDERS AGAINST VIOLENCE IN THE CONTEXT OF FAMILY METAMORPHOSIS. PROCEDURAL DYNAMICS AND SUBSTANTIAL IMPLICATIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2114-2151

Giuseppe FOTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il contributo analizza la disciplina italiana sugli ordini di protezione contro le violenze familiari alla luce dell'evoluzione del sistema ordinamentale. La lotta alle violenze, nel quadro della metamorfosi della famiglia, trova una nuova risposta all'interno della recentissima riforma c.d. Cartabia del processo civile. L'intervento del legislatore, pur concentrandosi sulla dinamica processuale, ha implicazioni anche di natura sostanziale, specie in relazione alla individuazione degli elementi costitutivi della violenza familiare.

PALABRAS CLAVE: Violenza; famiglia; sostanza; processo.

ABSTRACT: *The contribution analyzes the Italian legislation on protection orders against family violence in the light of the evolution of the legal system. The fight against violence, in the context of the metamorphosis of the family, finds a new response within the very recent so-called reform Cartabia of the civil trial. The intervention of the legislator, while focusing on procedural dynamics, also has implications of a substantial nature, especially in relation to the identification of the constituent elements of family violence.*

KEY WORDS: *Violence; family; substance; trial.*

SUMARIO.- I. RILETTURA DELLA DISCIPLINA DEGLI ORDINI DI PROTEZIONE CONTRO LE VIOLENZE FAMILIARI AL TEMPO DELLE RIFORME, TRA METAMORFOSI DELLA FAMIGLIA E NUOVE DINAMICHE DEL PROCESSO CIVILE.- II. IL CARATTERE PROTEIFORME DELLA VIOLENZA FAMILIARE. UNA NUOVA DELINEAZIONE A FRAMMENTI SPARSI DELL'AGIRE VIOLENTO? LO SCENARIO FENOMENOLOGICO DELLA RIFORMA CARTABIA.- III. L'ART. 1, CO. 23, LETT. B, DELLA LEGGE DELEGA 26.11.2021, N. 206 E LE SOLUZIONI FORNITE, IN SEDE DI ESERCIZIO DELLA DELEGA, DAL DECRETO LEGISLATIVO 10 OTTOBRE 2022, N. 149. ASPETTI PRELIMINARI.- IV. ESTENSIONE DELL'AMBITO DI OPERATIVITÀ DEGLI ORDINI DI PROTEZIONE AI PROCEDIMENTI RELATIVI ALLO STATO DELLE PERSONE, AI MINORENNI E ALLE FAMIGLIE. IL RIFERIMENTO ALLA VIOLENZA "DOMESTICA" O DI "GENERE": IL PERIMETRO DELLA FATTISPECIE TRA CONTINUO E DISCONTINUO.- 1. "Violenza" e "abuso" tra trasferimento della disciplina degli ordini di protezione nell'alveo del codice di procedura civile ed indicazioni provenienti dal quadro euro-internazionale. Sul valore essenzialmente descrittivo/simbolico della distinzione.- 2. La Convenzione di Istanbul come paradigma. Conformazione in senso socialmente "sostenibile" del diritto civile? Il *punctum dolens* della violenza c.d. economica: mimesi e sviluppi innovativi.- V. SULL'ADOTTABILITÀ DEGLI ORDINI DI PROTEZIONE ANCHE "QUANDO LA CONVIVENZA È CESSATA". IL METODO SISTEMATICO.- 1. Ambito di applicazione soggettiva degli ordini di protezione. Lo snodo problematico delle "convivenze": fatti di sentimento e criterio assiologico-pratico. La distinzione tra coabitazione e convivenza: prospettazione di una loro separabilità. Coabitazioni senza convivenza e convivenze senza coabitazione. "Tipi" della convivenza e caratterizzazione in senso "familiare".- A) Il fenomeno delle mere coabitazioni e la loro estraneità alla disciplina delle misure protettive.- B) Le convivenze alle quali si rivolge la disciplina sugli ordini di protezione: indefettibilità del fatto coabitativo? Esito negativo. I tratti distintivi della violenza familiare come variante tipologica meritevole di una risposta differenziata.- A) Il riferimento alla "cessazione" della convivenza tra dato spaziale e dato spirituale-affettivo. Perdita di centralità dello spazio domestico.- B) Dalla violenza "tra familiari" alla "violenza familiare"? Vittimocentrismo o polifunzionalità? - VI. CONCLUSIONI.

I. RILETTURA DELLA DISCIPLINA DEGLI ORDINI DI PROTEZIONE CONTRO LE VIOLENZE FAMILIARI AL TEMPO DELLE RIFORME, TRA METAMORFOSI DELLA FAMIGLIA E NUOVE DINAMICHE DEL PROCESSO CIVILE.

A poco più di venti anni dalla sua entrata in vigore, la disciplina italiana sugli ordini di protezione contro le violenze familiari, introdotta dalla legge n. 154 del 2001[1], sollecita, oggi, nuovamente, l'attenzione dell'interprete, chiamato a

1 Per una esaustiva indicazione della letteratura italiana sul tema, sia consentito il rinvio al mio: Foti, G.: "Art. 342-*bis* c.c.", in AA.VV.: *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli), vol. *Della famiglia, artt. 241-455* (a cura di G. Di Rosa), ed. II, Utet Giuridica, Milano, 2018, p. 1081 ss. Nondimeno, tra i contributi più recenti, si segnalano, *inter alios*: Camilleri, E.: "Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari", in AA.VV.: *L'udienza presidenziale nel procedimento di separazione e divorzio* (a cura di M. Astone – G. Basilico), Giuffré, Milano, 2022, p. 281 ss.; Id.: "Ordini di protezione contro gli abusi familiari, bilanciamento degli interessi e primato della Persona", *Giust. civ.*, 2022, n. 1, p. 157 ss.; Nascosi, A.: "Gli ordini di protezione civili contro gli abusi familiari a vent'anni dalla loro introduzione", *Fam. dir.*, 2021, n. 12, p. 1189 ss.; Riccio, G. M. - Codiglione, G.: "Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari", in AA.VV.: *Il codice civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2019. V. anche: Carapezza Figlia, G.:

• Giuseppe Foti
Ricercatore di tipo B, IUS 01, Abilitato alla seconda fascia, Università degli Studi di Messina, Dipartimento di Giurisprudenza. Email: giuseppe.foti@unime.it

verificarne tenuta strutturale e funzionale, nel più ampio quadro strategico di prevenzione e lotta ai fenomeni di abuso familiare.

La lettura dell'apparato rimediale costituito dagli ordini di protezione non può infatti sottrarsi al più generale ripensamento dell'ordine giuridico familiare[2]. Peraltro, di detta mutazione genetica la normativa relativa alla lotta alle violenze familiari ne è, allo stesso tempo ed in chiave osmotica, concausa ed effetto.

Un nuovo capitolo della richiamata metamorfosi è oggi inaugurato dalla riforma Cartabia del processo civile[3], sin dalla sua fase propulsiva costituita dalla legge delega 26 novembre 2021, n. 206[4].

Lo scenario mostra un *quid novi*, e, segnatamente, una diversa relazione, anche in termini di "riequilibrio", tra "sostanza" e "processo" nel governo giuridico dei fenomeni di violenza familiare. Tale rapporto, come si avrà modo di appurare nel corso dell'indagine, parrebbe connotarsi in senso *double face*.

In una prima direzione, la lente di osservazione, alla stregua di un caleidoscopio, sembra spostarsi "dal dato sostanziale" "alla dinamica processuale", eletta centro di gravità del nuovo corso.

Nella direzione inversa, l'attenzione dedicata all'orizzonte processuale[5] finisce con l'incidere però anche su profili squisitamente sostanziali[6] della lotta alle violenze familiari: profili intorno ai quali – dallo specifico osservatorio degli ordini di protezione - intendo perimetrare il prosieguo dello sviluppo argomentativo.

Il vento riformatore si inserisce, per certi versi accelerandolo, in un costante processo di trasformazione della famiglia, ormai ritenuta irrequieta, incerta sul piano identitario[7], "in frantumi", sì da essere declinata al plurale, in una molteplicità

"Illeciti civili e relazioni familiari", in AA.VV.: *Diritto civile minorile* (a cura di A. Cordiano – R. Senigaglia), E.S.I., Napoli, 2022, p. 202 ss.

2 Le diverse sfaccettature di tale ripensamento possono essere paradigmaticamente colte, all'interno di in un panorama dottrinale italiano sul tema ormai vastissimo, nel recente lavoro, che raccoglie una pluralità significativa di contributi: AA.VV.: *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme* (a cura di U. Salanitro), Pacini Giuridica, Pisa, 2019.

3 In una letteratura in via di formazione, giova segnalare, per gli scopi della presente indagine, a titolo indicativo: Danovi, F.: "Le ragioni per una riforma della giustizia familiare e minorile", *Fam. dir.*, 2022, n. 4, p. 323 ss.; Id.: "Il nuovo rito delle relazioni familiari", *Fam. dir.*, 2022, n. 8-9, p. 837 ss.

4 Legge recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata.

5 Prospettiva, già *ante* riforma, attenzionata, a titolo indicativo, da: Eremita, A. R.: *Ordini di protezione familiare e processo civile*, E.S.I., Napoli, 2019; Giordano, A.: "Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari: una lettura", *giustiziacivile.com*, 2018, fasc. 9. Giova in ogni caso il rinvio a Basilico, G.: "Profili processuali degli ordini di protezione familiare", *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1116 ss.

6 Segue un'impostazione analoga: Long., J.: "Uno sguardo problematico sulle novità della riforma del processo civile d'interesse per il diritto familiare e minorile sostanziale", *Familia*, 2022, fasc. 1, p. 149 ss.

7 Sin da, *inter alios*: Roussel, L: *La famille incertaine*, Odile Jacob Editerur, Paris, 1989.

di forme possibili[8]; non escludendo finanche una possibile deriva "liquida"[9]. Peraltro, al tendenziale superamento del pensiero "unico" tradizionale via via sedimentatosi nella cultura giuridica italiana[10] si affianca un intervento "regolatore" delle dinamiche familiari, se non anche un vero e proprio "interventismo" normativo.

Da qui la necessaria ricerca di una fattispecie "minima"[11] che identifichi l'essenza familiare, quale *unitas* di senso *in varietate*[12]. La complessità del mutamento del fenomeno familiare, unitamente al non facile governo giuridico del suo molteplice atteggiarsi, potrebbe persino evocare, per usare una immagine, il noto nastro di Möbius, dalla superficie non orientabile ed allo stesso tempo unilatera, quale metafora di cicli infiniti e figura enigmatica, in cui niente è come appare.

II. IL CARATTERE PROTEIFORME DELLA VIOLENZA FAMILIARE. UNA NUOVA DELINEAZIONE A FRAMMENTI SPARSI DELL'AGIRE VIOLENTO? LO SCENARIO FENOMENOLOGICO DELLA RIFORMA CARTABIA.

Il complesso di norme che la riforma Cartabia dedica agli aspetti rimediali contro le violenze familiari, colti ed inseriti in una dinamica processuale, paiono segnalare un risvolto sostanziale particolarmente significativo. Ci si riferisce ad una possibile diversa delineazione degli elementi costitutivi dell'agire violento.

Il tema stimola non poche suggestioni, inserendosi nel solco generale dei legami, giammai recisi, semmai reciproci, tra "sostanza e processo" [13], ed in particolare,

8 V. per tutti, già: Scalisi, V.: "Famiglia e Famiglie in Europa", *Riv. dir. civ.*, 2013, fasc. 1, p. 7 ss. Nondimeno: Id.: "Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi - Parte seconda - Pluralizzazione e riconoscimento anche in prospettiva europea", *Riv. dir. civ.*, 2013, fasc. 6, p. 1287 ss. Ancor più di recente, v. in particolare: Patti, S.: "La famiglia: dall'isola all'arcipelago?", *Riv. dir civ.*, 2022, fasc. 3, p. 507 ss.; Frezza, G.: "I modelli familiari", in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016* (a cura di S. Giova – P. Perlingieri), E.S.I., Napoli, 2018, p. 413 ss.

9 Evocando Zigmunt Bauman.
Sul punto v. in ogni caso, già: Scalisi, V.: "Il diritto civile nelle prolusioni del secondo novecento", *Riv. dir. civ.*, 2014, fasc. 3, p. 519 ss., e più di recente, Lipari, N.: "Ragionare di diritto, oggi", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, fasc. 2, p. 489 ss.

10 Giova il rinvio, in particolare, all'illuminante studio condotto, di recente, da Ruggeri, A.: "Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione", in AA.VV.: *Il sistema*, cit. (a cura di U. Salanitro), p. 61 ss. In ogni caso, cfr.: Scalisi, V.: "Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi - Parte prima - Dalla famiglia-istituzione alla famiglia-comunità: centralità del rapporto e primato della persona", *Riv. dir. civ.*, 2013, fasc. 5, p. 1043 ss.

11 Per una migliore intellegibilità dell'argomento, cfr. indefettibilmente: Gorassini, A.: "Relazioni affettive a struttura variabile non frattale: qual'è il confine ultimo del concetto giuridico di famiglia?", *Persona e Mercato*, 2020, fasc. 4, p. 329 ss.; Id.: "Convivenze di fatto e c.d. famiglia di fatto. Per una nuova definizione dello spazio topologico del settore", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 866 ss.; Id.: "Il nuovo ordine della famiglia nel terzo millennio", in AA.VV.: *La famiglia all'imperfetto?* (a cura di A. Busacca), E.S.I., Napoli, 2016, p. 15 ss. Cfr. anche, *inter alios*: Romeo, F.: "Famiglia: struttura a geometria *variabile*", *Rass. dir. civ.*, 2018, fasc. 2, p. 744 ss.

12 Evocando Gottfried Wilhelm von Leibniz.

13 Paradigmatico al riguardo deve ritenersi il tradizionale riferimento a: Pugliatti, S.: *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Giuffrè, Milano, 1935; Id.: "Processualismo e diritto sostanziale", *Foro. it.*, 1936, LXI, p. 333 ss.

sotto il profilo specifico dei rapporti tra diritto oggettivo (civile) sostanziale e processuale.

La verifica ha ad oggetto la perimetrazione della fattispecie/violenza familiare, atteso che – con sguardo all'evoluzione del sistema – già il legislatore italiano del 2001 nel tratteggiare l'abuso in senso "familiare" ha inteso optare per una formula aperta[14]. L'art. 342-*bis* del codice civile italico – e cfr. sin d'ora art. 473-*bis*.69 c.p.c.- discorreva, infatti, *sic et simpliciter*, di "condotta che è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà" della vittima.

L'enunciato normativo, così come formulato, impediva, *a priori*, di definire con precisione i contorni della condotta vietata.

Sin dall'introduzione dell'art. 342-*bis* all'interno del codice civile, al c.d. agire violento è quindi stata riconosciuta un'indole multiforme, rispondendo, una scelta siffatta, ad una precisa strategia di lotta alla violenza in chiave essenzialmente vittimocentrica. L'obiettivo di evitare che talune fasce comportamentali rimanessero estranee allo spettro normativo della disciplina, e pertanto sottratte alle misure di protezione, ha sconsigliato l'uso di una tecnica di tipizzazione analitica[15].

III. L'ART. 1, CO. 23, LETT. *B*, DELLA LEGGE DELEGA 26.11.2021, N. 206 E LE SOLUZIONI FORNITE, IN SEDE DI ESERCIZIO DELLA DELEGA, DAL DECRETO LEGISLATIVO 10 OTTOBRE 2022, N. 149. ASPETTI PRELIMINARI.

Prioritariamente ed in chiave selettiva, occorre focalizzare l'attenzione sull'art. 1, comma 23, della legge delega 26 novembre 2021, n. 206. E' in tale disposizione, infatti, che è dato cogliere specifici principi e criteri direttivi, rivolti al delegato, funzionali alla creazione di un rito unico per tutti i procedimenti – di cui alla lettera *a* del medesimo comma 23 - relativi allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie.

Più in particolare, giova riflettere sulla lett. *b* dell'art. 1, comma 23[16], in ordine a due profili – alla cui trattazione saranno dedicati i paragrafi che seguiranno - evincibili nelle parti iniziale e finale di tale proposizione normativa. Occorrerà chiarire peraltro come detti profili abbiano trovato concreta traduzione, in sede di

14 Sul punto giova il rinvio a: Foti, G.: "Art. 342-*bis* c.c.", cit., p. 1094 ss.

15 Sul punto è utile rinviare alla *Relazione della seconda commissione permanente, ddl n. 2675, 72 e 159-A*, 27 novembre 1998, Senato della Repubblica.

16 Laddove il criterio selettivo dell'indagine sia polarizzato sul rapporto tra delineazione della fattispecie della violenza familiare ed emanazione degli ordini di protezione. Ove la prospettiva oltrepassasse l'orizzonte specifico e diretto degli ordini di protezione, per il contrasto alla violenza il legislatore ha dettato 80 criteri di delega indicati nelle lettere b), f), l), m), n), t), ff), del comma 23, della legge n. 206/2021; e ciò al fine di garantire piena tutela alle vittime.

esercizio della delega[17], nel recentissimo D.lgs. 10.10.2022, n. 149[18], che, all'art. 3, comma 33, in attuazione per l'appunto dei principi e criteri direttivi fissati nell'art. 1, comma 23, della delega, prevede l'introduzione, nel libro II del codice di procedura civile, di un apposito titolo, il IV-bis, rubricato "Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie".

IV. ESTENSIONE DELL'AMBITO DI OPERATIVITÀ DEGLI ORDINI DI PROTEZIONE AI PROCEDIMENTI RELATIVI ALLO STATO DELLE PERSONE, AI MINORENNI E ALLE FAMIGLIE. IL RIFERIMENTO ALLA VIOLENZA "DOMESTICA" O DI "GENERE": IL PERIMETRO DELLA FATTISPECIE TRA CONTINUO E DISCONTINUO.

Un primo profilo di peculiare interesse attiene al meccanismo di estensione – già prefigurato dalla delega – dell'ambito di operatività degli ordini di protezione proprio ai procedimenti di cui alla lettera *a* del comma 23, e relativi allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie[19]. All'uopo, ai sensi della lettera *b* del comma 23, la delega ha richiesto la "presenza di allegazioni di violenza domestica o di genere" quale presupposto per assicurare "adeguate misure di salvaguardia e protezione, avvalendosi delle misure di cui all'articolo 342-bis del codice civile"[20], ed ora previste dall'art. 473-*bis*.70 c.p.c.

Ebbene, la sussistenza di nessi alquanto delicati tra "struttura" e "funzione" che la lotta alle violenze familiari porta con sé, in ragione dei valori in gioco e dell'utilizzo di strumenti e rimedi particolarmente invasivi[21], consiglia, sul piano sostanziale, di soffermarsi sulle componenti strutturali minime, o essenziali, di quell'agire violento, considerato, con tecnica selettiva, giuridicamente idoneo a determinare, per i procedimenti di cui alla lettera *a*, l'applicazione di ordini protettivi.

Già la delega, di per sé, dunque, "pone" di fatto il problema di verificare se si tratti della stessa violenza delineata dalla "regola di fattispecie" di cui all'art. 342-*bis* del codice civile italiano, ora art. 473-*bis*.69 c.p.c. Una risposta negativa, e dunque la non perfetta sovrapponibilità dell'ambito fenomenico di riferimento, andrebbe infatti a riproporre - restando invariato il catalogo delle misure protettive previste

17 Sin dall'elaborazione dello schema di decreto legislativo AG. n. 407, trasmesso alle Camere il 2 agosto 2022, approvato il 28 settembre, in esame definitivo, dal Consiglio dei Ministri.

18 Intitolato: "Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché' in materia di esecuzione forzata".

19 L'epifania delle misure protettive in esame potrà assumere un carattere incidentale, anche ove dunque non incardinato *ab initio* il procedimento speciale di cui all'art. 736-*bis* del codice di procedura civile italiano.

20 Il riferimento all'art. 342-*bis* c.c. risulta ormai superato alla delle scelte processualiste, per la *sedes materiae*, operate dal decreto legislativo n. 149, sulle quali meglio si dirà *infra*, nel § successivo. In senso rigoroso, peraltro, la delega avrebbe dovuto richiamare l'art. 342-*ter* c.c.

21 Come si espliciterà a breve.

in seno già all'art. 342-*ter* c.c. - quegli snodi critici che la disciplina degli ordini di protezione ha sollevato sin dalla sua genesi, ed orbitanti attorno alla delicata correlazione di adeguatezza tra tali misure e la costruzione della fattispecie che ne determina l'adozione[22].

Si pensi all'argomento del c.d. *deficit* di tassatività, sollevato da una parte della dottrina critica in ordine alla "tecnica" di delineazione della violenza utilizzata dal legislatore. Sul "banco degli imputati" ad essere collocati sono stati i contorni indefiniti della condotta violenta, avendo l'art. 342-*bis* c.c. posto l'accento solo sul pregiudizio, colto tipologicamente in chiave molteplice. Il rilievo ha fatto da volano finanche alla prospettazione di dubbi di incostituzionalità[23]. La censura si è infatti polarizzata sul peculiare contenuto degli ordini di protezione (in senso paradigmatico, si consideri l'allontanamento dalla casa familiare), tale da poter incidere su libertà fondamentali dell'autore della condotta pregiudizievole[24]. Da qui persino il tentativo, spesso ricorrente nella giurisprudenza italiana di merito - soprattutto agli albori della disciplina - di c.d. tipizzazione prasseologica[25] dell'agire violento, plasmandolo, precipuamente, sul modello del reato di maltrattamento familiare *ex* art. 572 c.p., e sì da richiedere reiterazione, contiguità temporale, volontarietà: connotazioni della condotta non emergenti nell'enunciato normativo[26] dell'art. 342-*bis* c.c., anche nel senso della "mera" mancanza di una loro "esplicitazione"[27]. Si comprende allora come la giurisprudenza italica abbia evocato, di là dal suo rigore teorico-generale, il bilanciamento tra i vari diritti coinvolti[28].

Nondimeno, sotto altro aspetto, il tema di fondo sembra essere quello della necessaria correlazione in termini di "proporzionalità" (che potrebbe essere considerato aspetto dell'adeguatezza) tra la violenza allegata e la "gravità" delle misure adottabili[29]. Al riguardo, già la legge delega, come anticipato, allorquando

22 Utilizzando il concetto di adeguatezza, per il momento, con una portata di significato non restrittiva. Sul dibattito richiamato in parte narrativa giova il rinvio a: Foti, G.: "Art. 342-*bis* c.c.", cit., p. 1094 ss.

23 Per un maggiore approfondimento su tale risvolto critico, ancora: Foti, G.: "Art. 342-*bis* c.c.", cit., p. 1094 ss.

24 Da quest'angolo prospettico, l'intervento del giudice è valutato come estremamente penetrante, potendo incidere, in particolare, sulla libertà personale (art. 13 Cost.), sulla libertà di circolazione (art. 16 Cost.) e sulla proprietà privata (art. 42 Cost.), e finanche in assenza dei presupposti tipici del sistema penale.

25 In questi termini: Silvani, S.: "Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari (Artt. 2-8, Legge 4.4.2001, n. 154 – misure contro la violenza nelle relazioni familiari)", in AA.VV.: *Trattato di diritto famiglia* (diretto da P. Zatti), Agg., Giuffrè, Milano, 2006, p. 163.

26 Inteso come testo normativo o proposizione linguistica.

27 Per indicazioni più puntuali: Foti, G.: "Art. 342-*bis* c.c.", cit., p. 1094 ss.

28 Solo a titolo indicativo: Trib. Verona, 5.08.2020, www.*osservatoriofamiglia.it*; Trib. Monza, 7.5.2012, *Giur. mer.*, 2, 2013, 294, con nota di Minnella, C.: "Ordine di protezione contro gli abusi familiari: nel bilanciamento di interessi prevale quello delle vittime di maltrattamenti", *Giur. mer.*, 2013, fasc. 2, p. 294 ss.

29 Anche questo profilo trascende i limiti della presente riflessione, segnalando però la necessità di adattare lo sviluppo argomentativo alle peculiari connotazioni – meritevoli di essere ben enucleate – che legano "fatto" ed "effetto" nell'alveo di norme (secondarie) definibili – se così può dirsi – come "rimediali". Cfr. in ogni caso *infra* nt. 35.

richiama gli ordini protettivi, osservandoli nella prospettica applicativa, discorre di "adeguate misure di salvaguardia e protezione".

Il riferimento agli ordini di protezione è peraltro operato, senza alcun distinguo tra essi. Un siffatto omnicomprensivo richiamo dovrebbe però coordinarsi con un'altra circostanza: gli ordini di protezione non presentano tutti lo stesso carattere, essendo tra essi la sola cessazione della condotta ad essere davvero indefettibile, dovendosi alle altre misure attribuire un valore meramente eventuale[30].

Ebbene, anche sulla scorta dei superiori rilievi, è sin d'ora ragionevole ipotizzare che l'agire violento in senso familiare, cui la legge 206 ha inteso riferirsi, si ponga, sul piano della fattispecie, nella stessa traiettoria già disegnata dalla disciplina codicistico-sostanziale degli ordini di protezione.

1. "Violenza" e "abuso" tra trasferimento della disciplina degli ordini di protezione nell'alveo del codice di procedura civile ed indicazioni provenienti dal quadro euro-internazionale. Sul valore essenzialmente descrittivo/simbolico della distinzione.

La conclusione alla quale si è pervenuti non può essere scalfita dalla presenza, nella riforma, di una serie di dissonanze esegetiche.

L'argomento merita non poche precisazioni.

In primo luogo, la lett. b della legge delega non ricorre al termine *abuso*, in discontinuità con la disciplina codicistico-sostanziale degli ordini di protezione, all'interno della quale detto lemma compariva: sia nell'intitolazione del titolo IX bis, sia nella rubrica dell'art. 342 bis c.c. "ordini di protezione contro gli abusi familiari".

Il dato non va però sopravvalutato.

Pare ragionevole potersi sostenere[31] che l'impiego fattone dal codice civile, novellato dalla legge n. 154 del 2001, avesse valore prettamente sinonimico, dovendosi identificare l'abuso con la violenza, colta in tutte le sue espressioni. Il legislatore, in tale occasione, non avrebbe inteso replicare quanto *aliund*e fatto, in sede di redazione degli artt. 330 e 333 c.c., con la distinzione tra "abusi" e "maltrattamenti"; differenziazione volta, verosimilmente, a conferire al primo termine, sì da marcarne l'autonomia fenomenica, una connotazione precipuamente sessuale. Il lemma abuso che il nomoteta ha ritenuto di utilizzare nella disciplina

30 "Ove occorra": già secondo l'art. 342 *ter* c.c, ed ora l'art. 473-*bis*.70 c.p.c.
Al riguardo giova il rinvio al mio: Foti, G.: "Art. 342-*ter* c.c.", in AA.VV.: *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli), vol. *Della famiglia, artt. 241-455* (a cura di G. Di Rosa), ed. II, Utet Giuridica, Milano, 2018, p. 1145 ss., e quivi per una esaustiva indicazione della letteratura di riferimento.

31 Come ho avuto modo già di evidenziare in Foti, G.: "Art. 342-*bis* c.c.", cit., p. 1139.

degli ordini di protezione, più semplicemente, è stato tratto direttamente – come sinonimo di violenza – dall'inglese *abuse*[32].

Anche nel volgere lo sguardo al recente decreto legislativo n. 149 del 2022, pur mutando lo scenario linguistico, il superiore risultato ermeneutico non sembra mutare.

Occorre *in primis* premettere che l'art. 3, comma 33, in attuazione dei principi e criteri direttivi fissati nell'art. 1, comma 23, della delega, nel procedere, come detto, all'introduzione, nel libro II del codice di procedura civile, del titolo IV-bis, ha inteso suddividerlo in distinti capi. Più in particolare, dopo aver intitolato il primo tra questi "Disposizioni generali", ed il successivo "Del procedimento", a sua volta, suddiviso in sette sezioni, il decreto legislativo ha previsto un capo III, rubricato "Disposizioni speciali", inserendo un'apposita Sezione, la prima, interamente dedicata alle violenze domestiche o di genere, ed al contempo, una specifica sezione, la settima, relativa agli ordini di protezione contro gli abusi familiari.

E' proprio su quest'ultima sezione che deve incentrarsi l'analisi, essendo l'odierna riflessione specificamente polarizzata sul binomio violenza familiare/ ordini di protezione.

Ebbene, il termine abuso compare sia nella intitolazione della sezione stessa ("Degli ordini di protezione contro gli abusi familiari") sia nella rubrica della disposizione di apertura dell'insieme normativo sezionale, l'art. 473-*bis*.69 c.p.c., che così recita: "Ordini di protezione contro gli abusi familiari".

Trattasi, però, a ben vedere, di una operazione "specchio": di una replica o riproduzione, salvo lievi modifiche, dell'assetto linguistico-normativo presente all'interno del titolo IX-*bis* del codice civile, attraverso il "trasloco" – per svariate ragioni - dell'anzidetta disciplina nell'alveo del codice di procedura civile[33]. L'idea di fondo, d'altronde, è che la dinamica processuale costituisca un "veicolo" cruciale tra "fattispecie" e "rimedi". Il tentativo è quello di connotare in termini di celerità e tempestività[34] il collegamento empirico-concreto tra il fatto giuridico e l'effetto

32 Trovo riscontro, *inter alios*, in Lenti L., *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 220.

33 "Con riferimento all'articolo 473-bis.69 c.p.c. si osserva quanto segue. In occasione della sua introduzione, la normativa concernente gli ordini di protezione contro gli abusi familiari è stata inserita in parte nel codice civile (articoli 342 bis e 342 ter, per i profili sostanziali, in ordine ai presupposti e ai contenuti della tutela) e per altra parte nel codice di procedura civile (articolo 736-bis, per i profili processuali in senso stretto). Essendo il titolo IV bis del Libro secondo dedicato alle norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie, seguendo le indicazioni di un generale coordinamento e raccordo delle disposizioni vigenti, attraverso gli articoli 473-bis.69 c.p.c., 473-bis.70 c.p.c. e 473-bis.71 c.p.c., si è ritenuto di trasferire le disposizioni, con alcune lievi modifiche, all'interno del codice di procedura civile, nel titolo relativo, attraverso la introduzione di una quinta sezione, dal titolo "Degli ordini di protezione contro gli abusi familiari": così nella Relazione illustrativa relativa allo schema di decreto legislativo, p. 91.

34 "La scelta di applicare le disposizioni in esame in presenza di mere allegazioni di violenza o di abuso, intese come mera affermazione della parte di essere stata vittima di episodi di violenza domestica, di genere o di abuso, ovvero la mera allegazione che tali condotte siano state poste in essere in danno del figlio minore

giuridico propri di una norma rimediale[35], nel caso di specie rispettivamente integrati dalla violenza familiare e dagli ordini di protezione.

In conformità al modello ispiratore-propulsivo costituito, sin dalla genesi della disciplina degli ordini di protezione, dallo statunitense *Order of Protection*[36], l'intervento riformatore si rivolge al piano processual-civilistico, non reputando esaustiva la leva processual-penalistica. Nondimeno, la "postura" normativa mutua, in una logica comparativa, le esperienze maggiormente produttive di risultati (come nel caso della Ley organica spagnola)[37], recependo altresì le indicazioni euro-internazionali al riguardo[38]. Il tutto, va da sé, nella convinzione che un processo inadeguato costituisca una delle principali ragioni dissuasive per la reazione della vittima; la violenza, e peculiarmente quella familiare, rimarrebbe altrimenti nel sommerso di una dimensione gestoria privata e/o non condivisa.

Orbene, tornando alle dissonanze esegetiche, occorre rilevare un ulteriore dato: pur parendo al riguardo difettare, all'interno della delega, la presenza di specifiche indicazioni dal valore genuinamente prescrittivo, l'uso del termine abuso è invece piuttosto frequente all'interno della sezione I, del capo III, così come configurata dal decreto legislativo n. 149, e dedicata alla violenza domestica e di genere. L'art. 473-*bis*.40 c.p.c, concernente l'ambito di applicazione procedimentale, fa riferimento a "procedimenti in cui siano allegati abusi familiari o condotte di violenza domestica o di genere". Il successivo art. 473-*bis*.41 ("Forma della domanda") discorre di "eventuali procedimenti, definiti o pendenti, relativi ad

delle parti, ha la sua ragion d'essere sulla necessità di intercettare al suo primo manifestarsi la volontà della possibile vittima di violenza di superare quello che è noto come il ciclo della violenza. È infatti noto che le vittime di violenza hanno difficoltà a denunciare e a uscire dalla situazione di violenza, a causa delle promesse di chi agisce violenza, tese a relegare l'agito violento ad un episodio momentaneo, non destinato a replicarsi, situazione che induce la vittima a non manifestare all'esterno la situazione di violenza vissuta tra le mura domestiche. Per questo, l'ordinamento, e in particolare i giudici civili e minorili, devono essere in grado di intercettare la richiesta di aiuto della vittima, non appena la stessa si manifesti, per scongiurare il rischio, che la mancata attenzione alla violenza e all'abuso, o peggio la sua sottovalutazione o negazione da parte delle istituzioni, possano indurre la vittima a ricadere nel ciclo della violenza, al quale aveva cercato di sottrarsi. I giudizi in materia di famiglia e di minori sono infatti il luogo privilegiato per l'emersione della violenza domestica, e le norme in esame hanno il fine di permettere al giudice di riconoscere ed intercettare la violenza, compiendo già dalle prime battute del giudizio accertamenti preliminare sulla sussistenza dei fatti di violenza o di abuso": così nella Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, p. 80.

35 Sul punto, giova, in ogni caso, il rinvio a: Scalisi, V.: "Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici", *Riv. dir. civ.*, 2018, fasc. 4, p. 1045 ss.

36 Un provvedimento, dal contenuto essenzialmente inibitorio della condotta lesiva, adottabile dal giudice civile, quale effetto di una procedura informale, ed attivabile su istanza della parte personalmente – senza l'assistenza necessaria di un difensore – in presenza di (condotte qualificabili come) abusi familiari. Sul tema, nella dottrina italiana, in particolare, già: Paolini, R.: "Un utile strumento processuale contro la violenza domestica: l'ordine di protezione", *Quest. giust.*, 1993, p. 672 ss.

37 Nel panorama letterario italico, v. in particolare: Ferrante, A.: "La violenza domestica ed i maltrattamenti familiari nel sistema giuridico spagnolo", in AA.VV.: *Gli abusi familiari. Misure personali e patrimoniali di protezione. Profili di diritto civile, penale e comparato* (a cura di M. Paladini), Cedam, Padova, 2009, p. 281 ss. Più di recente anche: Aceto Di Capriglia, S.: "La violencia de gènero si affranca dall'oblio: le esperienze giuridiche spagnola ed italiana a confronto", *Rass. dir. civ.*, 2016, n. 2, p. 247 ss.

38 Giova il riferimento allo studio: *Gli abusi*, cit. (a cura di M. Paladini), *passim*. In ogni caso, *ex aliis*: Sciancalepore, G.: "Profili civilistici della violenza di genere tra obblighi sovranazionali e modelli alternativi", *www.comparazionedirittocivile.it*, 2016, n. 12, p. 76 ss.

abusi o alle violenze". Le espressioni: "vittima degli abusi o delle violenze allegate" ed "eventuali procedimenti relativi agli abusi e alle violenze allegate" ricorrono rispettivamente nel comma 3 e 4 dell'art. 473-*bis*.39. Di "abusi o violenze" discorre l'art. 473-*bis*.43 dedicato alla mediazione familiare. Endogenamente non rigorosa, altresì, appare la formulazione del successivo art. 473-*bis*.44, laddove, al secondo comma, riferendosi alla nomina di un consulente tecnico d'ufficio, individua tra i criteri di scelta la "competenza in materia di violenza domestica e di genere", ed al contempo dispone che il provvedimento di nomina debba dare indicazione delle "allegazioni di abusi o violenze". In tema di ascolto del minore, il referente normativo (l'art. 473-*bis*.45) muove nell'ottica di evitare "ogni contatto con la persona indicata come autore degli abusi o delle violenze".

Ciò detto[39], la scelta, in commento, di distinguere in senso analitico tra abusi e violenza, opinabile e sconsigliabile, si espone[40] al descrittivismo, essendo priva, mi pare, di un valore giuridico in concreto apprezzabile. Trattasi allora della reiterazione, in chiave più estesa, di una differenziazione, dal dubbio valore pragmatico, che, non potendo oltrepassare la sinonimia, pare *inutilter data*; *a fortiori* considerando, quantomeno ai fini dell'applicazione degli ordini di protezione, la confermata – poiché riprodotta dall'art. 473-*bis*.69 c.p.c. - configurazione della violenza familiare in senso largamente "capiente". Una scomposizione in senso duale, abuso/violenza, rischia semmai di ingenerare confusione, non potendo il riferimento all'abuso far ipotizzare l'esistenza di un "uso"[41]; tantomeno può ipotizzarsi che il legislatore abbia inteso impiegare il concetto di abuso, anche in chiave teorico-generale, come abuso "del diritto".

La motivazione presente nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo secondo la quale le condotte di abuso "costituiscono una specifica categoria delle condotte di violenza che merita espressa menzione, data la ricorrenza delle stesse nei procedimenti relativi ai minori" non pare allora sufficientemente persuasiva; una scelta di tal specie, pur muovendosi sulla falsariga dell'approccio analitico di cui agli artt. 330 e 333 c.c., non riesce ad oltrepassare, in assenza di rigore tecnico-giuridico, il solo valore prettamente simbolico.

39 Al di là della possibilità, che trascende questa sede di analisi, di assegnare alle violenze domestica e di genere, sì come richiamate, uno spettro fenomenologico che si ponga "oltre" uno "stretto" orizzonte familiare.

40 All'interno della cornice normativa nella quale essa è stata concepita.

41 Trasferendo la *quaestio* invece sul terreno (linguistico) che impiega il termine violenza, ad innescarsi è il dibattito tra violenza e non violenza, se non anche tra violenza conforme e violenza difforme al diritto. Sul punto si rinvia alle considerazioni al riguardo svolte in Foti, G.: "Art. 342-*bis*", cit., p. 1131 ss. In ogni caso cfr.: Irti, N.: "Violenza conforme alla legge", *Riv. dir. civ.*, 2014, fasc. 1, p. 151 ss.; Senigaglia, R.: "La Convenzione di Istanbul contro la violenza nei confronti delle donne e domestica, tra ordini di protezione e responsabilità civile endofamiliare", *Riv. dir. priv.*, 2015, n. 1, p. 112 ss.

2. La Convenzione di Istanbul come paradigma. Conformazione in senso socialmente "sostenibile" del diritto civile? Il *punctum dolens* della violenza c.d. economica: mimesi e sviluppi innovativi.

V'è però da decifrare, esaurito questo primo complesso di riflessioni, una seconda possibile dissonanza rispetto alla disciplina civilistica degli ordini di protezione.

Presupponendo la possibilità di delineare varianti tipologiche ad una fattispecie "minima" (o identificativa) di violenza, la legge delega, all'art. 1 comma 23, ai fini dell'applicazione delle misure di protezione, discorre di "allegazioni di violenza di genere e domestica"[42]. Nella stessa direzione, come già evidenziato, muove il decreto legislativo n. 149, che proprio alla violenza "domestica o di genere" ha inteso dedicare, sin dalla sua intitolazione, la sezione I, del capo III, del progettato, nuovo, titolo IV-*bis* del codice di procedura civile.

Orbene, tali caratterizzazioni – il profilo di genere e quello domestico – potrebbero implicare, adottando un discutibile procedere meramente esegetico, non poche conseguenze.

Una ricaduta, di ordine generale, sarebbe costituita dalla riduzione della fenomenica meritevole della congegnata tutela, potendo l'agire violento manifestarsi, come è intuibile, in forme che oltrepassano sia l'aspetto domestico – ove strettamente inteso, legandolo al dato spaziale – che il profilo legato al genere.

Anche la violenza infatti va colta in chiave analitica e molteplice. La prospettica giuridica deve spostarsi "dalla violenza" "alle violenze"; e ciò in relazione alle caratteristiche soggettive e oggettive, spaziali e temporali dell'atteggiarsi dell'agire violento, sì da mettere in gioco interessi diversi e (pertanto) risposte differenziate.

Peraltro, in senso più pregnante, se la lettera b fosse una monade, non vi sarebbe in tesi coincidenza tra la violenza familiare e le richiamate violenze, domestica e di genere, sol che si pensi che la violenza domestica, guardando al solo dato spaziale, al pari della violenza di genere, potrebbero non atteggiarsi in senso "familiare".

Ciò detto, i rilievi mossi al prospettato scenario conseguenziale non vanno tuttavia sopravvalutati.

42 Di "ipotesi in cui siano allegate o segnalate violenze di genere o domestiche" discorrono anche le successive lett. *l* e *ff.* del comma 23; parimenti, di "fattispecie in cui siano allegate violenze di genere o domestiche" discorre la lett. *n.*

Anzitutto, l'enunciato normativo in esame non può essere interpretato alla stregua di una monade, avulsa, in primo luogo, dal contesto normativo nel quale si inserisce. Non può revocarsi in dubbio infatti la sussistenza di una stretta relazione tra la violenza di genere o in senso domestico ed i provvedimenti di cui alla lettera a), relativi allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie.

Nondimeno – e risiede qui il vero cuore del problema – con una operazione che pare più contigua al *marketing* politico che al rigore tecnico, la delega ed il successivo decreto legislativo n. 149, pur volendo governare la violenza familiare, hanno inteso evocare, forse acriticamente, la formula che identifica l'oggetto della Convenzione di Istanbul adottata l'11 maggio 2011[43]: ci si riferisce alla prevenzione e lotta contro la "violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica". In astratto, viceversa, la caratterizzazione specificativa, relativa al genere ed al dato domestico, in sé considerata, potrebbe condurre ad esiti non unitari. Se alla luce della Convenzione la nozione - non restrittiva sul piano spaziale - di violenza "domestica" ha già, di per sé, *tout court*, connotazione "familiare", designando "tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare"[44], la stessa Convenzione, però, ove si consideri il combinato degli artt. 2, co. 1, e 3, lett. a, b, d, non sovrappone violenza di genere (peraltro non identificabile *tout court* con la violenza sulle donne) e violenza domestica, conferendo alla prima un'autonomia[45].

Invero, la chiave di lettura per decodificare il senso da attribuire all'adozione, da parte della riforma Cartabia, della formula connotativa della violenza, nelle varianti domestica e di genere, potrebbe risiedere nel tentativo politico-culturale di imprimere alla normativa, sì da conformarla, una torsione - fondata sul principio personalista[46] - "sostenibile", o, *recte* - in ragione delle possibili sue diverse declinazioni – di collocare la lotta alla violenza nel quadro di un diritto civile della sostenibilità "sociale"[47]; visuale nella quale - di là dal rigore tecnico o dal valore

43 Sulla quale, più di recente, ed in una prospettiva funzionale alle odierne riflessioni: Senigaglia, R.: *op. cit.*, p. 111 ss.

44 Art. 3, lett. b.

45 Peraltro pensabile in un orizzonte oltre-familiare. Il tema che qui interessa non è però quello dell'adozione delle misure protettive che si ponga al di là della sfera familiare, quanto piuttosto l'alveo dei procedimenti all'interno dei quali dette misure possano essere adottate. Giova al riguardo richiamare la Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo che a p. 80 evidenzia quanto segue: "Per dare attuazione ai principi di delega richiamati è stata introdotta, nel Capo III, dedicato alle Disposizioni particolari, una intera Sezione, intitolata Della violenza di genere e domestica, per disciplinare i procedimenti nei quali una delle parti alleghi di essere vittima di violenza agita dal partner o dall'ex partner, o alleghi che vittima di violenza – anche nella forma della violenza assistita- o di abuso sia il figlio minore delle parti stesse". Ed ancora: "La scelta normativa intende sottolineare l'importanza che deve essere rivolta al contrasto a questa forma di violenza nell'ambito dei procedimenti disciplinati dal nuovo rito in materia di persone, minorenni e famiglie, creando una sorta di corsia preferenziale per tali giudizi, che dovranno avere una trattazione più rapida e connotata da specifiche modalità procedurali".

46 Sul quale necessariamente: Perlingieri, P.: "Principio personalista, dignità umana e rapporti civili", *Annali Società italiana degli studiosi del diritto civile,* 2020, fasc. 5, p. 1 ss.; Scalisi, V.: *Ermeneutica della dignità*, Giuffrè, Milano, 2018.

47 Suggestione alla quale sarà dedicata una linea di ricerca autonoma, in altra sede.

descrittivo delle espressioni impiegate[48] - la questione femminile costituisce uno snodo cruciale. Sostenibilità e inclusione delle donne si reggono infatti l'un l'altra; al riguardo, certamente paradigmatici e ricchi di suggestioni appaiono gli obiettivi posti nel 2015 dalle Nazioni Unite, con l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile – *Sustainable Development Goals* – tra i quali parità di genere e *empowerment* femminile trovano particolare enfasi. Si spiegherebbe così la scelta della riforma di dare esaltazione alla variante di genere, nonostante questa caratterizzazione condivida con la violenza domestica (quantomeno *quoad effectum* dell'applicazione degli ordini di protezione) un orizzonte di tipo "familiare", essendo anch'essa portatrice – nella considerazione della normativa – di quell'elemento specificativo o tipologico idoneo a giustificare misure protettive particolarmente invasive; tutto ciò sul presupposto della necessità di intervenire con una risposta differenziata ed adeguata, stante la specifica attitudine dei fatti violenti connessi all'esperienza familiare.

E' semmai in una diversa chiave *sub*tipologica che potrebbe presentarsi un dato innovativo, con sviluppi significativi.

L'atteggiamento mimetico adottato dalla riforma Cartabia, attraverso l'impiego di formule ricorrenti nella Convenzione di Istanbul, impone una riflessione su una possibile diversa valorizzazione della violenza c.d. economica o dai risvolti patrimoniali. Giova segnalare infatti che, nel definire la violenza "all'interno della famiglia o nucleo familiare", la richiamata Convenzione, all'art. 3, lett. a), discorra di danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica "o economica", divergendo quindi sotto quest'ultimo profilo dalla fattispecie già delineata dall'art. 342-*bis* c.c., sin dalla sua genesi.

A conforto di tale risultanza, come espressamente affermato nella Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo[49] : "La scelta del legislatore delegato di non inserire nella norma un elenco di fattispecie nelle quali le disposizioni, della Sezione I, del Capo III, debbano applicarsi discende dalla necessità di evitare che inserendo un'elencazione, sia pure esemplificativa, alcune fattispecie possano non essere ricomprese nell'abito di applicazione delle nuove norme, che deve avere l'applicazione più ampia possibile", comprese dunque "tutte le forme di

48 La descrittività può essere evitata solo ove si muova nel senso di piegare gli istituti del diritto civile alla logica della "sostenibilità", ritenuta concetto scientificamente autonomo e/o valore (distinguibile) di riferimento. Dai primi studi (v. in particolare: Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, E.S.I, Napoli, 2018; Perlingieri, G.: «Sostenibilità, ordinamento giuridico e retorica dei diritti. A margine di un recente libro", *Foro nap*., 2020, fasc. 1, p. 101 ss.) emerge infatti il tentativo di inquadrare la sostenibilità quale canone ermeneutico e clausola generale, tale da conferire sostanza alla meritevolezza ed assurgere a parametro valutativo dei comportamenti giuridicamente rilevanti. Spetta anche al giurista, in questa prospettiva, approfondire tutte le possibili declinazioni della sostenibilità, e la sua corretta portata di senso; penso soprattutto – in una prospettiva forse più rigorosa di perimetrazione del concetto – al legame con la prospettica delle generazioni future.

49 A p. 81.

violenza c.d. economica, forma di violenza compresa nell'ambito applicativo della Convenzione di Istanbul". Che per questa via possa ottenersi un risultato siffatto – di là dal tema della "interpretazione convenzionalmente conforme" – non è però affatto scontato.

Il procedimento argomentativo utilizzato dalla Relazione, non apparendo connotato da assoluta precisione tecnica, ha valore euristico, sicché la previsione in esso contenuta – ovvero il risultato ritenuto plausibile – deve essere controllata e verificata per via rigorosa.

A fronte di tale opzione, non può infatti trascurarsi – in chiave di "controspinta" – la scelta operata dalla Cartabia di riprodurre in netta prevalenza, all'interno di una apposita sezione VII, la già esistente disciplina sugli ordini di protezione, nell'alveo della quale - già attraverso la previsione di cui all'art. 342-*ter* c.c. (e v. ora l'art. 473-*bis*.70 c.p.c.) - la *quaestio* economica non trova collocazione sul piano della violenza-fattispecie, ricollegandosi piuttosto al diverso profilo dell'effetto, sotto un duplice aspetto.

In primo luogo, ad essere considerati non sono, in senso rigoroso, i riflessi patrimoniali della condotta abusiva; il legislatore conia infatti un'apposita fattispecie, succedanea ed autonoma, riferendosi alle persone conviventi rimaste prive di mezzi adeguati in conseguenza – quale effetto precipuamente materiale – dell'emanazione di una misura di protezione. Il perfezionamento della fattispecie di violenza è dunque dato già per risolto, e superato positivamente risulta anche evidentemente il sindacato giuridico di efficacia, avendo ricevuto la violenza giuridicamente rilevante una risposta – apprezzabile per l'appunto nel campo dell'effetto – in termini di emanazione di una misura protettiva.

La collocazione sul diverso piano dell'effetto giuridico si coglie anche con la previsione del versamento di un assegno posto a carico dell'abusante ed in favore delle persone conviventi rimaste prive di mezzi adeguati. Si tratterebbe pertanto, sulla scorta dei superiori rilievi complessivamente formulati, di un provvedimento solo eventuale, oltre che accessorio all'ordine di cessazione della condotta abusiva.

V. SULL'ADOTTABILITÀ DEGLI ORDINI DI PROTEZIONE ANCHE "QUANDO LA CONVIVENZA È CESSATA". IL METODO SISTEMATICO.

Esaurita la trattazione relativa al primo dei due profili eletti nell'analisi della lett. b del comma 23 - in seno all'art. 1 della delega - occorre ora focalizzare lo sguardo sulla zona finale della proposizione normativa. Emerge quivi l'indicazione circa la necessità, in sede di esercizio della delega, di "prevedere esplicitamente, inoltre, che i provvedimenti di cui agli articoli 342-bis e seguenti del codice civile

possono essere richiesti ed emessi anche dal tribunale per i minorenni e quando la convivenza è già cessata". E' quest'ultimo inciso, in particolare, a stimolare doverose riflessioni. L'art. 473-*bis*.69 c.p.c. – così come coniato dal D.lgs. n. 149 del 2022, ha d'altronde recepito tale formulazione.

La prima *quaestio* è generata dall'uso del lemma "convivenza"; termine peraltro già presente nell'alveo dell'art. 342-*bis* c.c., nonostante detta disposizione avesse espressamente perimetrato in senso "familiare" le violenze considerate. La norma codicistica contemplava una variegata mappatura soggettiva[50] dell'agire abusivo, discorrendo essa di condotte pregiudizievoli tenute da un "coniuge" ai danni dell'altro "coniuge", nonché da un "convivente" ai danni dell'altro "convivente".

Ebbene, in un'ottica sistematica, giova sin d'ora segnalare, specie dopo l'introduzione della Cirinnà - l. n. 76/2016 – che il riferimento alla convivenza debba oggi considerarsi particolarmente insidioso, sotto diversi profili.

1. Ambito di applicazione soggettiva degli ordini di protezione. Lo snodo problematico delle "convivenze": fatti di sentimento e criterio assiologico-pratico. La distinzione tra coabitazione e convivenza: prospettazione di una loro separabilità. Coabitazioni senza convivenza e convivenze senza coabitazione. "Tipi" della convivenza e caratterizzazione in senso "familiare".

Un problema è dato dalla delineazione dell'universo di fenomeni collocabili nell'alveo della convivenza in senso giuridico, osservata sia sul piano strutturale che funzionale.

Il criterio da adottare non può che essere assiologico-pratico.

Potrebbe anzitutto ritenersi che il lemma "convivenza" designi il con-vivere, un vivere insieme nel senso di comunione di vita. Una tale traiettoria di senso dovrebbe differenziarlo dal (mero) coabitare[51]: inteso letteralmente come un abitare insieme, nel senso di stare sotto lo stesso tetto. Il convivere, diversamente dal mero coabitare, implicherebbe infatti un particolare legame affettivo-spirituale tra l'autore della condotta violenta e la vittima: la sussistenza, dunque, di un dato spirituale o, se si preferisce, di un dato sentimentale[52], di tipo affettivo, di là dal dato spaziale[53] che l'idea di coabitazione evocherebbe. Il *discrimen* non può che

50 Sul punto giova rinviare al mio Foti, G.: "Art. 342-*bis*", cit., p. 1115 ss., ed al correlativo corredo bibliografico.

51 Nella dottrina italiana, cfr. sul punto, già: Ruscello, F.: "Famiglia e matrimonio", in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), vol. I, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 765 ss.

52 Indefettibile il rinvio allo studio di teoria generale del diritto di Falzea, A.: "Fatto di sentimento", in AA.VV.: *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Jovene, Napoli, 1972, VI, p. 315 ss., ora in Falzea, A.: *Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 437 ss.

53 Ancora una volta necessario è il richiamo al contributo di Falzea, A.: "Fatto naturale", in AA.VV.: *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Cedam, Padova, I, 1970, ora in Falzea, A.: *Ricerche di*, cit., II, p. 368 ss.

tradursi, sul piano assiologico, in un diverso sistema d'interessi, riflesso a sua volta di un sistema articolato, quale è quello del convivere, in cui si coniugano "comportamenti" ed "eventi"[54].

Il tema non è di poco momento[55].

Uno snodo ancora irrisolto è se, su un piano di carattere generale, la distinguibilità concettuale dei fenomeni richiamati ne importi anche una giuridica separabilità. E ciò finanche in senso biunivoco, così da concepire: per un verso, coabitazioni senza convivenza; per altro verso, convivenze senza coabitazione, anche nel senso, più limitato, di convivenze prive di coabitazione abituale[56] e/o prevalente.

Invero, portata e concreto atteggiarsi, in chiave generale, dei rapporti tra convivenza e coabitazione è questione che meriterebbe un'autonoma analisi; la sede, infatti, non consente di elaborarla a tutto tondo, atteso che l'idea di una giuridica separabilità dei fenomeni scrutinati non basta ad evidenziare la complessità che potrebbe connotare l'esame della relazione tra essi.

Se difatti non pare possa revocarsi in dubbio la possibilità di concepire coabitazioni senza convivenza, di là dalle difficoltà che in concreto potrebbero incontrarsi nella individuazione delle fattispecie, la stessa univocità non sembra possa riscontrarsi adottando la prospettica della convivenza "senza" coabitazione.

A titolo paradigmatico, come base di riflessione critica e costruzione sistematica, la prima latitudine, quella della coabitazione senza convivenza, richiama, per intenderci, il caso dei "meri" conduttori o comodatari: di coloro cioè che condividono uno spazio - la cosa locata o concessa in comodato - senza, tuttavia, evidenziare un legame sentimentale o un'*affectio* meritevoli di tutela[57].

Nella diversa congerie di fenomeni appartenenti invece alla seconda traiettoria di lettura della relazione in esame - quella della convivenza priva in parte, se non in tutto, di coabitazione - il quadro appare eterogeneo: ora, potendosi al

54 Sull'elaborazione teorica della distinzione: Falzea, A.: "Comportamento", *Enc. dir.*, XXV, Giuffrè, Milano, 1975, p. 442 ss., ed ora in Id.: *Ricerche di*, cit., II, p. 605 ss.

55 Sul punto, in ogni caso, risulta essenziale lo studio condotto da Roma, U.: *Convivenza e coabitazione*, Cedam, Padova, 2005, *passim*.

56 Laddove la coabitazione, specie nelle esperienze connotate dall'*affectio coniugalis*, non venga "colorata" rigidamente di quotidianità, bensì per l'appunto di abitualità, sì da garantire una indefettibile e stabile continuità di vita in comune ed allo stesso tempo le esigenze individuali dei *partners*, di carattere professionale o personale. L'idea sottesa è quella dell'esistenza di un "contenuto minimo" della coabitazione tra i *partners*, vale a dire, tale da permettere che il bisogno della vita insieme possa appagarsi e mantenersi. Lo spazio prescelto, e reciprocamente riconosciuto, diviene il luogo in cui effettivamente, in concreto, si organizza stabilmente la vita comune, soddisfando l'orientamento dei *partners* ad incontrarsi regolarmente.

57 Si pensi, al netto delle valutazioni del caso concreto, alla condivisione dello spazio locato da parte di studenti universitari.

fatto coabitativo – sebbene con diverse argomentazioni – assegnare un ruolo "costitutivo" della convivenza-fattispecie; ora, con refluenza sotto il più limitato profilo degli effetti di volta in volta da riconnettervi, ritendendo la coabitazione elemento identificativo di un "tipo" di convivenza, quale fattore perimetrativo di una variante tipologica: per esempio in senso familiare; o persino *sub*tipologica: per esempio coniugale, genitoriale, parentale, all'interno della variante familiare.

Ciò detto, nell'ottica del c.d. sistema ordinamentale, dalla visuale del quale frontiere sempre più mobili sembrano caratterizzare il tema, quale traiettoria assume la disciplina degli ordini di protezione?

Nel momento in cui si rivolge alle "convivenze", la legge del 2001 sembra aver operato una limitazione di carattere tipologico, pensando, e quindi plasmando, gli strumenti rimediali – le misure protettive - in funzione delle violenze a carattere "familiare".

Invero, in senso più rigoroso, la delimitazione tipologica è riferita alla violenza, e non già alla convivenza.

Se però il legislatore non si è preoccupato di individuare letteralmente un "tipo" della convivenza, non può che prendersi atto di una sorta di effetto di trascinamento[58] dalla caratterizzazione familiare della violenza alla convivenza stessa, quantomeno *quoad effectum*, ovvero per l'adozione di un ordine protettivo.

La tecnica operazionale-tipologica sembra tuttavia arrestarsi a quest'unico processo specificativo.

La disciplina in questione, adottando la richiamata prospettiva ricostruttiva, non sembra infatti operare, nemmeno attraverso la logica del trascinamento, alcuna ulteriore limitazione di carattere *sub*tipologico, in seno, per meglio dire, al tipo familiare della convivenza.

Ebbene, anche alla luce di detto rilievo, il riferimento alle convivenze non può ritenersi appiattito sulle sole convivenze *more uxorio*, essendo evidentemente più ampia la cerchia dei familiari la cui condotta il dettato normativo ha inteso ritenere meritevole della tutela garantita dagli ordini di protezione.

Lo studio dei rapporti tra convivenza e coabitazione, nella prospettica particolare delle misure protettive, ma nondimeno all'interno di una sua teorizzazione generale, non può allora apoditticamente modellarsi sulla convivenza *more uxorio*, dalla visuale della quale i fenomeni dati potrebbero relazionarsi con modalità non replicabili in altre esperienze di convivenza. Il problema della coabitazione rispetto

58 Con le puntualizzazioni che si svilupperanno nel prosieguo del ragionamento.

alle convivenze, al plurale intese, deve porsi, verosimilmente, in termini "relativi", essendo, a titolo paradigmatico, proprio la fenomenologia della convivenza *more uxorio* un terreno in cui, in tesi, appare più complicato immaginare una correlazione attenuata, se non anche elisa, col fatto coabitativo.

In altre parole, sul piano metodologico, costituisce un'ingenuità prospettica, peccando di fallacia riduzionistica, declinare rigidamente i rapporti tra coabitazione e convivenza sulla logica o modello[59] della coniugalità[60], potendo il ruolo del coabitare, in detto archetipo di relazione affettiva, colorarsi in modo peculiare, dovendosene immaginare[61], secondo una opinione diffusa, un ruolo precipuamente indefettibile, in una sorta di interazione simbiotica col convivere[62]. Si tratterebbe pur sempre, infatti, di una coabitazione, nella casa "familiare"[63], ricca di contenuti ed implicazioni proprie dell'*affectio coniugalis*, strumentale per l'instaurazione e conservazione della comunione spirituale tra i coniugi[64], nonché per l'adempimento degli altri doveri coniugali.

I segnali provenienti dal sistema, considerando la disciplina italiana, non appaiono però univoci. A tal proposito, ci si può in questa sede limitare a rammentare i dubbi interpretativi sollevati dalla Cirinnà, che, proprio e solo, alle convivenze *more uxorio* si riferisce.

L'art. 1 comma 36 dell'anzidetta l. n. 76/2016, infatti, nel dettare la definizione di convivenza, non inserisce esplicitamente la coabitazione tra gli elementi costitutivi della fattispecie, riferendosi a due persone unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza, morale e materiale. Da qui anche la non isolata

59 Sui contenuti indefettibili del quale non v'è però assoluta convergenza; proprio l'elemento della coabitazione è terreno divisivo tra gli interpreti.

60 Per un *excursus* sulle varie interpretazioni del dovere coniugale di coabitare, necessariamente: Frezza, G.: *I luoghi della famiglia*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 80; e più di recente, *inter alios*, Bonamini, T.: "Il dovere di coabitazione", in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da G. Bonilini), I, *Famiglia e matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 889 ss.

61 A fronte di un filone di pensiero che, all'interno del modello della famiglia fondata sul matrimonio, discorre, invece, di ridimensionamento della coabitazione, o di un suo valore recessivo rispetto al passato; in ragione dei mutamenti sociali, la coabitazione non rappresenterebbe più un tratto distintivo della coniugalità.

62 In questo quadro, il dovere di coabitazione non può essere svuotato di significato, quasi degradato ad un ruolo accidentale, tanto che – si fa notare – sarebbero nulli i patti di non coabitazione. V. però sul punto Grondona, M.: "Residenza familiare e doveri di coabitazione dei coniugi: tra autonomia coniugale condivisa e protezione ordinamentale", in Carapezza Figlia, G. - De Verda Y Beamonte, José Ramòn – Frezza, G. – Virgadamo, P., *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine - Quaderni di Diritto delle successioni e della famiglia*, 4, E.S.I., Napoli, 2016, p. 19 ss.

63 Sul tema, a titolo paradigmatico, resta fondamentale, in ogni caso, lo studio condotto da Frezza, G.: *Casa familiare*, in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), I, 2, II ed., Giuffrè, Milano, 2011, 1753 ss., unitamente alle indicazioni bibliografiche di cui alla precedente nota.

64 Giova a tal proposito rammentare – sebbene per linee generali – quell'orientamento (di recente confermato da Cass., 21.05.2021, n. 14037, *Banca dati OneLegale*) secondo il quale la ripresa della coabitazione non sarebbe sufficiente a provare la riconciliazione tra i coniugi separati, essendo necessario il ripristino di quella comunione di vita e d'intenti che costituisce il fondamento del vincolo coniugale. Cfr. in ogni caso, Cass., 23.11.2021, n. 36176, *Banca dati OneLegale*. Non si è mancato altresì di evidenziare che un allontanamento dalla casa familiare privo di giusta causa (cfr. più di recente, Cass., 05.05.2021, n. 11792, *Banca dati OneLegale*) o giustificato, ma eccessivo, è ancor oggi causa di addebito della separazione.

affermazione secondo cui l'essenza stessa della convivenza non possa appiattirsi sulla coabitazione, non più suo elemento costitutivo, bensì semplice indizio (o elemento presuntivo) della sua esistenza[65]: la sua mancanza o non abitualità non sarebbero, di per sé, sufficienti per escluderla.

Un risultato ermeneutico siffatto rischia peraltro di apparire come una sorta di paradosso. E' proprio l'assenza del dato formale-esteriore della celebrazione delle nozze, o dell'unione civile, e del correlativo significato sociale in termini di assunzione delle responsabilità da acquisizione del ruolo, che potrebbe condurre a ritenere la coabitazione un elemento ineliminabile: una sorta di requisito implicito necessario[66], anche in relazione, giocoforza, al profilo dell'esteriorizzazione sociale del fenomeno della convivenza *more uxorio*. Da questo punto di vista, l'abituale coabitazione dei *partners* nel luogo che i medesimi considerino casa "familiare" – svolgendosi in essa un rapporto connotato da significativa comunanza di vita e di affetti – dovrebbe costituire - associata ad altri elementi identificativi della fattispecie, connotativi nel loro insieme di una comunione di vita familiare – il primario indice oggettivo, immediatamente percepibile, della convivenza *more uxorio*, assolvendo così ad un compito in qualche modo sostitutivo dell'elemento formale del matrimonio/unione civile.

Con un argomentare radicale, più che discorrersi di adeguamento spontaneo della coppia al modello coniugale, ritenuto sul punto in via di trasformazione – e come tale non più paradigma – potrebbe finanche ritenersi che proprio il coabitare costituisca un tratto distintivo della convivenza-fattispecie[67], nel senso di un suo aggravamento, segnalando una *heavy structure*.

65 A titolo indicativo, cfr. sul punto: Cass. 13.04.2018, n. 9178, *Giur. it*., 2019, 5, p. 1056, con nota di Toti, B.: "Famiglia di fatto senza coabitazione. La coabitazione tra i *partners: discrimen tra relazione affettiva* e *famiglia di fatto*"; con nota di Mazzariol, R.: "Coabitazione e registrazione anagrafica: due requisiti non essenziali per la configurabilità di una convivenza di fatto", *Nuova giur. comm*., 2018, p. 1242 ss. Come rilevato dalla Cassazione: "Il mercato del lavoro non garantisce una regolare coincidenza del luogo di svolgimento del rapporto lavorativo con il luogo di abitazione familiare; la ricerca della miglior collocazione lavorativa porta a prescindere dalla provenienza geografica e a spostarsi con maggiore facilità in un luogo diverso da quello di provenienza o anche da quello ove si ha il proprio centro affettivo, per migliori prospettive di carriera o per realizzare un progetto che nella propria città o nel proprio paese sarebbe impossibile realizzare. A ciò si aggiunga, come ulteriore componente di cambiamento del modo di vivere e di concepire sia i rapporti sociali in generale che le relazioni interpersonali, la maggiore facilità ed economicità sia dei contatti telefonici e a video che dei trasporti".
V. in ogni caso Corte EDU, 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia, *Nuova giur. civ. comm*., 2015, p. 918, con commento di Lenti, L.: "Prime note in margine al caso Oliari c. Italia". Nella giurisprudenza italiana di merito v. anche Trib. Ancona, 21.05.2018, *Giur. it*., 2019, p. 1056. Giova in ogni caso il rinvio già a Francesca, M.: "Famiglia: modello normativo e fatto-convivenza", in AA.VV.: *Rapporti familiari e regolazione* (a cura di M. Francesca – M. Gorgoni), E.S.I, Napoli, 2009, p. 55 ss., e, più di recente, in ogni caso: Nonne, L.: "Contratti di convivenza", in *Dig. disc. priv*., sez. civ., Aggiornamento XII, Giuffrè, Milano, 2019, p. 77 ss.

66 Vedasi in questa direzione, *ex aliis*, in particolare: Paradiso, M.: "Commento commi 36-37", in AA.VV.: *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n.76/2016* e *ai d.lgs. n.5/2017; d.lgs. n.6/2017; d.lgs. n. 7/2017* (a cura di C. M. Bianca), Giappichelli, Torino, 2017, p. 482 ss.

67 Da questo punto di vista sarebbe poco proficuo, alla luce dei mutamenti sociali e culturali delle relazioni affettive e familiari, porsi il problema del valore anacronistico o meno dell'abituale coabitazione. Di certo sarebbe arduo degradarla a semplice indizio di carattere probatorio.

Sul fronte del coniugio ad emergere invece sarebbe la presenza di fattispecie cc.dd. ridotte o *light structure*: prive del fatto coabitativo o di un suo atteggiarsi abituale. Non può peraltro sottacersi che l'abituale coabitazione dei *partners*, oltre a rappresentare un indice esterno di riconoscibilità, sarebbe il sintomo della stabilità, o stabilizzazione, della relazione affettiva.

Alla coabitazione potrebbe però in senso più limitato assegnarsi il solo ruolo di indice di stabilità (e quindi serietà?) di una convivenza-fattispecie da considerarsi perfetta, e non già, dunque, il duplice ruolo sia costitutivo del fenomeno che evocativo di un suo particolare atteggiarsi, quasi fossero compenetrati o intimamente correlati.

Giova allora, sul terreno metodologico, chiarire il ruolo, per esempio costitutivo o meno, che, secondo gli indici offerti dal sistema ordinamentale, debba alla coabitazione essere conferito rispetto ad ogni fenomeno identificabile in termini di convivenza, nonché in relazione alle varianti tipologiche del convivere, finanche in chiave sottotipica.

A) Il fenomeno delle mere coabitazioni e la loro estraneità alla disciplina delle misure protettive.

Le considerazioni svolte consentono altresì di assolvere al compito di meglio delineare il campo di applicazione degli ordini di protezione.

Al riguardo, ritengo[68] che l'universo fenomenico delle mere coabitazioni debba considerarsi estraneo al perimetro applicativo delle misure protettive introdotte dalla legge del 2001.

Secondo un'ermeneutica preferibile, la disciplina in esame si rivolge infatti a quella congerie di situazioni differenti dalla semplice vita condotta sotto lo stesso tetto - tra soggetti che si limitino a condividere la medesima casa - come tale, rivelatrice, potenzialmente, dei più svariati interessi.

Il dato normativo parrebbe infatti postulare, tra l'autore della violenza e la vittima, l'esistenza di un legame affettivo giuridicamente rilevante. Non solo. Detto legame affettivo assume, lo si ribadisce, una connotazione pregnante o qualificata, dovendo esso atteggiarsi come legame "familiare": un vivere insieme (convivere) in senso familiare. Verrebbero in rilievo, pertanto, specifici "fatti di sentimento", per usare la nota formula di Angelo Falzea[69], e non qualsivoglia, o generico, legame affettivo tra persone. Tale risultanza troverebbe conforto in non pochi

68 Come già espresso in altra sede: Foti, G.: "Art. 342-*bis* c.c.", cit., p. 1116 ss.

69 V., *retro*, nt. 52.

indici normativi, peraltro già presenti nella legge 154 del 2001 che, come più volte sottolineato, di violenze "familiari" discorre[70].

E' evidente poi come non sia affatto agevole, alla luce di una situazione complessiva, in un quadro articolato, se non anche intrecciato, di eventi e comportamenti, qualificare in senso familiare un dato legame affettivo: sia che la questione investa il limitato profilo degli ordini di protezione, sia, ed *a fortiori*, ove si reputi che lo snodo importi una risposta alla più generale domanda di cosa è, in senso giuridico, famiglia[71]. La complessità del problema, in un modo caratterizzato da spazi virtuali o nuove tipologie di relazioni – anche di gruppo o comunitarie – attraverso la tecnologia (persino *Family WhatsApp*?), si apprezza sol se pensi alla scomposizione (*sub*)tipologica del fenomeno familiare; specie in ordine a ciò che possa considerarsi riconducibile o equiparabile all'*affectio coniugalis*, invocando quei caratteri di stabilità e serietà che escluderebbero relazioni affettive caratterizzate da mere frequentazioni o coabitazioni occasionali[72].

B) Le convivenze alle quali si rivolge la disciplina sugli ordini di protezione: indefettibilità del fatto coabitativo? Esito negativo. I tratti distintivi della violenza familiare come variante tipologica meritevole di una risposta differenziata.

Altra *quaestio* è se la correlazione tra ordini di protezione e convivenze familiari presupponga come dato indefettibile l'elemento della coabitazione: quantomeno nel senso di una coabitazione abituale e/o prevalente. E ciò, non tanto perché il dato spaziale sia stato pensato come elemento costitutivo o tratto distintivo del vivere insieme – se non anche di una convivenza da qualificarsi in senso familiare[73] – quanto piuttosto perché parrebbe essere stata maturata la convinzione – da sottoporre a prove di resistenza – che l'elemento dello spazio domestico sia in qualche modo assolutamente determinante per l'*an* ed il *quomodo* della violenza.

Trattasi però di convincimento parzialmente errato, peccando esso di rigidità e/o incompletezza.

La replica deve far leva, non tanto sull'argomento relativo al luogo di esplicazione o manifestazione della violenza – che, anche tra soggetti il cui vissuto è caratterizzato

70 Sul punto v. già: Foti, G.: "Art. 342-*bis* c.c.", cit., spec. p. 1121 ss.

71 La vastità del tema travalica i limiti del presente lavoro, ed investe la ricerca della esseità familiare, la ricerca cioè di cosa possa dirsi famiglia od essere accostato ad essa.
In ogni caso, la necessità di distinguere i vari rapporti di tipo affettivo è stata già da tempo avvertita in letteratura. Giovi per tutti il richiamo a Busnelli, F.: "Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto: profili patrimoniali", in AA.VV.: *La famiglia di fatto - Atti del Convegno di Pontremoli, 27-29 maggio 1976*, Luigi Tarantola Editore, Montereggio, 1977, p. 134 ss. Nondimeno, giova certamente rammentare lo studio condotto da Tommasini, R.: "La famiglia di fatto", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), *Il diritto di famiglia,* I, Giappichelli, Torino, 1999, *passim*.

72 Sul punto si tornerà *infra* seppur incidentalmente.

73 Come si dirà meglio *infra*.

da un legame familiare, può essere diverso da quello strettamente domestico – quanto piuttosto, di là dal dato spaziale, sul dato spirituale/affettivo; la sfera sentimentale costituisce infatti il punto di focalizzazione di tutta la tutela, in ragione del rilievo che parrebbe assumere – come osservato nella realtà esperienziale – sia sul piano genetico o causale, sia sul piano, successivo e consequenziale, relativo alla gestione o governo della violenza da parte della vittima. Nella cornice delle dinamiche familiari, la violenza sembrerebbe infatti acquisire tratti peculiari, nel senso di differenziali, tali da conferirle – dandole autonomia – il carattere di vera e propria variante tipologica della violenza *tout court* intesa. La specifica lotta alla violenza familiare, nel quadro più generale della lotta alle violenze, risponderebbe, pertanto, all'esigenza di una tutela differenziata, e, più in particolare, a carattere rafforzato, a fronte, come si avrà modo a breve di appurare, di una somma - o cumulo - di debolezze della vittima, già nota ad altri sottosistemi della cultura, come la psicologia o la sociologia, con i quali il diritto si confronta.

Le connotazioni proprie della violenza familiare si apprezzano quali peculiarità sia di natura fattuale che assiopratica. La particolare vulnerabilità della vittima sarebbe in tal senso legata a dinamiche psicologiche (sentimentali) e comportamentali tipiche del legame familiare, in linea col suo *milieu*, e tali da influenzare: 1) l'atteggiarsi in concreto della violenza: si pensi alla fiducia della vittima e/o allo sfruttamento del legame affettivo, come pure alla, quantomeno tendenziale, condivisione di luoghi; si consideri pure l'emersione di possibili, peculiari, pulsioni (come nel caso della gelosia) orbitanti tra sfera psicologica[74] e sfera psichiatrica[75]. 2) La reazione agli effetti dell'abuso: si pensi all'avversione psicologica a denunciare un familiare, alla dipendenza affettiva e/o economica, alle paure di particolari ritorsioni su di sé e sui propri figli. Il tutto senza trascurare i possibili effetti moltiplicatore collegati al genere[76] o all'età[77] delle vittime dell'abuso[78].

Il tema di calibrare gli effetti più idonei o adeguati è dunque uno snodo cruciale nella lotta alla c.d. violenza nelle relazioni strette o "*intimate partner violence*".

Nondimeno, la fenomenica della violenza è immersa nel quadro dei valori giuridici propri della famiglia, emergendo così il problema, non solo, "in negativo", del superamento di ogni crisi relazionale, ma anche, ed in "positivo", se del caso od ove possibile[79], del recupero o rispristino del legame affettivo.

74 Sfera psichica o della coscienza empirica.

75 Correlabile invece alla sfera c.d. organica.

76 E' evidente che l'allarme sociale riguardi in particolare le violenze sulle donne.

77 Emerge il tema della violenza sui minori o sugli anziani.

78 Cfr. in ogni caso: Enrichens, A.: "Violenza di genere e violenza assistita: la prospettiva di genere nell'uso degli strumenti civilistici di tutela e prevenzione", *Minorigiustizia*, 2020, fasc. 3, p. 115 ss.

79 Ma sul punto si tornerà, seppur brevemente, *infra*.

Le modalità di tutela della vittima sembrano pertanto immaginate e modellate sul soggetto "in quanto inserito nel gruppo familiare"[80]. Da questo punto di vista, la scelta della legge del 2001 pare per certi versi più coraggiosa della stessa Cirinnà, la quale, invece, ha inteso rifuggire, quantomeno sul piano del linguaggio, l'uso del termine famiglia in accostamento alle convivenze *more uxorio*, preferendo veicolare la regolazione di detti fenomeni dal prisma delle formazioni sociali di cui all'art. 2 della Carta Costituzionale italiana[81].

In ogni caso, il significato e la portata della legge del 2001, che pur riferendosi alle convivenze *more uxorio* ha inteso discorrere di violenze "familiari", anche ove non rispondenti al tentativo di estendere l'orizzonte familiare di là dai suoi confini tradizionali, consentono, *quoad effectum*, in ossequio ad un più limitato obiettivo, di immaginare l'applicazione degli ordini di protezione a tutti quei fenomeni che costituiscano violenza familiare in senso formale o ne replichino in sostanza le sue connotazioni: proprio come nel caso delle convivenze *more uxorio*, ove si ritenesse di non conferire loro, sul piano generale, dignità di famiglia.

Giova però evidenziare – sempre con procedere sistematico – un *quid novi*: il titolo IV-bis del codice di procedura civile – introdotto dalla Cartabia – è così rubricato: "Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie". Il tema delle convivenze è dunque ancora una volta colto in una cornice che fa riferimento alla famiglia; anzi, con una operazione certamente non casuale, tale riferimento è declinato al plurale, in discontinuità con la formulazione *ante* riforma adottata dal titolo II del libro IV, relativo ai procedimenti speciali, e rubricato: "Dei procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone".

Quali conseguenze possono allora trarsi, da un contesto siffatto, nell'analisi del rapporto complesso tra un dato spazio, una data violenza (in senso familiare) e gli ordini protettivi?

Il rilievo da conferire al dato spaziale, nella specie, precipuamente domestico, è certamente notevole, e non è in discussione.

80 Così, lucidamente: Senigaglia, R.: *op. cit.*, p. 123.

81 Il legislatore, almeno sotto il profilo formale, ha escluso le unioni civili e le convivenze (ormai non più) di fatto dall'ambito operativo dell'art. 29 Cost., per annoverarle, attraverso l'espresso ed esclusivo riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., unicamente tra le formazioni sociali. Sembra, pertanto, che con la nuova normativa si affacci un (retro)passaggio dalla famiglia alle relazioni di coppia, riconoscendo a queste ultime una rilevanza autonoma rispetto alla prima.
La scelta non è rimasta esente da critiche; pare difficile, è stato sostenuto, non vedere nelle (unioni civili e) nelle convivenze cc.dd. di fatto due ulteriori modalità di concretizzazione della famiglia, quand'anche se ne rilevasse una modalità atipica, se così può dirsi. Giova in ogni caso, a titolo paradigmatico, rinviare a Ruscello, F.: "Le convivenze di "fatto" tra famiglia e relazioni affettive di coppia", *Fam. dir.*, 2018, n. 12, p. 1156 ss.

E' noto d'altronde l'aumento degli episodi di violenza che la gestione dell'emergenza Covid ha determinato a seguito di coabitazioni "forzate" e prolungate[82].

Una strategia che possa definirsi efficiente nella lotta alla violenza in senso familiare non può non tenere conto di una realtà sociale, complessa e variegata, in cui il dato affettivo – anche solo alla luce delle incertezze o dei fallimenti del mercato del lavoro, unitamente ad uno strisciante individualismo che depotenzia le relazioni – non sempre si esplica di pari passo col dato spaziale. Lo snodo non concerne evidentemente il giudizio di valore in ordine all'atteggiarsi di un dato legame sentimentale, bensì il risultato di non esautorare irragionevolmente una data fenomenologia, ascrivibile all'ambito familiare, da una incisiva tutela contro le violenze.

Il quadro si fa poi ancora più articolato ove si consideri che l'ambito di applicazione degli ordini di protezione – come meglio a breve si dirà – dovrebbe estendersi anche in caso di cessazione della "convivenza".

Un ruolo di per sé decisivo – e pertanto ragione giustificativa di una risposta differenziata – è infatti costituito preminentemente dal quadro sentimentale e/o dalla traccia emozionale, propri di una relazione di tipo familiare, alla luce dei quali gli spazi condivisi costituiscono semmai "solo" un fattore moltiplicatore della vulnerabilità della vittima, e non anche un elemento indefettibile per la produzione degli effetti giuridici in cui si sostanziano le misure protettive già configurate dall'art. 342-*ter* c.c. La condivisione dello stesso tetto, in altre parole, non può essere considerato elemento di per se stesso selettivo di un tipo di violenza, quella familiare, e, quindi, di un tipo di efficacia, costituita dagli ordini di protezione[83].

2. Il riferimento alla "cessazione" della convivenza tra dato spaziale e dato spirituale-affettivo. Perdita di centralità dello spazio domestico.

L'art. 1, comma, 23 lettera b della delega e, ora, l'art. 473-*bis*.69 c.p.c, introdotto dal D.lgs. n. 149, riferendosi alla convivenza, discorrono di adottabilità degli ordini di protezione quando essa "è già cessata".

Gli snodi ermeneutico-applicativi non sono pochi; il quadro non è agevole, specie in assenza di rigore tecnico-concettuale.

82 A titolo indicativo: Folla, N.: "La violenza contro le donne e i minori alla prova del Covid-19 tra problemi, proposte e risposte", *Fam. dir.*, 2020, fasc. 12, p. 1183 ss.; Giovannini, E. – Giorgetti, A.- Pelotti, S.: "La violenza domestica in epoca di pandemia covid-19: un'analisi nazionale e internazionale", *Riv. it. med. leg.*, 2020, p. 901 ss.

83 Giova rammentare che l'art. 3, lett. b., della Convenzione di Istanbul, nel definire le violenze domestiche non reputa essenziale che "l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima"-

All'interprete parrebbe anzitutto presentarsi un bivio interpretativo; lo scenario – già lo si anticipa – sembra rivelarsi, però, più articolato ed intricato.

Potrebbe anzitutto sostenersi che il legislatore faccia riferimento al venir meno del dato spirituale/affettivo; va da sé allora che correlato sarebbe il problema dell'individuazione dei criteri atti ad accertarne la fine: di ordine formale-sostanziale o finanche di natura solo sostanziale.

Potrebbe altrettanto sostenersi che il legislatore abbia inteso riferirsi alla coabitazione, frettolosamente o superficialmente sovrapposta, in senso sinonimico, alla convivenza.

Perché il tema si rivela in realtà più complicato? Perché si intreccia con la possibile idea – da sottoporre anch'essa a prova di resistenza - che coabitazione e convivenza, anche ove distinte o distinguibili sul piano generale, nella più specifica prospettica dell'emanazione degli ordini di protezione: *simul stabunt simul cadent*.

Procediamo per ordine, provando a delineare una strada che possa dirsi esaustiva.

Un dato appare difficilmente contestabile: sia che la delega abbia inteso riferirsi alla convivenza in senso stretto, sia che abbia inteso riferirsi alla coabitazione - dentro una convivenza – a venir meno è l'asserita centralità del dato spaziale domestico.

La soluzione normativa, infatti: nell'ipotesi più radicale, "trascina" all'interno dell'orbita della tutela anche fattispecie di violenza - di là dal momento e luogo in cui essa ha trovato esplicazione - tra soggetti non più coabitanti; nell'ipotesi meno estrema, non esclude, dal novero della tutela, fattispecie di violenza tra soggetti per i quali siano venute meno sia la convivenza (il dato sentimentale) che la coabitazione (il dato spaziale).

Entrambe le traiettorie ermeneutiche privano pertanto il fatto spaziale di quel carattere indefettibile della violenza, da taluni in precedenza assegnatole, anche ove intesa come fattispecie *quoad effectum* di un ordine di protezione.

Sotto un profilo sostanziale, dunque, in un moto rovesciato, la norma rimediale, peraltro colta in un orizzonte endoprocessuale, consente di delineare a tutto tondo la "fattispecie" della violenza familiare, ossia il *prius* dell'ordine di protezione.

La scelta operata parrebbe peraltro inserirsi all'interno del contrasto giurisprudenziale sorto proprio sul dato spaziale, sì da dirimerlo.

Ancora di recente, infatti, una parte della giurisprudenza ha ritenuto applicabile la disciplina degli ordini di protezione "solo allorché la vittima e l'autore della condotta vivano all'interno della stessa casa"; in questa direzione, tra le pronunzie più contigue, il Tribunale di Bologna, con decreto 28 aprile 2021[84].

Per una soluzione del tutto differente – elaborata da altra giurisprudenza[85] - l'emanazione degli ordini di protezione è stata considerata slegata dalla circostanza di una "perdurante coabitazione tra familiari" al momento della presentazione della domanda.

Ebbene, la formula utilizzata dal legislatore della riforma, in quanto ricorrente nella clinica giurisprudenziale, appiattita o meno che sia sulla logica della coabitazione, sembra sposare o intercettare il secondo orientamento[86], quello che a mio avviso, già in altre sede[87], avevo ritenuto certamente preferibile.

Esaurito anche questo ulteriore ordine di considerazioni, v'è invero un secondo dato che non può essere tralasciato; tale snodo, peraltro, stimolando l'interprete, finisce con l'intersecarsi con la questione precedente.

Il discorso deve polarizzarsi sulla portata del concetto di "cessazione" ove correlato al concetto di "convivenza".

Ciò che interessa è sottolineare come sia ancora una volta dirimente, nel *problem solving*, l'assegnazione al lemma convivenza – utilizzato dalla riforma – di un significato che possa, o meno, considerarsi rigoroso. Ad esserne condizionata è la lettura, sia *a parte ante*, che *a parte post*, della decisione normativa.

Il fatto della cessazione della convivenza parrebbe presupporre sul piano logico che una convivenza sia quanto meno sorta. Se però, a conforto del superiore rilievo, l'ipotesi di un uso rigoroso del concetto di convivenza, da parte del legislatore, rende ineludibile la necessità dell'anzidetto momento sorgivo – rivolgendosi infatti la disciplina degli ordini di protezione a legami affettivi di tipo familiare – il medesimo automatismo non potrebbe applicarsi nella diversa ipotesi in cui si ritenesse che il legislatore abbia inteso riferirsi alla coabitazione (dentro una convivenza familiare). Ed infatti l'idea di cessazione della coabitazione non implica di per sé la riferibilità solo a quel vissuto della coppia caratterizzato dal

84 In www.osservatoriofamiglia.it

85 V. più di recente: Trib. Perugia, 7.08.2020, laleggepertutti.it
Cfr. anche Trib. Bologna, 18.07.2022, www.osservatoriofamiglia.it

86 Tale conclusione sembra trovare conforto, sebbene non esplicitamente, nella già richiamata Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante attuazione della delega, laddove, a p. 91, evidenzia, in riferimento all'art. 473-*bis*.69, che: "La norma, nell'inciso finale del comma primo, risolve un profilo applicativo della disposizione del codice civile, ammettendo l'adozione dei provvedimenti anche quando la convivenza tra autore dell'illecito e vittima è cessata".

87 Foti, G.: "Art. 342-*bis* c.c.", cit., spec. p. 1126 ss.

fatto coabitativo, quantomeno abituale[88]. In questo senso, l'effetto normativo costruito dalla riforma potrebbe essere stato correlato solo a talune fattispecie, vale a dire a quelle ipotesi in cui una coabitazione sia effettivamente sorta. In tesi, la scelta del legislatore non escluderebbe dal novero di applicazione della disciplina quelle fattispecie – debitamente da delineare – di convivenze prive di coabitazione, quantomeno non abituale. Tale risultato sarebbe precluso solo ove si ritenesse la coabitazione a tutt'oggi elemento decisivo per stabilire il necessario *discrimen* tra una convivenza familiare ed una semplice relazione sentimentale; quest'ultima – secondo una corrente di pensiero – anche ove stabile, duratura, alimentata da condivisione di interessi, non potrebbe assurgere a comunità di tipo familiare[89]. Da codesta visuale, la coabitazione, quale fattore di riconoscibilità sociale e qualificazione giuridica della fattispecie, paleserebbe una polarizzazione dell'*affectio* nella variante *familiaris*[90].

In verità, a qualsivoglia risultato ermeneutico volesse accedersi, la disposizione in esame, togliendo centralità al dato spaziale, sembra riferirsi "più semplicemente" alla non necessità dell'attualità del convivere (*rectius*, coabitare) al momento della presentazione della domanda giudiziale. E se così è, ove il concetto di convivenza non fosse stato inteso in senso rigoroso, *a contrario*, potrebbe rafforzarsi, quasi per paradosso, l'argomento secondo cui la tutela in esame trovi applicazione "anche" per le convivenze senza coabitazione: quantomeno, a valle, per il venir meno del fatto coabitativo; se non anche a monte, laddove – ove sostenibile – il coabitare non sia mai sorto o non abbia superato una data soglia – un contenuto minimo - tale da conferirgli valore costitutivo.

A) Dalla violenza "tra familiari" alla "violenza familiare"? Vittimocentrismo o polifunzionalità?

Avviandomi alla conclusione, l'art. 473-*bis*.69 c.p.c sollecita riflessioni che parrebbero peraltro meglio conciliarsi con la metodica del caso concreto.

Comunque la si intenda, ora nel senso del venir meno del dato affettivo – che, in tesi, potrebbe non implicare, data l'eterogeneità delle situazioni di vita, la cessazione della coabitazione, ma solo la sua trasformazione in "mera

88 Tale conseguenza non avrebbe un fondamento rigorosamente logico, né, ed è questo determinante, di tipo assiologico, non potendosi giustificare una privazione di tutela ad interessi – in un quadro familiare - che fatti diversi dallo spazio potrebbero comunque rivelare o evidenziare.

89 Giova rinviare sul punto a Paradiso, M.: *op. cit.*, p. 483 s. In ogni caso, v. anche: Mazzù, C.: "La famiglia degli affetti", in AA.VV.: *Studi in onore di Antonio Palazzo - Diritto privato. Persona, famiglia e successioni*, 2 (a cura di S. Mazzarese - A. Sassi), Utet giuridica, Torino, 2009, p. 541 e ss.

90 Tale tesi sembra rivolgersi però, precipuamente, alle convivenze *more uxorio*, avendo di mira in chiave escludente le *coppie* che convivono sporadicamente o le c.d. convivenze di prova in vista del matrimonio, che resterebbero ancora labili e precarie. Cfr. infatti, anche, Cass., 11.09.2015, n. 17971, *Foro it.*, 2016, I, c. 1229.

coabitazione"[91] – ora nel senso del venir meno del dato spaziale e quindi – con un automatismo reputato ineliminabile – del legame familiare, la disposizione in esame potrebbe importare significative ricadute sul piano della *policy* normativa alla base della lotta alle violenze familiari mediante l'uso degli ordini protettivi.

Lo snodo attiene alla portata applicativa che la formula "cessazione della convivenza" – da inserire evidentemente in un ragionamento sistematico – porta con sé.

Occorre chiedersi, in altre parole, se la proposizione normativa faccia riferimento ad ogni ipotesi di cessazione della convivenza, *sine die*, o se piuttosto le cessazioni rilevanti trovino il loro limite, "implicito" o correlativamente ricavato, nella disgregazione del nucleo familiare. In quest'ultima ipotesi, la disciplina, rivolgendosi alle violenze "familiari", non troverebbe applicazione ogni qual volta la cessazione della convivenza fosse correlata al venir meno del nucleo familiare; la disgregazione, come nel caso del divorzio, sarebbe da intendere in senso formale.

Diversamente opinando, seguendo la prima e più radicale traiettoria interpretativa, il dettato normativo si porrebbe in linea con la Convenzione di Istanbul, che, all'art. 3 lett. b), nel definire la violenza domestica, si riferisce ad atti "che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner". In codesto orizzonte, il *focus* non si incentrerebbe sulla violenza "tra familiari", ma sulla violenza "familiare", ossia sulla violenza che presenti una sua ragion d'essere di tipo familiare, sì da connotare in modo peculiare il proprio atteggiarsi nel *quomodo* e/o sotto il profilo del suo governo da parte dei protagonisti, attivi e passivi. Con altro dire, la violenza dovrebbe essere legata all'esperienza di tipo familiare – avere una *causa familiae* - anche solo semplicemente in chiave di aggravamento di un'indole di per sé violenta - da leggersi sul piano psicologico o finanche organico/psichiatrico - dell'autore degli abusi.

Ove così fosse, non sarebbe l'attualità del ruolo familiare o dello *status* a considerarsi davvero indefettibile, dovendo piuttosto rintracciarsi nell'esistenza di un'*affectio* di tipo familiare all'interno del vissuto relazionale, tra la vittima e dell'autore della violenza, l'elemento fattuale (spia di una possibile spirale peculiare dell'abuso) tale da giustificare una specifica attenzione della risposta normativa.

Ça *va san dire*, la fine della "convivenza", non precludendo il ricorso alle misure di protezione contro le violenze, pur classificate come familiari già dal legislatore del 2001, sposta l'attenzione sulla vulnerabilità della vittima più che sulla qualificazione – persistente o attuale – di essa come familiare! Evidentemente, il venir meno del

91 Coabitazione senza convivenza.

richiamato legame, anche ove irreversibile, non elide di per sé la vulnerabilità della vittima, potendosene immaginare, rifuggendo automatismi dogmatici, quantomeno in talune ipotesi - secondo la logica del caso concreto - una sorta di ultrattività. Sarebbe dunque l'esistenza, nel *vissuto* della vittima e dell'autore della violenza, di un legame di tipo familiare a poter consentire di ritenere ancora sussistenti tutte le connotazioni, o gran parte di esse, che rendono la violenza familiare una variante tipologica meritevole di una risposta in parte differenziata all'interno del sistema.

Ad ulteriore supporto non possono altresì essere "trascurati" gli indici provenienti dalle fluttuazioni del c.d. sistema ordinamentale: la comparazione tra le scelte fatte dalla legge del 2001 e la Cirinnà in ordine alla qualificazione in senso familiare o meno di una data fenomenologia di riferimento (le convivenze) potrebbe importare una lettura più marcatamente "sostanziale", con implicazioni da far valere anche sul fronte della "cessazione" dei fenomeni considerati.

Comprendere allora se la formula normativa eletta dalla riforma copra – al netto di coordinamenti di ordine processuale[92] - tutte o solo alcune cessazioni della convivenza, potrebbe portare a rimeditare, accogliendo l'ipotesi più estesa, l'idea secondo la quale le caratteristiche degli ordini di protezione siano state forgiate per favorire la ricostituzione delle relazioni familiari o il ripristino della convivenza, dovendosi semmai ad essi accostare il più "limitato" obiettivo di elisione o riduzione della conflittualità e/o della sua reiterazione. Il nuovo scenario normativo, allora, imprimerebbe alla disciplina degli ordini di protezione – anche solo delineandola in senso più marcato – una torsione vittimocentrica; esito non affatto scontato alla luce del dibattito sin ad oggi maturato sul punto nella dottrina italiana[93], all'interno del quale non è mancato, persino in un'ottica definita neoistituzionalistica, il riferimento all'unità familiare[94] e/o la prospettazione di soglie di tollerabilità.

D'altronde, il rapporto tra violenza e crisi della convivenza può dirsi poliedrico, potendo detta crisi, e lo stesso venir meno della coabitazione[95], essere effetto della violenza, ma anche, viceversa, la violenza l'effetto della crisi.

Nondimeno, tra violenza e crisi potrebbe non esservi alcuna relazione, o, quantomeno, l'una recitare solo un ruolo concorsuale nell'epifania dell'altra.

92 Cfr. le scelte di coordinamento già operate dall'art. 8 l. n. 154 del 2001 in ordine al procedimento di separazione personale o di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.

93 Per ripercorrere il quale sia consentito il rinvio a Foti, G.: "Art. 342-*bis* c.c.", cit., *passim*.
V. in ogni caso: Senigaglia, R.: *op. cit*., p. 122 s.; Renda, A.: Abusi familiari (diritto civile), a) Profili soggettivi e oggettivi, *Enc. dir., Annali*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 2 ss.

94 Quantomeno, in senso differenziato, in relazione alla famiglia coniugale.

95 Sul punto v. in particolare Trib. Bologna, 18.07.2022, cit., laddove ritiene che l'adozione dell'ordine di protezione non è preclusa dall'assenza del presupposto della convivenza anche quando questa sia venuta meno per l'allontanamento del convivente da parte della donna per la tutela della propria incolumità. Nella stessa direzione v. anche Carapezza Figlia, G.: *op. cit*., p. 203.

Il rispristino della convivenza, se è mai stato, e lo è ancora, un obiettivo diretto della tutela, potrà essere perseguito solo ove possibile.

Qualora si accedesse all'anzidetta prospettazione, potrebbe tutt'al più discorrersi di "polifunzionalità", sebbene a carattere eventuale e relativo, degli ordini di protezione: immaginando accanto ad una funzione vittimocentrica minima, nel senso di costante ed ineludibile, una funzione secondaria, nel senso di "accidentale", che si aggiunge e presuppone la prima.

Le implicazioni non sarebbero di poco momento, dovendo il giudice, nell'applicare gli ordini di protezione a fronte del caso concreto, tener conto anche del risvolto ulteriore, "piegando gli effetti" verso una direzione più ampia ed esaustiva, mirata alla realizzazione *tout court* degli interessi in gioco, *a fortiori* laddove ad essere invocata fosse l'unità della famiglia.

VI. CONCLUSIONI.

Il giurista è ancora una volta chiamato a governare un quadro multiverso, a fronte dell'incessante discontinuo normativo e del vento riformatore per quanto precario.

Quel che può riscontrarsi, però, a bilancio delle riflessioni in questa sede elaborate, è che la lotta alla violenza familiare attuata dalla riforma Cartabia si segnala – ove osservata dalla prospettica che più ha interessato questo studio – per almeno due novità significative.

La prima, dalla valenza precipuamente politico- culturale, deve riferirsi alla diversa geolocalizzazione della disciplina degli ordini di protezione. Senza badare troppo a questioni di ordine strettamente teorico generale – come la collocazione di una regola sostanziale di fattispecie – il legislatore ha inteso eleggere nel codice di procedura civile la nuova *sedes* "*materiae*", ritenendo evidentemente necessario focalizzare la lente di osservazione sul veicolo pratico/empirico/procedimentale – collocato nell'orizzonte processuale – che dalla fattispecie/violenza familiare conduce, sul piano dell'effetto rimediale, all'emanazione delle misure di protezione.

La decisività della dinamica processuale per la tutela della vittima contro le violenze nella famiglia che cambia non consente (né muove nel senso) di relegare sullo sfondo il diritto civile sostanziale. Lo snodo, semmai, resta quello dei "legami reciproci". La seconda novità deve cogliersi infatti proprio sul piano squisitamente sostanziale, atteso che la riforma produce il risultato di disvelare – anche nel più

limitato senso di "esplicitare"[96] – il perimetro della fattispecie di violenza familiare, elidendo quel carattere da molti ritenuto indefettibile attribuito alla coabitazione tra violento e vittima, sì da "degradarla" ad elemento di carattere accidentale.

Una operazione siffatta non è peraltro condotta intervenendo *more geometrico* sul momento propriamente regolativo della fattispecie, rinvenibile, nel caso in esame, nella prima parte dell'enunciato normativo di cui all'art. 473-*bis*. 69 (già art. 342-*bis* c.c.), quale zona normativa deputata, stante la tecnica normativa prescelta, a definire la violenza in senso familiare; il legislatore si rivolge ad una nuova, apposita, parte dell'enunciato, ibridata dal profilo dell'effetto (e/o su tale piano polarizzata) e relativa all'adottabilità degli ordini di protezione.

Il risultato conseguito è l'alleggerimento della struttura della fattispecie, ampliando il novero dei casi idonei a determinare il campo d'intervento dell'effetto giuridico, non più limitato nella sua epifania dalla presenza dell'elemento coabitativo; le misure protettive potranno trovare applicazione indipendentemente da esso, sia che difetti sia che sussista. La presenza, o meno, del fatto coabitativo incederà solo sull'atteggiarsi dell'effetto, e, segnatamente, sulla scelta della misura protettiva correlabile al caso della vita.

96 Quanto, sino ad oggi, sebbene in senso controverso, ritenuto inespresso.
Già la delega, all'art. 1, comma 23, lett. b., evidenziava la necessità di "prevedere e*splicitamente*, inoltre, che i provvedimenti di cui agli articoli 342-bis e seguenti del codice civile possono essere richiesti ed emessi anche dal tribunale per i minorenni e quando la convivenza è già cessata".

BIBLIOGRAFIA.

AA.VV.: *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme* (a cura di U. Salanitro), Pacini Giuridica, Pisa, 2019.

Aceto Di Capriglia, S.: "La violencia de gènero si affranca dall'oblio: le esperienze giuridiche spagnola ed italiana a confronto", *Rass. dir. civ.*, 2016, n. 2, p. 247 ss.

Basilico, G.: "Profili processuali degli ordini di protezione familiare", *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1116 ss.

Bonamini, T.: "Il dovere di coabitazione", in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da G. Bonilini), I, *Famiglia e matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 889 ss.

Busnelli, F.: "Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto: profili patrimoniali", in AA.VV.: *La famiglia di fatto - Atti del Convegno di Pontremoli, 27-29 maggio 1976*, Luigi Tarantola Editore, Montereggio, 1977, p. 134 ss.

Camilleri, E.: "Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari", in AA.VV.: *L'udienza presidenziale nel procedimento di separazione e divorzio* (a cura di M. Astone – G. Basilico), Giuffré, Milano, 2022, p. 281 ss.

Camilleri, E.: "Ordini di protezione contro gli abusi familiari, bilanciamento degli interessi e primato della Persona", *Giust. civ.*, 2022, n. 1, p. 157 ss.

Carapezza Figlia, G.: "Illeciti civili e relazioni familiari", in AA.VV.: *Diritto civile minorile* (a cura di A. Cordiano – R. Senigaglia), E.S.I., Napoli, 2022, p. 189 ss.

Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, E.S.I, Napoli, 2018.

Danovi, F.: "Il nuovo rito delle relazioni familiari", *Fam. dir.*, 2022, n. 8-9, p. 837 ss

Danovi, F.: "Le ragioni per una riforma della giustizia familiare e minorile", *Fam. dir.*, 2022, n. 4, p. 323 ss.

Enrichens, A.: "Violenza di genere e violenza assistita: la prospettiva di genere nell'uso degli strumenti civilistici di tutela e prevenzione", *Minorigiustizia*, 2020, fasc. 3, p. 115 ss.

Eremita, A. R.: *Ordini di protezione familiare e processo civile*, E.S.I., Napoli, 2019.

Falzea, A.: "Comportamento", *Enc. dir.*, XXV, Giuffrè, Milano, 1975, p. 442 ss., ed ora in Id.: *Ricerche di*, cit., II, p. 605 ss.

Falzea, A.: "Fatto di sentimento", in AA.VV.: *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Jovene, Napoli, 1972, VI, p. 315 ss., ora in Falzea, A.: *Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 437 ss.

Falzea, A.: "Fatto naturale", in AA.VV.: *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, I, 1970, ora in Falzea, A.: *Ricerche di*, cit., II, p. 368 ss.

Ferrante, A.: "La violenza domestica ed i maltrattamenti familiari nel sistema giuridico spagnolo", in AA.VV.: *Gli abusi familiari. Misure personali e patrimoniali di protezione. Profili di diritto civile, penale e comparato* (a cura di M. Paladini), Cedam, Padova, 2009, p. 281 ss.

Folla, N.: "La violenza contro le donne e i minori alla prova del Covid-19 tra problemi, proposte e risposte", *Fam. dir.*, 2020, fasc. 12, p. 1183 ss.

Foti, G.: "Art. 342-*bis* c.c.", in AA.VV.: *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli), vol. *Della famiglia, artt. 241-455* (a cura di G. Di Rosa), ed. II, Utet Giuridica, Milano, 2018, p. 1081 ss.

Foti, G.: "Art. 342-*ter* c.c.", in AA.VV.: *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli), vol. *Della famiglia, artt. 241-455* (a cura di G. Di Rosa), ed. II, Utet Giuridica, Milano, 2018, p. 1145 ss.

Francesca, M.: "Famiglia: modello normativo e fatto-convivenza", in AA.VV.: *Rapporti familiari e regolazione* (a cura di M. Francesca – M. Gorgoni), E.S.I, Napoli, 2009, p. 55 ss.

Frezza, G.: "I modelli familiari", in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016* (a cura di S. Giova – P. Perlingieri), E.S.I., Napoli, 2018, p. 413 ss.

Frezza, G.: *Casa familiare*, in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), I, 2, II ed., Giuffrè, Milano, 2011, 1753 ss.

Frezza, G.: *I luoghi della famiglia*, Giappichelli, Torino, 2004.

Giordano, A.: "Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari: una lettura", *giustiziacivile.com*, 2018, fasc. 9.

Giovannini, E. – Giorgetti, A.- Pelotti, S.: "La violenza domestica in epoca di pandemia covid-19: un'analisi nazionale e internazionale", *Riv. it. med. leg.*, 2020, p. 901 ss.

Gorassini, A.: "Relazioni affettive a struttura variabile non frattale: qual'è il confine ultimo del concetto giuridico di famiglia?", *Persona e Mercato*, 2020, fasc. 4, p. 329 ss.

Gorassini, A.: "Convivenze di fatto e c.d. famiglia di fatto. Per una nuova definizione dello spazio topologico del settore", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 866 ss.

Gorassini, A.: "Il nuovo ordine della famiglia nel terzo millennio", in AA.VV.: *La famiglia all'imperfetto?* (a cura di A. Busacca), E.S.I., Napoli, 2016, p. 15 ss.

Grondona, M.: "Residenza familiare e doveri di coabitazione dei coniugi: tra autonomia coniugale condivisa e protezione ordinamentale", in Carapezza Figlia, G. - De Verda Y Beamonte, José Ramòn – Frezza, G. – Virgadamo, P., *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine - Quaderni di Diritto delle successioni e della famiglia*, 4, E.S.I., Napoli, 2016, p. 19 ss.

Irti, N.: "Violenza conforme alla legge", *Riv. dir. civ.*, 2014, fasc. 1, p. 151 ss.

Lenti L., *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Giappichelli, Torino, 2016.

Lenti, L.: "Prime note in margine al caso Oliari c. Italia", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 918 ss.

Lipari, N.: "Ragionare di diritto, oggi", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, fasc. 2, p. 489 ss.

Long., J.: "Uno sguardo problematico sulle novità della riforma del processo civile d'interesse per il diritto familiare e minorile sostanziale", *Familia*, 2022, fasc. 1, p. 149 ss.

Mazzù, C.: "La famiglia degli affetti", in AA.VV.: *Studi in onore di Antonio Palazzo - Diritto privato. Persona, famiglia e successioni*, 2 (a cura di S. Mazzarese - A. Sassi), Utet giuridica, Torino, 2009, p. 541 e ss.

Mazzariol, R.: "Coabitazione e registrazione anagrafica: due requisiti non essenziali per la configurabilità di una convivenza di fatto", *Nuova giur. comm.*, 2018, p. 1242 ss.

Minnella, C.: "Ordine di protezione contro gli abusi familiari: nel bilanciamento di interessi prevale quello delle vittime di maltrattamenti", *Giur. mer.*, 2013, fasc. 2, p. 294 ss.

Nascosi, A.: "Gli ordini di protezione civili contro gli abusi familiari a vent'anni dalla loro introduzione", *Fam. dir.*, 2021, n. 12, p. 1189 ss.

Nonne, L.: "Contratti di convivenza", *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Aggiornamento XII, Giuffrè, Milano, 2019, p. 77 ss.

Paolini, R.: "Un utile strumento processuale contro la violenza domestica: l'ordine di protezione", *Quest. giust.*, 1993, p. 672 ss.

Paradiso, M.: "Commento commi 36-37", in AA.VV.: *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n.76/2016 e ai d.lgs. n.5/2017; d.lgs. n.6/2017; d.lgs. n. 7/2017* (a cura di C. M. Bianca), Giappichelli, Torino, 2017, p. 482 ss.

Patti, S.: "La famiglia: dall'isola all'arcipelago?", *Riv. dir civ.*, 2022, fasc. 3, p. 507 ss.

Perlingieri, G.: «Sostenibilità, ordinamento giuridico e retorica dei diritti. A margine di un recente libro", *Foro nap.*, 2020, fasc. 1, p. 101 ss.

Perlingieri, P.: "Principio personalista, dignità umana e rapporti civili", *Annali Società italiana degli studiosi del diritto civile,* 2020, fasc. 5, p. 1 ss.

Pugliatti, S.: *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Giuffrè, Milano, 1935.

Pugliatti, S.: "Processualismo e diritto sostanziale", *Foro. it.*, 1936, LXI, p. 333 ss.

Renda, A.: "Abusi familiari (diritto civile), a) Profili soggettivi e oggettivi", *Enc. dir., Annali*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 2 ss.

Riccio, G. M. - Codiglione, G.: "Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari", in AA.VV.: *Il codice civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2019.

Roma, U.: *Convivenza e coabitazione*, Cedam, Padova, 2005.

Romeo, F.: "Famiglia: struttura a geometria *variabile*", *Rass. dir. civ.*, 2018, fasc. 2, p. 744 ss.

Roussel, L: *La famille incertaine*, Odile Jacob Editerur, Paris, 1989.

Ruggeri, A.: "Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione", in AA.VV.: *Il sistema*, cit. (a cura di U. Salanitro), p. 61 ss.

Ruscello, F.: "Le convivenze di "fatto" tra famiglia e relazioni affettive di coppia", *Fam. dir.*, 2018, n. 12, p. 1156 ss.

Ruscello, F.: "Famiglia e matrimonio", in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), vol. I, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 765 ss.

Scalisi, V.: *Ermeneutica della dignità*, Giuffrè, Milano, 2018.

Scalisi, V.: "Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici", *Riv. dir. civ.*, 2018, fasc. 4, p. 1045 ss.

Scalisi, V.: "Il diritto civile nelle prolusioni del secondo novecento", *Riv. dir. civ.*, 2014, fasc. 3, p. 519 ss.

Scalisi, V.: "Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi - Parte seconda - Pluralizzazione e riconoscimento anche in prospettiva europea", *Riv. dir. civ.*, 2013, fasc. 6, p. 1287 ss.

Scalisi, V.: "Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi - Parte prima - Dalla famiglia-istituzione alla famiglia-comunità: centralità del rapporto e primato della persona", *Riv. dir. civ.*, 2013, fasc. 5, p. 1043 ss.

Scalisi, V.: "Famiglia e Famiglie in Europa", *Riv. dir. civ.*, 2013, fasc. 1, p. 7 ss.

Sciancalepore, G.: "Profili civilistici della violenza di genere tra obblighi sovranazionali e modelli alternativi", *www.comparazionedirittocivile.it*, 2016, n. 12, p. 76 ss.

Senigaglia, R.: "La Convenzione di Istanbul contro la violenza nei confronti delle donne e domestica, tra ordini di protezione e responsabilità civile endofamiliare", *Riv. dir. priv.*, 2015, n. 1, p. 112 ss.

Silvani, S.: "Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari (Artt. 2-8, Legge 4.4.2001, n. 154 – misure contro la violenza nelle relazioni familiari)", in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), Agg., Giuffrè, Milano, 2006, p. 154 ss.

Tommasini, R.: "La famiglia di fatto", in AA.VV., *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), *Il diritto di famiglia,* I, Giappichelli, Torino, 1999.

Toti, B.: "Famiglia di fatto senza coabitazione. La coabitazione tra i *partners: discrimen tra relazione affettiva e famiglia di fatto*", *Giur. it.*, 2019, 5, p. 1056 ss.

DISPENSE E PRIVILEGI: PROSPETTIVE INTERCULTURALI DEL DIRITTO MATRIMONIALE CANONICO

DISPENSES AND PRIVILEGES: INTERCULTURAL PERSPECTIVES IN CANONICAL MATRIMONIAL LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2152-2181

Federico
GRAVINO

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il contributo intende esaminare l'azione pastorale e legislativa della Chiesa cattolica per rispondere alle esigenze derivanti dalla trasformazione interculturale della società. Il diritto di famiglia, e in particolare il matrimonio, è uno dei settori più permeabili ai codici culturali e religiosi delle persone. Ciò può favorire una rilettura in chiave interculturale di istituti giuridici che trovano applicazione anche per il diritto matrimoniale canonico (dispense e privilegi) e che potrebbero apparire poco rispondenti ai bisogni dei fedeli cattolici. Le dinamiche interculturali permettono di contestualizzare ex novo istituti canonistici che affondano nei secoli le loro radici ma che la mobilità odierna riporta alla luce con l'obiettivo di offrire possibili forme di tutela a quanti sono costretti ad abbandonare la propria dimensione identitaria in cerca di una nuova dignità.

PALABRAS CLAVE: Migrazioni; matrimonio canonico; dispense; privilegi.

ABSTRACT: *The paper deals with pastoral and legislative action of Catholic Church to respond to the needs deriving from the intercultural transformation of society. Family law, and in particular marriage, is one of the areas most permeable to people's cultural and religious codes. This can favor an intercultural re-reading of juridical institutes that also apply to canonical matrimonial law (dispensations and privileges), which may appear to have little response to the needs of the Catholic faithful. The intercultural dynamics make it possible to contextualize from scratch canonical institutes that have their roots over the centuries but that today's mobility brings to light with the aim of offering possible forms of protection to those who are forced to abandon their identity dimension in search of a new dignity.*

KEY WORDS: *Migrations; canonical marriage; dispensations; privileges.*

SUMARIO.- I. MIGRAZIONI E CHIESA CATTOLICA TRA PASTORALE E DIRITTO: LA FINALITÀ PROMOZIONALE DELLA PERSONA UMANA.- II. SOCIETÀ INTERCULTURALE, MATRIMONIO CANONICO E RELAXATIO LEGIS.- III. PRIVILEGIO PAOLINO, PRIVILEGIO PETRINO E "NUOVE" FORME DI TUTELA.- IV. LA SALUS ANIMARUM TRA ORDINAMENTO CANONICO E CULTURE.

I. MIGRAZIONI E CHIESA CATTOLICA TRA PASTORALE E DIRITTO: LA FINALITÀ PROMOZIONALE DELLA PERSONA UMANA.

«Ero straniero e mi avete accolto» (Mt 25,43) è il riferimento scritturistico su cui si fonda l'azione pastorale e normativa della Chiesa cattolica in materia di migrazioni[1]. Il relativo approccio, improntato alla salvezza delle anime dei fedeli, si struttura sui paradigmi della centralità e dignità dell'uomo[2], assolvendo ad una funzione promozionale della persona umana[3].

Secoli di storia rilevano la prospettiva di inclusione adottata dagli interventi del Magistero a tutela dei migranti[4]. A partire da una protezione meramente linguistica o di provenienza geografica affermata dal Concilio Lateranense IV (1215)[5] e passando per l'intervento di Innocenzo X (1645)[6], che istituì una giurisdizione speciale per i cappellani militari, concessionari di particolari facoltà in tempo di guerra per amministrare i sacramenti e risolvere problemi di natura canonica che diocesi e parrocchie non erano in grado di fronteggiare[7], gli strumenti predisposti dalla Chiesa cattolica sono stati da sempre protesi alla tutela della salus animarum dei fedeli. Le riflessioni hanno avuto ad oggetto, in modo costante[8], soprattutto i disagi affrontati da chi decide o è costretto a lasciare la propria terra d'origine. In tal senso, con la Lettera enciclica Quam aerumnosa del 1888, che sollecitava i

1 Bentoglio, G.: "«Ero straniero e mi avete accolto …»: il linguaggio del Magistero", *Studi Emigrazione*, 2015, num. 197°, pp. 61-73.

2 De Paolis, V.: "La Chiesa e le migrazioni nei secoli XIX e XX", *Ius Canonicum*, 2003, num. 1°, pp. 14-16.

3 Forti, O.: "Immigrazione e Chiesa", *Rivista di Scienze dell'Educazione*, 2017, num. 1°, pp. 85-87.

4 Sanfilippo, M.: *L'emigrazione nei documenti pontifici*, Tau Editrice, Todi, 2018, p. 6, evidenzia che Pio IX è stato l'iniziatore dell'interesse della Santa Sede verso i fedeli migranti.

5 García Y García, A.: *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum commentariis glossatorum*, LEV, Città del Vaticano, 1981, pp. 57-58, ricorda che il Concilio Lateranense IV istituì l'erezione di parrocchie personali non territoriali per la cura pastorale dei migranti di una determinata lingua o nazione.

6 Innocenzo X: "Breve Cum sicut maiestatis tuae", 26 settembre 1645, in *Colección de breves y rescriptos pontificios de la jurisdicción castrense de Espana*, Calpe, Madrid, 1925.

7 Díaz Moreno, J.M.: *La regulación jurídica de la cura de almas en los canonistas hispánicos de los siglos XVI-XVII*, Biblioteca Teológica Granadina, Granada, 1972, pp. 68-70.

8 De Paolis, V.: "La cura pastorale dei migranti nella Chiesa. Una rassegna dei principali documenti", *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2008, num. 1°, p. 11 ss.

• Federico Gravino
Borsista di Ricerca. Università degli Studi di Firenze. federico.gravino@unifi.it

Vescovi americani sul tema delle migrazioni italiane verso quel continente[9], Leone XIII dichiarava la propria consapevolezza circa i drammi causati dagli spostamenti e invitava tutti i fedeli a collaborare per il giovamento della salute delle anime dei migranti anche attraverso l'opera dei nunzi apostolici come intermediari presso gli Stati[10].

La pubblicazione di un primo corpus normativo, a seguito dell'entrata in vigore del Codex Iuris Canonici pio-benedettino, si tradusse nella promulgazione del Decreto Magni semper del 1918 ad opera della Congregazione Concistoriale[11], la quale stabiliva norme e procedure di autorizzazione del clero per l'assistenza ai migranti. Una pastorale specifica fu introdotta con la Costituzione apostolica Exsul Familia del 1952[12], con cui Pio XII istituì il Consiglio Supremo per l'Emigrazione e l'Ufficio del Delegato alle opere di emigrazione[13], uniformando la stratificazione dei precedenti interventi legislativi in materia[14].

La rivoluzione del Concilio Vaticano II ha modellato la prospettiva ecclesiale anche rispetto al fenomeno delle migrazioni[15]. Consapevoli che il patrimonio culturale dei migranti è un fattore identitario fortemente osteggiato dalle condizioni cui sono esposti, i Padri Conciliari hanno ritenuto che la relativa pastorale

9 Leone XIII: "Lettera enciclica Quam aerumnosa", 10 dicembre 1888, *ASS*, 1888, num. 21°, p. 258 ss.

10 Il documento fu così persuasivo da mobilitare molti sacerdoti dall'Europa verso l'America e le Filippine. Pertanto, la Sacra Congregazione del Concistoro promulgò il decreto *Ethnografica studia* del 25 marzo 1914, con cui disciplinò l'emigrazione dei sacerdoti che desideravano prestare un servizio spirituale in lingua madre ai fedeli emigrati: per la liceità della migrazione venivano richieste le *litterae discessoriales* del proprio Ordinario e la concessione di un ufficio ecclesiastico dell'Ordinario del luogo.

11 Sacra Congregazione del Concistoro: "Decreto Magni semper. De sacerdotibus in certas quasdam regiones demigrantibus", 30 dicembre 1918, *AAS*, 1919, num. 11°, p. 39 ss.

12 Pio XII: "Costituzione apostolica *Exsul Familia*", 01 agosto 1952, *AAS*, 1952, num. 44°, pp. 649-710. Per un commento della Costituzione, Tellechea, J.I.: "La cura pastoral de los emigrantes. Comentario a la Constitución Apostólica 'Exsul Familia' de 1 de agosto de 1952", *Revista Española de Derecho Canónico*, 1953, num. 8°, pp. 539-578; Governatori, L.: "*Commentarium in Const. Apost. 'Exsul Familia'*", *Apollinaris*, 1953, num. 1°, pp. 155-174; Ferretto, G.: "Sua Santità Pio XII provvido padre degli esuli e sapiente ordinatore dell'assistenza spirituale agli emigranti", *Apollinaris*, 1954, num. 1°, pp. 323-355; Tessarolo, G., Swanstrom, E.E.: *The Church's Magna Charta for Migrants: Exsul Familia*, LLC, Staten Island, 1962; Caretta, A.: *I Missionari degli emigranti nella Costituzione Apostolica «Exsul familia»*, Giunta cattolica italiana per l'emigrazione, Roma, 1957, parlano della Costituzione come Magna Charta dei diritti dei migranti.

13 Sabbarese, L., "Migrazioni e diritto ecclesiale. Aspetti strutturali e risvolti pastorali", *Ius Missionale*, 2011, num. V, pp. 229-230.

14 De Paolis, V.: "Aspetti canonici del magistero della S. Sede sulla mobilità umana", in *La Chiesa e mobilità umana. Documenti della Santa Sede dal 1883 al 1993* (a cura di G. Tassello, L. Favero), Centro Studi Emigrazione, Roma, 1985, p. XXXI ss., ricorda che il documento in esame fu successivo alla costituzione della Commissione Internazionale Cattolica per le migrazioni, una rete tra le Conferenze Episcopali di tutto il mondo per uniformare il servizio pastorale da rendere a migranti e rifugiati.

15 Recchi, S.: "Il Codice e l'inculturazione", in Aa.Vv. *Fondazione del diritto. Tipologia e interpretazione della norma canonica* (a cura del Gruppo Docenti Italiani di Diritto Canonico), Glossa, Milano, 2001, p. 235 ss., sostiene che l'attenzione della Chiesa per le culture umane ha rappresentato al Vaticano II uno dei segni più significativi di apertura al mondo. È stato da più parti sottolineato come l'immagine stessa della Chiesa quale popolo di Dio in marcia nella storia e che si costruisce nel tempo abbia contribuito a dare al Concilio una grande portata pastorale. La visione ecclesiologica espressa dal Vaticano II è maturata attraverso una percezione culturale del mondo contemporaneo e dei suoi problemi, resa possibile anche grazie alla presenza di un episcopato mondiale, proveniente dai diversi continenti. Il problema dell'incontro del messaggio evangelico con le culture umane e dell'inculturazione della fede è un problema prioritario della Chiesa del nostro tempo.

dovesse tendere alla cura dei bisogni spirituali di questi attraverso l'istituzione di organi speciali all'interno della realtà ecclesiale[16]. Questa finalità ha orientato i Pontefici formati agli insegnamenti dell'assise ecumenica[17]. In particolare, con il decreto Christus Dominus del 1965[18] e l'istruzione Nemo est del 1969[19], Paolo VI invitava tutti i Vescovi ad avere «un particolare interessamento per quei fedeli che, a motivo della loro condizione di vita, non possono godere a sufficienza della comune ordinaria cura pastorale dei parroci o ne sono privi del tutto; come sono moltissimi gli emigrati, gli esuli, i profughi, i marittimi, gli addetti a trasporti aerei, i nomadi e altre simili categorie di uomini» (n. 18). La consapevolezza dell'incremento delle migrazioni spingeva il Pontefice ad affermare che «a questa mobilità del mondo contemporaneo, deve corrispondere la mobilità pastorale della Chiesa»[20]. Si passava dunque da un approccio emergenziale nei confronti del migrante ad una pastorale di valorizzazione dei diritti inalienabili della persona umana, del patrimonio culturale e religioso originario, nonché del concetto di bene comune e di giustizia. In tal senso la Sacra Congregazione per i Vescovi analizzava i fenomeni migratori in una nuova prospettiva, sul presupposto che essi sono «un fenomeno complesso di diritti e doveri, primo tra i quali il diritto di emigrare come diritto della persona umana, cui corrisponde il dovere di contribuire lealmente allo sviluppo del paese di insediamento»[21]. L'aspetto promozionale veniva altresì sostenuto dalla Pontificia Commissione per la Pastorale delle Migrazioni e del Turismo[22] che, con la Lettera circolare alle Conferenze Episcopali Chiesa e mobilità umana del 1978, evidenziava la necessità di una collaborazione tra Chiese e comunità in vista di una pastorale senza frontiere, riconoscendo e valorizzando lo specifico ruolo dei laici, dei religiosi e delle religiose[23].

La declinazione giuridica degli insegnamenti conciliari è rappresentata dalla pubblicazione del vigente Codice di Diritto Canonico. Esso si rivela strumento attento ai bisogni specifici dei fedeli migranti. Giovanni Paolo II ha rilevato che «… è indispensabile che questi siano assistiti nella loro esperienza esistenziale, nelle maniere e nello stile della loro cultura fondamentale, nel pluralismo della loro

16 Tomasi, S.M.: *Migration in the Light of Vatican II*, Center for Migration Studies, Staten Island, 1967, pp. 65-68.

17 Paolo VI: "Lettera apostolica Pastoralis migratorum cura", 15 agosto 1969, *AAS* 1969, num. 61°, pp. 601-603.

18 Concilio Vaticano II: "Decreto sull'ufficio pastorale dei Vescovi nella Chiesa Christus Dominus", 28 ottobre 1965, *AAS*, 1966, num. 58°, p. 682 ss.

19 Congregazione per i Vescovi: "Istruzione Nemo est, la cura pastorale dei migranti", 22 agosto 1969, *Enchiridion della Chiesa per le migrazioni. Documenti magisteriali ed ecumenici sulla pastorale della mobilità umana 1887-2000* (a cura di L.G. Tassello, L. Deponti, M. Guidotti), EDB, Bologna, 2001, pp. 450-555.

20 Paolo VI: "Discorso ai partecipanti al convegno europeo sulla Pastorale per i migranti", 17 ottobre 1973, *AAS*, 1973, num. 65°, p. 591 ss.

21 Sacra Congregazione per i Vescovi: "Istruzione De pastoralis migratorum cura (Nemo est)", 15 agosto 1969, *AAS*, 1969, num. 61°, p. 614 ss.

22 Paolo VI: "Motu proprio Apostolicae caritatis", 19 marzo 1970, *Enchiridion della Chiesa per le migrazioni. Documenti magisteriali ed ecumenici sulla pastorale della mobilità umana 1887-2000* (a cura di L.G. Tassello, L. Deponti, M. Guidotti), EDB, Bologna, 2001, pp. 556-564.

23 Pontificia Commissione per la Pastorale delle Migrazioni e del Turismo: "Lettera Chiesa e mobilità umana", 26 maggio 1978, *AAS*, 1978, num. 70°, pp. 357-358.

identità. I fedeli immigrati, nel libero esercizio del loro diritto e dovere di essere nelle Chiese particolari pienamente in comunione ecclesiale e di sentirsi cristiani e fratelli verso tutti, debbono restare completamente se stessi in quanto concerne la lingua, la cultura, la liturgia, la spiritualità, le tradizioni particolari, per raggiungere quella integrazione ecclesiale, che arricchisce la Chiesa di Dio e che è frutto del realismo dinamico dell'Incarnazione del Figlio di Dio»[24]. In tale prospettiva, il Pontificio Consiglio della Pastorale per i Migranti e gli Itineranti, subentrato alla Pontificia Commissione per la Pastorale delle Migrazioni e del Turismo[25], ha promulgato nel 2004 l'Istruzione Erga migrantes caritas Christi in «risposta ai nuovi bisogni pastorali dei migranti, per condurli, a loro volta, a trasformare l'esperienza migratoria in occasione non solo di crescita nella vita cristiana ma anche di nuova evangelizzazione e di missione», ritenendo che «le trasformazioni della società in senso multiculturale possono rivelarsi segno di viva presenza di Dio nella storia e nella comunità degli uomini, poiché offre un'opportunità per realizzare il piano di Dio di una comunione universale»[26].

Il magistero di Benedetto XVI ha ampliato la prospettiva già tracciata dai suoi predecessori. Nei discorsi tenuti in occasione delle Giornate mondiali del migrante e del rifugiato il Pontefice emerito ha prestato una continua opera di sollecitudine pastorale nei riguardi di chi è costretto a lasciare la propria terra: «La Chiesa e le varie realtà che ad essa si ispirano sono chiamate, nei confronti di migranti e rifugiati, ad evitare il rischio del mero assistenzialismo, per favorire l'autentica integrazione, in una società dove tutti siano membri attivi e responsabili ciascuno del benessere dell'altro, generosi nell'assicurare apporti originali, con pieno diritto di cittadinanza e partecipazione ai medesimi diritti e doveri»[27].

Un'importante riflessione sui migranti e sulle conseguenze causate dalla continua mobilità è approfondita anche da Francesco. L'istituzione del Dicastero per il Servizio dello Sviluppo Umano Integrale[28] rileva l'intenzione del Pontefice di promuovere la tutela della persona (oltre che del fedele), la quale diventa il centro di ogni tipo di intervento pastorale e normativo[29]. Con l'Esortazione apostolica post-

24 Giovanni Paolo II: "Messaggio per la giornata mondiale del migrante e del rifugiato La pastorale per i migranti, via per l'adempimento della missione della Chiesa oggi", 02 febbraio 2001, *AAS*, 2001, num. 93°, p. 377 ss.

25 Giovanni Paolo II: "Costituzione apostolica Pastor bonus sulla Curia romana", 28 giugno 1988, *AAS*, 1988, num. 80°, pp. 841-930.

26 Pontificio Consiglio della pastorale per i Migranti e gli Itineranti, "Istruzione Erga migrantes caritas Christi", 03 maggio 2004, *AAS*, 2004, num. 96°, pp. 762-822.

27 Benedetto XVI, "Messaggio per la giornata mondiale del migrante e del rifugiato (2013), Migrazioni: pellegrinaggio di fede e di speranza", 12 ottobre 2012, *AAS*, 2012, num. 104°, pp. 907-908.

28 Francesco: "Lettera Apostolica in forma di motu proprio Humanam progressionem, con la quale si istituisce il dicastero per il servizio dello sviluppo umano integrale", 17 agosto 2016, *Communicationes*, 2016, num. 48°, p. 317 ss.

29 Feliciani, G.: "Papa Francesco e le migrazioni nei primi cinque anni di pontificato", *Nuova Antologia*, 2018, num. 1°, p. 47 ss.

sinodale Christus Vivit del 25 marzo 2019[30], il Pontefice ricorda che le migrazioni «rappresentano a livello mondiale un fenomeno strutturale e non un'emergenza transitoria … La preoccupazione della Chiesa riguarda in particolare coloro che fuggono dalla guerra, dalla violenza, dalla persecuzione politica o religiosa, dai disastri naturali dovuti anche ai cambiamenti climatici e dalla povertà estrema: molti di loro sono giovani. In genere sono alla ricerca di opportunità per sé e per la propria famiglia …» (n. 91). La tutela del migrante quale persona umana richiede altresì l'intervento delle istituzioni, con cui la Chiesa è chiamata a collaborare «per una più vasta sensibilizzazione internazionale circa le tematiche migratorie, al fine di favorire il rispetto dei diritti umani e la promozione della dignità delle persone secondo gli orientamenti della dottrina sociale della Chiesa»[31]. La finalità promozionale della persona migrante è stata altresì evidenziata dal Romano Pontefice in occasione della canonizzazione del beato Giovanni Battista Scalabrini, icona dell'apostolato a favore dei migranti italiani, affermando che «le migrazioni mettono in evidenza l'impellente necessità di anteporre la fraternità al rifiuto, la solidarietà all'indifferenza», perché l'incontro con i migranti è «un'esperienza arricchente, in quanto rileva la bellezza della diversità»[32]. Ancora una volta risalta la necessità di inclusione dei migranti, i quali si rivelano indispensabili per la costruzione del Regno di Dio, perché «senza di loro non sarebbe il Regno che Dio vuole», e per il fondamentale apporto dato alla crescita sociale ed economica della società[33].

La prospettiva teologica delle migrazioni[34] rappresenta l'essenza non solo dell'azione pastorale ma anche di quella normativa della Chiesa cattolica sul tema. Il principio di vera uguaglianza di tutti i fedeli nella dignità e nell'agire (can. 208 CIC) è declinato nel riconoscimento ai migranti di una condizione di parità attraverso l'istituzione di strutture pastorali adeguate, l'attenzione alle specifiche esigenze e la possibilità di esercizio del culto secondo la cultura di provenienza[35]. Orientamento prevalente ritiene pertanto che il Codice di Diritto Canonico disciplini uno statuto giuridico del fedele migrante[36] (cann. 213, 217, 383 § 1), al quale è riconosciuto il diritto di ricevere dai sacri Pastori gli aiuti derivanti dai beni spirituali della Chiesa, il diritto all'educazione cristiana, nonché il diritto alla cura pastorale. Si crea dunque

30 Francesco: *Esortazione apostolica post-sinodale Christus vivit*, LEV, Città del Vaticano, 2019.

31 Francesco: *Messaggio ai partecipanti al Consiglio plenario della Commissione Internazionale Cattolica per le Migrazioni*, 20 maggio 2022, il cui testo integrale è consultabile sul sito www.vatican.va.

32 Francesco: *Discorso ai pellegrini convenuti per la canonizzazione di San Giovanni Battista Scalabrini*, 10 ottobre 2022, il cui testo integrale è consultabile sul sito www.vatican.va.

33 Francesco: *Messaggio per la 108ª giornata mondiale del migrante e del rifugiato 2022*, 25 settembre 2022, il cui testo integrale è consultabile sul sito www.vatican.va.

34 Campese, G.: "Oltre l'inculturazione? Culture ed evangelizzazione nell'era delle migrazioni", in *Vangelo e culture. Per nuovi incontri* (a cura di S. Mazzolini), UUP, Città del Vaticano, 2017, pp. 228-230.

35 Sabbarese, L.: *Girovaghi, migranti, forestieri e naviganti nella legislazione ecclesiastica*, UUP, Città del Vaticano, 2020, pp. 23-24.

36 *Ex plurimis*, Incitti, G.: *Il popolo di Dio. La struttura giuridica fondamentale tra uguaglianza e diversità*, UUP, Città del Vaticano, 2007, pp. 63-65.

una connessione tra diritto e pastorale, che trova nell'azione missionaria il punto di contatto[37], sollecitando l'interesse per coloro che rischiano di subire un pregiudizio per la salvezza della propria anima a causa di condizioni di vita particolari e di sradicamento di identità (can. 787 CIC)[38].

I punti di intersezione tra pastorale e diritto sollecitano tuttavia ad indagare se i principi sanciti dai principali documenti del Magistero a tutela del migrante trovino attuazione anche in ambito normativo, al fine di comprendere se l'enunciata promozione della persona, nella duplice dimensione di uomo e di fedele, benefici di una concreta tutela giuridica.

II. SOCIETÀ INTERCULTURALE, MATRIMONIO CANONICO E RELAXATIO LEGIS.

Oltre alla dimensione pastorale e teologica, la trasformazione in senso interculturale della società presenta importanti ricadute anche nel campo del diritto[39]. In più occasioni il Legislatore universale è stato sollecitato dai nuovi bisogni e le nuove esigenze generate dai continui mutamenti sociali, che non trovavano adeguate risposte nell'apparato normativo codificato.

Il diritto di famiglia risulta essere tra i settori dell'ordinamento più permeabili ai codici culturali e religiosi delle persone. Il matrimonio in particolare si pone quale luogo privilegiato per l'incontro di culture e religioni[40]. Esso infatti realizza la vocazione alla relazione impressa nella natura umana[41], esprimendola anche attraverso la costituzione di famiglie religiosamente poliedriche[42]. Ciò può favorire una rilettura in chiave interculturale di istituti giuridici del diritto matrimoniale canonico, che potrebbero apparire poco rispondenti ai bisogni dei fedeli cattolici. La verifica di compatibilità tra il matrimonio e le trasformazioni sociali legate alle

37 Ghirlanda, G.: "Inculturazione del Vangelo e inculturazione del diritto ecclesiale", *Periodica de re canonica*, 2016, num. 1-2°, p. 3 ss., evidenzia il concetto di inculturazione della fede e la sua applicazione al diritto canonico.

38 Boni, G.: "Il Codex Iuris Canonici e le culture", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), settembre 2009, pp. 63-64.

39 Ruscazio, M.C.: "Diritto canonico e culture", *Diritto e Religioni*, 2018, num. 1°, p. 120 ss., sottolinea che l'esperienza giuridica complessiva di un gruppo sociale si sviluppa inseparabilmente dalle componenti etiche, religiose, culturali, politiche ed economiche che ne sostanziano la struttura portante e l'identità profonda.

40 Fuccillo, A.: *Diritto, Religioni, Culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2022⁴, pp. 367-368.

41 Visioli, M: "La dimensione naturale del matrimonio", *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2021, num. 1°, p. 9; Bettetini, A.: "Matrimonio e processo canonico: proposte per un'innovazione nella tradizione", in Aa.Vv., *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi* (a cura di O. Fumagalli Carulli, A. Sammassimo), Vita e Pensiero, Milano, 2015, p. 73 ss., afferma che la famiglia e il matrimonio, iscrivendosi nella dinamica naturale dell'essere umano, hanno una loro struttura intrinseca che la Chiesa aiuta da sempre a comprendere, a discernere, a vivere.

42 Piomelli, G.: "Il matrimonio tra cattolici e musulmani: fra multiculturalismo, ecumenismo e normativa canonica", *Il diritto ecclesiastico*, 2002, num. 2°, p. 731 ss.

migrazioni ha indotto la Chiesa cattolica a guardare non ad un tipo astratto di vincolo coniugale, bensì a quello concreto esistente tra due persone e incentrato sulla volontà delle parti[43]. Il legislatore, prendendo atto di tali cambiamenti, ha introdotto istituti volti a disciplinare casi che non potevano rientrare in quello generale ed astratto previsto dalla normativa canonica[44]. A tal riguardo, gli strumenti della dispensa[45] e del privilegio hanno consentito ad ipotesi matrimoniali atipiche di trovare una propria collocazione all'interno del Codex.

L'istituto della dispensa nasce fin dai primi secoli della Chiesa[46]. La prassi distingueva tra dispensa ante factum, corrispondente all'attuale istituto, ossia la facoltà di comportarsi contrariamente a quanto stabilito dalla norma generale, e dispensa post factum, che consentiva di rimuovere le conseguenze giuridiche del fatto illecito accaduto[47]. Tuttavia, fin dall'inizio emergeva il contrasto tra la necessità di osservare fedelmente il rigore della disciplina e l'opportunità di concedere una relaxatio legis sia a beneficio del singolo che della comunità. L'interrogativo ha spinto da subito a definire i criteri strutturali della dispensa[48], per chiarire quali precetti fossero immuni da mutamenti (perché di diritto divino) e quali, invece, passibili di modifiche in presenza di precise condizioni di necessità, utilità e opportunità[49]. La preoccupazione di ristabilire la disciplina ecclesiastica per rimediare agli abusi che si commettevano[50] indusse il Concilio di Trento ad individuare una causa che

43 Zalba, M.: "Favor fidei e salus animarum", *Periodica de re canonica*, 1969, num. 58°, pp. 739-754; Moneta, P.: "Lo scioglimento del matrimonio in favore della fede in una recente istruzione della S. Sede", *Il Diritto Ecclesiastico*, 1976, num. 1°, pp. 228-253; Gordon, I.: "De processu ad obtinendam dissolutionem matrimonii in favorem fidei", *Periodica de re canonica*, 1990, num. 4°, pp. 511-576.

44 De Paolis, V., D'Auria, A.: *Le Norme Generali. Commento al Codice di Diritto Canonico*, UUP, Città del Vaticano, 2014², pp. 100-101, evidenziano che la generalità significa che la legge ha la funzione di regolare la vita di una comunità e dei suoi soggetti nei loro rapporti interpersonali. Tuttavia, si precisa che la comunità di cui si parla è una comunità capace di ricevere le leggi, ovvero una comunità pubblica che ha un bene pubblico da perseguire: la Chiesa universale, le Chiese particolari, le comunità parrocchiali, gli Istituti di Vita Consacrata e le Società di Vita Apostolica.

45 Pree, H.: "Le tecniche canoniche di flessibilizzazione del diritto: possibilità e limiti ecclesiali di impiego", *Ius Ecclesiae*, 2000, num. 2°, p. 376 ss., evidenzia che nel diritto canonico diversi sono gli strumenti di flessibilizzazione: l'*aequitas*, l'*epikeia*, cause esimenti e scusanti, il riconoscimento del foro interno come foro giuridico, la tolleranza e la dissimulazione. Tra questi l'istituto della dispensa dalla legge assume una posizione preminente.

46 Baura, E.: "Le esigenze giuridiche nel rilascio di dispense", *Ius Canonicum. Escritos en honor de Javier Hervada*, 1999, Volumen Especial, p. 379 ss., sottolinea la tipicità della dispensa quale istituto sorto nell'ordinamento giuridico della Chiesa e che trova la sua origine proprio nel diritto canonico.

47 Baura, E.: *La dispensa canonica dalla legge*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 14, sostiene che fino al secolo IX nella Chiesa vigeva prevalentemente la prassi della dispensa *post factum*.

48 Brys, J.: *De dispensatione in iure canonico praesertim apud decretistas usque ad medium speculum decimum quartum*, Typografia Polyglotta, Brugis-Wetteren, 1925, p. 42.

49 Cantarella, G.M.: "Sondaggio sulla 'dispensatio' (sec. XI-XII)», in Aa.Vv., *Chiesa, diritto e ordinamento della "societas christiana" nei secoli XI e XII. Atti della nona Settimana internazionale di studio. Mendola 28 agosto-2 settembre 1983*, Vita e Pensiero, Milano, 1986, p. 471, evidenzia che l'idea della non dispensabilità dei precetti di diritto divino ha caratterizzato particolarmente la teoria di Ivo di Chartres, il quale distingueva tra precetti mobili e immobili e riteneva necessaria la *causa dispensandi*: i precetti e le proibizioni per i quali non esiste dispensa sono quelli sanciti dalla legge eterna; inoltre, il criterio distintivo della norma indispensabile non è tanto la sua afferenza alla Sacra Scrittura ma accertare se l'osservanza della norma abbia delle ripercussioni in ordine alla salvezza delle anime.

50 Jedin, H.: *Storia del Concilio di Trento*, Morcelliana, Brescia, 1981⁴, pp. 187-218, ricorda che uno dei punti cruciali affrontati dal Concilio tridentino fu la scandalosa inottemperanza da parte di alcuni vescovi

giustificasse l'eccezione alla legge: per tal motivo la prassi della dispensa stentò a decollare, nonostante fosse comunque ammessa dalla prassi pastorale e giuridica della Chiesa.

Con la codificazione del 1917 l'istituto ha ricevuto una compiuta disciplina (cann. 80-86)[51]. Nel Codice previgente la dispensa era chiaramente definita quale «legis in casu speciali relaxatio», inquadrata dunque come eccezione alla legge e giustificata dalla peculiarità di un caso speciale[52]. L'introduzione di un titolo specifico era inoltre sostenuta dalla necessità di determinare anche l'autorità competente a concederla, che coincideva con l'autore della legge (conditor legis). Difatti, essa rappresentava un'estrinsecazione della potestà legislativa[53]. Tuttavia, le riflessioni conciliari hanno riformato l'impianto normativo: il motu proprio Pastorale Munus del 30 novembre 1963[54] ha ampliato il potere dei Vescovi[55], perché potessero governare la porzione di popolo di Dio loro affidata senza la necessità di dover ricorrere all'autorità superiore per risolvere i casi concreti[56]. Ciò ha inciso particolarmente sulla natura della stessa dispensa. Il Codice del 1983, infatti, ha introdotto una rilevante novità in merito, considerando la dispensa come atto facente parte della funzione amministrativa e non più legislativa[57]. Si è ritenuto che un atto di governo di natura singolare non poteva non essere amministrativo[58], con la conseguenza che non era più sostenibile che la dispensa fosse concessa dal solo legislatore ma anche da parte di chi godeva di potestà esecutiva. Il dibattito circa la

all'obbligo di residenza: il Concilio, dopo una travagliata discussione sull'argomento, non si pronunciò a favore della tesi favorevole alla dichiarazione di diritto divino di tale obbligo e affermò che si poteva dispensare per un tempo limitato dall'obbligo di residenza *ex veris et rationabilibus causis tantum*.

51 Durán, J.: "La doctrina antecodicial sobre la dispensa y su influjo en el CIC de 1917", *Cuadernos doctorales*, 1991, núm. 9°, pp. 13-64.

52 Del Giudice, V.: *Privilegio, dispensa ed epicheia nel diritto canonico*, G. Guerra editore, Perugia, 1932, p. 33 ss.

53 Baura, E.: *La dispensa canonica dalla legge*, cit., p. 108, evidenzia che il principio del *conditor legis* escludeva in linea di massima che i Vescovi potessero concedere la dispensa dalle leggi emanate dal Papa. Tuttavia, avvertendo il bisogno di sovvenire con immediatezza alle necessità del caso concreto, la Santa Sede continuò a rilasciare agli Ordinari le facoltà necessarie per poter dispensare da certi precetti ed iniziò ad emanare alcune norme relative a tali facoltà.

54 Paolo VI: "Lettera apostolica motu proprio Pastorale munus. Facoltà e privilegi concessi ai Vescovi", 30 novembre 1963, *AAS*, 1964, num. 56°, pp. 5-13.

55 Berlingò, S.: *La causa pastorale della dispensa*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 374.

56 Romita, F.: "Adnotationes ad litteras apostolicas 'Pastorale munus'", *Monitor Ecclesiasticus*, 1963, num. 3°, pp. 547-540, si interrogava circa la natura delle facoltà concesse mediante tale atto pontificio, dal momento che il motu proprio vietava di delegare tali facoltà se non al coadiutore, agli ausiliari e al vicario generale: egli qualificava questa potestà come ordinaria, vicaria, cumulativa con la Curia romana e subordinata al Romano Pontefice; *contra*, García Barberena, T.: "Motu Proprio 'Pastorale munus'. Comentario breve", *Revista Española de Derecho Canónico*, 1964, num. 1°, pp. 117-118, sosteneva, invece, che non si trattasse di potestà ordinaria vicaria, poiché il fatto che tali facoltà fossero state conferite mediante un motu proprio anziché nel Codice non avrebbe mutato la natura della potestà, che sarebbe stata da considerare come ordinaria propria, dato che il Papa avrebbe voluto che siffatte facoltà appartenessero all'ufficio dei Vescovi.

57 Baura, E.: *La dispensa canonica dalla legge*, cit., p. 119, sottolinea che la proposta di affidare il potere di dispensare «a tutti quelli che hanno potestà esecutiva», avanzata nel corso dei lavori preparatori, non fu accolta all'unanimità perché non era ancora matura la distinzione tra funzione legislativa e amministrativa nella Chiesa e, ulteriormente, perché si insisteva sul fatto che l'atto dispensatorio non poteva essere tipizzato come atto amministrativo, in quanto non è *applicatio* ma *vulnus legis*.

58 Labandeira, E.: *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 347-348.

natura legislativa o amministrativa della dispensa[59] nasceva dunque considerando gli effetti che un simile istituto produceva nell'ordinamento canonico: da un lato, si sosteneva che la dispensa non innovava in alcun modo il sistema giuridico, perché la sua efficacia era meramente singolare[60]; dall'altro, invece, si affermava che proprio l'effetto derogatorio rendeva evidente l'efficacia innovativa della dispensa, anche se per un caso singolare[61].

In tal senso il Codice giovanneo-paolino disciplina la dispensa come «esonero dall'osservanza di una legge puramente ecclesiastica in un caso particolare» (can. 85). Funzione preminente della stessa è dunque quella di privare la norma, emanata per la generalità dei casi, della sua forza obbligante, e adattarla alle situazioni concrete, nonché alle esigenze delle singole fattispecie[62]. Questa forma di esenzione, tuttavia, non comporta un'abrogazione della legge stessa, né una deroga parziale, in quanto la legge continua ad essere in vigore ma cessa in un caso particolare[63]: ciò è sufficiente a contraddistinguere la dispensa da tutti gli altri atti amministrativi singolari (decreti e precetti singolari, rescritti e privilegi). Può accadere, infatti, che un soggetto si trovi in condizioni tali da subire un grave danno se adempie alla legge, il cui fine sarebbe invece meglio perseguibile attraverso la non osservanza del precetto normativo. Il riferimento al caso particolare è, dunque, caratteristica essenziale dello strumento dispensatorio[64] e in tal senso l'eccezione alla norma diventa legittima. Proprio per questa ragione, il legislatore ha disposto l'interpretazione stretta della dispensa e, ulteriormente, della potestà di dispensare concessa per un caso determinato[65] (can. 92), rientrando l'istituto in esame tra gli atti che sono contrari ad una legge a vantaggio dei privati (can. 36 § 1)[66].

Nel diritto matrimoniale canonico la dispensa esercita la propria funzione di relaxatio principalmente in materia di impedimenti, ossia circostanze esterne che

59 Mazzacane, E.: *La causa dispensationis nello scioglimento del matrimonio per inconsumazione. Contributo alla teoria degli atti amministrativi canonici*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 22-36.

60 Giacchi, O.: "Dispensa. Diritto canonico", *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Utet, Torino, 1960, p. 1129.

61 Del Giudice, V.: *Nozioni di diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 170.

62 Pinto, P.V.: "Sub can. 85", in Aa.Vv., *Commento al Codice di Diritto Canonico* (a cura di P.V. Pinto), LEV, Città del Vaticano, 2001, p. 55 ss.

63 García Martín, J.: *Le norme generali del Codex Iuris Canonici*, Marcianum Press, Venezia, 2015, p. 355.

64 Baura, E.: "Le esigenze giuridiche", cit., p. 381, precisa che la singolarità del caso non impedisce che per una singola dispensa possano esserci molteplici beneficiari, ovvero che possa essere valida per più atti: è il caso della dispensa *simplex*, *cum tractu successivo*, *multiplex* e *multiplex atque cum tractu successivo*.

65 García Martín, J.: *Le norme generali*, cit., pp. 373-374, sottolinea che la potestà di dispensare nel caso concreto si distingue dalla potestà di dispensare *ad universitatem casuum*: la facoltà di dispensare in un caso determinato è chiamata facoltà attuale e chi ne è in possesso è mero esecutore della volontà di chi concede la facoltà. Secondo il can. 138 soltanto la potestà esecutiva delegata *ad actum* deve essere interpretata strettamente; le altre specie di potestà esecutiva, sia quella ordinaria, propria o vicaria, sia quella delegata *ad universitatem casuum*, sono da interpretare in senso ampio.

66 Chiappetta, L.: *Il Codice di diritto canonico. Commento giuridico-pastorale*, EDB, Bologna, 2011[3], p. 107, sostiene che la dispensa concessa non in favore di privati ma a vantaggio di una comunità e per il bene comune ovvero motu proprio consente un'interpretazione ampia.

per diritto divino o umano rendono inabile la persona a contrarre matrimonio, sì che l'eventuale celebrazione non sarebbe soltanto illecita ma anche invalida ipso iure[67]. Tra questi la disparitas cultus costituisce certamente una sfida di interculturalità per il matrimonio canonico. Il dato normativo (can. 1086 CIC 83) consente di superare una situazione che, di per sé, inficia l'unione coniugale, mitigando l'osservanza della stessa legge che, diversamente, eserciterebbe la propria cogenza su tutti i battezzati cattolici che decidono di contrarre un matrimonio canonico con una parte non battezzata. La massiccia presenza di matrimoni misti o interreligiosi ha d'altra parte indotto la Chiesa cattolica a riflettere circa tali "situazioni inedite"[68], che costituiscono l'occasione per porre le basi di un'armoniosa convivenza tra i coniugi e nella società.

L'analisi della disciplina canonica individua la ratio dell'impedimento nella tutela del patrimonio di fede della parte cattolica, che potrebbe essere posto in pericolo dalla convivenza coniugale con un partner non battezzato o battezzato in una comunità non cattolica. La secolare esperienza di umanità permette dunque alla Chiesa di riconoscere gli inconvenienti che possono annidarsi in tali unioni e in tal modo esorta a prevenirli o quantomeno a fronteggiarli[69]. In tal senso può affermarsi che la iuxta et rationabilis causa, richiesta dal legislatore per la concessione della dispensa (can. 90 CIC 83), potrebbe consistere proprio nel pericolo cui è soggetta la parte cattolica di allontanarsi dalla propria fede dopo aver contratto matrimonio. La necessità della presenza di una giusta causa[70] deriva dalla natura stessa della legge, la quale deve essere ragionevole, ossia conforme alle evidenze di ragione[71] e non frutto di arbitrarietà dell'organo emanante[72]. Ciò esige un motivo per cui risulti opportuno il rilassamento della norma in un caso concreto[73], oltre all'attenta constatazione da parte dell'autorità competente di criteri oggettivi che favoriscano la concessione dell'esonero e consentano al

67 Chiappetta, L.: *Il Codice di diritto canonico*, cit., p. 301 ss.

68 Sinodo dei Vescovi – III Assemblea Straordinaria, *Documento preparatorio*, 30 settembre 2014, paragrafo I, il cui testo integrale è consultabile sul sito www.vatican.va.

69 Bersini, F.: *Il diritto canonico matrimoniale. Commento teologico-pastorale*, Elle.Di.Ci., Torino, 1994, pp. 179-180.

70 Tigano, M.: "Brevi riflessioni sul principio di legalità in un ordinamento 'a misura d'uomo'", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2016, num. 19°, p. 16, parla di *causa pastoralis* non come aggiunta di una ulteriore figura rispetto al lungo catalogo di *iustae causae* apprestato tanto dalla più tradizionale dottrina canonistica, quanto dalla prassi amministrativa; al contrario, essa deve intendersi come il preciso sintomo di un indirizzo che mira a superare il formalismo degli schemi legali per introdurre, nell'esperienza giuridica della Chiesa, parametri di valutazione il più possibile "sostantivi".

71 De Paolis, V., D'Auria, A.: *Le Norme Generali*, cit., p. 100.

72 Berlingò, S.: *La causa pastorale della dispensa*, cit., p. 38, afferma che il requisito della giusta e ragionevole causa rappresenterebbe il criterio di consonanza, di coerenza tra gli effetti (derogatori) della dispensa e la *ratio legis* (derogata), in modo tale che l'atto singolare introduce un adattamento della fattispecie astratta al caso concreto, senza tuttavia alterare o sovvertire l'intima coerenza del sistema legislativo.

73 Pavanello, P.: "Licenze e dispense matrimoniali", *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2011, num. 4°, p. 501, rileva che in presenza di una giusta causa si discute circa la configurabilità di un diritto del fedele ad ottenere la dispensa e del conseguente dovere dell'autorità competente a concederla: la dispensa può essere dovuta non per giustizia ma in forza della misericordia e, pertanto, sussiste l'obbligo di concederla quando la carità lo esiga, anche se tale obbligo non rileva da un punto di vista giuridico.

fedele il corretto esercizio del proprio ius connubii[74]. Infatti, la facoltà di cui gode l'autorità competente è teleologicamente orientata verso un esercizio prudente e discreto del potere di dispensa, tendente a soddisfare non soltanto le esigenze legittime degli sposi, ma anche quelle della comunità ecclesiale in situazioni di tempo e di luogo determinate[75]. L'istituto in esame assolve quindi ad una funzione di bilanciamento tra la tutela del bene pubblico, ossia il rispetto del valore del matrimonio, e l'interesse del singolo fedele a contrarre matrimonio alla luce del principio dell'equitas canonica[76]. Tale contemperamento non è volto a limitare il cd. ius nubendi ma ad impedire stravolgimenti della scala valoriale, tanto che è stato affermato che «il primato della fede non significa l'annullamento della realtà in cui essa va vissuta, né genera una sorta di potestà indiretta della Chiesa in ambito temporale e nemmeno una specie di vis attractiva o di aprioristica prevalenza del diritto canonico riguardo alle unioni miste, che possa ignorare i diritti o gli interessi di chi non è cattolico»[77].

La rilettura dell'istituto della dispensa può dunque consentire il passaggio ad un'applicazione interculturale della stessa. Chi non appartiene al popolo di Dio non è più visto in un'ottica negativa ma può beneficiare di un atteggiamento propositivo e promozionale, che ritiene i matrimoni interreligiosi un'autentica ricchezza spirituale per la comunità cristiana e per il cammino ecumenico[78]. La dispensa dall'impedimento di disparitas cultus non va dunque concepita come strumento per limitare la libertà dei battezzati ma quale mezzo con cui supportare i fedeli nella tutela della propria fede[79], permettendo alle coppie che si formano di diventare un interessante laboratorio che investe problemi molto più ampi di quelli di gestione di conflitti relazionali e familiari.

74 Zuanazzi, I.: "Il principio di legalità nella funzione amministrativa canonica", *Ius Ecclesiae*, 1996, num. 1°, p. 67, afferma che la concessione delle dispense e delle licenze matrimoniali, proprio perché non è un'azione arbitraria, deve essere ispirata a criteri di doverosità giuridica e deve essere subordinata non solo ai principi oggettivi dell'ordinamento canonico, ma anche al principio di parità di trattamento tra fedeli che si trovano nelle stesse condizioni e da quello di ragionevolezza.

75 La Camera, F.: "Ossimori impliciti e tautologie esplicite nella disciplina della dispensa da disparitas cultus tra cattolici e islamici", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), novembre 2008, p. 8.

76 Pavanello, P.: "La concessione di grazie: aspettative ed attese", in Aa.Vv., *Discrezionalità e discernimento nel governo della Chiesa* (a cura di J.I. Arrieta), Marcianum Press, Venezia, 2008, p. 181.

77 Martin De Agar, J.T.: "Le competenze della Conferenza Episcopale: cc. 1126 e 1127 § 2", in Aa.Vv., *I matrimoni misti*, LEV, Città del Vaticano, 1998, p. 142 ss.

78 Agostino, M.P.: "Matrimoni misti e problemi pastorali", in Aa.Vv., *Diritto matrimoniale canonico* (a cura di P.A. Bonnet, C. Gullo), vol. I, LEV, Città del Vaticano, 2002, p. 292 ss.

79 Santoro, R.: *Matrimonio canonico e disparitas cultus*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 36 ss.

III. PRIVILEGIO PAOLINO, PRIVILEGIO PETRINO E "NUOVE" FORME DI TUTELA.

Un'ulteriore prospettiva di interculturalità del diritto matrimoniale canonico è offerta dalle fattispecie del privilegio paolino (cann. 1143-1147) e di quelle di estensione di tale privilegio, comunemente note come privilegio petrino[80] (cann. 1148-1149)[81].

In via generale, il privilegio, quale atto amministrativo singolare (can. 76), consiste nella concessione di una grazia in favore di persone fisiche e giuridiche, sia pubbliche che private[82], in vista di un bene comune. A differenza della dispensa, che esonera dall'osservanza della legge ecclesiastica in un caso singolo e determinato, il privilegio tende a creare nuovo diritto in modo perpetuo (cd. ius singulare)[83]. Tale grazia tuttavia non è generale ed astratta (caratteristiche queste che distinguono il privilegio dalla legge), ma è concessa con un atto particolare dal legislatore, in quanto solo il legislatore può derogare alla legge[84].

In tal senso, il privilegio paolino è concepito quale deroga al principio dell'indissolubilità del matrimonio canonico[85]. Esso disciplina la fattispecie di un matrimonio contratto tra due non battezzati, il cui vincolo è indissolubile fino alla ricezione del battesimo di uno o di entrambi. Tale status permane, e determina l'impossibilità di invocare il privilegio paolino, quando in corso di matrimonio una delle parti si converte e ad essa è amministrato il battesimo[86] e l'altra parte, pur senza battesimo, continua a vivere con il coniuge convertito senza impedirgli la professione e l'esercizio della propria religione; parimenti accade, se l'altro coniuge si converte e anch'egli riceve il battesimo. La fattispecie trova invece applicazione, e il matrimonio viene sciolto in favore della fede, se in presenza di conversione e battesimo di una parte, l'altra intenda separarsi o non sia disposta a convivere

80 L'espressione è sempre stata oggetto di opinioni contrastanti: a favore Sabbarese, L., Frank, E.: *Lo scioglimento del matrimonio non sacramentale in favorem fidei*, UUP, Città del Vaticano, 2016, p. 33 ss., ritengono che non bisogna censurare totalmente questa espressione, perché nella sostanza lo scioglimento in esame configura un privilegio; *contra*, Navarrete, U.: "De termino 'privilegium petrinum' non adhibendo", *Periodica de re canonica*, 1964, num. 1°, p. 323 ss.; Uggè, B.: "Scioglimento del matrimonio non sacramentale: questione terminologica", *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2009, num. 1°, p. 43 ss., afferma che la terminologia privilegio petrino può essere lasciata cadere senza difficoltà perché non appropriata, non tradizionale e non ufficiale.

81 Entrambe le ipotesi rientrano nell'istituto dello scioglimento del matrimonio non sacramentale *in favorem fidei*, per il cui approfondimento si rinvia a Fürnkranz, J: "Lo scioglimento del matrimonio in favorem fidei: questioni scelte a partire dalle *Normae* del 2001", *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, 2021, num. 1°, pp. 59-81.

82 Il privilegio può essere anche concesso a favore di persone fisiche in forza della loro appartenenza ad una determinata associazione.

83 De Paolis, V., D'Auria, A.: *Le Norme Generali*, cit., p. 252 ss.

84 Ciò differenzia il privilegio dagli altri atti amministrativi singolari, che invece sono emanati dall'autorità ecclesiastica amministrativa competente.

85 Visioli, M.: "Il privilegio paolino: una deroga al principio di indissolubilità?", *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2007, num. 4°, p. 387 ss.

86 Chiappetta, L.: *Il matrimonio nella nuova legislazione civile e concordataria*, Dehoniane, Roma, 1990, p. 371 ss., sottolinea che deve trattarsi di battesimo *ex aqua et Spiritu Sancto*, validamente conferito nella Chiesa cattolica oppure in una Chiesa o comunità ecclesiale non cattolica.

pacificamente e senza offesa al Creatore[87]. In questo caso il contrasto tra la proprietà dell'indissolubilità del matrimonio e il principio del bonum fidei è risolto a favore di quest'ultimo, favorendo lo scioglimento del vincolo che si avrà solo a seguito delle nuove nozze contratte dal fedele[88].

Fin dalle origini il privilegio paolino ha costituito una forma di tutela per quanti si convertivano dopo il matrimonio, ma erano ostacolati nel personale cammino di fede dal coniuge rimasto infedele[89]. Il Decreto di Graziano distingueva il caso del coniuge convertito che allontanava quello rimasto infedele, seppur animato da buone intenzioni rispetto alla prosecuzione della convivenza, e il caso in cui il coniuge rimasto infedele manifestava la volontà di separarsi: nel primo caso veniva sancita l'impossibilità di contrarre nuove nozze, ammettendole invece nel secondo. Diversamente, se entrambi i coniugi si convertivano, il coniuge allontanato dall'altro in odio alla fede non era tenuto a rimanere con lui ma gli era impedito di passare a nuove nozze, in quanto si trattava di matrimonio rato che non poteva essere sciolto in alcun modo[90]. La teoria grazianea incontrava tuttavia orientamenti contrastanti. Da un lato, si affermava la tesi per cui il coniuge convertito non poteva contrarre nuove nozze: l'unica circostanza legittimante la separazione dei coniugi era il favore della fede, ovvero la necessità di tutelare la fede del coniuge e, dunque, la sua salvezza eterna[91], pur non ammettendosi la possibilità di sposare altri[92]. Dall'altro, invece, non si riteneva concepibile che il coniuge innocente, nel caso di matrimonio tra battezzati, fosse ancora legato al fedele apostata o eretico[93].

I casi passati in rassegna costituiscono senza dubbio i capisaldi della vigente disciplina in materia di privilegio paolino[94]. I legislatori, nel corso dei secoli, sono

87 Vitali, E., Berlingò, S.: *Il matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 131 ss., rilevano che coabitare pacificamente implica che il coniuge non convertito non deve indurre in peccato l'altro ormai battezzato né maltrattarlo per l'avvenuta conversione.

88 Moneta, P.: *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, ECIG, Genova, 1994, p. 218 ss.

89 Per una ricostruzione storica dell'istituto del privilegio paolino, sia consentito il rinvio a Gravino, F.: "Il favor fidei tra disciplina canonica e tutela dei migranti", *Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III*, julio-diciembre 2019, num. 9°, pp. 29-37.

90 Jemolo, A.C.: "Il privilegio paolino dal principio del secolo XI agli albori del XV. Quattro secoli di storia di un istituto canonistico", *Studi sassaresi*, 1993, num. 2°, p. 245 ss.

91 Condorelli, O.: Il Decretum Gratiani e il suo uso (secc. XII-XV), in Aa.Vv., *Medieval Canon Law Collections and European Ius Commune* (a cura di S.A. Szuromi), Szent István Társulat, Budapest, 2006, p. 195 ss.

92 Schillebeeckx, E.: *Il matrimonio. Realtà terrena e mistero di salvezza*, Edizioni Paoline, Roma, 1968, p. 338 ss.

93 Pilat, Z.: *Rilevanza giuridica delle interpellazioni e delle cauzioni nello scioglimento del matrimonio*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2007, p. 38 ss., fa riferimento alla Decretale *Laudabilem* di Celestino III, indirizzata al Vescovo di Acri nel 1193 in riferimento a quelle situazioni in cui uomini musulmani, numerosi nei territori oltre mare, che si erano convertiti alla fede grazie a donne cristiane che essi stessi avevano reso vedove, intendevano sposare le stesse donne.

94 Rubiyatmoko, R.: *Competenza della Chiesa nello scioglimento del vincolo del matrimonio non sacramentale. Una ricerca sostanziale sullo scioglimento del vincolo matrimoniale*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1998, p. 149 ss., fa riferimento principalmente al pontificato di Innocenzo III (1198-1216), la cui disciplina rappresenta le radici dell'attuale codificazione del privilegio paolino, fissando così la distinzione tra matrimoni contratti da fedeli e quelli contratti tra infedeli: questi ultimi possono essere oggetto di scioglimento anche se sono consumati proprio perché non sacramentali, così come lo scioglimento del matrimonio per privilegio

stati chiamati a rispondere ai bisogni emergenti dalle trasformazioni sociali, con l'obiettivo comune di tutelare la libertà religiosa di chi decide di aderire alla Chiesa cattolica.

Il privilegio petrino, invece, annovera i casi di scioglimento del matrimonio non rientranti nel privilegio paolino ma che si fondano sulla potestà vicaria del Romano Pontefice[95]. I cann. 1148-1149 CIC disciplinano le ipotesi di poligamia, poliandria, prigionia e persecuzione che impedisce la convivenza coniugale. L'istituto affonda le proprie radici nel XVI secolo con l'evangelizzazione del continente americano. La Costituzione apostolica Altitudo di Paolo III nel 1537 regolava il trattamento dei poligami convertiti che volevano ricevere il battesimo, stabilendo che se il poligamo, prima della conversione, avesse avuto più mogli senza tuttavia ricordare quale avesse preso per prima, a seguito della conversione avrebbe potuto scegliere quale prendere tra quelle, sposandola nuovamente; se, invece, avesse ricordato quale fosse stata la prima moglie, avrebbe dovuto lasciare le altre e tenere con sé la prima. Per disciplinare il caso in cui il poligamo convertito, pur ricordando chi fosse la moglie legittima, intendesse sposare una delle altre poiché disposta a ricevere il battesimo, la Costituzione apostolica Romani Pontificis del 1571 di Pio V permise al poligamo battezzato di contrarre matrimonio con la moglie che era stata battezzata prima di lui oppure che aveva ricevuto il battesimo insieme a lui.

Gli antecedenti storici rilevano che la poligamia costituisce una evidente deroga all'unità del matrimonio canonico, quale sua proprietà essenziale ex can. 1056 CIC. La disciplina attuale stabilisce infatti che il poligamo convertitosi alla fede cristiana e che riceve il battesimo nella Chiesa cattolica deve rinunciare alla propria condizione di provenienza, scegliendo di rimanere con la prima persona con cui si è unito in matrimonio o, se per lui è gravoso, con la comparte scelta dopo aver allontanato le altre, che non saranno più considerate mogli. La celebrazione del successivo matrimonio determinerà lo scioglimento del primo vincolo.

L'ipotesi prevista dal can. 1149 disciplina invece il caso di deportazione ai fini della schiavitù (ipotesi originariamente prevista per le popolazioni africane e sud-africane[96]). Il non battezzato che, dopo aver ricevuto il battesimo nella Chiesa cattolica, non può ristabilire la coabitazione con il coniuge non battezzato a causa della prigionia o della persecuzione, può contrarre un altro matrimonio

paolino può realizzarsi solo nel caso in cui, in presenza di un vincolo tra due non battezzati, uno si converta e riceva il battesimo mentre l'altro si allontani decidendo di separarsi.

95 Napolitano, E.: "Lo scioglimento del matrimonio in favorem fidei. Aspetti storico-dottrinali e giuridici", *Ius Missionale*, 2007, num. 1°, p. 198 ss., offre un'evoluzione storica e una rassegna delle posizioni dottrinali in materia.

96 Miralles, A.: *Il matrimonio. Teologia e vita*, San Paolo Edizioni, Cinisello Balsamo, 1996, p. 255 ss., ricorda che Papa Gregorio XIII (1572-1585) autorizzò, con la Costituzione *Populis* del 1585, gli Ordinari e i parroci di quei territori a dispensare i fedeli che, pur essendosi uniti in matrimonio nel paganesimo, si erano convertiti e potevano dunque sposarsi con un altro fedele.

(che determina lo scioglimento del primo), anche se nel frattempo l'altra parte avesse ricevuto il battesimo. La coabitazione è dunque interrotta e non è possibile restaurarla a causa delle situazioni passate in rassegna[97]. Tre sono le ipotesi regolate[98]: la parte non battezzata, impossibilitata a ripristinare la coabitazione per motivi di prigionia, di deportazione o persecuzione, resta senza battesimo e, in tal caso, può beneficiare del privilegio attraverso lo scioglimento del matrimonio contratto nell'infedeltà ipso iure non appena ci sia la conversione, il battesimo nella Chiesa cattolica e il passaggio a nuove nozze; se invece anche la parte non battezzata si converte, il matrimonio naturale diventa sacramento e non potrà trovare applicazione alcun privilegio: il vincolo dunque non potrà essere sciolto da alcuna autorità, se viene consumato. Nel caso invece in cui il matrimonio, pur divenuto rato, non venga consumato, la parte che si converte e riceve il battesimo ha facoltà di passare a nuove nozze: da ciò deriverà pertanto lo scioglimento del primo matrimonio. Ratio comune alle ipotesi disciplinate dai privilegi è dunque la tutela della fede della parte convertita.

La millenaria tradizione che caratterizza tali strumenti giuridici non va tuttavia a discapito della loro attualità[99]. Piuttosto ne costituisce punto di forza rispetto alle "nuove" esigenze che promanano dalla società trasformata dall'incontro di differenti culture e religioni. Tali esigenze sollecitano anche il legislatore canonico ad ampliare gli spazi di tutela nel rispetto dei principi immutabili dell'ordinamento canonico e, in particolare, nel rispetto dell'istituto matrimoniale così come voluto dal suo Fondatore[100].

IV. LA SALUS ANIMARUM TRA ORDINAMENTO CANONICO E CULTURE.

Il vigente impianto codicistico in materia di matrimonio canonico affonda le proprie radici in millenni di storia[101] e di fede[102], che hanno contribuito al suo sviluppo e alla sua capacità di rispondere alle nuove esigenze sociali.

97 Vitali, E., Berlingò, S.: *Il matrimonio canonico*, cit., p. 131 ss., specificano che la separazione non ha origine nella volontà del coniuge rimasto infedele, ma in avvenimenti esterni oggettivi, cioè indipendenti dai due sposi.

98 Sabbarese, L.: *Il matrimonio canonico nell'ordine della natura e della grazia. Commento al Codice di Diritto Canonico, Libro IV, Parte I, Titolo VII*, UUP, Città del Vaticano, 2019, p. 386 ss., sottolinea che la particolarità di questa figura di scioglimento consiste nel fatto che esso opera nei confronti di un matrimonio che diviene "rato", assurgendo alla dignità sacramentale, in conseguenza del battesimo ricevuto da ambedue i coniugi.

99 Visioli, M.: "Lo scioglimento del matrimonio in favore della fede: numeri e statistiche", *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, 2021, num. 1°, p. 82 ss.

100 De Paolis, V.: "Matrimonio canonico tra diritto naturale e culture umane", in Aa.Vv., *Matrimonio canonico e culture*, LEV, Città del Vaticano, 2015, p. 38 ss.

101 Scicluna, C.J.: "La definizione essenziale del matrimonio: una questione sempre attuale", in Aa.Vv., *Veritas non auctoritas facit legem. Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet* (a cura di G. Della Torre, C. Gullo, G. Boni), LEV, Città del Vaticano, 2012, p. 463 ss., analizza l'influenza del diritto romano sulla definizione e rispettiva disciplina del matrimonio.

102 Miralles, A.: *Il matrimonio*, cit., p. 1 ss.

Seppur legata al "nucleo indefettibile della costituzione divina della Chiesa"[103], l'evoluzione degli istituti della dispensa dall'impedimento di disparitas cultus e dei privilegi paolino e petrino evidenzia certamente la duttilità di tali strumenti dinanzi alle trasformazioni culturali e religiose che hanno caratterizzato le società di ogni tempo[104]. Essi infatti da un lato possono assolvere ad una funzione promozionale della più ampia libertà religiosa dei fedeli, dall'altro possono offrire una tutela a quanti, anche se già sposati, intendano a seguito della conversione e della ricezione del battesimo nella Chiesa cattolica passare a nuove nozze con una parte che consenta di esercitare liberamente i dettami della propria fede.

La tutela offerta da tali strumenti può ampliarsi se si tiene conto della dimensione interculturale di cui l'odierna società è intrisa[105]. La scelta di appartenere alla Chiesa cattolica a seguito di conversione permette infatti di accedere alle stesse modalità di tutela di cui gode chi vi è membro fin dalla nascita o, pur senza conversione, di beneficiarne in modo indiretto, sposando ad esempio una parte cattolica. Tale prospettiva trova una evidente conferma nella salus animarum, cardine dell'intero ordinamento canonico[106]. Norma suprema proprio in relazione allo scioglimento del vincolo matrimoniale[107], essa reclama di essere affermata anche in situazioni in cui i protagonisti non sono (ancora) fedeli o, seppure non lo diventino, intendano contrarre un nuovo matrimonio con persone che appartengono al popolo di Dio, poiché battezzati, e la cui fede va tutelata[108]. In tal senso il fine ultimo del diritto canonico deve essere da sostegno e non da ostacolo, "percepito come aiuto e non come gabbia"[109]. Le dinamiche interculturali permettono dunque di contestualizzare ex novo istituti canonistici che affondano nei secoli le loro

103 Ruscazio, M.C.: "Diritto canonico e culture", cit., p. 120.

104 Pree, H.: "Le tecniche canoniche di flessibilizzazione del diritto", cit., p. 388 ss., ritiene che gli strumenti di flessibilizzazione esercitino una funzione evolutiva, poiché ogni atto suppletivo, correttivo, interpretativo e applicativo è anche più o meno nomopoietico, cioè contiene degli elementi creativi oltre a quelli riproduttivi.

105 Berkmann, B.J.: "La codificazione del diritto compromette la sua flessibilità? Il diritto canonico comparato con altri diritti religiosi", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2017, num. 28°, p. 12 ss., rileva che gli strumenti di flessibilizzazione (come, nel caso di specie, la dispensa, il privilegio paolino e il privilegio petrino) possono assumere la funzione di adeguamento del diritto tradizionale alle nuove circostanze di vita.

106 Francesco: "Udienza al Tribunale della Rota Romana in occasione dell'inaugurazione dell'Anno Giudiziario", *Bollettino Sala Stampa della Santa Sede*, 29 gennaio 2019, il cui testo integrale è consultabile sul sito www.press.vatican.va, afferma che il diritto matrimoniale si pone al servizio della *salus animarum* e della fede degli sposi; essa infatti è strumento infallibile per penetrare l'essenza di numerosi istituti e fenomeni tipicamente canonistici.

107 Pio XII: "Discorso ai componenti del Tribunale della Rota Romana", *AAS*, 1941, num. 33°, p. 425 ss.; Pree, H.: "Le tecniche canoniche di flessibilizzazione del diritto", cit., p. 380 ss., definisce la *salus animarum* «*norma normans*» dell'intero ordinamento giuridico della Chiesa cattolica.

108 Sabbarese, L.: Tecniche di adattamento del diritto canonico alle culture, in Aa.Vv., *Le relazioni familiari nel diritto interculturale* (a cura di I. Zuanazzi, M.C. Ruscazio), Libellula Edizioni, Tricase, 2018, p. 97 ss., sottolinea che la promozione dell'effettiva salvezza spirituale degli uomini non può spingersi sino ad una acritica accettazione di situazioni coniugali essenzialmente difformi dal modello delineato nei cann. 1055-1057 CIC e non rispondenti al progetto voluto da Dio all'atto della creazione dell'uomo.

109 Dalla Torre, G.: "Amore profano e amore sacro. Ovverossia: le vicende dell'istituto matrimoniale", *Archivio giuridico*, 2016, num. 2°, p. 377 ss.

radici ma che la mobilità odierna riporta alla luce con l'obiettivo di offrire possibili forme di tutela a quanti, per cause spesso loro non imputabili, sono costretti ad abbandonare la propria dimensione identitaria in cerca di una nuova dignità[110].

Riemerge dunque l'esigenza conciliare dell'inculturazione. Il piano salvifico di Dio è universale, per questo chiamato a rispondere a tutti gli esseri umani in considerazione anche delle diversità socio-culturali che li contrassegnano[111]. Si è tuttavia affermato che tale prospettiva potrebbe indurre in errore, se si ritenesse che il diritto canonico rappresenti un modello valido per ogni evenienza e capace di «colorarsi cangiantemente a seconda dei diversi input che volta a volta lo solleticano … per adattarsi, ma solo fittiziamente, alle mutevoli circostanze»[112]. La salus animarum, che è fine ultimo anche per l'attività di inculturazione della Chiesa cattolica, funge piuttosto da criterio osmotico[113] affinché, da un lato, il Codex «si rinnovi con la linfa di altre culture e, dall'altro, le culture si lascino levigare dal respiro universale dell'ordinamento canonico»[114]. Paradigmi di tale dinamica sono certamente i principi che fondano l'ordinamento giuridico canonico: questi, tuttavia, pur senza essere privati della loro peculiarità, non possono non tener conto della specifica sensibilità culturale e giuridica che connota una determinata società[115].

L'osmosi tra ordinamento canonico e culture è certamente realizzata anche dal diritto missionario[116], considerato come laboratorio "in cui si esplorano soluzioni normative originali per fornire risposte calibrate alle esigenze delle comunità ecclesiali emergenti nei luoghi colonizzati"[117]. Esso mostra l'apertura dello spirito del diritto canonico sia verso gli uomini, affinché siano accolti tutti senza alcuna discriminazione, che verso gli altri ordinamenti, per la creazione di un dialogo

110 Schembri, K.: "The dignity and rights of migrants in Catholic Canon Law", *Melita Theologica*, 2017, num. 1°, p. 113 ss., indaga la tutela che il diritto canonico offre ai migranti, ponendo l'accento sulla missione della Chiesa cattolica nella promozione, protezione e garanzia rispetto ai rispettivi diritti e dignità.

111 Boni, G.: "Il Codex Iuris Canonici e le culture", cit., p. 8 ss.

112 Ilunga Muya, J.: "Inculturazione e missione nel contesto della mondializzazione", *Euntes docete*, 2003, num. 3°, p. 14.

113 Fuccillo, A., Sorvillo, F., Decimo, L.: "Law and religion as a strategy in favor of profitable cultural osmosis: a wide look to civil law systems", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2018, num. 36°, p. 1 ss.

114 Boni, G.: "Il Codex Iuris Canonici e le culture", cit., p. 11 ss.

115 Rottlander, P.: "Un unico mondo. Possibilità o pericolo per la chiesa mondiale?", *Concilium*, 1989, num. 4°, p. 147 ss.

116 Attila, J.Y.: *L'azione missionaria della Chiesa ieri e oggi*, Marcianum Press, Venezia, 2015, p. 57.

117 Dalla Torre, G.: *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2004², p. 47 ss., rileva che l'esperienza missionaria, che si sviluppa tra XVII e XVIII secolo a seguito delle scoperte geografiche e seguendo spesso gli itinerari della colonizzazione, costituisce la frontiera avanzata della sperimentazione di un diritto canonico di produzione pontificia. Per certi aspetti lo *ius missionarium*, che allora nasce e che di per sé si presenta come diritto speciale rispetto al diritto generale e comune, diviene paradigma di quest'ultimo. Le sue norme ed i suoi istituti sono destinati ad avere non pochi influssi sulla formazione dello stesso diritto canonico moderno. Per più aspetti, infatti, questo risulta essere la estensione alla generalità della comunità dei fedeli di norme ed istituti nati e sperimentati nello specifico ambito dello *ius canonicum missionarium*.

costruttivo con essi, al fine di realizzare la promozione dell'effettiva salvezza spirituale degli uomini[118].

Il diritto matrimoniale canonico può dunque costituire uno strumento di interazione tra culture e religioni, volto a favorire la situazione privata del singolo fedele, perché viva la sua vocazione secondo una dimensione di giustizia e all'interno di un tempo e di un luogo voluti da Dio stesso[119].

118 Ruscazio, M.C.: "Diritto canonico e culture", cit., p. 125 ss.

119 Bettetini, A.: "Matrimonio e processo canonico", cit., p. 75 ss.

BIBLIOGRAFIA

Agostino, M.P.: "Matrimoni misti e problemi pastorali", in Aa.Vv., *Diritto matrimoniale canonico* (a cura di P.A. Bonnet, C. Gullo), vol. I, LEV, Città del Vaticano, 2002, pp. 292-313.

Attila, J.Y.: *L'azione missionaria della Chiesa ieri e oggi*, Marcianum Press, Venezia, 2015.

Baura, E.: "Le esigenze giuridiche nel rilascio di dispense", *Ius Canonicum. Escritos en honor de Javier Hervada*, 1999, Volumen Especial, pp. 379-394.

Baura, E.: *La dispensa canonica dalla legge*, Giuffrè, Milano, 1997.

Benedetto XVI, "Messaggio per la giornata mondiale del migrante e del rifugiato (2013), Migrazioni: pellegrinaggio di fede e di speranza", 12 ottobre 2012, *AAS*, 2012, num. 104°, pp. 907-908.

Bentoglio, G.: "«Ero straniero e mi avete accolto …»: il linguaggio del Magistero", *Studi Emigrazione*, 2015, num. 197°, pp. 61-73.

Berkmann, B.J.: "La codificazione del diritto compromette la sua flessibilità? Il diritto canonico comparato con altri diritti religiosi", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2017, num. 28°, pp. 1-15.

Berlingò, S.: *La causa pastorale della dispensa*, Giuffrè, Milano, 1978.

Bersini, F.: *Il diritto canonico matrimoniale. Commento teologico-pastorale*, Elle. Di.Ci., Torino, 1994.

Bettetini, A.: "Matrimonio e processo canonico: proposte per un'innovazione nella tradizione", in Aa.Vv., *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi* (a cura di O. Fumagalli Carulli, A. Sammassimo), Vita e Pensiero, Milano, 2015, pp. 73-89.

Boni, G.: "Il Codex Iuris Canonici e le culture", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), settembre 2009, pp. 1-157.

Brys, J.: *De dispensatione in iure canonico praesertim apud decretistas usque ad medium speculum decimum quartum*, Typografia Polyglotta, Brugis-Wetteren, 1925.

Campese, G.: "Oltre l'inculturazione? Culture ed evangelizzazione nell'era delle migrazioni", in *Vangelo e culture. Per nuovi incontri* (a cura di S. Mazzolini), UUP, Città del Vaticano, 2017, pp. 219-236.

Cantarella, G.M.: "Sondaggio sulla 'dispensatio' (sec. XI-XII)», in Aa.Vv., *Chiesa, diritto e ordinamento della "societas christiana" nei secoli XI e XII. Atti della nona Settimana internazionale di studio. Mendola 28 agosto-2 settembre 1983*, Vita e Pensiero, Milano, 1986, pp. 460-485.

Caretta, A.: *I Missionari degli emigranti nella Costituzione Apostolica «Exsul familia»*, Giunta cattolica italiana per l'emigrazione, Roma, 1957.

Pinto, P.V.: "Sub can. 85", in Aa.Vv., *Commento al Codice di Diritto Canonico* (a cura di P.V. Pinto), LEV, Città del Vaticano, 2001, pp. 55-58.

Chiappetta, L.: *Il Codice di diritto canonico. Commento giuridico-pastorale*, vol. I, EDB, Bologna, 2011[3].

Chiappetta, L.: *Il matrimonio nella nuova legislazione civile e concordataria*, Dehoniane, Roma, 1990.

Concilio Vaticano II: "Decreto sull'ufficio pastorale dei Vescovi nella Chiesa Christus Dominus", 28 ottobre 1965, *AAS*, 1966, num. 58°, pp. 680-692 ss.

Condorelli, O.: Il Decretum Gratiani e il suo uso (secc. XII-XV), in Aa.Vv., *Medieval Canon Law Collections and European Ius Commune* (a cura di S.A. Szuromi), Szent István Társulat, Budapest, 2006, pp. 170-206.

Congregazione per i Vescovi: "Istruzione Nemo est, la cura pastorale dei migranti", 22 agosto 1969, *Enchiridion della Chiesa per le migrazioni. Documenti magisteriali ed ecumenici sulla pastorale della mobilità umana 1887-2000* (a cura di L.G. Tassello, L. Deponti, M. Guidotti), EDB, Bologna, 2001, pp. 450-555.

Dalla Torre, G.: "Amore profano e amore sacro. Ovverossia: le vicende dell'istituto matrimoniale", *Archivio giuridico*, 2016, num. 2°, pp. 377-392.

Dalla Torre, G.: *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2004[2].

De Paolis, V., D'Auria, A.: *Le Norme Generali. Commento al Codice di Diritto Canonico*, UUP, Città del Vaticano, 2014[2].

De Paolis, V.: "Aspetti canonici del magistero della S. Sede sulla mobilità umana", in *La Chiesa e mobilità umana. Documenti della Santa Sede dal 1883 al 1993* (a cura di G. Tassello, L. Favero), Centro Studi Emigrazione, Roma, 1985, pp. XXXI-XLIX.

De Paolis, V.: "La Chiesa e le migrazioni nei secoli XIX e XX", *Ius Canonicum*, 2003, num. 1°, pp. 15-48.

De Paolis, V.: "La cura pastorale dei migranti nella Chiesa. Una rassegna dei principali documenti", *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2008, num. 1°, pp. 29-59.

De Paolis, V.: "Matrimonio canonico tra diritto naturale e culture umane", in Aa.Vv., *Matrimonio canonico e culture*, LEV, Città del Vaticano, 2015, pp. 38-62.

Del Giudice, V.: *Nozioni di diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1970.

Del Giudice, V.: *Privilegio, dispensa ed epicheia nel diritto canonico*, G. Guerra editore, Perugia, 1932.

Díaz Moreno, J.M.: *La regulación jurídica de la cura de almas en los canonistas hispánicos de los siglos XVI-XVII*, Biblioteca Teológica Granadina, Granada, 1972.

Durán, J.: "La doctrina antecodicial sobre la dispensa y su influjo en el CIC de 1917", *Cuadernos doctorales*, 1991, num. 9°, pp. 13-64.

Feliciani, G.: "Papa Francesco e le migrazioni nei primi cinque anni di pontificato", *Nuova Antologia*, 2018, num. 1°, pp. 47-68.

Ferretto, G.: "Sua Santità Pio XII provvido padre degli esuli e sapiente ordinatore dell'assistenza spirituale agli emigranti", *Apollinaris*, 1954, num. 1°, pp. 323-355.

Forti, O.: "Immigrazione e Chiesa", *Rivista di Scienze dell'Educazione*, 2017, num. 1°, pp. 85-99.

Francesco: "Lettera Apostolica in forma di motu proprio Humanam progressionem, con la quale si istituisce il dicastero per il servizio dello sviluppo umano integrale", 17 agosto 2016, il cui testo integrale è consultabile sul sito www.vatican.va.

Francesco: "Udienza al Tribunale della Rota Romana in occasione dell'inaugurazione dell'Anno Giudiziario", *Bollettino Sala Stampa della Santa Sede*, 29 gennaio 2019, il cui testo integrale è consultabile sul sito www.press.vatican.va.

Francesco: *Discorso ai pellegrini convenuti per la canonizzazione di San Giovanni Battista Scalabrini*, 10 ottobre 2022, il cui testo integrale è consultabile sul sito www.vatican.va.

Francesco: *Esortazione apostolica post-sinodale Christus vivit*, LEV, Città del Vaticano, 2019.

Francesco: *Messaggio ai partecipanti al Consiglio plenario della Commissione Internazionale Cattolica per le Migrazioni*, 20 maggio 2022, il cui testo integrale è consultabile sul sito www.vatican.va.

Francesco: *Messaggio per la 108ª giornata mondiale del migrante e del rifugiato 2022*, 25 settembre 2022, il cui testo integrale è consultabile sul sito www.vatican.va.

Fuccillo, A., Sorvillo, F., Decimo, L.: "Law and religion as a strategy in favor of profitable cultural osmosis: a wide look to civil law systems", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2018, num. 36°, pp. 1-13.

Fuccillo, A.: *Diritto, Religioni, Culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2022[4].

Fürnkranz, J: "Lo scioglimento del matrimonio in favorem fidei: questioni scelte a partire dalle *Normae* del 2001", *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, 2021, num. 1°, pp. 59-81.

García Barberena, T.: "Motu Proprio 'Pastorale munus'. Comentario breve", *Revista Española de Derecho Canónico*, 1964, num. 1°, pp. 117-118.

García Martín, J.: *Le norme generali del Codex Iuris Canonici*, Marcianum Press, Venezia, 2015.

García Y García, A.: *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum commentariis glossatorum*, LEV, Città del Vaticano, 1981.

Ghirlanda, G.: "Inculturazione del Vangelo e inculturazione del diritto ecclesiale", *Periodica de re canonica*, 2016, num. 1-2°, pp. 3-70.

Giacchi, O.: "Dispensa. Diritto canonico", *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Utet, Torino, 1960, p. 1129.

Giovanni Paolo II: "Costituzione apostolica Pastor bonus sulla Curia romana", 28 giugno 1988, *AAS*, 1988, num. 80°, pp. 841-930.

Giovanni Paolo II: "Messaggio per la giornata mondiale del migrante e del rifugiato La pastorale per i migranti, via per l'adempimento della missione della Chiesa oggi", 02 febbraio 2001, *AAS*, 2001, num. 93°, pp. 377-340.

Gordon, I.: "De processu ad obtinendam dissolutionem matrimonii in favorem fidei", *Periodica de re canonica*, 1990, num. 4°, pp. 511-576.

Governatori, L.: "*Commentarium in Const. Apost. 'Exsul Familia*"', *Apollinaris*, 1953, num. 1°, pp. 155-174.

Gravino, F.: "Il favor fidei tra disciplina canonica e tutela dei migranti", *Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III*, julio-diciembre 2019, num. 9°, pp. 29-37.

Ilunga Muya, J.: "Inculturazione e missione nel contesto della mondializzazione", *Euntes docete*, 2003, num. 3°, pp. 14-28.

Incitti, G.: *Il popolo di Dio. La struttura giuridica fondamentale tra uguaglianza e diversità*, UUP, Città del Vaticano, 2007.

Innocenzo X: "Breve Cum sicut maiestatis tuae", 26 settembre 1645, in *Colección de breves y rescriptos pontificios de la jurisdicción castrense de Espana*, Calpe, Madrid, 1925.

Jedin, H.: *Storia del Concilio di Trento*, Morcelliana, Brescia, 1981[4].

Jemolo, A.C.: "Il privilegio paolino dal principio del secolo XI agli albori del XV. Quattro secoli di storia di un istituto canonistico", *Studi sassaresi*, 1993, num. 2°, pp. 243-278.

La Camera, F.: "Ossimori impliciti e tautologie esplicite nella disciplina della dispensa da disparitas cultus tra cattolici e islamici", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), novembre 2008, pp. 1-37.

Labandeira, E.: *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Giuffrè, Milano, 1988.

Leone XIII: "Lettera enciclica Quam aerumnosa", 10 dicembre 1888, *ASS*, 1888, num. 21°, pp. 258-262.

Martin De Agar, J.T.: "Le competenze della Conferenza Episcopale: cc. 1126 e 1127 § 2", in Aa.Vv., *I matrimoni misti*, LEV, Città del Vaticano, 1998, pp. 142-168.

Mazzacane, E.: *La causa dispensationis nello scioglimento del matrimonio per inconsumazione. Contributo alla teoria degli atti amministrativi canonici*, Giuffrè, Milano, 1963.

Miralles, A.: *Il matrimonio. Teologia e vita*, San Paolo Edizioni, Cinisello Balsamo, 1996.

Moneta, P.: "Lo scioglimento del matrimonio in favore della fede in una recente istruzione della S. Sede", *Il Diritto Ecclesiastico*, 1976, num. 1°, pp. 228-253.

Moneta, P.: *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, ECIG, Genova, 1994.

Napolitano, E.: "Lo scioglimento del matrimonio in favorem fidei. Aspetti storico-dottrinali e giuridici", *Ius Missionale*, 2007, num. 1°, pp. 187-207.

Paolo VI: "Discorso ai partecipanti al convegno europeo sulla Pastorale per i migranti", 17 ottobre 1973, il cui testo integrale è consultabile sul sito www.vatican.va.

Paolo VI: "Lettera apostolica motu proprio Pastorale munus. Facoltà e privilegi concessi ai Vescovi", 30 novembre 1963, *AAS*, 1964, num. 56°, pp. 5-13.

Paolo VI: "Lettera apostolica Pastoralis migratorum cura", 15 agosto 1969, *AAS* 1969, num. 61°, pp. 601-603.

Paolo VI: "Motu proprio Apostolicae caritatis", 19 marzo 1970, *Enchiridion della Chiesa per le migrazioni. Documenti magisteriali ed ecumenici sulla pastorale della mobilità umana 1887-2000* (a cura di L.G. Tassello, L. Deponti, M. Guidotti), EDB, Bologna, 2001, pp. 556-564.

Pavanello, P.: "La concessione di grazie: aspettative ed attese", in Aa.Vv., *Discrezionalità e discernimento nel governo della Chiesa* (a cura di J.I. Arrieta), Marcianum Press, Venezia, 2008, pp. 179-186.

Pavanello, P.: "Licenze e dispense matrimoniali", *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2011, num. 4°, pp. 500-505.

Pilat, Z.: *Rilevanza giuridica delle interpellazioni e delle cauzioni nello scioglimento del matrimonio*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2007.

Pio XII: "Costituzione apostolica *Exsul Familia*", 01 agosto 1952, *AAS*, 1952, num. 44°, pp. 649-710.

Pio XII: "Discorso ai componenti del Tribunale della Rota Romana", *AAS*, 1941, num. 33°, pp. 425-426.

Piomelli, G.: "Il matrimonio tra cattolici e musulmani: fra multiculturalismo, ecumenismo e normativa canonica", *Il diritto ecclesiastico*, 2002, num. 2°, pp. 731-781.

Pontificia Commissione per la Pastorale delle Migrazioni e del Turismo: "Lettera Chiesa e mobilità umana", 26 maggio 1978, *AAS*, 1978, num. 70°, pp. 357-358.

Pontificio Consiglio della pastorale per i Migranti e gli Itineranti, "Istruzione Erga migrantes caritas Christi", 03 maggio 2004, *AAS*, 2004, num. 96°, pp. 762-822.

Pree, H.: "Le tecniche canoniche di flessibilizzazione del diritto: possibilità e limiti ecclesiali di impiego", *Ius Ecclesiae*, 2000, num. 2°, pp. 375-418.

Recchi, S.: "Il Codice e l'inculturazione", in Aa.Vv. *Fondazione del diritto. Tipologia e interpretazione della norma canonica* (a cura del Gruppo Docenti Italiani di Diritto Canonico), Glossa, Milano, 2001, pp. 235-256.

Romita, F.: "Adnotationes ad litteras apostolicas 'Pastorale munus'", *Monitor Ecclesiasticus*, 1963, num. 3°, pp. 547-540.

Rottlander, P.: "Un unico mondo. Possibilità o pericolo per la chiesa mondiale?", *Concilium*, 1989, num. 4°, pp. 147-161.

Rubiyatmoko, R.: *Competenza della Chiesa nello scioglimento del vincolo del matrimonio non sacramentale. Una ricerca sostanziale sullo scioglimento del vincolo matrimoniale*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1998.

Ruscazio, M.C.: "Diritto canonico e culture", *Diritto e Religioni*, 2018, num. 1°, pp. 118-134.

Sabbarese, L., "Migrazioni e diritto ecclesiale. Aspetti strutturali e risvolti pastorali", *Ius Missionale*, 2011, num. V, pp. 221-256.

Sabbarese, L., Frank, E.: *Lo scioglimento del matrimonio non sacramentale in favorem fidei*, UUP, Città del Vaticano, 2016. Navarrete, U.: "De termino 'privilegium petrinum' non adhibendo", *Periodica de re canonica*, 1964, num. 1°, pp. 323-373. Uggè, B.: "Scioglimento del matrimonio non sacramentale: questione terminologica", *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2009, num. 1°, pp. 38-54.

Sabbarese, L.: *Girovaghi, migranti, forestieri e naviganti nella legislazione ecclesiastica*, UUP, Città del Vaticano, 2020.

Sabbarese, L.: *Il matrimonio canonico nell'ordine della natura e della grazia. Commento al Codice di Diritto Canonico, Libro IV, Parte I, Titolo VII*, UUP, Città del Vaticano, 2019.

Sabbarese, L.: Tecniche di adattamento del diritto canonico alle culture, in Aa.Vv., *Le relazioni familiari nel diritto interculturale* (a cura di I. Zuanazzi, M.C. Ruscazio), Libellula Edizioni, Tricase, 2018, pp. 83-100.

Sacra Congregazione del Concistoro: "Decreto Magni semper. De sacerdotibus in certas quasdam regiones demigrantibus", 30 dicembre 1918, *AAS*, 1919, num. 11°, pp. 39-40.

Sacra Congregazione per i Vescovi: "Istruzione De pastoralis migratorum cura (Nemo est)", 15 agosto 1969, *AAS*, 1969, num. 61°, pp. 614-643.

Sanfilippo, M.: *L'emigrazione nei documenti pontifici*, Tau Editrice, Todi, 2018.

Santoro, R.: *Matrimonio canonico e disparitas cultus*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

Schembri, K.: "The dignity and rights of migrants in Catholic Canon Law", *Melita Theologica*, 2017, num. 1°, pp. 113-125.

Schillebeeckx, E.: *Il matrimonio. Realtà terrena e mistero di salvezza*, Edizioni Paoline, Roma, 1968.

Scicluna, C.J.: "La definizione essenziale del matrimonio: una questione sempre attuale", in Aa.Vv., *Veritas non auctoritas facit legem. Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet* (a cura di G. Della Torre, C. Gullo, G. Boni), LEV, Città del Vaticano, 2012, pp. 463-481.

Sinodo dei Vescovi – III Assemblea Straordinaria, *Documento preparatorio*, 30 settembre 2014, paragrafo I, il cui testo integrale è consultabile sul sito www.vatican.va.

Tellechea, J.I.: "La cura pastoral de los emigrantes. Comentario a la Constitución Apostólica 'Exsul Familia' de 1 de agosto de 1952", *Revista Española de Derecho Canónico*, 1953, num. 8°, pp. 539-578.

Tessarolo, G., Swanstrom, E.E.: *The Church's Magna Charta for Migrants: Exsul Familia*, LLC, Staten Island, 1962.

Tigano, M.: "Brevi riflessioni sul principio di legalità in un ordinamento 'a misura d'uomo'", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2016, num. 19°, pp. 1-28.

Tomasi, S.M.: *Migration in the Light of Vatican II*, Center for Migration Studies, Staten Island, 1967.

Visioli, M.: "Il privilegio paolino: una deroga al principio di indissolubilità?", *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2007, num. 4°, pp. 378-394.

Visioli, M.: "Lo scioglimento del matrimonio in favore della fede: numeri e statistiche", *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, 2021, num. 1°, pp. 82-93.

Visioli, M: "La dimensione naturale del matrimonio", *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2021, num. 1°, pp. 9-27.

Vitali, E., Berlingò, S.: *Il matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 2003.

Zalba, M.: "Favor fidei e salus animarum", *Periodica de re canonica*, 1969, num. 58°, pp. 739-754.

Zuanazzi, I.: "Il principio di legalità nella funzione amministrativa canonica", *Ius Ecclesiae*, 1996, num. 1°, pp. 37-69.



EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA DOCTRINA *REBUS SIC STANTIBUS* Y SU INNECESARIA ARTICULACIÓN PARA LA REVISIÓN DE LAS OBLIGACIONES INTRAFAMILIARES*

THE EXCEPTIONAL CHARACTER OF THE REBUS SIC STANTIBUS DOCTRINE AND ITS UNNECESSARY ARTICULATION FOR THE REVIEW OF INTRAFAMILY OBLIGATIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2182-2217

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno Vasco GIC IT1445-22 sobre "Persona, familia y patrimonio", cuyo Investigador Principal es el Dr. Gorka Galicia Aizpurua.

Leire IMAZ ZUBIAUR

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: En contextos de crisis crece el interés por la doctrina rebus. Y aumenta la presión para que deje de ser un recurso jurídico excepcional: se busca que sea, con carácter general, argumento justificativo para la modulación o ruptura del vínculo contractual, cuando nuevos contextos (ni tan imprevisibles ni tan extraordinarios) afecten a la economía del deudor, sin tratarse de supuestos de exoneración. Los riesgos inherentes al contrato pretenden ser deslocalizados, externalizados. Y la estrategia se cuela, también, en el ámbito del cumplimiento de las obligaciones intrafamiliares.

PALABRAS CLAVE: Doctrina rebus; imprevisibilidad; excepcionalidad; obligaciones intrafamiliares.

ABSTRACT: *In contexts of crisis, interest in the rebus doctrine grows. And the pressure is increasing so that it ceases to be an exceptional legal resource: it is intended to be, in general, a justifying argument for the modulation or rupture of the contractual relationship, when new contexts (neither so unpredictable nor so extraordinary) affect the economy of the debtor, without dealing with assumptions of exoneration. The risks inherent in the contract are intended to be relocated, externalized. And, the strategy sneaks in, too, in the field of fulfilling intra-family obligations.*

KEY WORDS: *Rebus doctrine; unpredictability; exceptionality; intra-family obligations.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA DOCTRINA *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: EVOLUCIÓN HISTÓRICA, FUNDAMENTACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA, PROPUESTAS ANTE Y POSTCOVID.- 1. Evolución histórica.- 2. Fundamento técnico-jurídico - 3. Propuestas ante y postcovid.- III. LA DOCTRINA REBUS SIC STANTIBUS EN EL DERECHO DE FAMILIA: ¿RESULTA NECESARIA SU ARTICULACIÓN PARA LA REVISIÓN DE LAS OBLIGACIONES INTRAFAMILIARES?.- 1. Punto de partida.- 2. Pensiones establecidas en sede judicial.- 3. Conmutación del usufructo vidual.- 4. Pactos en previsión de ruptura.

I. INTRODUCCIÓN.

En contextos de crisis, como el actual, no hay duda de que la *rebus* sale del armario. Pero con razón se ha concluido que no es un recurso adecuado para atajar los múltiples conflictos que emergen, en la fase de ejecución de las obligaciones sinalagmáticas de tracto sucesivo, cuando el declive es de escala macroeconómica. Nadie puede ocultar que la crisis sistémica que se ha originado a causa de la COVID-19 no se encuentra muy alejada del caso fortuito.

A raíz de estas situaciones de inestabilidad, grave y prorrogada, sale, otra vez, a relucir, la disyuntiva doctrinal en torno a la forma más adecuada de abordar la problemática de la alteración sobrevenida de las circunstancias de un contrato de obligaciones recíprocas. Un sector de la doctrina aboga por codificar la doctrina *rebus*, aunque no reina el consenso a la hora de hallar los términos concretos de la enunciación legal. Otro sector, alegando la conveniencia de continuar con la labor jurisprudencial en la configuración del principio *rebus*, se inclina por rebajar la excepcionalidad que lo caracteriza; para adosarle la función de sostener las expectativas de ganancia del deudor, o, en su caso, de ayudar a frenar sus pérdidas a causa de los vaivenes del mercado; abogando por extender el criterio de deslocalización del riesgo, como sinónimo de una *rebus* más "normalizada" y "accesible". La tesis contraria aflora, entonces, con un escudo protector: el principio *rebus* debe seguir ostentando carácter reducido, excepcional. Compartiendo espacio con otro instrumental jurídico al servicio de la adaptación o revisión de los términos de ejecución de los contratos, la *rebus*, por mucho que se codifique, siempre deberá ser objeto de un minucioso examen, en sede judicial; para evitar que la seguridad jurídica que debe seguir cobijando el *pacta sunt servanda* no se vea diluida por la presión de los deudores que optan por incumplir.

El impulso "normalizador" y "extensivo" de la doctrina *rebus* aterriza, también, en el ámbito de las obligaciones periódicas intrafamiliares. Busca, infructuosamente,

• Leire Imaz Zubiaur
Profesora Agregada de Derecho Civil (acreditada Prof. Titular). Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Correo electrónico: leire.imaz@ehu.eus

explorar nuevos escenarios, lejos de las obligaciones sinalagmáticas. Para ello, se apropia, al menos semánticamente, de los recursos de revisión que el legislador decimonónico pone a disposición del equilibrio entre los pagadores y los beneficiarios de pensiones periódicas. Bienvenido todo recurso que busque equidad, proporción, ajuste y continua puesta al día. Desde lo ordinario y cotidiano. Desde donde no llega (ni debe llegar) la regla *rebus*.

II. LA DOCTRINA *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: EVOLUCIÓN HISTÓRICA, FUNDAMENTACIÓN TÉCNICO-JIURÍDICA, PROPUESTAS ANTE Y POSTCOVID.

1. Evolución histórica.

Entramos, de lleno, en el terreno de la revisión de las obligaciones recíprocas por haberse producido una alteración extraordinaria, sobrevenida y no prevista de las circunstancias que las han sustentado en el momento de su constitución. La alteración –posterior y sorpresiva- puede afectar tanto a circunstancias que las partes han tenido en cuenta, expresa o implícitamente, a la hora de establecerse la obligación, como a contextos que, aun no habiendo sido tenidos en cuenta por las partes, resultan objetivamente necesarios para el desarrollo de la relación y la consecución del fin perseguido.

Cuando la relación obligatoria surge de un contrato, en la ejecución de lo estipulado por las partes el punto de partida no es otro que el de la fidelidad incondicional a lo acordado: la máxima *pacta sunt servanda* (los pactos se deben mantener) recuerda la vinculación jurídica que nace, para los contratantes, respecto de todo lo consensuado. En este sentido, no cabe duda de que las partes asumen, con la firma del contrato, un margen de riesgo ante los (más o menos) previsibles cambios que puedan sobrevenir tras su otorgamiento; aunque estos nuevos sucesos no hayan sido pronosticados ni recogidos en la letra del acuerdo. Sin embargo, resulta especialmente inquietante la idea de que deban mantenerse inmutables los términos del consenso cuando acontecen alteraciones extraordinarias e impensadas que destruyen el equilibrio entre las prestaciones de las partes. Aflora, pues, en estos excepcionales contextos, la rigidez del principio de fidelidad incondicional a los términos de lo acordado. Y se abre, entonces, un reducido espacio en el que, con mayor flexibilidad, se posibilita la modulación de los contornos en que el acuerdo establece que debe cumplirse (*rebus sic stantibus*). Los pactos deben respetarse, sí, pero siempre que permanezcan incólumes las circunstancias que los hacen -y mantienen- orgánicos, sostenibles y equilibrados: *pacta sunt servanda, rebus sic stantibus*[1]. Cuando esta equidad

1 https://www.conceptosjuridicos.com/rebus-sic-stantibus/

originaria del contrato se ve excepcional e irremediablemente doblegada por una alteración de tales características, se alega la doctrina *rebus sic stantibus*; para hacer referencia, justamente, a que las "cosas" no siguen en el mismo estado en el que se concibieron y reclamar, así, la revisión del perímetro inicial de las prestaciones asumidas por las partes.

No se ha podido acreditar que en el Derecho romano hubiera una regla, de carácter general, que, como excepción, permitiera plegar el principio de irrevocabilidad del contrato cuando se constatase una alteración sobrevenida de las circunstancias en las que se hubiera perfeccionado[2]. Ya se atisban, no obstante, las primeras expresiones de este singular recurso jurídico en textos de Africano (siglo II) y Paulo (siglo III)[3]; haciendo referencia, probablemente, a la potestad del Pretor para corregir, en última instancia, bajo el paraguas de la *bona fide*s y la equidad[4], los resultados injustos de la ejecución del contrato, tras haber valorado la relevancia de circunstancias posteriores a su otorgamiento y con base en la interpretación de la voluntad de las partes. Más atrás en el tiempo, aún, en este origen remoto de la doctrina *rebus sic stantibus* sitúan los estudiosos algunos pasajes y enseñanzas de Cicerón [*De Oficiis*, siglo I a.e.c] y Séneca [*De Beneficiis*; siglo I]: ante este tipo de inesperadas y perturbadoras alteraciones, incitaban estos filósofos a modificar los contornos del comportamiento humano, a pesar de la vinculación que se hubiera generado en virtud del pacto[5]. Lo defendían desde lo moral, desde lo correcto, desde lo justo.

Se dice que fueron, precisamente, estos textos de Cicerón y Séneca los que sirvieron a los Canonistas medievales [Graciano, Bartolomé De Brescia y Tomás De Aquino, siglos XI-XIII] para esbozar la primera formulación de la doctrina *rebus sic stantibus*. Desde la moral cristiana, consideraron injusto exigir el cumplimiento del contrato, a una de las partes contratantes, cuando la ejecución

2 Zimmermann, R.: *Estudios de Derecho privado europeo*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 134 y ss.

3 Detalla García Caracuel, M.: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 35 y ss., que algunos autores ubican la primera regla jurídica autónoma de revisión del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias en algunos pasajes de las Instituciones y del Digesto [Paulo: D, 50, 17, 144, 1; Africano: D. 46, 3, 38], como excepción al principio de irrevocabilidad de los contratos. Cita, para sustentar dicha afirmación, a Badenes Gasset, R.: *El riesgo imprevisible*, Bosch, Barcelona, 1946, p. 32; y a Jiménez Gil, W.: "La teoría de imprevisión, ¿regla o principio?", Misión Jurídica, *Revista de Derecho y ciencias sociales*, núm. 2, Cundinamarca, diciembre 2009, p. 19. En cualquier caso, pese a esa incipiente expresión del recurso excepcional para la revisión de lo estipulado en el contrato, según García Caracuel, parece que el instrumento se circunscribió, en la época, "al Derecho Honorario, empleado, en su caso, por el Pretor, en última instancia, al objeto de corregir la rigidez formal del Derecho Quiritario, y ajustar, así, el cumplimiento de los pactos a las circunstancias posteriores a la estipulación, cuando el cumplimiento estricto de ésta condujese a un resultado abiertamente injusto".

4 Zimmermann, R.: *Good faith in European contract law*, Cambridge University Press, Common Core Series, 2000, p. 17. Asimismo, Lenel, O.: "La cláusula *rebus sic stantibus*", *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1923, p. 195.

5 Los cita García Caracuel, de ahí extraemos las referencias a ambos textos: Cicerón, M. T.: (*Sobre los deberes*, traducción de Guillén Caballero, Alianza Editorial, 2001) y Séneca, L. A.: *De Beneficiis*, libro IV, capítulo XXXV, disponible online http://interclassica.um.es/divulgacion/traducciones/obras/obras_de_seneca/tratados_filosoficos/sobre_los_beneficios_de_beneficiis/libro_iv/pedro_fernandez_navarrete_1564_1632/1/(offset)/1

se le hubiera tornado excesivamente onerosa o compleja; tanto si se trataba de un contrato de préstamo con interés usurario como si se estaba ante un contrato sinalagmático que, por una alteración posterior e imprevista de las circunstancias, estuviera generando un enriquecimiento injusto en favor de la contraparte. Los contratos continuaban obligando, por tanto, siempre que nada hubiera cambiado. Para sustentar este posicionamiento, construyeron una regla jurídica: todos los contratos contenían, de forma implícita, una cláusula llamada *rebus sic stantibus* (siempre que las cosas se mantengan así). Introdujeron, en la ecuación contractual, un mecanismo excepcional de revisión y (en su caso) rectificación; para ajustar y corregir aquellos casos en los que el cumplimiento de lo acordado se apartase de lo ordenado por la moral cristiana y la equidad[6].

Los Postglosadores o Comentaristas recogieron el testigo. Se encargaron de definir, desarrollar y aplicar la cláusula ideada por los Canonistas [Bártolo, Baldo, Jasón De Mayno y Alciato, siglos XIV-XVI]: la fórmula pasó del Derecho canónico al Derecho civil y, como una nueva regla del *ius commune*, dispusieron que los contratos de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido se entendían vigentes mientras permanecían las circunstancias existentes al tiempo de contratar (lo que acabaron extendiendo, también, a la renuncia de derechos y a la promesa de contrato)[7]. Autorizada doctrina apunta, sin embargo, que, a principios del siglo XVI, comenzaron algunos autores a denunciar el uso abusivo de la cláusula *rebus sic stantibus*. En aras a fijar unos límites a su aplicación, desde el Racionalismo, la Escuela del Derecho natural –heredera del Iusnaturalismo Teológico de Agustín (Patrística) y Tomás de Aquino (Escolástica)[8]- trató de establecer criterios objetivos de valoración, amasando la idea de la justicia conmutativa [Suárez, De Soto, Molina, De mariana, Cayetano][9]: la modificación de lo acordado por las partes contratantes solamente podía operarla el juez, en contratos de tracto sucesivo, cuando la alteración de las circunstancias hubiera generado una injusticia grave y flagrante para una de ellas [Mantica, De Luca, siglo XVII]. Se antojaba necesaria, pues, una interpretación de la voluntad de las partes del contrato, en sede de ejecución; para valorar que el deudor pudiera verse liberado de sus obligaciones,

6 García Caracuel, M.: *La alteración*, cit., p. 37. Explica el autor que, según Zimmermann, el punto de partida real de la primera formulación explícita de la *cláusula rebus* es una glosa de Juan Teutónico al canon del Decreto de Graciano de 1142, en el que se disponía que el deudor dejaba de estar vinculado si, después de contraída la obligación, se alteraban las circunstancias de tal modo que la obligación hubiese devenido injusta (*Glossa Furens ad Causa XXII, Quaestio II, c. 14*). Lo recoge, también, Salvador Coderch, P.: "Alteración de las circunstancias en el artículo 1.213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", *Indret*, Barcelona, octubre de 2009, p. 4.

7 García Caracuel, M.: *La alteración*, cit., p. 39, citando obras originales de los referidos Postglosadores.

8 https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/4113/1/nueva-escuela-del-derecho-natural.pdf

9 Gordley, J. R.: *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford University Press, Clarendon Law Series, 1991, pp. 73 y ss. También, específicamente sobre Cayetano, Tobar González, L.: "Perseverancia del derecho natural en Cayetano Betancur", *Revista Co-herencia*, vol. 8, núm. 14, enero-junio, 2011, pp. 45 y ss.

en virtud de esta cláusula implícita, ante una alteración esencial de las circunstancias [Leyser], siempre que no se tratara de un contrato aleatorio [Koop][10].

Los influjos del Racionalismo y la Ilustración posibilitaron, después, en el siglo XVIII, las primeras plasmaciones codificadas de la doctrina de la alteración sobrevenida de las circunstancias: en efecto, tanto el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756 como el *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* de 1794, regularon la fórmula: el Código bávaro la dispuso como cláusula implícita en todos los contratos de tracto sucesivo, permitiendo su aplicación cuando no hubiera culpa de la parte contratante, y cuando fuera imprevisible, además de objetivamente relevante, el cambio de circunstancias, según el parecer de una persona neutral. El Código prusiano, por su parte, articuló la doctrina de la revisión por cambio en las circunstancias como una de las dos excepciones al principio de irrevocabilidad del contrato[11]. En esta sintonía rezaba, asimismo, el parágrafo 936 del Código civil austriaco de 1811[12].

Sin embargo, el tránsito del Iusnaturalismo Racionalista de los siglos XVII y XVIII al Racionalismo Positivista y Liberal del siglo XIX [Grocio, Pufendorf, Locke, Rousseau, Kant] desembocó, al decir de los estudiosos, en la supremacía de la ley positiva como eje central del Estado de Derecho[13]; y, en este nuevo contexto filosófico-jurídico, la fórmula de la cláusula *rebus sic stantibus* desapareció. Su uso abusivo por parte de los tribunales hizo que en Francia cayera en desprestigio: los ideales de la Revolución Francesa, el individualismo y la prevalencia de la autonomía de la voluntad –como baluartes de la estabilidad y la seguridad jurídica- impidieron que la doctrina de la alteración sobrevenida de las circunstancias accediera a los códigos civiles decimonónicos, convirtiendo en inquebrantable el vínculo contractual [Domat, Pothier][14].

La teoría de la revisión del contrato por la alteración sobrevenida de las circunstancias emergió, de nuevo, en el continente europeo, con motivo de los conflictos bélicos que afectaron, imprevisible y gravemente, a los contratos de larga duración: los contextos económicos de las posguerras favorecieron que los tribunales revisaran los contratos, a demanda de los deudores que no podían cumplirlos en los términos acordados. Se hicieron famosos –y detonantes del

10 García Caracuel, M.: *La alteración*, cit., pp. 42 y ss.

11 Chamie, J. F.: "Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato", *Revista de Derecho Privado*, núm. 14, 2008, p. 125.

12 Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 1059.

13 García Caracuel, M.: *La alteración*, cit., p. 43, citando a Díaz García, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Universidad Autónoma de Madrid, 1998, p. 41.

14 Dörr Zegers, J. C.: "Notas acerca de la teoría de la imprevisión", *Revista chilena de Derecho*, vol. 12, 1985, p. 255, también citada por García Caracuel, M.: *La alteración*, cit., p. 43. También, LARENZ, Karl: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 28.

cambio de paradigma- casos como los de la Coronación, en Inglaterra (1902), el del Gas de Burdeos (1916), los del Tribunal de Comercio de Lieja (1917 y 1920) y el de los Rublos (1920), así como el de la diligencia París-Rouen o el de los marcos de madera, en Alemania. En todos ellos, tanto la imposibilidad de prever el extraordinario cambio en las circunstancias como la excesiva onerosidad que acarreaba dicha alteración para una de las partes obligaron al tribunal a revisar los términos pactados, para tratar de preservar la equidad y la voluntad de los contratantes[15]. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español recuperó, también, la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*; pero la reservó, únicamente, tras la Guerra Civil, para perjuicios "exorbitantes", exigiendo el riguroso cumplimiento de requisitos prestablecidos[16].

A los crecientes pronunciamientos judiciales les siguieron, en la primera mitad del siglo XX, diversas iniciativas legislativas que trataron de paliar los efectos que las guerras habían ocasionado (y ocasionaban) en la ejecución de contratos de larga duración: en Francia, la Ley Faillot de 1918 y la Ley de 22 de abril de 1949; en Bélgica, la Ley de 11 de octubre de 1919; en Italia, el Decreto de 27 de mayo de 1915 y el Código civil de 1942, en su artículo 1467; en Inglaterra, la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* de 5 de agosto de 1943; en España, la Ley de 5 de noviembre de 1940, sobre contratación en zona roja[17]. Esta actividad legislativa dio paso, en la segunda mitad del siglo XX, a que algunos códigos civiles europeos recogieran, en su articulado, la doctrina de la alteración de las circunstancias [*Codice civile* italiano de 1942 (arts. 1467 y 1468); Código civil griego de 1946 (art. 388); Código civil polaco de 1964 (art. 357-1); Código civil portugués de 1966 (art. 437); Código civil de los Países Bajos (art. 258) y BGB alemán, tras la reforma de 2002 (parágrafo 313)]. El Código Civil de Francia la contempló en el artículo 1195, tras una reforma operada en 2016. Ante la ausencia de una incorporación general en el Código civil español, destacó, en 1973, la inclusión de la doctrina en el Fuero Nuevo de Navarra (ley 493; tras la reforma operada en 2019, ley 498)[18].

15 Analiza, estos paradigmáticos casos, uno por uno, García Caracuel, M.: *La alteración*, cit., pp. 45 y ss. Al respecto, Amunátegui Rodríguez, C.: *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 23. Casos directivos los llama, en efecto, Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del*, cit., pp. 1056 y 1057. En España menciona el caso "Mas contra Carsi", decidido por la STS 30 junio 1948 (RJ 1948, 1115).

16 En efecto, la STS 17 mayo 1957 (RJ 1957, 2164) emplea términos como "extraordinaria", "exorbitante", "derrumbamiento", "aniquilación" e "imprevisibilidad" a los requisitos exigidos para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*: a) Alteración extraordinaria de las circunstancias; b) Desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes; c) Derrumbamiento del contrato por aniquilación de su equilibrio inicial; d) Imprevisible e inimaginable para las partes. Hay quien opina que la postura del Alto Tribunal fue excesivamente rígida (Salvador Coderch, P.: "Alteración de", cit., pp. 8 y 17).

17 Al respecto, Moro Ledesma, S. y Hernández Gil, A.: "En torno a la Ley de 5 de noviembre de 1940", *Revista de Derecho Privado*, 1941, pp. 22 y ss.

18 https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-8512

2. Fundamentación técnico-jurídica.

Preocupados por la repercusión que podía tener la alteración sobrevenida de las circunstancias en la esfera de los contratos de tracto sucesivo, los ordenamientos civiles se han debatido, a lo largo de los siglos, en torno a la intensidad que debía cobrar su intervención legislativa ante esta problemática. La misma ambivalencia han desprendido, desde tiempos remotos, las decisiones judiciales y el argumentario doctrinal: hallar el equilibrio entre la equidad contractual y el fraude al principio de irrevocabilidad del contrato se ha antojado, y se antoja, una ardua tarea. En el umbral, parece que hay acuerdo y, por tanto, premisa: la alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias –sobre todo económicas- del contrato sí debe acarrear modificaciones en el régimen jurídico de la relación contractual y el sistema de organización de intereses establecido por las partes. Las diferencias se hallan, más bien, en el fundamento técnico-jurídico de este fenómeno, la delimitación de los requisitos exigibles y la fijación de las consecuencias que debe producir[19].

Desde su formulación medieval hasta bien entrado el siglo XX, la defensa de la modulación del principio de irrevocabilidad del contrato (*pacta sunt servanda*) se ha llevado a cabo mediante la teoría de la 'cláusula' *rebus sic stantibus*; asumiendo que, en todo contrato de larga duración se halla implícita una cláusula, asumida por las partes contratantes, que subordina la vinculación contractual al mantenimiento de las circunstancias que hayan contextualizado el pacto en el momento de su otorgamiento. El contrato obliga, por tanto, siempre que las 'cosas continúen así'. Y esa es, a tenor de esta doctrina, la voluntad implícita de las partes contratantes. Más modernamente, en la fase más tardía de su formulación, así lo desgranan, también, Kauffmann –a través de la 'teoría de la voluntad eficaz'[20]- y Krückmann –mediante la 'teoría de la reserva virtual'[21]-. Según la primera, se sobreentiende que existe una cláusula implícita en todos los contratos de larga duración conforme a la cual la subsistencia de la relación contractual depende de que se mantengan inalteradas determinadas circunstancias existentes en el momento de la perfección del contrato, que están debidamente presupuestas por las partes y cuya variación no es previsible. Conforme a la segunda, la cláusula se produce en virtud de una 'reserva virtual': aun sin necesidad de que las partes hayan tenido conocimiento de ello, la cláusula *rebus sic stantibus* es inmanente a su voluntad negocial y a sus declaraciones, ya que constituye contenido del contrato si las partes no la excluyen expresamente o no se oponen a ella. Autorizada doctrina considera, sin embargo, que la alusión a la 'cláusula implícita' no resulta satisfactoria, pues se edifica sobre la base de una relación ficticia entre la voluntad no expresada (pero supuesta) de

19 Lo desarrolla con profusión y claridad, Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del*, cit., pp. 1068 y ss.

20 Nos remitimos a la obra del autor. Kaufmann, A.: *Die Klausel: rebus sic stantibus*, Editorial K. Rössler, 1907, 96 pp.

21 Krückmann, P.: "Clausula *rebus sic stantibus*, Kriegsklausel, Streikklausel", *AcP (Archiv für civilistische Praxis)*, núm. 116, 1918, s. 157.

las partes y los efectos de la alteración sobrevenida de las circunstancias sobre la ejecución del contrato. Además, se constata la existencia de circunstancias objetivamente necesarias para el desarrollo de la relación contractual cuya modificación o alteración repercute en la vida del contrato con independencia de cuál haya sido la voluntad de las partes a la hora de perfeccionarlo[22]. A juicio de esta opinión desfavorable, por tanto, no puede hablarse, en rigor, de una verdadera 'cláusula'. Los efectos jurídicos que la modificación de las circunstancias produce en la relación contractual "no tienen su origen ni su fundamento en una voluntad real o presunta de las partes. Resulta una formulación vaga e inconcreta. Se limita a establecer que los contratos de tracto sucesivo se entienden concertados mientras las cosas continúen así, pero no puntualiza cuáles son, en rigor, las cosas que deben mantenerse inalterables, ni tampoco cuáles son los efectos de la posible o eventual alteración de tal estado"[23].

La alegada vaguedad e inconcreción de la teoría de la 'cláusula' *rebus sic stantibus* la trata de colmar, desde el ordenamiento galo, la llamada 'teoría de la imprevisión'. Se trata de objetivar la modulación del principio *pacta sunt servanda* sobre la base del carácter imprevisible de la extraordinaria y sobrevenida alteración de las circunstancias del contrato. En esta visión, originada en la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado francés a principios del siglo XX, el acento recae en la voluntad de las partes: éstas contratan en atención a una serie de situaciones y contextos y, al mutarse éstos, inesperada e imprevisiblemente, lo acordado deja de obligar a los contratantes. Esa excesiva trascendencia que la fórmula gala concede a la autonomía de la voluntad pretende objetivarla, desde el ordenamiento italiano, la 'teoría de la excesiva onerosidad de la prestación': adquieren peso específico aquellas mutaciones sobrevenidas que resulten especialmente gravosas para una de las partes contratantes, tras superarse la dosis aceptable de riesgo o *aleas* que emerge de todo contrato[24] (arts. 1467 y 1469 del Código Civil italiano de 1942). La doctrina italiana configura este fundamento como vicio funcional de la causa del contrato, que afecta a la exigida adecuación –entre sí- de los sacrificios patrimoniales que llevan a cabo las partes contratantes. Presta atención al equilibrio y a la proporcionalidad entre las prestaciones de las partes, olvidando, según autorizadas críticas, aquellos supuestos en los que las prestaciones, aun reajustadas, dejan de tener sentido tras la alteración de las circunstancias. Esta insuficiencia es la que trata de colmar, precisamente, desde la doctrina alemana, la 'teoría de la base del negocio'[25]. La base del negocio se

22 Díez-Picazo, L.: *Fundamentos*, cit., p. 1060.

23 *Ibídem*.

24 Díez-Picazo, L.: *Fundamentos*, cit., p. 1062.

25 Larenz, K.: *Base del,* cit. Más actual, FLUME, W.: *El negocio jurídico*, 4ª ed., traducido al español por José María Miquel y Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 583 ss. Entre las obras generales españolas, por todos, vid. la referencia a la doctrina alemana en Roca Sastre, R. M.: "El problema de la alteración de las circunstancias", con la colaboración de Puig Brutau, J.: *Estudios de Derecho*

contempla desde dos ángulos: el subjetivo y el objetivo. Es base subjetiva del negocio la representación mental o expectativa común a ambos contratantes, esto es, el conjunto de circunstancias en cuya atención han celebrado el contrato y cuya persistencia es esperada por ambas. Es base objetiva del negocio, por su parte, el cúmulo de circunstancias existente en el momento de la perfección del contrato que resulta necesario para que pueda continuar existiendo como una reglamentación de intereses dotada de sentido. Así pues, la base objetiva del negocio queda aniquilada cuando se rompe la equivalencia entre prestaciones y cuando la común finalidad objetiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado definitivamente inalcanzable, aun cuando la prestación del deudor sea todavía posible[26].

En la doctrina y jurisprudencia españolas la problemática de la alteración sobrevenida de las circunstancias ha sido abordada a través de la 'cláusula' *rebus sic stantibus*; aunque se aglutinan también, bajo su paraguas, planteamientos próximos a la 'doctrina de la excesiva onerosidad', a la vez que supuestos en los que se argumenta la 'frustración del fin del negocio'[27]. Son pioneras las SSTS 14 diciembre 1940 y 17 mayo 1941[28]: el Alto Tribunal entiende que, pese a la falta de reconocimiento legal, la 'cláusula' puede admitirse por motivos de equidad, aunque presenta peligrosidad y exige, por ello, mucha cautela (STS 2 junio 1956[29]). La mayoría de los supuestos en los que el Tribunal Supremo aplica la doctrina *rebus* se ciñen a las alteraciones ocasionadas por una devaluación monetaria (STS 6 junio 1959)[30]. Se fijan, de forma restrictiva, los requisitos que han de cumplirse para que la 'cláusula' pueda operar: 1º. Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplimiento del contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración. 2º. Desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo

Privado, I, Edersa, Madrid, 1948, pp. 240 ss.; Puig Brutau, J.: *Fundamentos de Derecho civil,* tomo II, vol. 1, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1978, pp. 397 ss.; Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español*, III, 17ª ed., Madrid, 2008, pp. 765 ss. Entre las obras monográficas, Badenes Gasset, R.: *El riesgo imprevisible (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional),* Bosch, Barcelona, 1946, pp. 68 ss.; Espert Sanz, V.: *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, Madrid, 1968, pp. 69 ss.; Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "La doctrina de la base del negocio en el ordenamiento alemán", en AAVV.: *Homenaje Juan B. Vallet, de Goytisolo*, vol. VI, Consejo General del Notariado, Madrid, 1989, pp. 19 ss.

26 Díez-Picazo, L.: *Fundamentos*, cit., p. 1064.

27 Parra Lucán, M. Á: "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos", *InDret*, 4/2015, pp. 4 y 5. De hecho, como bien señala la autora, un estudio de Federico De Castro y Bravo demostraba en 1971 que, cuando se utilizaba verdaderamente la doctrina de la 'cláusula', el Tribunal prefería no mencionarla y acudir, como alternativa, a la figura menos equívoca de la equivalencia real de las prestaciones (lo que el autor llama causa en sentido específico o concreto: *El negocio jurídico*, 1985, reimpresión de la ed. de 1971, pp. 319-321). Cita, como obras de referencia, las siguientes: Orduña Moreno, F. J. y Martínez Velencoso, L. M.: *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la figura*, Civitas, Madrid, 2013; Yzquierdo Tolsada, M.: ""Cláusula rebus sic stantibus" en la compraventa de inmuebles y crisis económica. Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013 (RJ 2013/1013 y RJ 2013/679)", en AAVV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (dir. M. Yzquierdo Tolsada y coordinados por J. Espín Granizo), vol. 6, 2016, pp. 83 y ss.

28 SSTS 14 diciembre 1940 (RJ 1940, 1935) y 17 mayo 1941 (RJ 1941, 632).

29 STS 12 junio 1956 (RJ 1956, 2485).

30 STS 6 junio 1959 (RJ 1959, 3026).

entre las prestaciones de las partes contratantes, que derrumban el contrato por aniquilamiento de las prestaciones. 3º. Que todo ello acontezca por la sobrevenida aparición de circunstancias radicalmente imprevisibles. 4º. Que se carezca de otro medio para remediar y salvar el perjuicio (STS 17 mayo 1957)[31].

Dado el influjo de los ordenamientos comparados que regulan la modificación de los contratos por la alteración sobrevenida de las circunstancias –así como el de las distintas propuestas armonizadoras del Derecho de contratos[32]- se hacen eco de esta doctrina tanto la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos –elaborada en 2009 por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación- (art. 1.213, inspirado en la regulación alemana)[33] como el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014 (art. 416-2, inspirado por los *Principles of International Commercial Contracts*)[34]. La recoge, también, en su artículo 526-5, la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil[35]. En los tres textos se utilizan expresiones que ponen de relieve la excepcionalidad de los remedios que se contemplan para abordar la problemática de la alteración sobrevenida de las circunstancias. Únicamente pueden articularse cuando la alteración de las circunstancias es "extraordinaria e imprevisible" y la ejecución resulta "excesivamente onerosa"; o cuando la onerosidad "sobrevenida es excesiva", de modo que se altera "fundamentalmente" el equilibrio de las prestaciones. Se fomenta, además, la renegociación de los términos del contrato, por parte de los contratantes; en aras a obtener un consenso en su revisión y retardar, lo máximo posible, la intervención judicial y la resolución del contrato[36].

3. Propuestas ante y post COVID.

En materia de alteración sobrevenida de las circunstancias del contrato y su abordaje por parte de la doctrina y la jurisprudencia españolas, conviene separar

31 STS 17 mayo 1957 (RJ 1957, 2164).

32 "También se presta atención a las propuestas armonizadoras del Derecho de contratos que, siguiendo esta tendencia, se ocupan del cambio de circunstancias que hace más oneroso el cumplimiento de la obligación de una de las partes del contrato. Los *Principles of International Commercial Contracts* fueron innovadores en este terreno: su art. 6.2.2 (*Hardship*) ha inspirado la redacción de los arts. 6:111 de los *Principles of European Contract Law*, III.-1:110 del *Draft Common Frame of Reference* y 89 de la *Common European Sales Law*" (Parra Lucán, M. Á.: "Riesgo imprevisible", cit., pp. 5 y 6). También mencionan el artículo 79 del Convenio de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Gómez Pomar, Fernando y Alti Sánchez-Aguilera, J.: "Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español", *InDret*, 1.2021, pp. 502 y ss.

33 Boletín de Información. Año LXIII, enero de 2009. Edita: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Imprenta del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2009. Accesible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta_para_la_modernizacion_del_Derecho_de_obligaciones_y_contratos._Ano_2009.PDF

34 Accesible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/GabineteComunicacion/Documents/1292427023422-Anteproyecto_de_Ley_de_C%C3%B3digo_Mercantil.pdf

35 https://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf

36 Parra Lucán, M. Á.: "Riesgo imprevisible", cit., p. 7.

dos momentos clave, en los últimos quince años[37]: 1) La crisis económica de 2008; y 2) La crisis sanitaria de 2020. Como bien apuntan algunos autores, la *rebus* renace en épocas de crisis[38].

A) La crisis económica de 2008.

Los efectos que esta crisis vuelca[39], en distintos sectores de la economía española, sobre el contorno de las prestaciones de las partes en el cumplimiento de los contratos de ejecución continuada, genera un movimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En efecto: son dos las sentencias que, en 2014, teniendo como ponente al Magistrado Francisco Javier Orduña Moreno[40], rebajan el carácter restrictivo y excepcional con el que se venía aplicando, hasta entonces, por el Alto Tribunal, la doctrina *rebus sic stantibus*[41]. Estas dos resoluciones proponen –en un cuerpo confuso que alega la conmutatividad, la buena fe, la imprevisibilidad, la equidad, la alteración causal, la excesiva onerosidad, la imposibilidad sobrevenida, la base del negocio y la frustración del negocio como fundamentación-[42], sustituir la cautela que venían proclamando las resoluciones dictadas desde 1940 (en los

37 Analizando la trayectoria de la doctrina *rebus* en los últimos cien años, Mocholi Ferrándiz, E: "Análisis de la evolución jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*. Su posible aplicación tras la pandemia COVID-19", *Actualidad Civil*, núm. 5, 2020, se mencionan, antes de la crisis económica de 2008, momentos como la postguerra, la crisis industrial y la gran crisis de los 90.

38 Parra Lucán, M. Á.: "Riesgo imprevisible", cit., p. 12.

39 Para un análisis sintético y contextualizado de esta crisis, Imaz Zubiaur, L.: *La encrucijada notarial en la ejecución hipotecaria*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 55 y ss.: "Esta crisis global se manifiesta, asimismo, en el Estado español, con el derrumbe del sector de la construcción que, a principios de 2008, tenía un peso del 17,9% en el Producto Interior Bruto (PIB) y daba empelo al 13% de la población activa. Las cifras son aún mayores si se tiene en cuenta la influencia indirecta de la construcción en otros sectores, lo que supondría alrededor de un 34% del PIB. Entre 1996 y 2004 se habían orientado las inversiones hacia una economía muy especulativa, que acabó generando un creciente endeudamiento y favoreciendo la corrupción. La dificultad para conseguir liquidez desembocó en un descenso notable del número de préstamos concedidos a empresas y familias". A esta dificultad crediticia se le sumó la inflación (hasta el 4%), en territorio español un punto por encima respecto de Europa. La especulación en el mercado de materias primas hizo que el precio del petróleo doblara en un año: fue destacada la subida de los préstamos hipotecarios sujetos al Euribor, quedando mermadas las economías domésticas y hundiéndose el consumo. Se desplomó el crecimiento de la economía española y se perdieron miles de puestos de trabajo. El número de personas en paro ascendió a los 2,5 millones". Referencia ineludible, tomada entonces por la autora, Varoufakis, Y.: *El minotauro global. Estados Unidos, Europa y el futuro de la economía global*, traducido al castellano por Carlos Valdés y Celia Recarey, Debolsillo, Barcelona, 2015, pp. 42 y ss. También, Fernández Navarrete, D.: "La crisis económica española: una gran operación especulativa con graves consecuencias", *Estudios Internacionales*, 183, 2016, Universidad de Chile, pp. 121 y ss. Asimismo, Ruesga Benito, S. M.: "Para entender la crisis económica en Espala. El círculo vicioso de la moneda única y la carencia de un modelo productivo eficiente", *economía UNAM*, vol. 10, núm. 28, enero-abril 2013, pp. 70 y ss.

40 Vierten las resoluciones citadas, el discurso que los autores construyen en Orduña Moreno, F. J. y Martínez Velencoso, L. M.: *La moderna*, cit. Como antecedente de esta monografía conjunta, Martínez Velencoso, L. M.: *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 2003. También las analiza, Marañón Astolfie, M. G.: "Evolución doctrinal de la cláusula *rebus sic stantibus* en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la Sentencia del TS de 6 de marzo de 2020 (JUR 2020/89493)", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 52, 2020.

41 https://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/5376-el-ts-fija-doctrina-sobre-la-caracterizacion-y-regimen-juridico-de-la-clausula-rebus-sic-stantibus/. También, Rodríguez Caro, M. V.: "Crisis económica y la moderna configuración jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*", *Noticias Jurídicas*, 15 de septiembre de 2015.

42 Coincido con el análisis de Carrasco Perera, Á.: "Comentario a la Sentencia de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 6129)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 98, mayo-agosto 2015, p. 3. A este "eclecticismo teórico" se refieren, también, Gómez Pomar, F. y Alti Sánchez-Aguilera, J.: "Cláusula *rebus*", cit., p. 512.

contados casos en los que admitieron la aplicación de la doctrina *rebus*) por un tratamiento más "normalizado", más "ajustado a la realidad social". Ante la ausencia de reconocimiento legal (general) de la doctrina *rebus*, el giro jurisprudencial recibe el apoyo de buena parte de la doctrina española; que comienza a reunirse, también, en torno a la idea de una intervención legislativa *ad hoc*, para poner fin a la inseguridad jurídica que parece emanar de la respuesta judicial[43].

Hay opiniones que sostienen, por el contrario, la necesidad de continuar con una interpretación restrictiva de la regla *rebus*, a la vez que declaran que no resulta urgente ni imprescindible legislar, con carácter general[44], en torno a la alteración sobrevenida de las circunstancias del contrato[45]. Y es que, con razón deniega el Tribunal Supremo la aplicación de la doctrina *rebus*, en plenos coletazos de la crisis económica de 2008, a aquellos compradores-demandantes que, al no obtener financiación en el momento en el que son requeridos para el otorgamiento de la escritura pública, pretenden alegar la alteración sobrevenida para que sea el vendedor quien cargue con el riesgo que ellos deciden asumir cuando adquieren bienes inmuebles para especular (SSTS 18 enero 2012, 8 octubre 2012, 17 enero 2013[46] y 30 abril 2015, entre otras)[47]. No es nuevo el alegato de la *rebus* para cubrir incumplimientos oportunistas[48]; cuando se utiliza, como red de seguridad, para garantizar las expectativas iniciales de las partes en base al equilibrio de las prestaciones en el momento de perfeccionarse el contrato, tratando de evitar que

También, Parra Lucán, M. Á.: "La cláusula *rebus sic stantibus* en la jurisprudencia de la sala primera del Tribunal Supremo", *AFDUAM* Extraordinario, II, 2021, pp. 25 a 37.

43 Albaladejo García, M.: *Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, vol. I, *La obligación y el contrato en general*, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1989, pp. 485 y 486. Le sigue, Amunátegui Rodríguez, C.: *La cláusula*, cit., pp. 273 ss. y 325. También, Salvador Coderch, P.: "Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos", *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, núm. 2130, abril 2011, pp. 1 a 49; García Caracuel, M.: *La alteración*, cit., pp. 491 ss.

44 El legislador estatal ya lo ha hecho, de facto, en plena crisis económica, ante necesidades urgentes: Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. En el ámbito de la protección del consumidor, se establecen previsiones específicas sobre las consecuencias de la necesidad de introducir una modificación en el contrato de viaje combinado (art. 158 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias); o se permite que el juez altere el contenido del contrato atendiendo a circunstancias sobrevenidas personales del deudor, lo que es excepcional (art. 11 Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles), explica Parra Lucán, M. Á.: "Riesgo imprevisible", cit., p. 17.

45 En este sector minoritario se ubica Carrasco Perera, Á. ("Comentario", cit., pp. 175 y ss.). Lo había expresado, con anterioridad (*Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 1018.

46 Berrocal Lanzarot, A. I.: "La cláusula *rebus sic stantibus*. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala Primera, de 17 de enero de 2013", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 60, 2014, pp. 199 y ss. Un detallado análisis, también desde una perspectiva lingüística y terminológica, Henríquez Salido, M., Alañón Olmedo, F., Ordoñez solís, D., Otero Seivane, J. y Rabanal Carbajo, P. F.: "La cláusula *rebus sic stantibus* en la jurisprudencia actual", *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, núm. 66, 2016, pp. 189 y ss.

47 SSTS de 18 de enero de 2012 (RJ 1604/2013), 8 de octubre de 2012 (RJ 9027/2012), 17 de enero de 2013 (RJ 1819/2013) y 30 de abril de 2015 (RJ 2019/2015). Al respecto, Fernández Ruiz-Gálvez, E.: "*Rebus sic stantibus* y crisis económica. Orden público económico *versus* especulación", *AFD*, XXXIII, 2017, pp. 63 y ss.

48 Así los llama, en efecto, Carrasco Perera, Á.: "Estrategias contractuales para defenderse de la reciente y perturbadora doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus", Análisis GA&P*, 2015, p. 2.

el empresario perjudicado por las alteraciones importantes de mercado deje de obtener beneficios y comience a sufrir pérdidas. Coincido en que no debe ser esa la "nueva" función de la doctrina *rebus*, alertada ya por reputada doctrina[49].

En realidad, el Tribunal Supremo únicamente se pronuncia, a través de las citadas sentencias de 2014, sobre un concreto supuesto que acota el impacto real de dichas resoluciones: la falta de previsión de una cláusula de revisión del precio a la baja y su asunción (o no) solamente por la parte perjudicada, ante una situación de crisis tildada de imprevisible. No hay doctrina jurisprudencial sobre otros casos[50], advierten con razón autorizadas opiniones; por mucho que las sentencias contengan una exposición teórica sobre la *rebus*[51]. El Tribunal Supremo no ha podido crear, por tanto, una norma de alcance general sobre la *rebus*, sobre todos los supuestos imaginables[52]. Por no entrar en la complejidad que entraña discernir cuándo se está ante un acontecimiento realmente imprevisible[53] que las partes no pudieron prever ni anticipar (mediante cláusulas de estabilización) y que, además, no se muestre como riesgo inherente a la operación en cuestión (STS 15 enero 2019; SAP A Coruña 22 marzo 2019)[54], teniendo en cuenta que el propio Tribunal Supremo no tacha de imprevisibles las crisis económicas de los últimos años (STS 8 octubre 2012)[55]. Y sabiendo, asimismo, que el Derecho codificado cuenta con mucho más instrumental jurídico con el que solventar peticiones que requieran recalibrado y que sirven, de igual manera, al propósito que nos ocupa (eficacia continuada de la causa, error, integración del contrato, caso fortuito…). De hecho, como resuelve Carrasco Perera, el standard o fórmula legal de la *rebus* resultaría casi hasta indiferente, ya que en ningún caso predeterminaría uno u otro resultado en el juicio de aplicación. Subraya el autor que esa formulación legal no sirve como fundamento de la decisión judicial sino como argumento, que puede oscilar de la estimación a la desestimación según el caso concreto que ocupa al juzgador. Insiste en que el Tribunal Supremo no ha sido tan restrictivo en la aplicación de la doctrina *rebus*, a diferencia de lo que se ha querido mostrar; porque en muchas ocasiones ha empleado un criterio jurídico para deslocalizar el riesgo contractual pese a no emplear una semántica específica y preconstituida para justificarlo. Se ha llegado al mismo sitio, por distinto camino. Aunque, con razón, parte el Tribunal Supremo

49 Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, enero-abril 2015, pp. 345 y ss.

50 Enumera algunos en los que se ha valorado la aplicación de la doctrina, Estruch Estruch, J.: "La aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus"", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 96, núm. 780, 2020, pp. 2037 y ss.

51 Parra Lucán, M. Á.: "Riesgo imprevisible", cit., pp. 42 y ss. Constituye, de hecho, un *obiter dicta* según Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario a", cit., pp. 345 y ss.

52 Parra Lucán, M. Á.: "Riesgo imprevisible", cit., pp. 42 y ss.

53 Parra Lucán, M. Á.: "Riesgo imprevisible", cit., pp. 20 y ss. Ver, también, Luna Yerga, Á. y Xiol Badají, M.: "*Rebus sic stantibus*: ¿Un paso atrás? Comentario a la STS, 1ª, 15.10.2014 (Ar. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla rebus sic stantibus", *InDret*, 2/2015, p. 7.

54 STS 15 enero 2019 (RJ 2019, 146); SAP A Coruña 22 marzo 2019 (RJ 2019, 138655).

55 STS 8 octubre 2012 (RJ 20012, 9027). Parra Lucán, M. Á.: "Riesgo imprevisible", cit., pp. 23.

de un criterio básico contrario a dicha deslocalización. Los recargados moldes empleados en las resoluciones del TS que se han reputado como valedoras de un criterio restrictivo en la aplicación de la doctrina *rebus* y que aún siguen vigentes ("radicalmente imprevisible", "alteración extraordinaria de las circunstancias", "desproporción exorbitante entre las prestaciones", "derrumbamiento del contrato") no serían, pues, más que explicaciones *ex post* del criterio implícito empleado por el juzgador para resolver el concreto supuesto que se le plantea, no la razón de la existencia o aplicación de tales pautas[56]. El Tribunal Supremo no estaría, por ello, prestando excesiva atención a esta "fachada" argumentativa que en su día elaboró y que sus detractores contraponen a sus "modernas" construcciones para encumbrarlas[57].

Y en verdad, no se ha logrado consenso más allá de lo que los imperecederos principios generales del Derecho vienen abarcando, desde hace siglos, como fuente del ordenamiento civil que son (art. 1.4 CC). Y es que, en épocas tan críticas para la economía (y, por ende, para la ciudadanía) es razonable sostener que puedan revisarse los términos de un contrato de tracto sucesivo, al objeto de que la esfera de lo imprevisible e impensable por las partes no tenga que recaer, únicamente, sobre el contratante al que le perjudique. La inserción de valores éticos en la rueda contractual tiene, obviamente, una buena acogida, aunque el recurso (también legal) a la "buena fe" (arts. 7 y 1258 CC) y a la "equidad" (art. 3.2 CC) nos recuerde que esta inyección no resulta novedosa en el Derecho civil. A partir de este *prius* –difícilmente cuestionable con el catálogo de principios generales del Derecho en la mano- nada fluye en torno a una formulación general de los presupuestos exigibles para la estimación de la alteración sobrevenida y de los efectos que esta debe producir en el régimen de cumplimiento del contrato al que afecta. Se mantiene al alza el discurso de que, en etapas de inestabilidad duradera, la doctrina *rebus* debe utilizarse, con más asiduidad y flexibilidad, para corregir y ajustar los efectos adversos que el nuevo escenario carga, especialmente, sobre una de las partes contratantes. Continúa, sin embargo, desconfiada –y no le falta razón-, la posición contraria: resultan suficientes los mimbres que ya pone a disposición el Código civil (buena fe y principio de conmutatividad), la elaboración doctrinal y los precedentes jurisprudenciales (la mayoría de las anteriores y posteriores a las dos

56 Carrasco Perera, Á.: "Comentario a", cit., pp. 175 y ss.

57 *Ibídem*. Cita el autor a Castiñeira Jerez, J.: "*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de circunstancias", *Revista de Derecho Patrimonial*, 29, 2012, pp. 71 y ss.

resoluciones de 2014) para aplicar[58], en sede judicial, caso por caso[59] y solamente como último remedio, la excepción al *pacta sunt servanda*. Porque la fórmula legal que, en un futuro, pueda llegar a aprobarse, se deberá tratar, en todo caso, de una técnica de resolución de conflictos, como acertadamente se ha concluido[60]; renombrada como *hardship*, en el panorama de la contratación internacional, en virtud de los Principios contractuales de UNIDROIT[61]. Abordará las contingencias extraordinarias y no previsibles que afecten a la prestación debida por una de las partes; siempre que no puedan imputarse a ninguno de los contratantes y rompan gravemente el equilibrio de las prestaciones recíprocas, sin que puedan técnicamente caracterizarse como caso fortuito exoneratorio, al no producir la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de que se trate[62]. No sin antes examinar todo el contexto anterior, al momento en el que llega la alegada excesiva onerosidad, por si pudiera mostrar una gestión irregular o insuficiente por parte del deudor. Tampoco sin valorar posibilidades de modificación o renegociación que mantengan con vida el contrato, como alternativa preferible a su ineficacia[63].

B) La crisis sanitaria de 2020.

Tras una doctrina jurisprudencial que vuelve, después de aquellas dos resoluciones de 2014, a una aplicación más controlada de la regla *rebus*[64], la misma disyuntiva regresa al debate en el contexto de la pandemia generada por el COVID-19. Alentada, ahora, de forma más marcada, por el sector de la abogacía y encuadrada, también, en una petición de reforma –parcial o integral- del Código civil[65]. La crisis provocada por el coronavirus, la erupción del volcán Cumbre Vieja

58 En este sentido, emulando otros ordenamientos de ámbito comparado, propone Parra Lucán, M. Á.: "Riesgo imprevisible", cit., p. 45: "La experiencia de otros ordenamientos en los que está consagrada una norma que permite al juez modificar el contrato muestra que no se ha producido una quiebra de la seguridad jurídica, por lo que no existen motivos para oponerse a una reforma del Derecho español que introdujera una norma en este sentido. Pero esta tarea legislativa exige una delimitación de los supuestos que se desean contemplar, lo que constituye una opción de política legislativa. Además, y por coherencia del sistema, en mi opinión, una norma semejante debería excluir de su ámbito los supuestos que gozan ya de un régimen propio y limitarse a aquellos en los que la asignación de riesgos no pudiera resolverse con criterios de interpretación e integración del contrato".

59 Es el Tribunal Supremo el que, al mismo tiempo que formula su doctrina abstracta, acaba reconociendo que es precisa una "ineludible aplicación casuística" de la cláusula *rebus* [FD 6.6, párrafo 2, de la STS 15 octubre 2014 (RJ 6129, 2014)].

60 Carrasco Perera, A.: "Al fin la madre de todas las batallas del COVID 19: "*Rebus sic stantibus*". Con ocasión de una reciente propuesta institucional", *Centro de Estudios de Consumo*, Publicaciones Jurídicas, 22 de mayo de 2020.

61 Castro, A. M. y Zapata, A. C.: "El Hardship en los contratos internacionales", *Revista Mercatoria*, vol. 4, núm. 2, 2005, 26 pp.

62 Parra Lucán, M. Á.: "Riesgo imprevisible", cit., p. 21.

63 Mantiene la opinión contraria, en este punto, Carrasco Perera, A.: "Comentario a", cit., pp. 175 y ss.

64 Las SSTS 30 abril 2015 (RJ 2015, 2019); 13 julio 2017 (RJ 2017, 3962); 20 julio 2017 (RJ 2017, 3653); 3 abril 2018 (RJ 2018, 1424); 9 enero 2019 (RJ 2019, 5); 15 enero 2019 (RJ 2019, 146); 18 julio 2019 (RJ 2019, 3010); 18 julio 2019 (RJ 2019, 3599); y 6 marzo 2020 (RJ 2020, 879), las más destacadas. Las estudia, Parra Lucán, M. Á.: "La cláusula", cit., pp. 30 y ss.

65 Orduña Moreno, F. J.: "La cláusula "rebus sic stantibus" y la crisis derivada del coronavirus", *Aranzadi digital*, núm. 1/2020.

en La Palma y la guerra desatada en Ucrania son los escenarios que, en los últimos meses, han propiciado la reapertura de la discusión: un sector del mundo jurídico puja, claramente, por introducir la doctrina en el Código civil de 1889 (art. 1258 CC)[66] y, también, en el Código civil de Cataluña[67]. Hay quien advierte que una u otra fórmula legal de carácter general no evitará el recurso a los tribunales[68]. Y hay voces que alertan de que será, aun así, un mecanismo insuficiente para dar respuesta a la situación actual[69]: los escenarios agudos de crisis no engarzan bien con la lógica y funcionalidad económica de la doctrina *rebus* y sus homólogas en otros sistemas jurídicos[70]. Se está tratando de hallar el bálsamo en la regla *rebus* pero, ya se ha advertido, no se halla en ella. Incentivar a los contratantes que han visto reducida la rentabilidad que esperaban obtener de un contrato a recurrir a la doctrina *rebus* no aliviará los problemas derivados de una crisis de tal magnitud; y, al mismo tiempo, resentirá, profundamente, la certeza y estabilidad del tejido contractual en su conjunto[71]. La aplicación de la *rebus* requiere trazo fino, por parte del juzgador; en el análisis del caso y de todos los elementos que lo integran. La imagen sistémica de la pandemia transmite, justamente, lo contrario.

En cualquier caso, es innegable que el interés por la doctrina *rebus* –y sus posibles aplicaciones- ha aumentado. El legislador del Estado se ha aventurado a introducirla en dos normas de reciente aprobación: Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril y Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo; aunque autorizadas voces han concluido que ambos son "textos complejos y farragosos, donde se mezclan numerosas cuestiones que afectan al Derecho de contratos con otras de Derecho público"[72]. En la Disposición Adicional séptima de la Ley 3/2020, de 18 de

66 Moll De Alba, C.: "¿Es la cláusula "rebus sic stantibus" la solución a todos los problemas jurídicos del Covid-19?", *Diario la Ley*, núm. 9668, 2020.
La Fundación para la Investigación del Derecho y la Empresa (FIDE) presenta, también, una propuesta de codificación de la cláusula *rebus*, para el contexto de la crisis sanitaria. La analiza, con exhaustividad, Carrasco Perera, A: "Al fin", cit.

67 Me remito, como muestra, a las intervenciones del *I Congreso sobre la Cláusula Rebus. Nuevos retos y planteamientos jurídicos*, celebrado en La Palma el 8 de abril de 2022 (https://www.icab.es/es/actualidad/noticias/noticia/I-Congreso-sobre-la-Clausula-Rebus.-Nuevos-retos-y-planteamientos-juridicos-8-de-abril-de-2022.-VIDEOS/).

68 Gregoraci Fernández, B.: "El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 73, núm. 2, 2020, p. 469. Citado por, Artíñano Marra, P.: ""Rebus sic stantibus" y su aplicación a los contratos en situaciones de crisis. Los retos de su regulación normativa", *ICADE Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 110, julio-diciembre 2020.

69 Oliva Blázquez, F.: "Eficacia y cumplimiento de los contratos en tiempos de pandemia", *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 28, 2020. Asimismo, Martín Fuster, J.: "La regulación de la cláusula *rebus sic stantibus*: ¿Una incorporación urgente y necesaria?", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 3, enero-junio, 2021, pp. 207 y ss., reconoce que no es urgente su regulación y que no solucionará los problemas generados por la pandemia; pero que, no obstante, se ganaría cierta "normalidad" en la aplicación de la cláusula, reconociéndose como derecho y facilitando su desenvolvimiento procesal, apostando el deber de introducir en dicha regulación la "obligación de renegociar" los términos del contrato. En este sentido, Hijas Cid, E.: "¿Es necesaria una regulación de la cláusula "rebus" para 2021?", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 94, noviembre-diciembre 2020.

70 Gómez Pomar, F. y Alti Sánchez-Aguilera, J.: "Cláusula *rebus*", cit., p. 558.

71 *Ibídem*.

72 García Rubio, M. P.: "Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España", *Revista de Derecho Civil*, VII (2), pp. 15 a 46.

septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, el legislador estatal ha encomendado al Gobierno que realice un estudio para considerar la codificación de la doctrina *rebus*. Con más arranque, aún, el Decreto-Ley 34/2020, de 20 de octubre, aprobado por el legislador catalán, anuncia en su Disposición Final primera que, "en el plazo de dos años desde su publicación, el Gobierno catalán elaborará y aprobará un proyecto de ley para incorporar en el ordenamiento jurídico de Cataluña la regulación de carácter general necesaria para el restablecimiento del equilibrio contractual en los supuestos de cambio imprevisto de circunstancias", en aras a evitar el "incremento indeseable de la litigiosidad". Ya se ha advertido, sin embargo, que una formulación excesivamente vaga o genérica de la doctrina no evitaría el recurso a la autoridad judicial (más bien lo contrario[73]). Por su parte, una enunciación demasiado detallada imprimiría más rigidez a un sistema que pretenden flexibilizar sus impulsores[74].

Mientras, en los juzgados de primera instancia se van aprobando medidas cautelares solicitadas por arrendatarios de locales de negocio consistentes en suspender la obligación del pago de la renta y prohibir al arrendador la interposición de una demanda de desahucio durante la tramitación del procedimiento. Algunos de ellos las desestiman, no obstante, alegando que la aplicación de la doctrina *rebus* no puede ser automática: no toda situación de crisis o inestabilidad genera, *per se*, un desequilibrio tal que justifique la modificación de lo acordado en el contrato. La relación de causalidad entre la alteración de la circunstancia contractual y el efecto que se reclama revisar debe ser, obviamente, directa. Y el ajuste que debiera hacerse, en su caso, desde la autoridad judicial, el mínimo posible, por respeto al principio *pacta sunt servanda*. ¿Hasta dónde revisar (y rebajar)? ¿Cuál es el punto "justo"? ¿Debe dejar de ser un contexto "injusto" para la parte deudora? ¿Únicamente debe dejar de considerarse "excesivamente oneroso"? ¿Cómo descifrar, con precisión, ese "exceso de onerosidad"? ¿Podría codificarse tal previsión?

Con todo, parece que el consenso se focaliza, en los últimos meses, sobre la conveniencia de alentar la "renegociación" de los términos del contrato por las partes contratantes, como exigencia y manifestación de la buena fe[75]; tomando, siempre, en consideración que la doctrina *rebus* –y, por tanto, dicha "renegociación"- no cumplen la función de "reajustar" los contornos del contrato sinalagmático cuando una de las partes no puede pagar su prestación dineraria. Como se ha dicho, "la regla *rebus* ha sido elaborada y ocasionalmente aplicada

73 Gómez Pomar, F. y Alti Sánchez-Aguilera, J.: "Cláusula *rebus*", cit., p. 564.

74 Artíñano Marra, P.: ""Rebus sic", cit.

75 Díez Soto, C. M. y González Pacanowska, I.: "Los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados del Covid-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el Derecho español", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, marzo 2021, pp. 180 a 237.

por la jurisprudencia, no en contextos de dificultades de cumplimiento, sino en contingencias excepcionales en las que se rompe el equilibrio contractual y la contraprestación de una parte no queda justificada por la prestación de la otra"[76]. La regla no puede responder a todas las situaciones en las que a un deudor se le haga excesivamente onerosa la prestación por un acontecimiento que no había previsto; ya que, en tal caso, dejaría de ser excepcional el recurso de la *rebus* y se atentaría, directamente, contra la seguridad jurídica que pretende garantizar el principio *pacta sunt servanda*. Coincido en que la doctrina *rebus* no fue ideada para abarcar circunstancias de mercado, exógenas al contrato, que convierten en económicamente no rentable, para una de las partes, el intercambio de prestaciones pactado. Para que resultara de aplicación, el principio *rebus*, un sobrecoste extraordinario del deudor debería de ir acompañado de una rebaja desproporcionada del coste de la contraprestación que soporta el acreedor[77]. Y en esa ruptura –no prevista, grave y fundamental- del sinalagma, del equilibrio de las partes, es donde entraría la *rebus*. De forma excepcional; tras valorar, el juzgador, todos los elementos que contextualizan el marco de cumplimiento de ambas prestaciones.

III. LA DOCTRINA *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL DERECHO DE FAMILIA: ¿RESULTA NECESARIA SU ARTICULACIÓN PARA LA REVISIÓN DE LAS OBLIGACIONES INTRAFAMILIARES?.

1. Punto de partida.

Se ha planteado la conveniencia de que la doctrina *rebus* sea exportada, desde el Derecho de obligaciones y contratos, al Derecho de familia. A los efectos de tal extrapolación, entiendo que se ha pretendido equiparar la relación obligatoria que surge en el marco de un contrato sinalagmático de tracto sucesivo con la obligación legal –fijada en sede judicial- de pagar, de forma continuada, una pensión alimenticia (derivada o no de un proceso matrimonial) o una pensión compensatoria. De igual modo, se ha sumado a este elenco de pensiones periódicas candidatas para la regla *rebus*, la correspondiente a la conmutación del usufructo vidual por parte de los herederos del causante; así como el propio pacto en previsión de ruptura que hayan otorgado los cónyuges con anterioridad y con relación al momento de cese de la relación de pareja. Disparidad de supuestos; agrupados, al efecto de la valoración de la procedencia de la doctrina *rebus*, únicamente sobre la base de tratarse de acuerdos u obligaciones que se prolongan en el tiempo. Hay un momento inicial en el que se fija el contenido de dicho acuerdo u obligación y un momento posterior en el que, debido a un cambio en las circunstancias en las que

76 Carrasco Perera, Á.: "Cláusula *rebus sic stantibus* y préstamos hipotecarios", *Actualidad Civil*, núm. 7, 1 de julio de 2021, p. 7. También, el mismo autor, en "Al fin", cit.

77 *Ibídem.*

se adoptó aquel acuerdo o se estableció aquella obligación pecuniaria, emerge, para el obligado al pago, la necesidad (o conveniencia) de solicitar la modificación o extinción de dicho deber.

Ante este planteamiento, mi primera impresión desemboca en confusión. Considero que se mezclan situaciones que no deben abordarse de manera conjunta y unitaria, solamente por tratarse de obligaciones pecuniarias de carácter periódico. Fundamentalmente, por dos razones:

1) La mayoría de las obligaciones periódicas que engrosan esa mixtura se corresponden con pensiones alimenticias y compensatorias fijadas por un juez, generalmente en el marco de un proceso judicial de separación, divorcio o nulidad. Aunque nos detendremos con detalle en este aspecto, conviene adelantar que todas las medidas que deben recogerse en el convenio regulador que ponga fin al proceso son valoradas por la autoridad judicial, en aras a proteger el interés de los hijos o hijas –menores o mayores de edad- de la expareja y, en su caso, el del cónyuge que ha sufrido un desequilibrio económico, a causa de la ruptura. Es innegable que resulta difícil trasladar al ámbito de este tipo de decisiones judiciales un recurso jurídico que ya opera, con dificultad, en sede de contratos sinalagmáticos. No nos encontramos ante contratos que implican prestaciones para ambas partes: se trata, más bien, de la concreción judicial de una obligación legal establecida por el Código civil y derivada de la filiación, de la patria potestad, del vínculo matrimonial o, en su caso, del parentesco; con la dimensión de cuasi Derecho público que esto alcanza.

2) La gran mayoría de los supuestos en los que se solicita (pretendiendo la aplicación de la doctrina *rebus*) la "rebaja" de la pensión pagadera por orden del juez, se basan en que un acontecimiento (o decisión) posterior a la resolución judicial sitúa al obligado en un contexto económico "peor" que el inicial, a la hora de afrontar el pago. "Algo" cambia en la vida del obligado (o en la del beneficiario de la pensión) que modifica el *statu quo* en el que se fijó la cantidad a pagar. Y esa ecuación no se corresponde, como se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior, con la funcionalidad del principio *rebus*. De ahí que los preceptos del Código civil que, expresamente, permiten revisar la cantidad de la pensión, no indiquen, en ningún caso, que deba tratarse de acontecimientos de carácter imprevisible o extraordinario.

Conscientes de que la ruptura de una relación de pareja –sobre todo habiendo hijos o hijas- acarrea, en muchas ocasiones, para los ex-cónyuges, un empeoramiento de su situación económica, no es menos cierto que, a menudo, con un destacable patrón de género, las decisiones post-separación de adquirir una nueva vivienda –en muchas ocasiones iniciada una nueva relación de pareja- junto a los deseos de vivir de una manera más desahogada, incentivan, a los obligados

al pago de una pensión, a solicitar al juez, desde una custodia compartida (para no tener que pagarla) a una "revisión" (o extinción) de la obligación de abonarla. No puede obviarse que hay toda una batería de recursos jurídicos, en marcha, para tratar de "liberar", a estos obligados, del pago de dichas pensiones periódicas intrafamiliares; especialmente cuando los hijos o hijas beneficiarias son ya mayores de edad[78]. Este sí que es terreno abonado para incumplimientos oportunistas. En otras ocasiones, sin embargo, desde la honestidad, los acontecimientos acaecidos con el transcurso del tiempo recomendarán una revisión de la cantidad fijada. De nuevo, aflora la casuística que una amplia formulación legal no podrá nunca evitar.

2. Pensiones establecidas en sede judicial.

En este apartado posamos nuestra atención en tres tipos de pensión que deben fijarse, siempre, en sede judicial: la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, derivadas de un proceso matrimonial (arts. 90, 91, 93, 97 y 100 CC) y la pensión de alimentos establecida en un proceso *ad hoc* (arts. 142 y ss. CC). En los tres casos habrá de determinarse la cantidad concreta que deberá abonar el obligado; que dependerá, como bien indican los preceptos citados, de su capacidad económica y de las necesidades (o, en su caso, del desequilibrio) del beneficiario.

En este caso, a diferencia de la regla *rebus sic stantibus*, el legislador estatal sí ofrece, en el propio Código civil, pautas de carácter general, en lo tocante a la revisión de las cantidades prefijadas para el pago de las pensiones. Para empezar, en el artículo 90.3: "Las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges". (…). Las medidas que hubieran sido convenidas ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código". También en el artículo 91.I, con la misma idea de fondo: "En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, la autoridad judicial, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, el destino de los animales de compañía, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las

78 Sobre esta cuestión, Beriain Flores, I. e Imaz Zubiaur, L.: "La falta de relación entre el progenitor alimentante y sus hijos mayores de edad como causa de extinción de la obligación de alimentos. análisis de la actualidad jurisprudencial", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio 2022, pp. 118 a 155.

circunstancias". Continúa el artículo 93.I: "El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento". Y el artículo 97 CC *in fine*, sobre la pensión compensatoria: "En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad". Sobre dicha pensión por desequilibrio, asimismo, el artículo 100.I CC: "Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen". Y en sede de obligación legal de alimentos, el artículo 147 CC: "Los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos".

En nada se parecen las previsiones de estos preceptos a la doctrina *rebus*, tal y como la hemos configurado en los apartados anteriores. De estas disposiciones se desprende, a contrario, el carácter ordinario que se le imprime a la alteración de las circunstancias vitales y económicas del obligado y del beneficiario. Nos encontramos ante el pago de cantidades relativas al sustento de las personas beneficiarias –en la mayoría de los casos, hijos e hijas del obligado al pago-: resulta razonable y oportuna, por ello, la perspectiva del cambio que puede producirse (y, de hecho, se produce, de forma constante) en la trayectoria vital de las mismas. Los gastos suelen aumentar y se diversifican, además, las partidas a las que corresponden. No se trata, por tanto, de un acontecimiento extraordinario ni imprevisible que requiere la valoración puntual de la autoridad judicial. El propio artículo 93.I CC nos habla de una "acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento". Sugiere, pues, una actividad continuada y reglada, de puesta al día. De equilibrio, en la medida en que se pueda, entre pensión, necesidades y posibilidades de pago. Evidentemente, si el legislador prevé, con carácter general y ordinario, esta acomodación, por el mero hecho de que se alteren (y lo hacen con frecuencia) las circunstancias que contribuyen a fijar la cantidad a abonar en concepto de pensión, no necesitaremos recurrir, como último remedio, al principio general que encarna la *rebus* –excepcional y basado en alteraciones imprevisibles y extraordinarias que generan efectos graves en el equilibrio entre las prestaciones de las partes- para que se opere, en sede judicial, la revisión de aquella cuantía inicial. Y ello, con independencia de que, en pura lógica y equidad, los tribunales hayan exigido (al menos hasta 2015), que esa alteración que fundamenta la solicitud de revisión sea sustancial y permanente, no habiendo sido contemplada *ab initio* en la resolución judicial.

Qui plus potest, minimum potest. Quien puede lo más, puede lo menos. Quien puede operar un cambio sobre lo ordinario, no necesita esgrimir un argumento que avale lo extraordinario. Abona esta conclusión la propia reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, sobre la letra de alguno de los preceptos antes citados. En efecto, el legislador estatal ha suprimido, del texto del artículo 90.3 CC, el término "sustancial", con relación al tipo de alteración que debe darse para que el obligado al pago pueda solicitar la revisión de la cuantía de la pensión: ahora, tras la reforma de 2015, únicamente debe tratarse de un "cambio de las circunstancias", sin que resulte necesaria la "alteración sustancial de las circunstancias" que hasta entonces se exigía. De forma idéntica se ha operado la mutación en el artículo 100 CC, eliminándose el adjetivo "sustancial" de la alteración en la fortuna de uno u otro cónyuge, con relación al cambio de cuantía de la pensión compensatoria prefijada. Esta clara dosis –no casual- de laxitud en el propio articulado del Código civil lo separa, aún más, si cabe, de la doctrina *rebus*, aunque no se les haya imprimido, de forma homogénea, a todas las disposiciones arriba reproducidas[79].

Por eso, aunque nos encontremos lejos del hábitat natural de la *rebus*, no me resisto a enumerar, aquí, los cambios o alteraciones que suelen sustentar, de ordinario, las solicitudes de revisión de la cuantía de las pensiones alimenticias y compensatorias; para acabar de deslindar la funcionalidad de este tipo de "reajuste" respecto de la reservada a la doctrina *rebus*. Sobre todo, haciendo hincapié en la imprevisibilidad, en el carácter extraordinario y en la grave ruptura del equilibrio que se debería generar entre la persona obligada al pago y la persona beneficiaria de la pensión, si realmente estuviéramos, como se ha afirmado, ante un "supuesto legal de cláusula *rebus*"[80]. Los acontecimientos que se estiman suficientes para proceder, en sede judicial, a la revisión de la cuantía de la pensión, responden, en principio, al siguiente esquema: 1) Se trata de sucesos nuevos; 2) Son hechos que no se han tenido en cuenta en el momento de fijarse la pensión; 3) Generan un cambio relevante en las bases económicas o personales tomadas en consideración a la hora de establecer la cuantía de la pensión; 4) No hace falta que sean imprevisibles y extraordinarios; 5) Deben darse con carácter permanente o estable; 5) No deben ser imputables al que demanda la revisión y 6) Afectan sustancialmente a la justicia, equidad o suficiencia de las medidas adoptadas, por lo que justifican su sustitución por otras. Con este esquema en la mano, los motivos que se han esgrimido, ante los tribunales, para sustentar la petición de revisión han sido los siguientes: nacimiento de nuevos hijos del obligado (difícil de afirmar que no resulta "imputable" a éste), incremento de las necesidades del

79 Sobre este tratamiento desigual, con detalle, Moreno Flórez, R. M.: *Alteración de las circunstancias en Derecho de familia: instituciones viejas para tiempos nuevos*, Dykinson, 2018, pp. 107 y ss.

80 Martínez Velencoso, L. M.: "Supuestos de cláusula "rebus sic stantibus" en el Derecho de Familia", en AA.VV.: *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado* (dir. T. Torres García, coord. por F. Infante Ruiz, M. Otero Crespo y A. Rodríguez González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 pp. 478 y ss.

alimentista, disminución de las necesidades del alimentista, obtención de ingresos por el alimentista y variación de ingresos del alimentante. De forma similar, con relación a la pensión compensatoria: recepción de una herencia por parte de la beneficiaria, consolidación de su situación laboral, aptitud para la reintegración en el mercado laboral, liquidación del régimen económico matrimonial y disminución de ingresos del obligado al pago[81].

A mi juicio, estos no son supuestos que sugieren imprevisibilidad. Al contrario: son razonablemente previsibles o imaginables. Tampoco son acontecimientos de una envergadura tal que puedan calificarse de extraordinarios, en su gran mayoría. Pertenecen, por el contrario, a una esfera más cotidiana, más apegada a las cambiantes necesidades de los seres humanos. Más próxima a los contextos en los que crecen los hijos e hijas de los obligados al pago; más, si cabe, en los casos de descendientes con necesidades especiales. Son concreciones monetarias del simple ejercicio de las obligaciones parentales: no se fundamentan, por tanto, en acuerdos sinalagmáticos que deben pivotar sobre la justicia conmutativa. Emerge el interés superior del menor o, en su caso, el desequilibrio sufrido por uno de los cónyuges constante la unión marital, como núcleo obligado de los pronunciamientos judiciales (arts. 14, 32 y 39 CE). Una protección de Derecho cuasi público, pero, a la vez, más apegada al día a día de los protagonistas. Sentencias recientes sobre modificación de medidas definitivas adoptadas en procesos matrimoniales exigen, por ello, solamente, que se hayan operado cambios "ciertos y sustanciales" en las circunstancias de los progenitores; que favorezcan, eso sí, el interés del menor (SSTS 211 y 215 5 abril 2019)[82]. La primera de estas resoluciones alude, justamente, al criterio principal para que puedan operarse estos cambios en las medidas adoptadas judicialmente: "No es preciso que el cambio de circunstancias sea sustancial, sino que sea cierto e instrumentalmente dirigido al interés y beneficio del menor". Ni extraordinario, ni tan siquiera sustancial o relevante. Nadie habla, pues, en estas resoluciones, de la regla *rebus.*

Aquella otra línea de argumentación es la que comenzaron a trazar las SSTS 30 junio y 15 octubre 2014, cuando alentaron a "normalizar" el uso de la doctrina *rebus.* Tal vez extenderla a otros escenarios, más allá de los aflorados en el seno de un vínculo contractual, entraba, también, en aquella hoja de ruta. Lo cierto es que resulta complicada la extrapolación del principio *rebus* al reajuste de estas pensiones intrafamiliares, cuando ni siquiera hay una "contraprestación" con la que medir la desaparición de la "base" o la "frustración" del fin del "negocio". Y si, por querer forzar (mucho), asimiláramos la inexistente "contraprestación" con las "necesidades del alimentista" (por ser la "contingencia" que se halla "al otro lado"), llegaríamos al cénit de la cuestión: que la doctrina *rebus*, tal y como la configuró

81 *Ibídem*, pp. 480 y ss.

82 SSTS 211 y 215 5 abril 2019 (RJ 2019, 1866 y RJ 2019, 1791).

(y sigue configurándola) la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no es un recurso jurídico, de uso ordinario, que deba asumir la función de garantizar una mayor holgura económica al deudor (el obligado al pago de la pensión, en este caso) cuando nuevos escenarios vitales y/o económicos le aprietan el bolsillo[83]. En todo caso, que el legislador incluya, en distintas disposiciones legales, fórmulas amplias y genéricas de adaptación no implica (más bien, lo contrario) que la autoridad judicial no deba aplicarlas con rigurosa minuciosidad; valorando, caso por caso, los diversos elementos concurrentes.

3. Conmutación del usufructo vidual.

También se ha tratado de aplicar la doctrina *rebus* a aquellos supuestos en los que los herederos del causante proceden a la conmutación del usufructo vidual. Conforme al artículo 839 CC, los herederos pueden satisfacer la cuota legitimaria correspondiente al cónyuge viudo, asignándole –a cuenta del derecho de usufructo que se le adjudica *ex lege*-, una renta vitalicia, de pago periódico. Su relación con la materia que nos ocupa: la pretensión de los herederos de reducir o, en su caso, extinguir, alegando la doctrina *rebus*, la obligación del pago de la pensión vitalicia acordada, previamente, en virtud de un convenio de conmutación; y que recibe, en su caso, aprobación judicial.

Resulta paradigmática, en el análisis de esta cuestión, la STS 5 abril 2019[84]. En el caso que resuelve el Alto Tribunal mediante esta reciente resolución –en la que es ponente la Magistrada María Ángeles Parra Lucán-, los cinco hijos del causante, de un anterior matrimonio, instituidos herederos en testamento, se obligan, vía convenio de conmutación, a abonar al cónyuge viudo una renta vitalicia por un importe anual de 90.151,80 euros; pagadera por trimestres, actualizable anualmente conforme al IPC y garantizada mediante la constitución de un aval bancario a primer requerimiento con vigencia de tres años y renovación sucesiva, una garantía real complementaria constituida sobre la vivienda usufructuada por la viuda y la obligación de los herederos de conservar bienes bastantes para hacer frente a su pago (FD Primero, Antecedente 1). Los herederos, recurridos en casación, alegan la crisis financiera de 2008 como hecho determinante para la aplicación de la cláusula *rebus* y se apoyan en la STS 23 noviembre 1962[85] para

83 Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario a", cit.

84 STS 5 abril 2019 (RJ 2019, 1360).

85 STS 23 noviembre 1962 (RJ 1962, 5005). En la sentencia de 1962, "tras rechazar que resultara adecuada la aplicación de la regla "rebus" que llevó a cabo el tribunal "a quo" para aceptar la solicitud de la viuda de revisión de la renta, se consideró que el fallo era ajustado a derecho por otras razones. Fue relevante en ese caso: en primer lugar, que el acuerdo de conmutación entre la viuda y la madre del esposo fallecido se realizó computando el usufructo sobre un tercio de la herencia (conforme a la redacción originaria del Código entonces vigente) cuando a continuación la madre, prescindiendo de toda consideración sobre la regulación de aceptación y repudiación de la herencia, renunció a la herencia y solicitó que se defiriese a la línea colateral, lo que incrementaba la participación en la herencia de la viuda, sin que pese a ello se modificara la renta (de "injusticia inicial" habla la sentencia); en segundo lugar, que la renta hubiera sido convenida el 30 de junio de 1939 en función del precio de los frutos y previa estimación de las rentas de

extender su aplicación al campo del Derecho sucesorio, pese a que se trató, aquél, de un asunto que se ciñó a un ajuste del acuerdo de conmutación a criterios contractuales y justificativos del importe de la prestación (que, por cierto, rechazó la citada resolución)[86]. La STS de 2019 estima el recurso de casación interpuesto por el cónyuge supérstite, oponiéndose a la modificación solicitada por los herederos, porque considera que la crisis económica de 2008 no comporta tal riesgo empresarial, en el caso enjuiciado, que deba ser compartido por aquél [no la considera imprevisible o inevitable el TS ya desde la Sentencia 8 octubre 2012[87]. Una reducción de las ganancias empresariales no coloca a los herederos en la posición de reclamar una revisión de la cuantía de la renta vitalicia; como no lo haría, con relación al cónyuge viudo, un aumento de los beneficios. Dispone, con acierto, la resolución, que los herederos pudieron establecer el derecho de la viuda a un porcentaje de los beneficios de la empresa, lo que le hubiera hecho partícipe en el riesgo de la explotación empresarial. Al no hacerlo así y fijar el derecho a una renta vitalicia, los herederos asumieron el riesgo propio de la explotación empresarial y del mercado inmobiliario. El riesgo que procede del deterioro de la situación económica y de las variaciones del mercado es el propio de la actividad empresarial de los obligados al pago, que vieron liberados los bienes hereditarios al conmutar el usufructo vidual. No existe una imposibilidad sobrevenida de cumplir con la obligación de pago y, además, hay patrimonio productivo suficiente para respaldarlo.

Volvemos a ver, de la mano de esta sentencia, la función que los herederos quieren conferir al principio *rebus* (en sintonía con la línea que trataron de abrir las dos sentencias de 2014) y la que, con mayor rigurosidad, le vuelve a imprimir la Sala 1ª del Tribunal Supremo[88]. No se trata, pues, de que los obligados a un pago periódico puedan recurrir a la doctrina *rebus* cada vez que encuentren dificultades, no sopesadas, que les resulten agobiantes. La base de las obligaciones quedaría

las tierras de la herencia en las que le correspondería el usufructo y que, cuando se solicitó la revisión, en 1955, unos y otras hubieran aumentado en el orden del 400 al 500 por 100 para los frutos y del 600 al 800 por 100 para las rentas; en tercer lugar, la consideración de que el usufructo legal atendía al fundamento principal de conservar al cónyuge en la posición económica que tenía en el matrimonio y esa era la finalidad económica del contrato de conmutación celebrado por las partes, cuya base se había visto alterada por circunstancias sobrevenidas excepcionales. Con apoyo en estos razonamientos, la sala consideró que era justa consecuencia de la buena fe en sentido objetivo (art. 1258 CC) restablecer la base del contrato mediante la actualización de la renta pactada que se había mantenido sin actualizar y que resultaba irrisoria para la subsistencia de la viuda, cuando el valor de los frutos y las rentas era tan desproporcionadamente superior" [FD Cuarto STS 214 5 abril 2019].

86 Egea Fernández, M. Á.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 214/2019, de 5 de abril", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 111, 2019, pp. 309 y ss. Cita la autora, con relación a la sentencia de 1962 que se trae a colación en la sentencia de 2019 que comenta, a Amunátegi Rodríguez, C.: *La cláusula*, cit., pp. 96 y 97; también, González Pacanowska, I.: "Alteración sobrevenida", cit., p. 176.

87 STS 8 octubre 2012 (RJ 2012, 9027).

88 Según Carrasco Perera, Á.: "Comentario a", cit., pp. 175 y ss.: "La regla *rebus* sólo admite tres fundamentaciones. Bien se explica como una técnica de redistribución de ciertos riesgos ("extraordinarios", etc.) imprevisibles, bien se concibe como una regla supletoria cuando las partes no han procedido decididamente a una asignación del riesgo sobrevenido para el supuesto de hecho tradicionalmente cubierto por la cláusula *hardship*/*rebus*, bien se trata sólo de un expediente para hacer justicia conmutativa.

desnaturalizada –y desgarrada la seguridad jurídica que comporta la máxima *pacta sunt servanda*- si el deudor pudiese verse liberado de su obligación en cuanto aparecieran en escena contextos de dificultad con relación al cumplimiento. Ningún acreedor querría verse inmerso en una relación obligatoria, si tales fueran los contornos del sistema jurídico. La clave está en la asignación del riesgo, punto crucial de toda doctrina sobre revisabilidad[89]: si se trata de un riesgo inherente al contrato, la *rebus* queda excluida y no procede la pretensión de deslocalización. Si los solicitantes, como en este caso, son profesionales que explotan las empresas que ven disminuidas sus ganancias, no pueden alegar imprevisibilidad en el cambio de ciclo económico o en la llegada de una situación de inestabilidad duradera. No hay, como se ha dicho, margen legítimo para la sorpresa[90].

4. Pactos en previsión de ruptura.

En último lugar de este análisis se encuentran, ante la ausencia de regulación por parte del legislador estatal, los pactos en previsión de ruptura matrimonial contemplados en el apartado 5 del artículo 231-20 del Código civil de Cataluña; en el que se explicita su ineficacia sobrevenida si, en el momento en que se pretende el cumplimiento, resultan gravemente perjudiciales para un cónyuge, acreditando éste que han sobrevenido "circunstancias relevantes" que "no se previeron ni podían razonablemente preverse" en el momento en que se otorgaron. Por su parte, el artículo 233.7 CCCat regula la posibilidad de que el juez modifique las medidas ordenadas en un proceso matrimonial si se produce una "alteración sustancial de las circunstancias" con respecto al momento de su otorgamiento. Esta posibilidad solo existe, obviamente, para aquellas medidas que, según los artículos 233-2 y 233-4 CCCat, son contenido necesario del convenio regulador o de las medidas judiciales a adoptar en un proceso matrimonial. De ahí que la posibilidad de modificación de la que trata el artículo 233.7 CCCat no pueda ser aplicada a los acuerdos incluidos en los pactos en previsión de la ruptura, en tanto en cuanto estos no hayan sido renovados en virtud de convenio regulador o por las medidas adoptadas por el juez en el proceso matrimonial. La modificación o ineficacia de dichos pactos previsores, ante el cambio de circunstancias, debe producirse, pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231-20.5 CCCat, como así se deduce del artículo 233.5.1 CCCat: "Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo con el artículo 231-20 y los adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador vinculan a los cónyuges (…)". Tal y como anotábamos *supra*, en el análisis de la normativa del Código civil, la doctrina catalana que examina con detalle la regulación de estos pactos los separa, también, con nitidez –en cuanto

89 González Pacanowska, I.: "Alteración sobrevenida", cit., p. 151.

90 Carrasco Perera, A.: "Comentario a", cit., pp. 175 y ss.

a su ineficacia, con relación a la alteración por circunstancias sobrevenidas-, de los convenios reguladores aprobados en sede judicial.

Hablamos, por tanto, de la modificación o extinción de pactos no vinculados a un proceso judicial pero vinculantes para sus otorgantes. Y en este marco, según Castiñeira Jerez, la previsión del artículo 231-20.5 trata de impedir que dichos pactos en previsión no resulten —al tiempo de su cumplimiento o ejecución— gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, como consecuencia de un cambio sobrevenido de circunstancias. La fórmula vuelve a ser amplia, genérica: han de valorarse, para la concurrencia de la modificación o extinción, circunstancias "sobrevenidas" (que no hayan existido en el momento del otorgamiento) y "relevantes" (sin cuya existencia en el momento de contratar las partes no hubieran pactado o, si hubieran pactado, lo habrían hecho en otros términos)[91]. Además, deben ser circunstancias "imprevistas o que razonablemente no se hubieran podido prever" en el momento de su otorgamiento. Curiosamente, los estudiosos de esta cláusula consideran acertada esta última previsión legal por cuanto supone un alejamiento notable de la (a juicio de ellos denostada) doctrina jurisprudencial sobre la regla *rebus sic stantibus*; en la que se exige, como es sabido, una imprevisibilidad absoluta, objetiva y radical[92]. En su parecer, la previsión catalana recoge la mejor doctrina sobre imprevisibilidad: el artículo 230-20.5 parte de la imprevisión, pero, además, exige una imprevisibilidad razonable. El texto catalán requiere que las partes no hayan consentido el cambio de circunstancias o sus consecuencias —si lo hubieran previsto lo habrían consentido— y que, además, no hayan asumido el riesgo del cambio de las mismas: si el cambio de circunstancias o sus consecuencias hubiera sido razonablemente previsible, entonces las partes deberían asumir el riesgo consistente en el grave perjuicio causado[93].

El carácter extraordinario que se exige en la *rebus* a la circunstancia sobrevenida tampoco está presente en la regulación catalana. Volvemos a verlo: la regulación de un mecanismo de reajuste para contenidos, personales y patrimoniales, pactados por la pareja para el escenario post ruptura, se separa, una vez más, de la configuración jurídica con la que el TS caracteriza al principio *rebus*. Bienvenidas las previsiones de actualización, adaptación, acomodación y revisión. Pero no es

91 Castiñeira Jerez, J.: "La ineficacia de los pactos en previsión de la ruptura conyugal ante el cambio sobrevenido de las circunstancias", en AAVV.: *Qüestions actuals del dret català de la persona y de la família*, coordinado por el Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona, Jornadas de Dret català Tossa del Mar, 21 y 22 de septiembre de 2012, Documenta Universitaria, Girona, 2013, pp. 605 y ss.

92 *Ibídem*, p. 611. También, Castiñeira Jerez, J.: "*Pacta sunt*", cit. De referencia, asimismo, Medina Alcoz, M.: "Pactos prematrimoniales, «*pacta sunt servanda» y modificación sobrevenida de las circunstancias*", en AA.VV.: *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa* (dir. M. Pereña Vicente y J. Delgado Martín, coord. por Mª M. Heras Hernández), Pamplona, 2015, p. 774. También, Ginés Castellet, N.: "El cambio de circunstancias en los pactos preruptura matrimonial en materia de convenio regulador. Un análisis del artículo 231-20.5 del Código civil de Cataluña", Universidad Ramón Llull, https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/490661/321811

93 Castiñeira Jerez, J.: "La ineficacia", cit., p. 612.

éste (insistimos) el espacio en el que la excepcionalidad de la doctrina *rebus* se ocupa de articularla.

BIBLIOGRAFÍA.

Albaladejo García, M.: *Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, vol. I, *La obligación y el contrato en general*, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1989.

Amunátegui Rodríguez, C.: *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Artíñano Marra, P.: ""Rebus sic stantibus" y su aplicación a los contratos en situaciones de crisis. Los retos de su regulación normativa", *ICADE Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 110, julio-diciembre 2020.

Badenes Gasset, R.: *El riesgo imprevisible (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional)*, Bosch, Barcelona, 1946.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "La doctrina de la base del negocio en el ordenamiento alemán", en AAVV.: *Homenaje JuanB. Vallet, de Goytisolo*, vol. VI, Consejo General del Notariado, Madrid, 1989.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, enero-abril 2015.

Beriain flores, I. e Imaz Zubiaur, L.: "La falta de relación entre el progenitor alimentante y sus hijos mayores de edad como causa de extinción de la obligación de alimentos. análisis de la actualidad jurisprudencial", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio 2022, pp. 118 a 155.

Berrocal Lanzarot, A. I.: "La cláusula *rebus sic stantibus*. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala Primera, de 17 de enero de 2013", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 60, 2014, pp. 199 y ss.

Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

Carrasco Perera, Á.: "Comentario a la Sentencia de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 6129)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 98, mayo-agosto 2015, pp. 175 y ss.

Carrasco Perera, Á.: "Estrategias contractuales para defenderse de la reciente y perturbadora doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus", Análisis GA&P*, 2015.

Carrasco Perera, Á.: "Al fin la madre de todas las batallas del COVID 19: "Rebus sic stantibus". Con ocasión de una reciente propuesta institucional", *Centro de Estudios de Consumo*, Publicaciones Jurídicas, 22 de mayo de 2020.

Carrasco Perera, Á.: "Cláusula *rebus sic stantibus* y préstamos hipotecarios", *Actualidad Civil*, núm. 7, 1 de julio de 2021.

Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español*, III, 17ª ed., Madrid, 2008.

Castiñeira Jerez, J.: "*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de circunstancias", *Revista de Derecho Patrimonial*, 29, 2012, pp. 71 y ss.

Castiñeira Jerez, J.: "La ineficacia de los pactos en previsión de la ruptura conyugal ante el cambio sobrevenido de las circunstancias", en AAVV.: *Qüestions actuals del dret català de la persona y de la familia*, coordinado por el Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona, Jornadas de Dret català Tossa del Mar, 21 y 22 de septiembre de 2012, Documenta Universitaria, Girona, 2013, pp. 605 y ss.

Castro, A. M. y Zapata, A. C.: "El Hardship en los contratos internacionales", *Revista Mercatoria*, vol. 4, núm. 2, 2005.

Chamie, J. F.: "Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato", *Revista de Derecho Privado*, núm. 14, 2008, pp. 113 y ss.

De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, reimpresión 1971.

Díaz García, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Universidad Autónoma de Madrid, 1998.

Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

Díez Soto, C. M. y González Pacanowska, I.: "Los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados del Covid-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el Derecho español", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, marzo 2021, pp. 180 a 237.

Dörr Zegers, J. C.: "Notas acerca de la teoría de la imprevisión", *Revista chilena de Derecho*, vol. 12, 1985, pp. 253 y ss.

Egea Fernández, M. Á.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 214/2019, de 5 de abril", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 111, 2019, pp. 309 y ss.

ESPERT SANZ, V.: *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, Madrid, 1968.

ESTRUCH ESTRUCH, J.: "La aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus"", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 96, núm. 780, 2020, pp. 2037 y ss.

FERNÁNDEZ NAVARRETE, D: "La crisis económica española: una gran operación especulativa con graves consecuencias", *Estudios Internacionales*, 183, 2016, Universidad de Chile, pp. 118 y ss.

FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E.: "*Rebus sic stantibus* y crisis económica. Orden público económico *versus* especulación", *AFD*, XXXIII, 2017, pp. 63 y ss.

FLUME, W: *El negocio jurídico*, 4ª ed., traducido al español por José María Miquel y Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

GARCÍA CARACUEL, M.: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dykinson, Madrid, 2014.

GARCÍA RUBIO, M. P.: "Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España", *Revista de Derecho Civil*, VII (2), pp. 15 a 46.

GINÉS CASTELLET, N.: "El cambio de circunstancias en los pactos prerruptura matrimonial en materia de convenio regulador. Un análisis del artículo 231-20.5 del Código civil de Cataluña", Universidad Ramón Llull, https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/490661/321811

GÓMEZ ANDRÉS, M.: "Historia de la cláusula "REBUS SIC STANTIBUS"" https://www.myriamgomez.com/clausula-rebus-sic-stantibus_fb35431.html

GÓMEZ POMAR, F. y ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, J.: "Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español", *InDret*, 1.2021.

GORDLEY, J. R.: *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford University Press, Clarendon Law Series, 1991.

GREGORACI FERNÁNDEZ, B.: "El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 73, núm. 2, 2020, pp. 455 y ss.

HENRÍQUEZ SALIDO, M., ALAÑÓN OLMEDO, F., ORDOÑEZ SOLÍS, D., OTERO SEIVANE, J. y RABANAL CARBAJO, P. F.: "La cláusula *rebus sic stantibus* en la jurisprudencia actual", *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, núm. 66, 2016, pp. 189 y ss.

IMAZ ZUBIAUR, L.: *La encrucijada notarial en la ejecución hipotecaria*, Atelier, Barcelona, 2020.

Jiménez Gil, W.: "La teoría de imprevisión, ¿regla o principio?", Misión Jurídica, *Revista de Derecho y ciencias sociales*, núm. 2, Cundinamarca, diciembre 2009.

Kaufmann, A.: *Die Klausel: rebus sic stantibus*, Editorial K. Rössler, 1907.

Krückmann, P.: "Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel", *AcP (Archiv für civilistische Praxis)*, núm. 116, 1918.

Larenz, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

Lenel, O.: "La cláusula *rebus sic stantibus*", *Revista de Derecho Privado*, núm. 118 y 119, julio-agosto 1923, pp. 13 y ss.

Luna Yerga, Á. y Xiol Badají, M.: "Rebus sic stantibus: ¿Un paso atrás? Comentario a la STS, 1ª, 15.10.2014 (Ar. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla rebus sic stantibus", *InDret*, 2/2015.

Marañón Astolfie, M. G.: "Evolución doctrinal de la cláusula *rebus sic stantibus* en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la Sentencia del TS de 6 de marzo de 2020 (JUR 2020/89493)", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 52, 2020.

Martín Fuster, J.: "La regulación de la cláusula *rebus sic stantibus*: ¿Una incorporación urgente y necesaria?", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 3, enero-junio, 2021, pp. 207 y ss.

Martínez Velencoso, L. M.: *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 2003.

Martínez Velencoso, L. M.: "Supuestos de cláusula "rebus sic stantibus" en el Derecho de Familia", en AAVV.: *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado* (dir. T. Torres García, coord. por F. Infante Ruiz, M. Otero Crespo y A. Rodríguez González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 478 y ss.

Medina Alcoz, M.: "Pactos prematrimoniales, «*pacta sunt servanda*» *y modificación sobrevenida de las circunstancias*", en AAVV.: *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa* (dir. M. Pereña Vicente y J. Delgado Martín, coord. por Mª M. Heras Hernández), Pamplona, 2015.

Mocholi Ferrándiz, E.: "Análisis de la evolución jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*. Su posible aplicación tras la pandemia COVID-19", *Actualidad Civil*, núm. 5, 2020.

Moll De Alba, C.: "¿Es la cláusula "rebus sic stantibus" la solución a todos los problemas jurídicos del Covid-19?", *Diario la Ley*, núm. 9668, 2020.

Moro Ledesma, S. y Hernández Gil, A.: "En torno a la Ley de 5 de noviembre de 1940", *Revista de Derecho Privado*, XXV, 1941, pp. 17 y ss.

Oliva Blázquez, F.: "Eficacia y cumplimiento de los contratos en tiempos de pandemia", *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 28, 2020.

Orduña Moreno, F. J.: "La cláusula "rebus sic stantibus" y la crisis derivada del coronavirus", *Aranzadi digital*, núm. 1/2020.

Orduña Moreno, F. J. y Martínez Velencoso, L. M.: *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la figura*, Civitas, Madrid, 2013.

Parra Lucán, M. Á.: "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos", *InDret*, 4/2015.

Parra Lucán, M. Á.: "La cláusula *rebus sic stantibus* en la jurisprudencia de la sala primera del Tribunal Supremo", *AFDUAM* Extraordinario, II, 2021, pp. 25 a 37.

Puig Brutau, J.: *Fundamentos de Derecho civil,* tomo II, vol. 1, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1978.

Roca Sastre, R. M.: "El problema de la alteración de las circunstancias", con la colaboración de José Puig Brutau, *Estudios de Derecho Privado*, I, Edersa, Madrid, 1948, pp. 240 ss.

Rodríguez Caro, M. V.: "Crisis económica y la moderna configuración jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*", *Noticias Jurídicas*, 15 de septiembre de 2015.

Ruesga Benito, S. M.: "Para entender la crisis económica en Espala. El círculo vicioso de la moneda única y la carencia de un modelo productivo eficiente", *economíaUNAM*, vol. 10, núm. 28, enero-abril 2013, pp. 70 y ss.

Salvador Coderch, P.: "Alteración de las circunstancias en el artículo 1.213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", *Indret*, Barcelona, octubre de 2009.

Salvador Coderch, P.: "Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y

contratos", *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, núm. 2130, abril 2011, pp. 1 a 49.

Tobar González, L.: "Perseverancia del derecho natural en Cayetano Betancur", *Revista Co-herencia*, vol. 8, núm. 14, enero-junio, 2011, pp. 45 y ss.

Varoufakis, Y.: *El minotauro global. Estados Unidos, Europa y el futuro de la economía global*, traducido al castellano por Carlos Valdés y Celia Recarey, Debolsillo, Barcelona, 2015.

Yzquierdo Tolsada, M.: ""Cláusula rebus sic stantibus" en la compraventa de inmuebles y crisis económica. Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013 (RJ 2013/1013 y RJ 2013/679)", en AAVV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (dir. M. Yzquierdo Tolsada y coordinados por J. Espín Granizo), vol. 6, 2016, pp. 83 y ss.

Zimmermann, R.: *Estudios de Derecho privado europeo*, Civitas, Madrid, 2000.

Zimmermann, R.: *Good faith in European contract law*, Cambridge University Press, Common Core Series, 2000.

CONTRATTO DI CONVIVENZA E SOPRAVVENIENZE C.D. ATIPICHE

COHABITATION AGREEMENT AND CHANGE OF CIRCUMSTANCES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2218-2243

Riccardo
MAZZARIOL

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il saggio analizza un profilo sinora poco esplorato dalla dottrina civilistica riguardante l'incidenza delle sopravvenienze c.d. atipiche sul contratto di convivenza, ossia sul nuovo tipo negoziale introdotto dalla legge n. 76/2016, al fine di verificare se e in che termini eventi impreveduti possano incidere sull'equilibrio delle prestazioni previste nel regolamento pattizio.

PALABRAS CLAVE: Contratto di convivenza; sopravvenienze.

ABSTRACT: *The essay analyzes a profile so far not much explored by civil law concerning the incidence of change of circumstances on the cohabitation agreement, i.e. on the new contract introduced by law no. 76/2016, in order to verify whether and in what terms unforeseen events may affect the balance of performance provided in this agreement.*

KEY WORDS: *Cohabitation agreement; change of circumstances.*

SUMARIO.- I. GLI AMBITI D'INDAGINE.- 1. Le sopravvenienze c.d. atipiche incidenti sul contratto di convivenza.- II. SOPRAVVENIENZE E REGIME PATTIZIO DI ASSISTENZA MATERIALE.- 1. La portata del criterio di "proporzionalità" previsto dal comma 53 della legge n. 76/2016.- 2. Il criterio di "proporzionalità" come canone interpretativo del contratto di convivenza.- III. SOPRAVVENIENZE E ATTRIBUZIONI PATRIMONIALI SUBORDINATE ALLA CESSAZIONE DEL RAPPORTO.- 1. La validità delle attribuzioni patrimoniali subordinate allo scioglimento del rapporto affettivo.- 2. La sorte delle attribuzioni condizionate nel caso in cui si verifichi un evento sopravvenuto.

I. GLI AMBITI D'INDAGINE.

Un profilo sinora poco esplorato dalla dottrina civilistica riguarda l'incidenza delle sopravvenienze c.d. atipiche sul contratto di convivenza, ossia sul nuovo tipo negoziale introdotto dalla legge n. 76/2016, al fine di verificare se e in che termini eventi impreveduti possano incidere sull'equilibrio delle prestazioni previste nel regolamento pattizio.

L'interesse per il tema si giustifica a mente del tendenziale carattere di durata o a esecuzione differita del contratto concluso dai componenti di una convivenza di fatto[1]: in quanto negozio volto a disciplinare rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune, il contratto si proiettata necessariamente nel futuro ed è chiamato a disciplinare aspetti economici del vivere *ad modum coniugii* che sono in divenire. L'esecuzione delle prestazioni disciplinate *ex pacto* finisce così per essere differita rispetto al momento della conclusione dell'accordo, potendosi risolvere in attribuzioni patrimoniali periodiche o *una tantum* da effettuarsi nel corso del rapporto affettivo o al termine dello stesso. Il negozio può dunque risentire di accadimenti "esterni" che si verificano in quel lasso temporale tra il suo perfezionamento e la completa esecuzione della prestazione dovuta, idonei a perturbarne l'equilibrio, le cui conseguenze sull'originario regolamento negoziale non sono state preventivamente disciplinate dalle parti.

In particolare, due sono i profili su cui le c.d. sopravvenienze sembrano incidere maggiormente: il regime convenzionale di reciproca assistenza materiale, stabilito dai conviventi ai sensi del comma 53, lett. *b*), della legge n. 76/2016, e le attribuzioni patrimoniali subordinate allo scioglimento del rapporto.

1 Sui rapporti di durata, v. almeno Oppo, G.: "I contratti di durata", *Rivista del diritto commerciale*, I, 1943, pp. 143 ss. e 227 ss.; Luminoso, A.: "Il rapporto di durata", *Rivista di diritto civile*, 2010, pp. 501 ss.; Longobucco, F.: *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*, ESI, Napoli, 2012, pp. 12 ss. Più di recente, per una sintesi delle posizioni v. anche Tuccari, E.: *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Cedam, Padova, 2018, pp. 6 ss.

• Riccardo Mazzariol
Professore associato dell'Università di Padova. E-mail: riccardo.mazzariol@unipd.it

In limine all'indagine, si avverte sin d'ora che risulta impossibile in questa sede soffermarsi sul più ampio problema della natura giuridica del contratto di convivenza; si lascerà perciò indimostrata l'appartenenza del tipo negoziale ai modelli del Libro IV del Codice civile, con i quali si ritiene condivida i margini di libertà in un contesto che si caratterizza per l'assenza di interessi generali superindividuali e in cui opera a pieno titolo l'autonomia privata[2].

1. Le sopravvenienze c.d. atipiche incidenti sul contratto di convivenza.

I fatti sopravvenuti che possono incidere sull'equilibrio del contratto di convivenza sono quelli che dottrina e giurisprudenza fanno comunemente rientrare tra le sopravvenienze c.d. atipiche[3]. Si tratta di eventi impreveduti che non incidono sulla prestazione in sé del debitore, non rendendola né oggettivamente impossibile ai sensi dell'art. 1463 c.c., né in senso tecnico eccessivamente onerosa *ex* artt. 1467 ss. c.c., ma che si limitano a influire sulla possibilità del soggetto obbligato di adempierla esattamente, poiché ne menomano il patrimonio personale o le capacità reddituali[4]. Si pensi, ad esempio, alla perdita del posto di lavoro di uno dei conviventi o al verificarsi di una patologia che comporta un minor guadagno per il *partner* obbligato, ossia a fatti che determinano uno squilibrio economico dell'assetto degli interessi originariamente perseguito tramite il contratto.

Il legislatore si è limitato a disciplinare nel Codice civile unicamente alcune ipotesi di sopravvenienze, definite "tipiche", negli artt. 1463 c.c. ss., relativi alle vicende che rendono impossibile (in tutto o in parte) la prestazione, e negli artt. 1467 c.c. ss., che regolano le ipotesi di avvenimenti imprevedibili e straordinari che determinano un'onerosità eccessiva della prestazione di una parte. La scienza giuridica esclude però un'applicazione estensiva di questi rimedi ai casi di sopravvenienze c.d. atipiche (non ostante, poi, la maggioranza della dottrina non ritenga questa circostanza un ostacolo alla configurabilità di una tutela a favore del soggetto obbligato)[5].

Per un verso, infatti, pur non ignorando la più recente evoluzione giurisprudenziale che tende a riconoscere l'applicazione analogica della previsione

2 Per un approfondimento dell'argomento, sia consentito rinviare a Mazzariol, R.: *Convivenze di fatto e autonomia privata: il contratto di convivenza*, Jovene, Napoli, 2018, pp. 168 ss.

3 La distinzione tra sopravvenienze "tipiche" e "atipiche" si deve a Sacco, R.: "I rimedi per le sopravvenienze", in Sacco, R. e De Nova, G: *Il contratto*, Utet, Torino, 2016, pp. 1708 ss.

4 Si tratta di fatti che, "intervenendo dopo la conclusione del contratto e prima della sua completa attuazione, mutano il contesto in cui il contratto si attua": così Roppo, V.: "Il contratto", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (a cura di G. Iudica e P. Zatti), Giuffrè, Milano, 2011, pp. 943.

5 Per questa posizione, nel senso di configurare un obbligo legale di rinegoziazione delle clausole contrattuali per evitare lo scioglimento del rapporto in caso di sopravvenienze c.d. atipiche, si vedano almeno Macario, F.: *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996, pp. 312 ss.; Id.: "Le sopravvenienze", in AA.VV.: *Trattato del contratto* (diretto da V. Roppo), V, *Rimedi*, 2, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 689 ss.; Sacco, R.: "I rimedi per le sopravvenienze", cit., pp. 1711 ss.; Roppo, V.: "Il contratto", cit., pp. 972-973.

di cui all'art. 1463 c.c. anche all'ipotesi di sopravvenuta carenza di interesse del creditore all'esecuzione della prestazione[6], non si giunge comunque mai ad accordare a quest'ultimo la possibilità di disporre unilateralmente delle sorti del rapporto contrattuale qualora l'evento impreveduto e straordinario non incida sulla prestazione, che rimane possibile e invariata economicamente, ma solo sulla capacità patrimoniale del soggetto di adempierla. Trattandosi di impossibilità meramente soggettiva, non si ritiene invocabile la risoluzione del contratto *ex* art. 1463 c.c.

Per altro verso, non si reputa nemmeno esperibile il rimedio di cui agli artt. 1467 ss. c.c. Questo complesso normativo prende in considerazione le sopravvenienze ogni qualvolta comportino variazioni qualitative o quantitative di una delle prestazioni[7]: la disciplina sull'eccessiva onerosità sopravvenuta riguarda gli "accidenti relativi ai valori economici e alle loro proporzioni"[8]. Le sopravvenienze più importanti che possono ricorrere nei contratti tra conviventi non si riferiscono però alle variazioni intrinseche della prestazione dovuta, ma riguardano le condizioni patrimoniali dei *partner*, ossia un aspetto "esterno" alla prestazione[9]. Ciò rende impossibile invocare l'onerosità eccessiva, la quale va riferita alla prestazione considerata oggettivamente e non alla situazione soggettiva in cui si trova il debitore e alla sua capacità di farvi fronte[10].

Si consideri, poi, sotto quest'ultimo profilo, un aspetto ulteriore.

Nel contratto di convivenza, a seguito delle c.d. sopravvenienze, non può venire in rilievo un'alterazione del sinallagma: anche qualora le parti pattuiscano attribuzioni reciproche, gli impegni contrattuali non sono sorretti dall'interesse a ottenere le attribuzioni altrui, ma a contribuire alle necessità della vita in comune.

6 Cass. 24 luglio 2007 n. 16315 (*La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 10531); Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958 (*I contratti*, 2008, 786); Cass. 2 ottobre 2014, n. 20811 (*Dejure.it*); Cass. 29 marzo 2019, n. 8766 (*Dejure.it*).

7 Per un approfondimento del tema, si limita il rinvio a Tuccari, E.: *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., pp. 18 ss.

8 Così per Redenti, E.: "Sulla nozione di «eccessiva onerosità»", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, pp. 344 ss. (spec. p. 347). In modo non dissimile, v. anche Bianca, C.M.: *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 414 ss.; Roppo, V.: "Il contratto", cit., pp. 945 ss.

9 Similmente, per gli accordi prematrimoniali, v. Salanitro, U.: "Accordi prematrimoniali e sopravvenienze", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, p. 648.

10 Sacco, R.: "I rimedi sinallagmatici", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), *Obbligazioni e contratti*, 10, II, Utet, Torino, 1982, p. 541; Gabrielli, E.: "*Sub* art. 1467", in AA.VV.: *Commentario al codice civile* (diretto da E. Gabrielli), Utet, Torino, 2011, pp. 632-633, per il quale "l'onerosità deve essere esaminata, per la sua sopravvenuta eccessività, con riguardo alla prestazione considerata nella sua oggettività e non con riguardo alla situazione soggettiva in cui versa il debitore. Le due situazioni (onerosità e difficoltà ad adempiere) operano su piani di valutazione diversi del rapporto dedotto nel contratto, e quindi sono insuscettibili di essere assimilati o sovrapposti nella valutazione dei termini dell'adempimento. La mera difficoltà di adempiere, pertanto, non può mai assumere alcun rilievo ai fini del giudizio sull'onerosità della prestazione, trattandosi di una situazione che investe la sfera soggettiva del debitore, in quanto incide sula sua capacità patrimoniale di adempiere, ma non sulla esecuzione della prestazione considerata nella sua connotazione oggettiva". In modo conforme, in giurisprudenza v., ad esempio, Cass. 10 giugno 2016, n. 11914 (*Il Foro italiano*, 2017, 1, 1, 274).

Non sembra esistere alcun "condizionamento reciproco" tra le prestazioni[11], né il fatto che una prestazione trovi nell'altra la propria "giustificazione"[12] o la propria "ragione determinante"[13]: le attribuzioni non risultano interdipendenti e si giustificano a mente delle esigenze economiche connesse alla relazione affettiva. Una conferma dell'assunto può ricavarsi in quanto dispone il comma 59 della l. n. 76/2016 che, nell'elencare le cause di risoluzione del patto, non contempla la risoluzione per inadempimento.

Come si approfondirà a breve, la ragione giustificatrice del patto *ex* comma 50 è autonoma e non è riconducibile ai tradizionali schemi causali[14]. Né solo una causa di scambio, né unicamente un intento liberale o solutorio: le prestazioni (oltre a non essere sempre bilaterali[15]) non sono legate da un vincolo di sinallagmaticità[16] e l'interesse non patrimoniale che sorregge l'atto è diverso da quello donativo. Se si sposta l'attenzione sugli interessi posti dai conviventi a fondamento delle loro determinazioni d'autonomia e si ricostruisce il rapporto tra questi e la regola pattizia, "non sembra irragionevole proporre il riconoscimento della tipicità sociale della negozialità tra conviventi … e, di conseguenza, fondare liceità ed efficacia di impegni e attribuzioni direttamente sull'accordo in quanto sorretto dalla *causa familiar*e ampiamente intesa"[17].

Ne consegue che nel contratto di convivenza rilevano sopravvenienze definibili come "atipiche" che, sebbene non riconducili alle ipotesi legali dell'impossibilità sopravvenuta o dell'eccessiva onerosità, risultano non per questo meno incidenti sull'equilibrio contrattuale. Escluso, dunque, che la gestione delle stesse possa essere affidata agli istituti codicistici tipizzati, non sembra però possa farsi applicazione

11 Sacco, R.: "I rimedi sinallagmatici", cit., p. 1591.

12 Biscontini, G.: *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, ESI, Napoli, 1984, p. 69.

13 Cataudella, A.: *La donazione mista*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 138.

14 In generale, sulla difficoltà di leggere le vicende nascenti in ambito familiare in termini di corrispettività o di esigibilità dei comportamenti dovuti, v. Furgiuele, G.: "Libertà e famiglia: dal sistema al microsistema", in AA.VV.: *Persona e comunità familiare* (Atti del Convegno di Salerno 5-7 novembre 1982), ESI, Napoli, 1985, pp. 86-87.

15 Si pensi a un contratto in cui solo un convivente assume l'obbligo di effettuare una certa prestazione a favore dell'altro poiché, ad esempio, quest'ultimo risulta privo di reddito o è inabile al lavoro.

16 Sul carattere generale di sinallagmaticità delle prestazioni, v. almeno Allara, M.: *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Utet, Torino, 1950, pp. 240 ss.; Dalmartello, A.: *Adempimento e inadempimento nel contratto di riporto*, Cedam, Padova, 1958, pp. 192 ss.; Schlesinger, P.: "Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1959, pp. 1276 ss. Per una analisi moderna del significato di corrispettività, si rimanda poi a Amadio, G.: *Lezioni di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 10 ss. A ogni modo, va precisato che l'assenza di un rapporto di corrispettività nulla può dire in merito al carattere di onerosità o gratuità del negozio in quanto si tratta di ambiti affatto distinti: cfr. Scalfi, G.: *Corrispettività ed alea nei contratti*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 98; Pino, A.: *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Cedam, Padova, 1963, pp. 98 ss.; Doria, G.: *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 228-229.

17 Così Amadio, G.: *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 360.

nemmeno dell'altro istituto tradizionale (benché di matrice giurisprudenziale) offerto dalla presupposizione[18].

L'analisi dei casi proposti rende ragione dell'assunto: i fatti oggettivi ed esterni rispetto al contratto di convivenza, costituiti dal mantenimento del posto di lavoro o dal perdurare della salute fisica del convivente, non possono essere considerati quali presupposti impliciti del contratto, in quanto detti eventi, oltre a non essere necessariamente comuni alle parti, non sono assunti come certi nella rappresentazione delle stesse. La presupposizione è, infatti, configurabile quando dal contenuto del contratto risulti che i contraenti abbiano inteso concluderlo soltanto subordinatamente all'esistenza di una data situazione di fatto che assurga a presupposto comune e determinante l'esistenza ed efficacia del contratto, nonché la loro volontà negoziale, la mancanza del quale comporta la caducazione del contratto stesso, ancorché a tale situazione, comune a entrambi i contraenti, non si sia fatto espresso riferimento[19].

Viceversa, nelle vicende narrate, se è pur vero che i conviventi nella determinazione delle prestazioni unilaterali o reciproche hanno tenuto conto dei redditi e dei patrimoni personali, questi ultimi non hanno però costituito l'evento determinante per la conclusione dell'accordo: il contratto di convivenza ha come presupposto la vita in comune e la necessità di regolare gli apporti economici strettamente connessi al vivere *ad modum coniugii*.

Alla luce dei dati sin qui discussi, occorre perciò individuare in altre norme e nei principi generali in materia di esecuzione del rapporto contrattuale la disciplina della gestione degli eventi sopravvenuti incidenti nel contratto di convivenza, al fine di individuare gli strumenti in grado di fronteggiare, anche in assenza di una specifica disciplina pattizia, le circostanze perturbative dell'originario equilibrio dell'assetto di interessi delineato con il regime pattizio di assistenza materiale e con la previsione di attribuzioni patrimoniali subordinate allo scioglimento del rapporto.

18 La letteratura sul tema è sterminata. Oltre a ricordare il fondatore della teoria (Windscheid, B.: *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Buddeus, Düsseldorf, 1850), si limita il rinvio a Mengoni, L: "Nota a Cass., sez. un., 28 maggio 1953", *Rivista di diritto commerciale*, 1953, II, pp. 256 ss.; Bessone, M. e D'Angelo, A.: "Presupposizione", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 340 ss.; Pietrobon, V.: "Presupposizione (dir. civ.)", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, Ed. Enc. it., Roma, 1991, pp. 1 ss.; Costanza, M.: "Dalla causa alla presupposizione", *Giustizia civile*, 1988, II, pp. 291 ss.; Petrone, L.M.: "Recenti orientamenti in tema di presupposizione e sopravvenienze", *Obbligazioni e contratti*, 2005, pp. 163 ss.

19 Per una sintesi della posizione assunta dalla giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 20 aprile 2018, n. 9909 (*Dejure.it*), poi confermata da Cass. 24 agosto 2020, n. 17615 (*Dejure.it*). In precedenza v. Cass. 5 marzo 2018, n. 5112 (*Dejure.it*); Cass. 13 ottobre 2016, n. 20620 (*Dejure.it*); Cass. 23 ottobre 2014, n. 22580 (*Dejure.it*).

II. SOPRAVVENIENZE E REGIME PATTIZIO DI ASSISTENZA MATERIALE.

Il primo profilo d'indagine impone di verificare se esistano e quali siano i rimedi esperibili dai conviventi di fatto qualora un evento impreveduto si ripercuota sul regime pattizio di assistenza materiale, nel caso in cui le parti abbiano disciplinato le "modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo" (come testualmente riporta la lett. *b*) del comma 53).

Si immaginino, ad esempio, due conviventi che stabiliscano pattiziamente la misura mensile di contribuzione reciproca e che, a seguito di un evento impreveduto, uno di essi perda il posto di lavoro o contragga una malattia, con indubbi riflessi sulle sue condizioni economiche. In questa evenienza, l'obbligo contributivo non risulta più parametrato, come prescrive il comma 53, alle mutate sostanze e alla diminuita capacità lavorativa del *partner* obbligato.

Tenuto conto dell'avvertita impossibilità di affidarsi a strumenti legali tipici di controllo di queste circostanze, non resta che ricorrere a figure, come è noto, di tenuta assai discussa nel diritto positivo (quali, ad esempio, la buona fede, il difetto funzionale della causa o l'abuso del diritto), che paiono però trovare un più solido fondamento normativo nella materia che ci occupa.

A questo riguardo, un aspetto peculiare, che va sin d'ora valorizzato e che differenzia il contratto di convivenza dagli altri rapporti di durata, è dato dalla presenza nel comma 53 di un criterio legale di valutazione dell'alterazione dell'equilibrio negoziale, il quale non riguarda né il sinallagma, né la prestazione in sé, ma è offerto dalla "adeguatezza" dell'obbligo di contribuzione assunto dal convivente obbligato rispetto sia alle proprie sostanze e all'apporto lavorativo che è in grado di offrire, sia alle necessità del vivere assieme. Sono, dunque, gli eventi incidenti sul canone di proporzionalità a porre il problema di valutare la perdurante efficacia del dovere pattizio di apporto economico divenuto "squilibrato".

1. La portata del criterio di "proporzionalità" previsto dal comma 53 della legge n. 76/2016.

La previsione normativa di cui al comma 53 si limita a definire un criterio legale di determinazione dell'ammontare della prestazione e della eventuale esistenza di sopravvenienze, ma non predispone una regola di gestione delle stesse: nel contratto di convivenza, rispetto agli altri contratti di durata, il legislatore si è preoccupato di fornire i parametri valutativi dello squilibrio, ma non ha disciplinato né la sorte dell'accordo, né i rimedi esperibili, in caso di sopraggiunta sproporzione.

La verifica di questi due aspetti non può che passare da un'indagine sulla natura imperativa o dispositiva del comma 53, condotta in base ai principi generali dell'ordinamento e al sistema all'interno della quale esso è inserito.

In quanto norma priva di sanzione espressa, duplice risulta astrattamente la soluzione: si può ritenere che la previsione segni il limite tassativo oltre il quale l'obbligo non può essere pattuito (con la conseguente nullità dell'accordo, originaria o sopravvenuta[20], qualora se ne ammetta l'esistenza, in caso di sproporzione), oppure che essa stabilisca un mero canone interpretativo del patto riguardante gli obblighi di contribuzione.

Esclusa l'applicazione analogica di quanto dispone l'art. 143, comma 3, c.c. (assistito dall'inderogabilità di cui all'art. 160 c.c.), in quanto finalizzato a tutelare interessi difformi, se si guarda al contesto in cui il comma 53 è inserito, non sembra che esso possa dirsi attuativo dei precetti costituzionali di parità e di solidarietà tra i componenti dell'unione e che dunque possa attribuirsi allo stesso un valore pubblicistico: la natura opzionale del patto (e, a sua volta, del peculiare contenuto di cui alla lett *b*), suffragata dalla locuzione "il contratto *può* contenere"), e l'inesistenza di obblighi legali di contribuzione risultano, già di per sé, elementi che escludono l'imperatività del criterio di proporzionalità[21]; senza considerare, poi, l'ampia rilevanza del principio dell'autonomia privata all'interno della famiglia di fatto e la natura disponibile dei diritti patrimoniali dei suoi componenti. Diversamente opinando, bisognerebbe dimostrare che la proporzionalità della contribuzione pattizia sia prevista in considerazione di interessi estranei alla sfera individuale, dimostrazione che il concreto regolamento del contratto di convivenza rende impossibile.

20 In giurisprudenza si nega tendenzialmente che il concetto di nullità attenga al momento funzionale del negozio, in quanto riconducibile al solo momento genetico, "sicché non è concepibile che un accordo negoziale diventi nullo in forza di un evento successivo al suo perfezionamento": così Cass. 17 aprile 1993, n. 4560 (*Il Foro italiano*, 1994, I, 1114). In dottrina, invece, per la tesi favorevole v., ad esempio, Fedele, A.: *Le invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1943, p. 122; Stolfi, N.: *Teoria del negozio*, Cedam, Padova, 1947, p. 63; Cariota Ferrara, L.: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1949, pp. 375-377; Romano, Santi: "Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi", in AA.VV.: *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Vita e pensiero, Milano, 1938, pp. 431 ss. e 442 ss.; Donisi, C.: "In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967, pp. 755 ss.; Messineo, F.: "Il contratto in genere", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu e F. Messineo), XXI, t. II, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 182-183; Santoro Passarelli, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, ESI, Napoli, 1954, p. 227; Gentili, A.: "Le invalidità", in AA.VV.: *Trattato dei contratti* (diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli), *I contratti in generale*, I, t. II, Utet, Torino, 2006, pp. 1446 ss.; Ferro, F.: "Condizione sospensiva unilaterale e *ius superveniens:* nullità o inefficacia sopravvenuta?", *Rassegna di diritto civile*, 2004, pp. 898 ss.; Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 611; Marchetti, G.: "La nullità "dinamica" dei contratti di durata", *Rivista di diritto civile*, 2018, 1290 ss.

21 Va dato atto che autorevole dottrina reputa esistente nel diritto dei contratti un generale "principio di proporzionalità", facente parte dell'ordine pubblico economico e avente una funzione di controllo sugli atti di autonomia privata: Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rassegna di diritto civile*, 2001, pp. 334 ss.; Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, ESI, Napoli, 2003, pp. 417 ss. In senso contrario, v. le obiezioni mosse, ad esempio, da Cataudella, A.: "L'uso abusivo dei principi", *Rivista di diritto civile*, 2014, pp. 756 ss.

2. Il criterio di "proporzionalità" come canone interpretativo del contratto di convivenza

Negata natura pubblicistica alla norma[22], va anzitutto verificato quale valore attribuire al criterio della proporzionalità nella fase genetica dell'accordo. A questo riguardo, sembra che lo stesso possa essere valorizzato come canone interpretativo idoneo a individuare la presenza della causa "familiare" che sorregge l'atto.

Il comma 50, richiamato in ciò dal successivo comma 53, dispone che il contratto di convivenza "disciplina i rapporti patrimoniali *relativi alla vita in comune*", ossia riguardanti aspetti inerenti alla costituzione e alla prosecuzione del rapporto affettivo. In sintesi, la causa del nuovo tipo negoziale va individuata nel progetto di vita che sorregge l'unione e che giustifica l'accordo, nonché la sua vigenza nel tempo: è l'interesse familiare di natura non patrimoniale a conferire fondamento al contratto. Se si guarda al rapporto tra gli interessi perseguiti e il regolamento che ne dà attuazione[23], la concreta esigenza che giustifica il patto va individuata nella sistemazione dei rapporti giuridici a contenuto patrimoniale che servono strettamente alla convivenza di cui al comma 36.

La causa del contratto di convivenza, pur sommariamente descritta, rende evidente che un accordo disciplinante in origine obblighi di contribuzione "squilibrati" rispetto alle necessità del vivere assieme o rispetto alle proprie sostanze o capacità lavorative non sembra rispondente al tipo negoziale disciplinato dalla legge n. 76/2016. In altre parole, il criterio di proporzionalità costituisce un fattore determinante per ricostruire gli interessi sottesi alla conclusione di un patto che determini le modalità di contribuzione: prestazioni eccedenti i bisogni familiari o ingiustificatamente squilibrate fanno deviare la pattuizione dal contenuto del tipo negoziale, in quanto non risultano sorrette dall'interesse familiare, ma da un intento diverso che potrebbe essere individuato in quello più genericamente liberale. Obbligarsi a conferire al *partner* più di quanto sia necessario al *ménage* domestico o in modo del tutto sbilanciato rispetto alle proprie sostanze o alla propria capacità lavorativa fa emergere un interesse non patrimoniale differente

22 Ammettono la validità *ex* comma 53 di un patto che nasce squilibrato: Oberto, G.: "La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza", *Famiglia e diritto*, 2016, p. 950; Perfetti, U.: "Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 1760; Rizzi, G.: "La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza", *Notariato*, 2017, p. 26. In senso contrario, v. però Sirena, P.: "L'invalidità del contratto di convivenza", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, p. 1079, secondo il quale "il contratto di convivenza è nullo quando le parti contrattuali abbiano inteso derogare al dovere di contribuzione (c.d. primario) alla necessità della vita in comune … In tali casi, la nullità si estende all'intero contratto, ai sensi dell'art. 1419, comma 1°, cod. civ., trattandosi di obbligo inderogabile che è essenziale e causalmente caratterizzante del contratto"; nonché, benché in termini dubitativi, Prisco, M.: "Il pluralismo familiare in Italia: unioni civili e convivenze", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, p. 97.

23 Cfr. Checchini, A.: "Regolamento contrattuale e interesse delle parti. Intorno alla nozione di causa", *Rivista di diritto civile*, 1991, pp. 229 ss.

rispetto a quello che sorregge il patto: ciò non comporta la nullità del contratto, ma impone una sua riqualificazione alla luce degli interessi perseguiti.

Seppure causa e tipo contrattuale esprimano concetti differenti[24], la prima concorre comunque a qualificare il modello legale, pur assieme a ulteriori criteri individuativi che formano un complesso di caratteristiche elastico a intensità variabile[25]. Nel contratto di convivenza, però, più che la struttura o il contenuto negoziale (i quali non sono chiaramente circoscritti dalla norma, potendo essi riguardare qualsiasi aspetto patrimoniale relativo alla vita in comune *ex* comma 50), è l'interesse concreto di natura familiare a caratterizzare l'accordo: detto interesse non sorregge l'atto qualora un convivente si obblighi a conferire più del necessario o più di quanto egli sia in grado di corrispondere in relazione al proprio patrimonio e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo. In questo caso, l'originaria sproporzione diviene una chiave di lettura del patto e indice di un interesse donativo, ossia dell'esistenza della volontà di arricchire il *partner* per spirito di liberalità al di fuori da una logica di contribuzione proporzionata ai bisogni della famiglia. La riqualificazione del contratto in una logica di liberalità impone l'applicazione del relativo statuto normativo e, in particolare, la verifica dell'assolvimento dell'onere formale, trattandosi di donazione diretta.

Si potrà, al più, discutere se la qualificazione in termini donativi dell'atto riguardi l'intera prestazione ovvero solamente la parte "esorbitante" che risulti sproporzionata, salvando così gli effetti del contratto di convivenza limitatamente alle previsioni patrimoniali entro il limite di adeguatezza di cui al comma 53. Quest'ultima soluzione appare probabilmente quella preferibile: occorrerà fondare un giudizio causale ulteriore con riguardo solamente al *quantum* eccedente la proporzionalità e lo squilibrio della prestazione determinerà la prevalenza dell'*animus donandi*, rispetto alla causa del contratto di convivenza, con riguardo alla prestazione che va oltre il limite dell'adeguatezza. Non sarà dunque necessario procedere alla riualificazione dell'intero atto in termini di donazione, poiché la causa familiare può coesistere con lo spirito di liberalità: la prima sorreggerà causalmente l'attribuzione sino al limite dell'adeguatezza, mentre l'eccedenza troverà giustificazione nell'*animus donandi*.

La tenuta di questa proposta ricostruttiva, adottata avendo a riguardo il momento genetico dell'accordo, va ora verificata nella fase diacronica, nel caso

24 La letteratura sul tema è assai vasta e si limita il rinvio a Betti, E.: "Causa del negozio giuridico", in AA.VV.: *Nuovissimo digesto italiano*, III, Utet, Torino, 1959, pp. 386 ss.; Giorgianni, M.: "Causa (dir. priv.)", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 573 ss.; Ferri, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, *passim*; Alpa, G.: "Causa e contratto: profili attuali", in AA.VV.: *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (a cura di L. Vacca), Giappichelli, Torino, 1997, pp. 245 ss.; Breccia, U.: "Causa", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), XIII, 3, *Il contratto in generale*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 5 ss.; Di Majo, A.: "Causa del negozio giuridico", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, Ed. Enc. it., Roma, 1988, pp. 4 ss.; Roppo, V.: "Il contratto", cit., pp. 345 ss.

25 Così De Nova, G.: *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974, p. 128.

in cui la sproporzione si manifesti in un momento successivo al perfezionamento del vincolo.

A mente della natura di rapporto di durata del contratto di convivenza, il fattore temporale risulta un elemento essenziale del negozio in quanto diretto a realizzare un interesse che si protrae nel tempo[26]. Il perdurare del soddisfacimento dell'interesse di natura familiare, tutelato dalla clausola di proporzionalità, assume così rilevanza anche nella fase esecutiva, con la conseguenza che, non solo il contratto di convivenza deve nascere *ab origine* "proporzionato" con riguardo all'obbligo contributivo, ma deve rimanere tale anche nel corso del rapporto. Ciò che il legislatore sembra prescrivere è che gli obblighi di contribuzione siano e continuino a rimanere adeguati durante l'intera unione, al fine di mantenere la funzione economica del negozio e garantire il soddisfacimento degli interessi che il contratto mira a realizzare.

L'osservazione apre il campo al più ampio problema, riguardante i negozi di durata, delle conseguenze della difformità successiva del contratto dallo schema legale, che a sua volta scomoda lo stesso concetto sfuggevole di "causa"[27], intesa non solo nella prospettiva di elemento essenziale del contratto nel suo momento genetico, ma anche in senso "dinamico" come complessivo assetto di interessi e perdurante senso economico dell'atto in corso di esecuzione. Prendendo a prestito le riflessioni maturare in parte della dottrina in merito alla causa in concreto nei contratti di durata, ne risulta un quadro in cui la ragione giustificativa del contratto di convivenza non esaurisce la sua rilevanza al tempo della stipulazione, ma è chiamata a sorreggere tutti i momenti in cui si articola lo svolgimento della prestazione[28]. In altri termini, la causa da garante della conformità dello strumento negoziale all'ordinamento diviene, in questa nuova prospettiva, strumento di protezione degli stessi contraenti[29] e attiene alla idoneità del contratto a realizzare l'assetto di interessi programmato dalle parti anche durante la fase esecutiva se differita[30].

A mente di questo profilo, non sembra però che il venir meno durante il rapporto della realizzabilità in concreto della causa del contratto di convivenza,

26 In termini generali sul tema, v. Luminoso, A.: "Il rapporto di durata", cit., p. 527; Oppo, G.: "I contratti di durata", cit., pp. 239-266; Longobucco, F.: *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*, cit., pp. 12 ss.; Tuccari, E.: *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., pp. 6 ss.

27 Per una sintesi recente, si rinvia a Garofalo, A.M.: "La causa: una storia di successo? (A proposito delle opere di Vincenzo Roppo sulla causa del contratto)", *Juscivile*, 2018, pp. 163 ss.

28 Sull'argomento v., ad esempio, Marchetti, G.: "La nullità "dinamica" dei contratti di durata", cit., pp. 1290 ss.; Rossi, M.C. e Conti, G.: "La relazione tra causa e sopravvenienza: il concetto di causa dinamica nei contratti di durata e temporalmente rilevanti e le sopravvenienze e rilevanza causale", *Il Foro padano*, 2017, II, c. 34 ss.; Gentili, A.: "Le invalidità", cit., p. 1449.

29 Alpa, G.: "L'uso giurisprudenziale della causa del contratto", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, p. 8.

30 Roppo, V.: "Il contratto", cit., pp. 945 ss.

a seguito di sopravvenienze che rendano sproporzionato l'obbligo contributivo, possa dare luogo a una patologia del patto *sub specie* di nullità sopravvenuta o di automatica inefficacia.

Militano in questo senso una pluralità di ragioni.

In primo luogo, si è già verificato che il criterio di proporzionalità stabilito dal comma 53 non è posto a tutela di interessi superindividuali, tale da renderlo una previsione imperativa, la cui violazione conduce all'invalidità dell'atto: se la sproporzione si fosse manifestata nella fase genetica non avrebbe portato alla nullità dell'accordo, ma solamente a una sua qualificazione in senso negativo. Si è così desunto dalla natura del contratto di convivenza e dal sistema in cui esso è inserito che il canone in parola rappresenta una mera chiave di lettura del patto. Pertanto, le sopravvenienze "atipiche" che influiscono sul dovere pattizio di contribuzione non incidono direttamente sull'atto, quanto sul rapporto, secondo un modello simile a quello previsto dagli artt. 1463 ss. e 1467 ss. c.c., che ammettono rimedi di tipo conservativo.

In secondo luogo, un rimedio meramente ablativo – variamente ricostruibile in termini di declaratoria di inefficacia o di nullità sopravvenuta – non sembra in grado di soddisfare l'interesse delle parti, il cui rapporto affettivo perdura anche dopo gli accadimenti esterni. Tenuto conto che le sopravvenienze non incidono sul legame di coppia, bensì sul solo equilibrio negoziale, e che l'interesse avuto di mira con il contratto di convivenza è di natura familiare, il contratto può continuare a perseguirlo pur dopo gli eventi esterni; occorre però che la configurazione degli aspetti patrimoniali muti al mutare delle necessità della vita in comune o delle condizioni reddituali del debitore. La conservazione del vincolo garantisce così ai conviventi che il contratto conservi la funzione che gli è propria: il rimedio della rinegoziazione è in grado di assicurare il permanere della ragione giustificatrice dell'accordo anche in ossequio al principio *pacta sunt servanda*. In questa nuova prospettiva, la causa negoziale dimostra la sua poliedrica fisionomia: non solo costituisce elemento essenziale dell'accordo, ma ne diviene anche criterio interpretativo, di qualificazione e, infine, di adeguamento[31]. Ed è proprio quest'ultimo aspetto a dover essere valorizzato: le sopravvenienze che intervengono sul contratto di convivenza non rendono impossibile l'utilizzazione della prestazione, né fanno venire meno *in toto* l'interesse creditorio o debitorio, con conseguente esonero delle parti dalle rispettive obbligazioni. Gli eventi esterni alterano piuttosto l'equilibrio delle prestazioni, che è ancora suscettibile di essere ripristinato, dedotte in un contratto che può continuare, una volta rinegoziato, a soddisfare l'interesse delle parti.

31 Alpa, G.: "L'uso giurisprudenziale della causa del contratto", cit., 8; Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 3, cit., p. 429; Id.: "Causa concreta del contratto e diritto effettivo", *Rivista di diritto civile*, 2014, p. 268.

Non da ultimo va poi ricordata la presenza di quel dato normativo inedito, offerto dal comma 53, lett. *b*), con cui confrontarsi, che pare consenta di fondare più efficacemente la soluzione proposta e di ritenere esistenti un principio legale di adeguamento degli obblighi pattizi di contribuzione e un correlato obbligo di rinegoziazione[32]. Si tratta di un importante fattore di differenziazione del contratto di convivenza rispetto agli altri negozi di durata: la possibilità di rintracciare in quest'ambito un chiaro riferimento legale (il canone di "proporzionalità" di cui al comma 53) per individuare i casi di rilevanza in senso tecnico delle sopravvenienze "atipiche" sembra suggerire, in modo più giustificato che altrove, la doverosità di una revisione dell'accordo (e conseguente sua riconduzione a proporzionalità) al verificarsi di un significativo mutamento delle condizioni patrimoniali delle parti, come similmente accade in taluni casi per gli accordi tra coniugi raggiunti in sede di separazione, in cui le sopravvenienze non comportano la nullità delle clausole originariamente pattuite, ma impongono unicamente una loro revisione[33]. Il criterio di cui al comma 53 può, quindi, essere letto come fonte di una presunzione di conformità del nuovo regolamento contrattuale, eventualmente oggetto del potere d'intervento giudiziale, all'originario assetto d'interessi: la proporzionalità, come prima aveva guidato il comportamento delle parti, così dopo le sopravvenienze diviene punto di riferimento per i contraenti (o per il giudice) per ridefinire il contenuto del patto secondo il parametro legale.

Benché questa soluzione lasci inevase non poche questioni di straordinaria ampiezza, impossibili da affrontare in queste pagine – relative alla fonte dell'obbligo di rinegoziazione, alla causa negoziale, alla portata del principio di buona fede, nonché ai rimedi esperibili – la stessa sembra essere la più adeguata all'interesse dei conviventi (e ai principi dell'ordinamento, anche in un'ottica europea[34]) volto

32 Per l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione v., ad esempio, Macario, F.: "Revisione e rinegoziazione del contratto", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, Annali II, t. 2, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 1026 ss.; Id.: "Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare", *Rivista di diritto civile*, 2002, pp. 63 ss.; Roppo, V.: "Il contratto", cit., pp. 972 ss.; Franzoni, M.: "Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto", *Contratto e impresa*, 1999, pp. 89 ss.; Gallo, P.: *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, *passim*; Id.: "Revisione e rinegoziazione del contratto", in AA.VV.: *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. *civ.*, Agg. VI, Utet, Torino, 2011, pp. 804 ss. Non sono però mancate voci dissonanti, in base a una pluralità di ragioni anche diverse tra loro, volte a negare l'esistenza nel nostro ordinamento dei presupposti necessari per fondare un obbligo generale di rinegoziazione: v., ad esempio, Gambino, F.: "Rinegoziazione", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, XV agg., Ed. Enc. it., Roma, 2006, pp. 1 ss.; Gentili, A.: "L'equilibrio del contratto nei Principi del diritto contrattuale europeo", in AA.VV.: *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo* (a cura di G. Alpa e N. Buccico), Giuffrè, Milano, 2002, pp. 199 ss.; Sicchiero, G.: "La rinegoziazione", *Contratto e impresa*, 2002, pp. 774 ss.; Rescigno, P.: "L'adeguamento del contratto nel diritto italiano", in AA.VV.: *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali* (a cura di U. Draetta e C. Vacca), Egea, Milano, 1992, pp. 299 ss.

33 Rabitti, M.: "La prestazione una tantum nella separazione dei coniugi", *Familia*, 2001, pp. 589 ss.

34 Va ricordato che nei *Principles of European Contract Law* (oltre che nelle analoghe previsioni contenute nel *Draft Common Frame of Reference* e nei principi *Unidroit*) si prevede, in caso di prestazione eccessivamente onerosa dovuta al mutamento delle circostanze, l'obbligo per le parti di avviare trattative e, in caso di mancato accordo entro un termine ragionevole, il potere del giudice di sciogliere il contratto o modificarlo. Sull'argomento v. Gentili, A.: "L'equilibrio del contratto nei Principi del diritto contrattuale europeo", cit., pp. 199 ss.

alla conservazione del contratto e alla sua conformazione al mutato contesto. I fatti eccezionali dell'ultimo triennio[35] dimostrano, poi, una tendenza della giurisprudenza a privilegiare posizioni manutentive dell'accordo, in un'ottica di protezione del soggetto obbligato, il quale vede frustrata, senza sua colpa e a causa di sopravvenienze, la ragione economica del rapporto, tramite il riconoscimento del diritto di rinegoziare la propria prestazione.

III. SOPRAVVENIENZE E ATTRIBUZIONI PATRIMONIALI SUBORDINATE ALLA CESSAZIONE DEL RAPPORTO.

Il secondo profilo d'indagine riguarda la sorte delle attribuzioni patrimoniali subordinate allo scioglimento del rapporto e solleva dubbi non meno ampi. Esemplificativo è il seguente caso tratto dalla prassi: un convivente si impegna a trasferire una somma di denaro all'altro quando (e se) finirà la relazione affettiva, al fine di sostenere il *partner* privo di sostanze adeguate a ricominciare la nuova vita al di fuori della coppia. L'eventuale successivo cambiamento delle condizioni economiche del soggetto obbligato o di quelle del beneficiario pone il problema di verificare se e in che modo questa circostanza sia in grado di incidere sull'originario regolamento pattizio.

1. La validità delle attribuzioni patrimoniali subordinate allo scioglimento del rapporto affettivo.

La questione può essere affrontata solo risolvendo preliminarmente il problema della validità delle previsioni negoziali regolanti attribuzioni patrimoniali in previsione della fine del rapporto, potendosi, infatti, porre un problema di gestione delle sopravvenienze solo una volta ammessa la possibilità per i conviventi di obbligarsi subordinatamente allo scioglimento del vincolo.

Il comma 56 della legge n. 76/2016, a una prima lettura, sembra impedire alle parti di sottoporre il contratto a termini e a condizioni che, se preveduti, si considerano come non apposti. Numerose in dottrina sono state le critiche alla previsione, che limita grandemente l'autonomia privata delle parti e sanziona uno dei contenuti socialmente tipici del contratto di convivenza. Si è dunque tentato di proporre una lettura funzionale del disposto che ne riduca la portata letterale.

Va anzitutto rilevato come, in questo caso, non vengano in rilievo le ragioni che giustificano l'analoga previsione stabilita per il rapporto matrimoniale. La *ratio*, comunemente attribuita all'art. 108 c.c., risiede nell'esigenza di certezza dello *status* coniugale, collegata al carattere personalissimo e formale del matrimonio. Il divieto

35 Per una sintesi, si rinvia a Verzoni, S.: "Il concetto di causa come funzione economico-individuale nella risoluzione di conflitti", *Contratto e impresa*, 2021, pp. 682 ss.

sancito nel Codice civile è volto a impedire agli sposi di rimettere alla loro volontà la disciplina degli effetti del matrimonio, sottraendola alla legge e ai procedimenti legali di scioglimento del vincolo: tutte esigenze non rinvenibili nella libera unione, vuoi per la possibilità di recedere liberamente e senza formalità dal rapporto, vuoi per l'inesistenza di *status* in senso tecnico nascenti dalla convivenza[36].

A ciò si aggiungano l'operatività in questa materia del principio dell'autonomia negoziale e la disponibilità dei diritti patrimoniali regolati dal contratto di convivenza. Si tenga peraltro conto che un'interpretazione letterale del comma 56 finirebbe, paradossalmente, per imporre alla negoziabilità tra conviventi limiti ancora più stringenti di quelli che incontrano i coniugi nella stipula di una convenzione matrimoniale: pochi oramai dubitano che sia ammissibile l'apposizione di termini e condizioni agli accordi conclusi *ex* art. 210 c.c.[37] Né varrebbe obiettare che il divieto di cui al comma 56 si giustifica per esigenze di certezza, al fine di "fissare un numero predefinito di eventi che possono incidere sugli effetti del contratto e nell'escludere la rilevanza di elementi, come la condizione, il cui realizzarsi può dipendere da circostanze note solo alle parti, o i termini, che, oltre a poter essere incerti nel quando, introducono oneri di verifica per i terzi che la legge ha evidentemente considerato eccessivi"[38]. In realtà, questa esigenza, quand'anche esistente, potrebbe porsi unicamente con riguardo al regime della comunione legale dei beni, eventualmente scelto dai conviventi, mentre non sussisterebbe in tutte le altre ipotesi, stante l'efficacia *inter partes* dell'accordo.

I dati sin qui discussi fanno dunque propendere per una differente lettura della norma.

Parte della dottrina ha ritenuto ammissibile l'apposizione di termini o di condizioni limitatamente a specifiche clausole negoziali, purché non venga condizionato l'intero contenuto dell'accordo[39], argomentando dalla formulazione

36 Come ha correttamente rilevato Oberto, G.: "La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza", cit., p. 952, la previsione di cui al comma 56 "si «giustifica» in un'ottica puramente «matrimoniale», posto che, mentre ha un senso stabilire che il matrimonio, per la «gravità» del vincolo che lo caratterizza, e, soprattutto, per il fatto di essere un negozio giuridico essenzialmente personale, non possa essere sottoposto a termini o condizioni, non ha, invece, costrutto alcuno stabilire lo stesso principio per un contratto che, come quello di convivenza, si colloca all'interno di un genus caratterizzato dalla patrimonialità degli effetti e per il quale l'apposizione di termini e condizioni risulta un *quid* del tutto «normale»".

37 In questo senso, v. ad esempio Russo, E.: *Le convenzioni matrimoniali e altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 227; De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 202 ss.; Perego, E.: "Separazione dei beni", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, Ed. Enc. it., Roma, 1992, p. 3; Santarcangelo, G.: *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, IV, *Regime patrimoniale della famiglia*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 70.

38 Così Villa, G.: "Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili", *Rivista di diritto civile*, 2016, pp. 1346-1347.

39 Aderiscono a questa opinione, ad esempio, Oberto, G.: "La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza", cit., pp. 951-952; Di Rosa, G.: "I contratti di convivenza (art. 1, commi 50° ss., l. 20 maggio 2016, n. 76)", *Le nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 709; Grondona, M.: "Comma 56", in AA.VV.: *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*

del comma 56, il quale fa riferimento al "contratto di convivenza" in generale e non alle sue singole pattuizioni. Altri hanno fatto ricorso al carattere di estraneità dell'evento futuro, da cui si fanno dipendere gli effetti del contratto, al rapporto di libera unione, considerando ammesse le pattuizioni "formulate in relazione a quella che è la normale dinamica del rapporto di convivenza"[40]; altri, ancora, hanno ritenuto il patto, contenente un termine o una condizione, estraneo al tipo negoziale di cui al comma 50 e rientrante nel diritto comune dei contratti, con applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 1353 ss. c.c.[41]

Si tratta di tentativi che hanno l'obiettivo di superare l'incongruente formulazione della norma che, se intesa in senso letterale, risulterebbe non coerente con la *ratio* della legge n.76/2016, volta a offrire una tutela minima, anche per via negoziale, ai conviventi di fatto: impedire alla coppia di stabilire pattiziamente attribuzioni patrimoniali al termine dell'unione, frustrerebbe l'interesse dei suoi componenti, senz'altro meritevole di tutela, a ottenere assistenza materiale al termine della relazione affettiva.

La soluzione ermeneutica da privilegiare risulta dunque quella che nega rilevanza al dato letterale e valorizza una interpretazione razionale del comma 56, senza la quale diverrebbe altrimenti inspiegabile la ragione per cui il legislatore abbai stabilito un simile divieto per un contratto caratterizzato dalla patrimonialità degli effetti (ribadita dal comma 50) e dall'assenza di tutela di valori pubblicistici (stante la natura meramente opzionale).

Pertanto, traguardando la norma alla luce del profilo funzionale, l'interesse ch'essa intende proteggere è quello dei conviventi a non vedere coartata la loro libera e autonoma decisione di proseguire o meno il rapporto affettivo. L'obbligo a versare una cospicua somma di denaro al *partner* in caso di rottura della relazione o, rovesciando la prospettiva, il diritto a pretenderne il pagamento risultano fattori potenzialmente in grado di influenzare il volere delle parti in merito alla "convenienza" sulla continuazione della convivenza, in un campo in cui massima deve essere la tutela della libertà dei soggetti: la promessa di un cospicuo arricchimento futuro indurrebbe fatalmente la parte a favorire la cessazione del rapporto, mentre indurrebbe l'obbligato a volerlo continuare.

(a cura di C.M. Bianca), Giappichelli, Torino, 2017, p. 675; Villa, G.: "Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili", cit., p. 1341.

40 Così Rizzi, G.: "La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza", cit., pp. 29 e 31. Più in generale, nel senso di ammettere la pattuizione di un compenso per la cessazione della convivenza imputabile alla volontà ovvero alla condotta del soggetto obbligato, v. Macario, F.: "I contratti di convivenza tra forma e sostanza", *I contratti*, 2017, pp. 9 ss.

41 È l'opinione di Tassinari, F.: "Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 1743; Grondona, M.: "Comma 56", cit., p. 678.

Una simile considerazione non può però condurre a una negazione integrale della concorrente libertà negoziale dei conviventi di darsi delle regole patrimoniali in vista della fine dell'unione: se l'interesse che il comma 56 mira a tutelare è impedire che fattori esterni coartino la loro determinazione sulla sorte del legame affettivo, sono solo le obbligazioni concretamente idonee a influire su questo aspetto a essere vietate dalla norma. In altri termini, solo se l'evento dedotto come condizione (o il termine di efficacia della clausola patrimoniale) assume una funzione incentivante o disincentivante la decisione stessa di proseguire la relazione, esso deve considerarsi come non apposto; viceversa, qualora l'evento venga assunto come mero presupposto di fatto della disciplina pattizia, senza realizzare un intento ulteriore che interferisce con l'assetto di interessi disciplinabile *ex pacto*, non opererà la sanzione di cui al comma 56[42].

Pertanto, ciò che non può essere condizionata o sottoposta a termine è la convivenza e dunque sono solo le condizioni o i termini incidenti direttamente sul rapporto a essere vietati dalla norma. Occorrerà perciò indagare se la subordinazione degli effetti al verificarsi dell'evento si traduce nella prospettazione di un vantaggio, il cui conseguimento o la cui conservazione vengono fatti dipendere dalla realizzazione di una determinata situazione di fatto che funge da fattore coartante la volontà dei soggetti di continuare la vita in comune[43]. Pertanto, i conviventi potranno, ad esempio, subordinare il venir meno di un'attribuzione patrimoniale alla perdita (prospettata dalle parti come certa o incerta)[44] del posto di lavoro ovvero prevedere la corresponsione periodica di una somma di denaro in caso di cessazione della convivenza a favore del *partner* sprovvisto di mezzi propri, purché adeguata alle sostanze dell'obbligato e alle necessità dell'avente diritto. Al contrario, incorrerà nella sanzione un obbligo condizionato che non risulti proporzionato alla situazione economica delle parti, poiché fungerebbe da elemento incentivante la prosecuzione della convivenza o il suo venire meno. Sarà sempre necessaria una verifica in concreto della idoneità della clausola condizionale o a termine a incidere sulla volontà delle parti, la quale deve essere e rimanere libera in merito alla decisione di continuare o meno a convivere.

42 Sulla questione v. Amadio, G.: "La crisi della convivenza", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2016, p. 1772.

43 In generale sul tema, v. Amadio, G.: *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Cedam, Padova, 1996, pp. 186 ss.

44 Si immagini una clausola contrattuale con cui le parti stabiliscano che il convivente, lavoratore subordinato a termine, si impegni a versare una certa somma di denaro, per contribuire ai bisogni della famiglia, sino alla cessazione del rapporto di lavoro. Oppure si pensi a una pattuizione in cui uno dei conviventi condizioni risolutivamente il proprio obbligo di contribuzione all'eventuale futuro licenziamento.

2. La sorte delle attribuzioni condizionate nel caso in cui si verifichi un evento sopravvenuto.

Così intesa la previsione di cui al comma 56, occorre valutare l'incidenza sul regolamento pattizio del sopraggiungere *medio tempore* di eventi imprevedibili che determinino un significativo cambiamento delle condizioni economiche dei conviventi.

Anche in questo caso può essere valorizzata la natura di contratto a esecuzione differita dell'accordo e la funzione che il comma 56 mira a realizzare. Si è verificato che la norma è posta a presidio dell'interesse superiore delle parti ad assumere decisioni, in ordine alla continuazione del legame affettivo, non coartate da fattori esterni di tipo economico: il soddisfacimento di questo interesse non si esaurisce al tempo dell'atto, ma è il permanere nel tempo della libertà di scelta dei conviventi a cui la norma intende offrire tutela. La legge, nel prescrivere la nullità di clausole incentivanti o meno la prosecuzione del rapporto, regola diacronicamente il comportamento delle parti e non c'è forse allora nulla di strano se, col mutare del tempo, muti anche il giudizio che la legge dà al contratto che regola questo aspetto e, di conseguenza, muti il carattere doveroso del comportamento stesso[45].

In questa vicenda, emerge ancor più che nella prima, in cui si è escluso il carattere di imperatività del criterio di proporzionalità sancito dal comma 53, il problema dell'ammissibilità di una eventuale nullità sopravvenuta dell'accordo di durata, con tutte le questioni assai dibattute che il superamento della distinzione tra piano dell'atto e piano del rapporto comporta. Rimane, poi, anche qui aperta la questione dei rimedi accordabili: il dubbio è che, anche ammettendo la figura, la nullità sopravvenuta (o comunque un rimedio di tipo caducatorio) renda un tributo eccessivo all'interesse dell'obbligato, sacrificando totalmente quello dell'avente diritto, il quale si vedrebbe privato del tutto dell'apporto promesso e di cui magari abbisogna. Pare dunque preferibile un rimedio di tipo manutentivo, tenendo anche conto della linea di tendenza del legislatore attuale: nella disciplina dei pacchetti turistici, dei rapporti di concessione degli impianti sportivi, del diritto dei c.d. *voucher* nella pandemia, nonché nei principi di diritto privato uniforme, il legislatore ha sempre preferito proporre rimedi conservativi del rapporto. Questa soluzione ripropone inevitabilmente i dubbi già accennati in merito all'esistenza, fondamento e portata di un più ampio obbligo di rinegoziare l'accordo e degli strumenti per la sua realizzazione, in special modo in caso di inadempimento dell'obbligo, stante l'assenza, in questo caso, a differenza di quanto osservato per il comma 53, di un preciso riferimento legale.

45 Più in generale sull'argomento, v. Gentili, A.: "Le invalidità", cit., p. 1450.

Non potendo essere questa la sede per affrontare ampiamente il problema, che scomoda istituti e principi assai dibattuti, ci si limita a osservare che, escludendo una soluzione ablativa, un rimedio di tipo meramente risarcitorio non sembra in grado di tutelare adeguatamente il *partner*, né di soddisfare l'interesse delle parti e nemmeno quello sotteso al comma 56, volto a evitare che le decisioni dei conviventi di proseguire o meno la relazione affettiva non siano perturbate da fattori esterni di ordine economico. È dunque da preferire la soluzione che privilegia una tutela in forma specifica, benché la stessa non risulti affatto pacifica in dottrina e non abbia numerosi addentellati nella giurisprudenza di legittimità, ammettendo il giudice a operare una modifica del contenuto della clausola, adeguandolo agli eventi sopravvenuti, in base ai parametri risultanti dal testo del contratto originario e alle indicazioni funzionali sottese al comma 56[46].

Ne risulta, in conclusione, un quadro di incertezza per l'interprete che il dato normativo offerto dalla legge n. 76/2016 riesce in minima parte a mitigare. D'altronde, il tema dell'insorgenza di sopravvenienze c.d. atipiche nei rapporti pattizi tra conviventi di fatto, eventualità resa ancora più attuale dalla crisi economica in atto e dai conseguenti mutamenti delle condizioni patrimoniali delle parti ch'essa comporta, finisce per scomodare problemi ricostruttivi e di sistema mai davvero ancora del tutto risolti dalla civilistica italiana, i quali però sembrano assumere un riflesso peculiare (e forse inaspettato) nell'ambito contrattuale, sinora poco esplorato, della famiglia di fatto che sollecita spunti di nuova riflessione.

46 In generale, sulla tutela in forma specifica dell'obbligo di rinegoziare, v. Macario, F.: "Revisione e rinegoziazione del contratto", cit., p. 1061; Roppo, V.: "Il contratto", cit., pp. 972-973; Gallo, P.: *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., pp. 372 ss.; Costanza, M.: "Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo", in AA.VV.: *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali* (a cura di U. Draetta e C. Vacca), Egea, Milano, 1992, p. 316; Sacco, R.: "I rimedi per le sopravvenienze", cit., p. 1711. Per una critica a questa impostazione fondata sulle clausole generali, si rimanda a Tuccari, E.: *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., pp. 80 ss. e alla bibliografia ivi presente.

BIBLIOGRAFIA.

Allara, M.: *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Utet, Torino, 1950, pp. 240 ss.

Alpa, G.: "Causa e contratto: profili attuali", in AA.VV.: *Causa* e *contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (a cura di L. Vacca), Giappichelli, Torino, 1997, pp. 245 ss.

Alpa, G.: "L'uso giurisprudenziale della causa del contratto", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, p. 8

Amadio, G.: "La crisi della convivenza", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2016, p. 1772

Amadio, G.: *Lezioni di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 10 ss.

Bessone, M. e D'Angelo, A.: "Presupposizione", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 340 ss.

Betti, E.: "Causa del negozio giuridico", in AA.VV.: *Nuovissimo digesto italiano*, III, Utet, Torino, 1959, pp. 386 ss.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 429

Bianca, C.M.: "Causa concreta del contratto e diritto effettivo", *Rivista di diritto civile*, 2014, p. 268

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 414 ss.

Biscontini, G.: *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, ESI, Napoli, 1984, p. 69

Breccia, U.: "Causa", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), XIII, 3, *Il contratto in generale*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 5 ss.

Cariota Ferrara, L.: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1949, pp. 375-377

Cataudella, A.: "L'uso abusivo dei principi", *Rivista di diritto civile*, 2014, pp. 756 ss.

Cataudella, A.: *La donazione mista*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 138

Checchini, A.: "Regolamento contrattuale e interesse delle parti. Intorno alla nozione di causa", *Rivista di diritto civile*, 1991, pp. 229 ss.

Costanza, M.: "Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo", in AA.VV.: *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali* (a cura di U. Draetta e C. Vacca), Egea, Milano, 1992, p. 316

Costanza, M.: "Dalla causa alla presupposizione", *Giustizia civile*, 1988, II, pp. 291 ss.

Dalmartello, A.: *Adempimento e inadempimento nel contratto di riporto*, Cedam, Padova, 1958, pp. 192 ss.

De Nova, G.: *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974, p. 128

De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 202 ss.

Di Majo, A.: "Causa del negozio giuridico", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, Ed. Enc. it., Roma, 1988, pp. 4 ss.

Di Rosa, G.: "I contratti di convivenza (art. 1, commi 50° ss., l. 20 maggio 2016, n. 76)", *Le nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 709

Donisi, C.: "In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967, pp. 755 ss.

Doria, G.: *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 228-229

Fedele, A.: *Le invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1943, p. 122

Ferri, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, *passim*

Ferro, F.: "Condizione sospensiva unilaterale e *ius superveniens*: nullità o inefficacia sopravvenuta?", *Rassegna di diritto civile*, 2004, pp. 898 ss.

Franzoni, M.: "Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto", *Contratto e impresa*, 1999, pp. 89 ss.

FURGIUELE, G.: "Libertà e famiglia: dal sistema al microsistema", in AA.VV.: *Persona e comunità familiare* (Atti del Convegno di Salerno 5-7 novembre 1982), ESI, Napoli, 1985, pp. 86-87

GABRIELLI, E.: "*Sub* art. 1467", in AA.VV.: *Commentario al codice civile* (diretto da E. GABRIELLI), Utet, Torino, 2011, pp. 632-633

GALLO, P.: "Revisione e rinegoziazione del contratto", in AA.VV.: *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, Agg. VI, Utet, Torino, 2011, pp. 804 ss.

GALLO, P.: *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, *passim*

GAMBINO, F.: "Rinegoziazione", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, XV agg., Ed. Enc. it., Roma, 2006, pp. 1 ss.

GAROFALO, A.M.: "La causa: una storia di successo? (A proposito delle opere di Vincenzo Roppo sulla causa del contratto)", *Juscivile*, 2018, pp. 163 ss.

GENTILI, A.: "L'equilibrio del contratto nei Principi del diritto contrattuale europeo", in AA.VV.: *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo* (a cura di G. ALPA e N. BUCCICO), Giuffrè, Milano, 2002, pp. 199 ss.

GENTILI, A.: "Le invalidità", in AA.VV.: *Trattato dei contratti* (diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI), *I contratti in generale*, I, t. II, Utet, Torino, 2006, pp. 1446 ss.

GIORGIANNI, M.: "Causa (dir. priv.)", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 573 ss.

GRONDONA, M.: "Comma 56", in AA.VV.: *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017* (a cura di C.M. BIANCA), Giappichelli, Torino, 2017, p. 675

LONGOBUCCO, F.: *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*, ESI, Napoli, 2012, pp. 12 ss.

LUMINOSO, A.: "Il rapporto di durata", *Rivista di diritto civile*, 2010, pp. 501 ss.

MACARIO, F.: "I contratti di convivenza tra forma e sostanza", *I contratti*, 2017, pp. 9 ss.

MACARIO, F.: "Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare", *Rivista di diritto civile*, 2002, pp. 63 ss.

Macario, F.: "Revisione e rinegoziazione del contratto", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, Annali II, t. 2, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 1026 ss.

Macario, F.: *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996, pp. 312 ss.; Id.: "Le sopravvenienze", in AA.VV.: *Trattato del contratto* (diretto da V. Roppo), V, *Rimedi*, 2, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 689 ss.

Marchetti, G.: "La nullità "dinamica" dei contratti di durata", *Rivista di diritto civile*, 2018, 1290 ss.

Mazzariol, R.: *Convivenze di fatto e autonomia privata: il contratto di convivenza*, Jovene, Napoli, 2018, pp. 168 ss.

Mengoni, L: "Nota a Cass., sez. un., 28 maggio 1953", *Rivista di diritto commerciale*, 1953, II, pp. 256 ss.

Messineo, F.: "Il contratto in genere", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu e F. Messineo), XXI, t. II, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 182-183

Oberto, G.: "La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza", *Famiglia e diritto*, 2016, p. 950

Oppo, G.: "I contratti di durata", *Rivista del diritto commerciale*, I, 1943, pp. 143 ss. e 227 ss.

Perego, E.: "Separazione dei beni", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, Ed. Enc. it., Roma, 1992, p. 3

Perfetti, U.: "Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 1760

Perlingieri, P., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, ESI, Napoli, 2003, pp. 417 ss.

Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rassegna di diritto civile*, 2001, pp. 334 ss.

Petrone, L.M.: "Recenti orientamenti in tema di presupposizione e sopravvenienze", *Obbligazioni e contratti*, 2005, pp. 163 ss.

Pietrobon, V.: "Presupposizione (dir. civ.)", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, Ed. Enc. it., Roma, 1991, pp. 1 ss.

Pino, A.: *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Cedam, Padova, 1963, pp. 98 ss.

Rabitti, M.: "La prestazione una tantum nella separazione dei coniugi", *Familia*, 2001, pp. 589 ss.

Redenti, E.: "Sulla nozione di «eccessiva onerosità»", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, pp. 344 ss.

Rescigno, P.: "L'adeguamento del contratto nel diritto italiano", in AA.VV.: *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali* (a cura di Draetta U. e C. Vacca), Egea, Milano, 1992, pp. 299 ss.

Rizzi, G.: "La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza", *Notariato*, 2017, p. 26

Romano, Santi: "Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi", in AA.VV.: *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Vita e pensiero, Milano, 1938, pp. 431 ss. e 442 ss.

Roppo, V.: "Il contratto", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (a cura di G. Iudica e P. Zatti), Giuffrè, Milano, 2011, pp. 943

Rossi, M.C. e Conti, G.: "La relazione tra causa e sopravvenienza: il concetto di causa dinamica nei contratti di durata e temporalmente rilevanti e le sopravvenienze e rilevanza causale", *Il Foro padano*, 2017, II, c. 34 ss.

Russo, E.: *Le convenzioni matrimoniali e altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 227

Sacco, R.: "I rimedi per le sopravvenienze", in Sacco, R. e De Nova, G: *Il contratto*, Utet, Torino, 2016, pp. 1708 ss.

Sacco, R.: "I rimedi sinallagmatici", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (diretto da Rescigno P.), *Obbligazioni e contratti*, 10, II, Utet, Torino, 1982, p. 541

Salanitro, U.: "Accordi prematrimoniali e sopravvenienze", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, p. 648

Santarcangelo, G.: *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, IV, *Regime patrimoniale della famiglia*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 70

Santoro Passarelli, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, ESI, Napoli, 1954, p. 227

Scalfi, G.: *Corrispettività ed alea nei contratti*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 98

Schlesinger, P.: "Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1959, pp. 1276 ss.

Sicchiero, G.: "La rinegoziazione", *Contratto e impresa*, 2002, pp. 774 ss.

Sirena, P.: "L'invalidità del contratto di convivenza", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, p. 1079

Stolfi, N.: *Teoria del negozio*, Cedam, Padova, 1947, p. 63

Tassinari, F.: "Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 1743

Tuccari, E.: *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Cedam, Padova, 2018, pp. 6 ss.

Verzoni, S.: "Il concetto di causa come funzione economico-individuale nella risoluzione di conflitti", *Contratto e impresa*, 2021, pp. 682 ss.

Villa, G.: "Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili", *Rivista di diritto civile*, 2016, pp. 1346-1347

Windscheid, B.: *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Buddeus, Düsseldorf, 1850

I NUOVI CONFINI DELL'ADOZIONE

THE NEW BOUNDARIES OF ADOPTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2244-2281

Angela
MENDOLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Nell'ordinamento giuridico italiano, il traguardo cui si aspira in sede legislativa, di addivenire a uno stato unico di figlio, si infrange in un dato normativo non allineato. Ad esempio, con riguardo ai figli adottivi, si registra la permanenza di un differente statuto giuridico, a seconda che si tratti di adozione di minori di età o di maggiorenni. Invero, mentre i primi godono della disciplina riservata ai figli nati in costanza di matrimonio, l'adozione di un maggiore di età o di un minore "adottato in casi particolari" genera soltanto un rapporto tra adottante e adottato. Almeno fino alla recente sentenza del Giudice delle Leggi, n. 79 del 28 marzo 2022 che, anche alla luce delle sempre più ricorrenti adozioni omogenitoriali, propone nuove soluzioni per gli adottati "in casi particolari", riconoscendo loro la possibilità di costituire un rapporto di parentela anche con la famiglia dell'adottante. Un approfondimento sarà, infine, dedicato all'istituto dell'adozione c.d. mite, laddove il giudice, chiamato a decidere sulla dichiarazione di adottabilità del minore in stato di semi-abbandono, deve accertare l'interesse del medesimo a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali, costituendo l'adozione "piena" una "extrema ratio".

PALABRAS CLAVE: Stato unico di figlio; adozione di maggiorenne; adozione omogenitoriale; minori adottati in casi particolari; semi-abbandono; adozione mite.

ABSTRACT: *In the Italian legal system, the legislator's goal of achieving a single status of child breaks into a non-aligned regulation. For example, with regard to adopted people, there is the permanence of a different legal status depending on whether it is the adoption of minors or adults. Indeed, while the former enjoy the discipline reserved for children born in constant marriage, the adoption of an adult or a minor "adopted in special cases" only generates a relationship between the adopter and the adopted. At least until the recent decision of the Judge of Laws, no. 79 of 28 March 2022, which, also in light of the increasingly recurrent homogenitorial adoptions, proposes new solutions for the adopted "in special cases", recognizing them the possibility of establishing a kinship even with the adopter's family. Finally, an in-depth study will be dedicated to the institution of the so-called "mild" adoption, where the judge, called to decide on the declaration of adoptability of the minor in a state of semi-abandonment, must ascertain his interest in maintaining the relation with his biological parents, even if they are deficient in their parenting skills, constituting the "full" adoption an "extrema ratio".*

KEY WORDS: *Single status of child; adult adoption; homogenitorial adoption; minors adopted in special cases; semi-abandonment; mild adoption.*

SUMARIO.- I. IL PRINCIPIO DI UNITARIETÀ DELLA FILIAZIONE.- 1. Gli statuti giuridici del figlio adottivo alla luce del riformato art. 74 c.c.- 2. La necessità di una interpretazione estensiva dell'art. 462, comma 3, c.c., in funzione dell'unicità dello statuto successorio di figlio.- II. LA TRASCRIZIONE DI SENTENZE STRANIERE DI ADOZIONE OMOGENITORIALE: IL RICONOSCIMENTO DELL'ADOPTION ORDER EMESSO DALLA SURROGATE COURT DELLO STATO DI NEW YORK.- 1. La stepchild adoption e la lettura estensiva dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/1983.- 2. L'adozione in casi particolari e la necessità di una rivisitazione dell'art. 44, comma 1, lett. b), l. n. 184 del 1983.- III. ADOZIONE "APERTA" E PLURALITÀ DI MODELLI DI FILIAZIONE ELETTIVA.- 1. La sintesi perfetta tra favor veritatis e status affectionis nell'adozione c.d. "mite" e l'intervento di Corte eur. dir. uomo, 21 gennaio 2014, "Zhou c. Italia".

I. IL PRINCIPIO DI UNITARIETÀ DELLA FILIAZIONE.

Il cambiamento della realtà sociale e la necessità di uniformare il diritto interno con i principi di fonte sovranazionale[1] hanno reso sempre meno accettabile il *discrimen* tra i nati, in ossequio alla necessità degli stessi di realizzare la propria personalità e di godere di pieni diritti[2]. La premura verso un'effettiva parificazione ha indotto così, in Italia, l'avvicendarsi di vari disegni legge nel corso di diverse legislature[3], tutti orientati a creare un contesto unitario, culminato nella legge del 10 dicembre 2012, n. 219, recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali" con cui è stato introdotto all'interno del codice civile italiano un inedito principio, a tenore del quale "tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico" (ex art. 315 c.c.).

Più chiaramente, si discute di "famiglia dei figli"[4], ove predominante è la nascita quale evento naturale, e come tale neutro[5], assunto a condizione necessaria e sufficiente per l'attribuzione dello stato di figlio. E proprio con l'obiettivo

1 Cfr., al riguardo, Bianca, M.: "L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012", *Giust. civ.*, 2013, 5-6, pp. 205 ss., la quale segnala il progetto di raccomandazione del Consiglio d'Europa sullo stato giuridico dei bambini e sulle responsabilità genitoriali del 2012, il cui art. 1 insiste sul principio di non discriminazione, formulato in termini generali al comma 1.

2 Cfr., in merito, Patti, S.: "Evoluzione della famiglia e convivenze: limiti di una regolamentazione unitaria", *Fam. pers. succ.*, 2007, 3, pp. 247 ss.; Id., *Modelli di famiglia e di convivenza*, in AA.VV.: *Introduzione al diritto della famiglia in europa*, (a cura di S. Patti, M.G. Cubeddu), Milano, Giuffrè, 2008, pp. 111 ss.

3 Cfr. Fantetti, F.R.: *Responsabilità genitoriale e riforma della filiazione*, Rimini, Maggioli, 2014, p. 15; Auletta, T.: "Prospettive di unificazione dello *status* di filiazione", *Fam. e dir.*, 2007, 11, p. 1071; Falletti, E.: *Il riconoscimento del figlio naturale dopo la riforma*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, pp. 129 ss.

4 Così, Nicolussi, A.: "La filiazione nella cultura giuridica europea", *Civitas et Iustitia*, 2008, 6, pp. 29 ss.; Rossi Carleo, L.: "La famiglia dei figli", *Giur. it.*, 2014, 5, pp. 1262 ss.

5 Bonilini, G.: *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 232. Cfr. Perlingieri, G.: "Il "Discorso preliminare" di *Portalis* tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia", *Dir. succ. fam.*, 2015, 2, p. 684 per il quale ad analogo esito già era pervenuto chi reputava la famiglia legittima non più l'unico paradigma accolto dal legislatore, con l'effetto di dover tener ben distinti, da un lato, il diritto di contrarre matrimonio, di cui all'art. 29 Cost., e, dall'altro, il diritto a creare una famiglia, *ex* art. 2 Cost.

• Angela Mendola
Professore a contratto di diritto privato, Università degli studi di Salerno. Email: amendola@unisa.it.

di parificare il regime giuridico dei nati, il legislatore sceglie di abbandonare le discriminanti formule semantiche, servendosi del nomen communis di "figlio"[6], senza aggettivi qualificativi[7] o, al più, con l'aggiunta di una circonlocuzione ("nati all'interno" ovvero "fuori dal matrimonio")[8]. Il che val quanto sostenere che se tutti i figli hanno, sia in natura che in diritto, lo stesso stato sono, allora, titolari di un'unica identità familiare, con uguali rapporti di parentela e con gli stessi diritti patrimoniali e successori[9], malgrado l'ambigua ed infelice rubrica della legge[10], con cui si è, invero, mantenuta quell'espressione "figli naturali" che, al contempo, si voleva eliminare dall'ordinamento giuridico. Più appropriato sarebbe stato, infatti, riferirsi a "Disposizioni in materia di filiazione"[11] e, su questa scia, perplessità sono state sollevate sulla tecnica legislativa utilizzata[12] o sulla voluta incompletezza della riforma[13], senza impedire, tuttavia, che si salutasse con favore tale legge ed il successivo d.lgs. n. 154/2013[14].

Se, dunque, da un lato, il tenore letterale e programmatico della riforma reca con sé una indubbia familiarità con i concetti di innovazione e parificazione, ciò non

6 L'art. 1, comma XI, della legge n. 219 del 2012 dispone che "nel codice civile, le parole "figli legittimi" e "figli naturali" sono sostituite dalla seguente "figli" e l'art. 2, co. 1, lett. *a*) contiene una delega al Governo ad operare nello stesso senso "in tutta la legislazione vigente", "salvo l'utilizzo delle denominazioni di "figli nati nel matrimonio" o di "figli nati fuori dal matrimonio" quando si tratta di disposizioni ad esso specificamente relative. Cfr., al riguardo, Bianca, M.: "Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 3, pp. 507 ss.

7 Dossetti, M.: *Finalità, struttura e contenuto della L. 10 dicembre 2012, n. 219*, in AA.VV.: *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali*, (a cura di M. Dossetti, M. Moretti, C. Moretti), Bologna, Zanichelli, 2013, p. 13, riflette sul fatto che "la previsione dell'innovazione nel lessico non è di importanza marginale, poiché contribuirà a favorire un cambiamento di mentalità, prima di tutto tra gli operatori del diritto e gli operatori sociali, e, di seguito, il recepimento da parte dell'intero corpo sociale dell'idea di eguaglianza tra tutti i figli".

8 "Questo profilo formale, del nome da dare alle cose, è tutt'altro che secondario", afferma Cinque, M.: "Profili successori nella riforma della filiazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 12, pp. 659 ss. L'autrice sostiene anche che "è molto significativo che l'equiparazione tra figli di diversa nascita passi anche attraverso un'operazione di pulizia lessicale, iniziata, ma non compiuta, dalla riforma del 1975, che al dispregiativo "filiazione illegittima" aveva sostituito il più mite "naturale". Bianca, M.: "L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012", cit., pp. 205 ss., ritiene che "il mantenimento della denominazione 'figli nati nel matrimonio' o 'figli nati fuori del matrimonio' previsto dall'art. 2, comma 1, lett. *a*), non deve essere inteso erroneamente come residua discriminazione".

9 Carbone, V.: "Riforma della famiglia: considerazioni introduttive", *Fam. e dir.*, 2013, 3, p. 226.

10 In questi termini si esprime Gorgoni, A.: "Famiglie e matrimonio. Profili evolutivi nel diritto europeo", *Persona e mercato*, 2013, 3, p. 250.

11 Considerazioni di Sesta, M.: *La riforma della filiazione: profili successori*, Relazione tenuta in occasione dell'VIII Congresso giuridico-forense per l'aggiornamento professionale, Roma, 14-16 marzo 2013, 3. A sottolineare l'incoerenza del legislatore che, "curiosamente", non ha cancellato l'espressione "figli naturali" dalla rubrica, anche Dogliotti, M.: "Nuova filiazione: la delega al governo", *Fam e dir.*, 2013, 3, p. 279. Più duri i toni di Lenti, L.: "La sedicente riforma della filiazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 2, p. 202, per cui "dalla semplice lettura dell'intestazione della legge, dovrebbe desumersi qualche sospetto, atteso che essa non è capace neppure di rispecchiare il suo stesso contenuto".

12 Come sottolinea Cinque, M.: "Profili successori nella riforma della filiazione", cit., pp. 659 ss. Manifesta riserve "circa lo stile ed il rigore delle formule" Rescigno, P.: "La filiazione 'riformata': l'unicità dello *status*", *Giur. it.*, 2014, 5, p. 1261.

13 Per Dogliotti, M.: "Nuova filiazione: la delega al governo", cit., p. 292, "la l. n. 219 ha introdotto poche previsioni, alcune estremamente rilevanti, altre solo marginali, immediatamente operative, lasciando gran parte del rinnovamento ad una delega, peraltro assai ampia ed indeterminata, per cui non è ancora dato scorgere il senso compiuto della riforma".

14 D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, *www.gazzettaufficiale.it*.

esime, dall'altro, dal riconsiderare il dato normativo alla luce dei concreti assetti emergenti nella realtà. In tale direzione, gli innegabili traguardi della l. n. 219/2012 non hanno dissuaso taluni dall'opinare, con toni talora aspri, come l'unificazione dello stato di figlio sia, in realtà, niente più di ciò che, "con squilli di trombe e rulli di tamburi"[15], la riforma in questione avesse proclamato di voler fare.

1. Gli statuti giuridici del figlio adottivo alla luce del riformato art. 74 c.c.

Muovendo dalla disamina delle novità apportate dalla legge di riforma e, nello specifico, dalla lettura del novello art. 74 c.c., appare, ad esempio, imprecisa l'ultima frase ove compare il riferimento al figlio adottivo, atteso che se la parentela è il vincolo tra persone discendenti dallo stesso stipite, ciò non può darsi allorché il figlio sia adottivo.

Il precetto de quo, tuttavia, esplicitamente esclude dall'ormai ampia nozione di parentela solo l'adozione di persone maggiorenni di cui agli artt. 291 ss. c.c. creando, ad avviso di alcuni, una discriminazione, censurabile soprattutto per le adozioni immediatamente successive al compimento del diciottesimo anno di età[16]; per non parlare della problematicità dei rapporti tra fratelli, entrambi adottati nell'ambito dello stesso nucleo familiare, l'uno ancora minorenne e l'altro già da tempo maggiorenne[17].

Più persuasivamente, altra dottrina, antivedendo l'incapacità di tale adozione di assicurare la creazione del rapporto di parentela tra adottato e adottante, si è favorevolmente espressa sulla scelta del legislatore di escludere, nell'ultima parte dell'art. 74 c.c., l'adozione di maggiorenni. Tanto, in ragione dell'attitudine, propria di tale istituto, a realizzare esigenze di solidarietà sociale[18], e del fatto che, con l'adozione di maggiore di età, diritti e doveri dell'adottato non vengono meno verso la famiglia di origine[19].

Merita anche appuntarsi sulla precisazione dell'art. 74 c.c., per cui la parentela sorge anche in caso di adozione di minori. L'interrogativo non parrebbe porsi per tutte le adozioni dei minori di età, ma per le sole adozioni "in casi particolari", ex art. 44, l. n. 184 del 1983, siccome le altre comportavano già il sorgere dei

15 Lenti, L.: "La sedicente riforma della filiazione", cit., pp. 202 ss.

16 Osserva Lenti, L.: "La sedicente riforma della filiazione", cit., p. 203, il quale ritiene che "il trattamento differenziato dell'adozione del maggiorenne potrebbe forse essere comprensibile, data la profonda differenza delle circostanze, nei casi in cui l'adottante è una persona abbastanza avanti negli anni e l'adottato una persona molto più giovane che svolge un'attività di aiuto alla persona".

17 Così, nel suo nutrito repertorio di questioni, Dossetti, M.: *La parentela*, in AA.VV.: *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali*, (a cura di M. Dossetti, M. Moretti, C. Moretti), cit., p. 26.

18 Si tratta della tesi di Santarsiere, V.: "Le nuove norme sui figli nati fuori dal matrimonio. Superamento di alcuni aspetti discriminatori", *Giur. merito*, 2013, 3, p. 523.

19 Schiavone, G.: "*Status* di filiazione, nuovo concetto di parentela ed effetti successori: gli strumenti di protezione", *Jus*, 2014, 3, p. 516, nt. 11.

legami parentali ai sensi dell'art. 27 della legge stessa[20]. Il richiamo dell'art. 55, l. 184/1983, in tema di adozione di minori in casi particolari, alle norme del codice civile sull'adozione dei maggiorenni, ha convinto parte della dottrina a ritenere lo stesso abrogato, per effetto del riformato art. 74 c.c., nella parte in cui rinvia all'art. 300, comma 2, c.c., ultimo periodo, secondo il quale "l'adozione non induce alcun rapporto civile tra (…) l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge"[21]. V'è anche chi giudichi pleonastica l'affermazione dell'art. 74 c.c., argomentando dal fatto che esso non possa che riferirsi all'adozione in casi particolari, stante la successiva esclusione dell'adozione di maggiorenni. Come a dire che se il legislatore avesse voluto espungere dalla norma anche l'adozione in casi particolari l'avrebbe fatto, analogamente a quanto accaduto per quella di cui agli artt. 291 ss. c.c. Tale prospettiva porta, pertanto, a concludere che la riforma abbia inciso sulla natura dell'adozione ex art. 44 ss., l. n. 184/1983, maggiormente approssimandola all'altro istituto[22]. Non avrebbe senso, per tale orientamento, da un lato, consentire l'adozione in casi particolari per esigenze peculiari del minorenne e, dall'altro, escludere l'inserimento di quest'ultimo, a pieno titolo, nella famiglia dell'adottante[23]. Simile impostazione ammette, in definitiva, un superamento del nuovo art. 74 c.c., non reputando irragionevole, vista la diversa funzione delle due adozioni, una differente estensione degli effetti dell'una e di quelli dell'altra nei confronti dei parenti[24]. Poco condivisibile, per siffatta tesi, appare la considerazione dei minori adottati in casi particolari quali destinatari della norma, atteso pure che si tratti di soggetti che vengono a trovarsi in situazioni particolari o svantaggiate e che la loro esclusione aprirebbe ad una situazione di sperequazione in danno proprio dei più deboli[25].

20 Il quale oggi così precetta: "Per effetto dell'adozione l'adottato acquista lo stato di figlio degli adottanti, dei quali assume e trasmette il cognome (…). Con l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali".

21 Sono le osservazioni di Morozzo della rocca, P.: "Il nuovo *status* di figlio e le adozioni in casi particolari", *Fam. e dir.*, 2013, 8-9, p. 839, nt. 5, per cui, peraltro "non pare poter essere utilizzato, al fine di affermare la formale compatibilità tra il nuovo art. 74 ed il combinato disposto di cui all'art. 55 della legge sull'adozione con l'art. 300 c.c., il riferimento di quest'ultima disposizione alle "eccezioni previste dalla legge", considerando l'adozione del minore di età in casi particolari una di quelle ipotesi di eccezione alla mancanza di effetti legittimanti delle adozioni sottoposte alla disciplina dell'art. 300 c.c. Il richiamo alle eccezioni di legge di cui all'art. 300 c.c.", per l'a., "è, infatti, indubbiamente rivolto al singolo effetto di parentela e non alla possibilità che un'adozione pur astrattamente ricadente nel tipo regolato possa avere effetti di parentela".

22 Queste le parole di De Filippis, B.: "La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura", *Fam. e dir.*, 2013, 3, p. 292. Per Dossetti, M.: *Finalità, struttura e contenuto della L. 10 dicembre 2012, n. 219*, cit., 12, "l'estensione dell'ambito di efficacia della parentela adottiva avrà come effetto l'abrogazione implicita del rinvio agli artt. 300, comma 2, e 304 c.c., contenuto nell'art. 55, l. 184/1983, per cui, da ora in avanti, i minori adottati con adozione in casi particolari entrano a pieno titolo nella famiglia dell'adottante". In termini di tacita abrogazione, con conseguente assimilazione degli effetti dell'adozione in casi particolari all'adozione "legittimante", anche Prosperi, F.: "Unicità di '*status filiationis*' e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio", *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 3, p. 278.

23 Palazzo, A.: "La riforma dello *status* della filiazione", *Riv. dir. civ.*, 2013, 2, p. 268.

24 Ferrando, G.: "La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali", *Corr. giur.*, 2013, 3, p. 528.

25 Così, Busacca, A.: "Semplicemente figli", *Humanities*, 2013, 4, pp. 1-17, la quale, alla luce dell'interpretazione letterale della norma, per cui gli effetti non si producono nei confronti degli adottati maggiori di età, ai sensi dell'art. 291 c.c., afferma che "l'adozione in casi particolari resta comunque un'adozione di minori, assimilata all'adozione *ex* art. 291 quanto agli effetti".

Diversa, invece, l'opinione per cui, ancorché la nuova disposizione preveda espressamente l'esclusione del vincolo di parentela solo con riguardo agli adottati maggiori di età, sia necessario procedere ad un'interpretazione estensiva del testo di legge, in ragione della sostanziale identità, in punto di effetti, della disciplina tra adozione dei maggiorenni e quella c.d. in casi particolari. La contraria soluzione, del resto, finirebbe per modificare radicalmente gli effetti di quest'ultima, equiparandola a quella ordinaria[26]. L'idea che gli effetti della parentela debbano attribuirsi dal riformato art. 74 c.c. anche agli adottati in casi particolari, per questa tesi, non può accogliersi anche per altre ragioni[27]. Corre dapprima interrogarsi sulla compatibilità di tali effetti con il tratto saliente di questa adozione: il mantenimento, edittalmente disposto, delle relazioni con la famiglia di nascita e, in particolare, con i genitori biologici, così come testimoniato dall'aggiungersi del cognome di origine di seguito a quello dell'adottante[28]. Non trascurabili sono altresì le difficoltà che il doppio stato di filiazione di tali minori può cagionare nell'applicazione di alcune norme[29] e le maggiori difficoltà si prospettano in ambito successorio, stante l'evenienza di un concorso tra i parenti dell'adottato e quelli dell'adottante. A sostegno di questa tesi può richiamarsi l'art. 567, comma 2, c.c., per cui "i figli adottivi sono estranei alla successione dei parenti dell'adottante", con evidente rinvio all'adozione in casi particolari (e dei maggiorenni), poiché, come rilevato, l'adottato, con l'adozione piena, "acquista lo stato di figlio nato nel matrimonio" (art. 27, comma 1, l. n. 184/1983).

Il contrasto sin qui delineato viene composto dalla recente sentenza del Giudice delle Leggi, n. 79 del 28 marzo 2022, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del predetto art. 55 c.c. nella parte in cui, richiamando l'art. 300 c.c., stabilisce che l'adozione in casi particolari non fa sorgere alcun rapporto civile tra

26 È la tesi di Sesta, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Fam. e dir.*, 2013, 3, pp. 236 ss., per il quale non è ipotizzabile una terza via che, fatti salvi i caratteri dell'adozione in casi particolari, ammetta anche la creazione di coesistenti rapporti di parentela dell'adottato con i genitori biologici e con quelli adottivi. Parimenti, per Magnani, A.: "Il principio di unicità dello stato giuridico di figlio. Il nuovo concetto di parentela. Riflessi successori", Relazione tenutasi al Convegno "Legittimi, naturali, adottivi: figli tutti uguali dopo la Legge n. 219/2012?", Pavia, 24 maggio 2013, 44, *Riv. not.*, 2013, 1, pp. 680 ss., gli adottati maggiori di età ed i minori adottati in casi particolari, "non sussistendo alcun rapporto civile con la famiglia dell'adottante, non succedono (art. 300, richiamato, per l'adozione dei minori in casi particolari, dall'art. 55, L. n. 183/1984) ai fratelli e alle sorelle". Per Bianca, C. M.: "La legge italiana conosce solo figli", cit., p. 2, nt. 7, "il vincolo di parentela con le famiglie degli adottanti deve ugualmente escludersi quando si tratti di adozione in casi particolari". Contrariamente, Dossetti, M.: *Finalità, struttura e contenuto della L. 10 dicembre 2012, n. 219*, cit., 12, ritiene che "i figli adottivi, in realtà, saranno titolari di una doppia condizione di figli, nei confronti della famiglia adottiva e nei confronti della famiglia di sangue, poiché la norma non incide sul richiamo, contenuto nell'art. 55, l. 184/1983, all'art. 300, comma 1, c.c.".

27 Ad esempio, consentire un'abrogazione tacita dell'art. 55, l. n. 184/1983 - nella parte in cui richiama l'art. 300, comma 2, ultimo periodo, c.c. - incoraggerebbe l'adozione da parte dei *single*, dal momento che, nei casi di cui all'art. 44, l. 184/1983, ad adottare può essere anche una persona singola, come argomenta Lenti, L.: "La sedicente riforma della filiazione", cit., p. 204.

28 Così, Morozzo della rocca, P.: "Il nuovo *status* di figlio e le adozioni in casi particolari", cit., p. 840.

29 Quali, tra le altre, l'art. 433 c.c., in tema di alimenti, atteso che gli adottati in uno dei casi particolari potrebbero trovarsi nella condizione di dover adempiere alle obbligazioni alimentari non solo dei fratelli e delle sorelle di sangue, ma anche di quelli adottivi. Altre problematiche potrebbero sorgere con riferimento agli artt. 406, 407 e 417 c.c., relativi all'amministrazione di sostegno, all'interdizione e all'inabilitazione, ai minori riconducibili in forza dell'art. 74 c.c.

l'adottato e i parenti dell'adottante, per violazione degli artt. 3, 31 e 117, comma 1, Cost., in riferimento all'art. 8 CEDU che sancisce il diritto alla vita privata e familiare[30]."La spinta del principio di uguaglianza, alla luce della evoluzione della coscienza sociale ha, dunque, inciso", per la Corte, sulla concezione stessa dello status di figlio che riflette l'appartenenza a una comunità familiare "secondo una logica fondata sulle responsabilità che discendono dalla filiazione e sull'esigenza di perseguire il migliore interesse del minore"[31]. Sulla stessa impostazione, si è orientato il Tribunale per i Minorenni di Sassari, per il quale l'applicazione dell'art. 300 c.c. all'adozione in casi particolari risulta incompatibile con i principi di pari dignità garantiti dal sistema giuridico italiano, dovendosene, pertanto, ritenere l'abrogazione, ai sensi dell'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale[32].

2. La necessità di una interpretazione estensiva dell'art. 462, comma 3, c.c., in funzione della unicità dello statuto successorio di figlio

Un'effettiva permanenza di discriminazione a scapito degli adottati, in ambito successorio, potrebbe, invece, trovare la propria fonte nell'art. 462, comma 3, c.c., per cui "possono (…) ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché non ancora concepiti"[33]. La disparità si riscontra ove si aderisca all'indirizzo interpretativo restrittivo, sul punto prevalente, che esclude dall'ambito di applicazione della citata norma l'istituto dell'adozione, in ragione della natura eccezionale dell'articolo de quo (che discorre di "concepimento")[34], e dell'art. 631 c.c., a mente del quale è nulla la disposizione testamentaria con la quale si fa dipendere dall'arbitrio di un terzo (nel caso che interessa l'adottante) l'indicazione dell'erede o del legatario. Si tratta, a ben vedere, di un'opzione ermeneutica non condivisibile, alla luce dei principi di unitarietà dello stato di figlio (di cui all'art. 315 c.c.) e di equiparazione del figlio adottivo a quello

30 Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, *Familia,* 2022, 3, pp. 349 ss., con nota di Bianca, M.: "La Corte costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva. Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione"; *Fam. e dir.*, 2022, 10, pp. 897 ss., con nota di Sesta, M.: "Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali", il quale osserva come "il punto chiave della statuizione è quello che assume che la condizione giuridica del minore adottato in casi particolari configuri un vero e proprio stato giuridico della filiazione ai sensi dell'art. 315 c.c., di guisa che un difforme trattamento, rispetto a quello generale quanto ai legami di parentela con l'adottante, si connota come irragionevole e discriminatorio".

31 Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit.

32 Trib. Min. Sassari, 20 gennaio 2022, *www.articolo29.it*, 4 febbraio 2022, con nota di Barbato, G.: "Estensione dei legami di parentela dell'adottante in capo all'adottato nell'adozione in casi particolari: il sì del Tribunale di Sassari", che ha disposto l'adozione in casi particolari da parte del genitore intenzionale della minore nata da maternità surrogata, ha ordinato la posposizione del cognome dell'adottante a quello della minore e ha riconosciuto il rapporto di parentela tra la minore e i parenti dell'adottante. Per il Tribunale, il nuovo art. 74 c.c. ha tacitamente abrogato l'art. 55, l. n. 184/1983 nella parte in cui stabilisce di applicare all'adozione in casi particolari l'art. 300 c.c. sull'adozione di maggiorenni, per il quale non sussiste alcun rapporto civile tra adottante e famiglia dell'adottato né tra adottato e parenti dell'adottato, fatte salve le eccezioni previste dalla legge.

33 Cfr. la ricostruzione effettuata da Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 165 ss.

34 Per cui si rinvia a Cicu, A.: *Successioni per causa di morte. Parte generale*, *Tratt. dir. civ. comm.*, (diretto da A. Cicu, F. Messineo), Milano, Giuffrè, 1961, pp. 80 ss.; Azzariti, G.: *Le successioni e le donazioni*, Padova, Cedam, 1990, p. 27.

biologico (ex art. 27, comma 1, l. 4 maggio 1983, n. 184), senza considerare come la stessa ben potrebbe prestare il fianco ad una questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Né convince l'ulteriore rilievo che poggia sull'art. 631 c.c., atteso che l'adozione si configura quale istituto per far fronte a quel bisogno di genitorialità che, diversamente, non potrebbe trovare attuazione. Il che induce a ritenere insussistente il profilo dell'arbitrarietà voluto dalla norma da ultimo menzionata e che determina la nullità della disposizione testamentaria. Inoltre, così come si presuppone che la scelta di designare erede o legatario un nascituro non concepito sia frutto della libera determinazione del testatore (e non già del potenziale genitore), analogamente è a dirsi per la fattispecie dell'adozione.

In altre parole, così come si presume che il genitore capace di procreare non interferisca nella determinazione soggettiva della scheda testamentaria, allo stesso modo deve presumersi che l'adottante non indirizzi la volontà testamentaria in tal senso ma che sia lo stesso de cuius, consapevole dell'impossibilità per il proprio figlio di generare, a voler disporre a favore della persona che in futuro potrà essere adottata. Auspicabile si rende, allora, in un simile scenario, un intervento legislativo che meglio definisca i contorni della citata disposizione, al precipuo fine di superare il divario che la medesima è idonea a produrre e di poter discorrere di un'effettiva unitarietà dello statuto, anche successorio, di figlio.

II. LA TRASCRIZIONE DI SENTENZE STRANIERE DI ADOZIONE OMOGENITORIALE: IL RICONOSCIMENTO DELL'ADOPTION ORDER EMESSO DALLA SURROGATE COURT DELLO STATO DI NEW YORK.

I confini della filiazione adottiva sono progressivamente in via di espansione. Essi, infatti, si estendono sino a quella c.d. omogenitoriale, la quale desta non poche problematiche in considerazione del fatto che le coppie omosessuali non possano ricorrere alla procreazione medicalmente assistita, *ex* art. 5, l. n. 40/2004, né adottare, *ex* art. 6, l. n. 184/1983. Tale modello, peraltro, non è stato posto in discussione neppure dalla l. n. 76 del 2016, tenuto conto del fatto che le norme del codice civile sulla filiazione sono state espressamente escluse dal novero di quelle applicabili all'unione civile e, come tali, non sono suscettibili di applicazione in via analogica, ai sensi dell'art. 1, comma 20, l. n. 76 del 2016[35].

L'indagine attiene all'esigenza di garantire la stabilità del rapporto tra il minore e colui il quale esercita, di fatto, la propria funzione genitoriale, conformemente a

35 Il tema è ben affrontato da Bugetti, M.N.: "Lo *status* di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un *excursus* giurisprudenziale (e qualche riflessione)", *Fam. e dir.*, 2022, 8-9, pp. 849 ss.

quanto stabilito dall'art. 1, l. n. 184 del 1983, che riconosce al minore lo specifico diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della "propria" famiglia[36] e, ancor di più, dalla prima parte del comma 1 dell'art. 315 bis c.c. che, aprendo alla genitorialità sociale e alla continuità affettiva, riconosce al figlio il più generico diritto di crescere "in" famiglia[37]. È, infatti, proprio l'interesse superiore del minore al mantenimento della vita familiare costruita con ambedue le figure genitoriali ad aver condotto la giurisprudenza di merito, in più occasioni, a pronunciarsi favorevolmente alla trascrizione di sentenze straniere di adozione pronunciate in altri paesi (artt. 41, 64 ss., l. n. 218/1995), anche nella forma dell'adozione internazionale (artt. 35, 36, l. n. 184/1983) o comunque a stimolare interventi della Corte costituzionale.

Emblematica, risulta, senza dubbio, la pronuncia del Tribunale per i Minorenni di Bologna che ha avanzato eccezione di illegittimità costituzionale, con riguardo agli artt. 2, 3, 30 e 117, comma 1, Cost., degli artt. 35 e 36, l. n. 184/1983, nella parte in cui non consentirebbero al giudice di valutare, nel caso concreto, se il riconoscimento del vincolo di filiazione già costituito all'estero corrisponda al best interest of the child, e, di conseguenza, impedirebbero, nel caso di specie, l'ammissione di un'adozione pronunciata da un tribunale straniero nell'ambito di una famiglia omosessuale femminile che aveva fatto ricorso ad una "doppia fecondazione eterologa"[38]. Segnatamente, il giudicante non ha potuto provvedere al riconoscimento di una pronuncia statunitense di adozione, poiché gli artt. 6 e 44, lett. b), l. n. 184 del 1983, tanto per l'adozione "piena", quanto per quella "speciale", prevedono, come requisito di accesso, il matrimonio tra due soggetti di genere opposto[39]. La second parent adoption, propria di alcuni ordinamenti americani,

36 Cfr. Emiliozzi, E.A.: "L'adozione da parte di *partners* di unioni civili", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 2, pp. 799 ss.

37 In merito, cfr. Ballarani, G.: *La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore, (tra norme e principi)*, in *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità,* Atti del 13° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. 3-4-5 maggio 2018, (a cura di P. Perlingieri, S. Giova), Napoli, Esi, 2019, p. 344.

38 La vicenda vede protagoniste due cittadine americane, madri biologiche di due minori, tramite inseminazione artificiale da donatore anonimo, che avevano ciascuna ottenuto negli Stati Uniti la pronuncia di un provvedimento favorevole all'adozione piena del figlio biologico dell'altra.

39 Cfr. Trib. min. Bologna, 10 novembre 2014, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, p. 387, con nota di Ferrari, D.: "I legami omogenitoriali formatisi all'estero all'esame del giudice delle leggi: come tutelare l'interesse del minore?". Per il vero, vi sono casi in cui l'adozione piena è ammessa anche per la persona sola, come accade per l'ipotesi della morte del coniuge durante l'affidamento preadottivo, per cui l'adozione piena può essere ugualmente disposta ad istanza del coniuge superstite, ove conforme all'interesse del minore, ai sensi dell'art. 25, comma 4°, l. adoz. Osserva, al riguardo, Marella, M.R.: "Adozione", *Digesto civ.*, Agg. I, Torino, 2000, p. 12, che l'eccezionalità di tali ipotesi impedisce comunque di ricavare da esse alcun diverso principio. Il tema, più di recente, è approfondito da Corso, S.: "Prestigiazione, ovvero sull'adozione del minore da parte del singolo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 3, pp. 612 ss. (nota a Corte cost., 23 dicembre, 2021, n. 252), il quale rammenta come già Cass. civ., 14 febbraio 2011, n. 3572, *Mass. Giust. civ.*, 2011, 2, c. 236, avesse affermato che il legislatore ben potrebbe introdurre l'adozione piena anche per i *single*. Per i giudici di legittimità, in tema di adozione, la disposizione di cui all'art. 36, comma 4, l. 4 maggio 1983 n. 184 (nel testo sostituito ad opera dell'art. 3 l. 31 dicembre 1998 n. 476) - secondo cui l'adozione pronunciata all'estero su istanza di cittadini italiani che dimostrino, al momento della pronuncia, di aver soggiornato continuativamente nel Paese straniero e di avervi avuto la residenza da almeno due anni, viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del tribunale per i minorenni - non ha introdotto alcuna deroga al principio generale enunciato nell'art. 35, comma 3, l. n. 184 del 1983 citata, secondo il quale la trascrizione nei registri dello stato civile italiano dell'adozione di un minore pronunciata all'estero con effetti legittimanti non può avere mai luogo ove "contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori". Tra questi principi v'è quello secondo cui l'adozione legittimante

permette, invece, l'adozione del figlio del partner, a prescindere dall'esistenza di un legame coniugale e dalla diversità di sesso tra gli adottanti[40].

Ebbene, la Corte costituzionale, pur ammettendo la sussistenza di un vuoto normativo in merito, con pronuncia n. 76 del 2016[41], si è limitata a dichiarare inammissibile la predetta questione di legittimità ritenendo conferente l'art. 41, l. n. 218/1995, e non già gli artt. 35 e 36, l. n. 184/1983, trattandosi, dunque, di attribuire efficacia ad una sentenza straniera di adozione e non di un'adozione internazionale[42]. Svariati orientamenti della giurisprudenza, soprattutto di merito, hanno, invece, iniziato a dare espresso riconoscimento, nel silenzio del legislatore, alla genitorialità omosessuale nell'ordinamento giuridico italiano, affermando che l'ordine pubblico internazionale non possa costituire un ostacolo alla trascrizione di provvedimenti stranieri di adozione omogenitoriale, sia "piena" che "coparentale", dovendosi piuttosto garantire, in funzione della tutela dell'interesse del minore, la conservazione dello stato di figlio ormai consolidatosi. Per alcuni giuridici di merito, infatti, il coniugio, ai fini della filiazione, non è un principio rientrante tra quelli fondamentali che regolano nell'ordinamento giuridico italiano il diritto di famiglia e dei minori[43]. Si pensi al provvedimento della Corte d'Appello di Milano, del 16 ottobre 2015, che ha ordinato la trascrizione di un'adozione "piena" di una minore da parte della propria madre sociale all'interno di una coppia di donne argomentando dal fatto che la minore fosse stata "adeguatamente amata, curata, mantenuta, educata ed istruita da entrambe le donne che hanno realizzato l'originario progetto di genitorialità condivisa, nell'ambito di una famiglia fondata sulla comunione materiale e spirituale di due persone di sesso femminile". L'adozione "piena", infatti, per il giudicante, "appare idonea ad attribuire alla minore un insieme di diritti molto più ampio e vantaggioso di quello garantito

è consentita solo "a coniugi uniti in matrimonio", ai sensi dell'art. 6 l. n. 184 del 1983, fermo restando che il legislatore nazionale, coerentemente con il disposto dell'art. 6 della convenzione europea in materia di adozione di minori, firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967 e ratificata dall'Italia con la l. 22 maggio 1974 n. 357, ben potrebbe provvedere, nel concorso di particolari circostanze, ad un ampliamento dell'ambito di ammissibilità dell'adozione legittimante di minore da parte di una singola persona.

40 Lo puntualizza Ragni, C.: "Il riconoscimento in Italia dell'adozione del figlio della *partner* del medesimo sesso alla luce della recente prassi delle corti italiane", *Genius*, 2015, 2, p. 228, nt. 7.

41 Corte cost., 7 aprile 2016, n. 76, *Giur. cost*., 2016, 2, pp. 691 ss., con nota di Schillaci, A.: "Un'inammissibilità che 'dice' molto: la Corte costituzionale e la trascrizione dei provvedimenti stranieri di adozione coparentale in coppia omosessuale"; e *Nuova giur. civ. comm*., 2016, 9, pp. 1177 ss., con nota di Marzialetti, L.: "Le sentenze straniere di *stepchild adoption* omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di delibazione".

42 Per Corte cost., 7 aprile 2016, n. 76, cit. il Tribunale remittente avrebbe "erroneamente trattato la decisione straniera come un'ipotesi di adozione da parte di cittadini italiani di un minore straniero (così detta adozione internazionale), mentre si trattava del riconoscimento di una sentenza straniera, pronunciata tra stranieri".

43 Cfr. Trib. min. Firenze, 8 marzo 2017, *Corr. giur*., 2017, 7, pp. 949 ss., con nota di Tuo, C.E.: "Riconoscimento di *status* familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore"; e *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 7-8, pp. 986 ss., con nota di Calderai, V.: "Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale", con cui l'autorità giudiziaria ha ordinato la trascrizione di due provvedimenti pronunciati, rispettivamente, nel Regno Unito e negli Stati Uniti, che avevano disposto l'adozione "piena" di minori residenti in quegli Stati da parte di due coppie di uomini, aventi la cittadinanza italiana e residenti da tempo nello stato estero.

dall'adozione disciplinata dagli artt. 44 e segg. della l. 184/1983, anche nei confronti della famiglia d'origine dell'adottante"[44]. Rilevante altresì il provvedimento della medesima Corte d'Appello, del 1 dicembre 2015, la quale ha stabilito che, sulla base della nozione di ordine pubblico internazionale, sia trascrivibile nei registri dello stato civile italiano il matrimonio contratto in Francia da cittadine francesi, con la conseguente inevitabilità del riconoscimento, per effetto di sentenze di adozione, degli *status* di figli delle due madri, acquisiti dai minori, una volta valutato in concreto che ciò corrisponda al superiore interesse degli stessi al mantenimento della vita familiare costruita[45].

Parimenti a dirsi per la pronuncia della Corte d'Appello di Napoli, del 5 aprile 2016, che, nell'ambito di una coppia *same sex*, ha ordinato la trascrizione del provvedimento straniero di adozione della figlia biologica della *partner* in una fattispecie in cui sosteneva che non vi fosse "alcuna ragione per ritenere in linea generale contrario all'ordine pubblico internazionale un provvedimento straniero che abbia statuito un rapporto di adozione piena tra una persona non coniugata e il figlio riconosciuto del *partner*, anche dello stesso sesso"[46].

Tanto che le Sezioni Unite del 31 marzo 2021 ammettono che la coppia omosessuale maschile possa vedersi attribuiti gli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione, ancorché a condizione che sia esclusa la sussistenza di un accordo di surrogazione a fondamento del rapporto di filiazione. La questione involge il riconoscimento dell'adoption order, emesso dalla Surrogate Court dello Stato di New York, che ha attribuito alla coppia di padri ricorrenti lo status di genitori adottivi di un minore, dopo aver acquisito il consenso dei genitori biologici del minore e aver valutato "l'idoneità della coppia adottante al fine di verificare la conformità del provvedimento da assumere al best interest of the child"[47]. Poiché, infatti, l'unione matrimoniale, di cui all'art 29 Cost., non costituisce più il modello unico o il solo adeguato alla nascita e alla crescita di figli minori, esso non può porsi come limite al riconoscimento degli effetti di un atto che attribuisce la genitorialità adottiva ad una coppia omoaffettiva[48].

44 App. Milano, 16 ottobre 2015, *Fam. e dir.*, 2016, 3, pp. 271 ss., con nota di Tommaseo, F.: "Sul riconoscimento dell'adozione, avvenuta all'estero, del figlio del *partner* di una coppia omosessuale".

45 App. Milano, 1 dicembre 2015, *ivi*, 1, 1, pp. 338 ss.

46 App. Napoli, 5 aprile 2016, *Foro it.*, 2016, 6, 1, c. 1910, con nota di Casaburi, G.

47 Cass. civ., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006, *www.articolo29.it*, 31 marzo 2021, con commento di Celentano, S. "Le Sezioni Unite: si alla trascrizione dell'adozione da parte di due papà"; e *Riv. dir. comp.*, 2021, 3, pp. 186 ss., con nota di Angelini F.: "Adozione sociale *versus* surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico".

48 Cfr. Montaruli, V.: "La questione del riconoscimento dell'adozione all'estero in favore di una coppia *same sex*: la prevalenza dell'interesse del minore secondo la Convenzione Aja 1993", *Dir. fam. pers.*, 2022, 1, pp. 331 ss., (nota a Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 29071).

Il pluralismo dei modelli familiari si lega, infatti, sempre più ad una concezione "funzionale" della famiglia, che guarda al rapporto, prima che all'atto[49], con l'effetto che, anche ai fini dell'adozione, l'esistenza di legami familiari consolidati depone a favore della rilevanza giuridica di qualunque tipologia familiare, ancorché omoaffettiva, ove si accerti che in essa si estrinsechi lo sviluppo della personalità del minore[50]. È la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ad avere, del resto, affermato che il rifiuto di uno Stato contraente della CEDU di riconoscere una decisione straniera di adozione, argomentando dal divieto della relativa legge nazionale in tal senso, sarebbe in contrasto con l'interesse del minore al rispetto della sua vita familiare (cfr. art. 8 CEDU) e a veder salvaguardati i propri legami affettivi[51].

La questione fin qui prospettata va, allora, letta nell'ottica della tutela del nato il quale non può patire gli effetti negativi di una scelta personale del soggetto richiedente adozione[52]. Il minore non può dirsi, cioè, a prescindere pregiudicato dal fatto di essere inserito all'interno di un nucleo omosessuale, non sussistendo "certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale"[53]. Sicché, rispetto allo status filiationis, l'omosessualità di un genitore costituisce circostanza "giuridicamente neutra", dato che "le condotte/relazioni omosessuali non presentano, di per sé, alcun fattore di rischio o di disvalore giuridico, rispetto a quelle eterosessuali"[54].

49 Sulla concezione funzionale della famiglia, sia consentito un rinvio a Mendola, A.: "Le mobili frontiere della filiazione", *Quaderni di* Familia, (diretti da S. Patti), Pacini, Pisa, 2020, pp. 115 ss.

50 Trib. min. Firenze, 7 marzo 2017, cit. In dottrina, si rinvia a Mosconi, F., Campiglio, C.: *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, Giappichelli, 2014, p. 229 per cui "l'interesse superiore del minore, che ispira la normativa italiana in materia di adozione, induce a favorire il più possibile il riconoscimento dei provvedimenti stranieri di adozione e quindi a circoscrivere a casi veramente eccezionali il ricorso al limite dell'ordine pubblico: questo pertanto risulta compresso proprio perché l'interesse del minore deve venire considerato prioritario (superiore, suscettibile, in altre parole, di rendere tollerabile il verificarsi di una qualche disarmonia nell'ordinamento italiano). La necessità di salvaguardare prioritariamente l'interesse del minore rappresenta essa stessa", per gli autori, "un principio fondamentale per il nostro ordinamento giuridico, presidiato dal limite pubblico ed anzi - anche perché conforme a precetti di diritto internazionale (...) - più forte di altri per il nostro ordinamento pur fondamentali principi: un controlimite che prevale sul limite".

51 Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, su cui si veda Tuo, C.E.: "Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, 1, pp. 43 ss.

52 Cfr., in merito, la posizione di Ballarani, G.: *op. cit.*, p. 375 per cui "non può omettersi di richiamare le considerazioni sull'aspettativa che ingenera l'accoglimento di queste istanze sui terzi nelle medesime condizioni e su quanti vorrebbero accedere alle prassi, proprio in ragione della forza del precedente". Per l'a., infatti "è questo il vero rischio da scongiurare. Ed è in ciò il più grande limite del formante giurisprudenziale in materia: è evidente che la risposta negativa, il diniego, possa apparire contrario all'interesse in concreto di quel minore e suscitare critiche e perplessità, ma il *vulnus* non lo determina il giudice con il decidere; lo determina la condotta - non a caso *contra legem* - degli adulti". Sul punto, sia consentito un rinvio a Mendola, A.: "Riflessioni di diritto comparato in tema di omogenitorialità sociale", *Dir. succ. fam.*, 2022, 1, pp. 751 ss.

53 Cass. civ., 11 gennaio 2013, n. 601, *Corr. giur.*, 2013, 7, pp. 893 ss., con nota di Balestra, L.: "Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra 'pregiudizio' e interesse del minore".

54 Cfr. Trib. Napoli, 28 giugno 2006, *Foro it.*, 2007, 1, c. 138; Trib. Bologna, 15 luglio 2008, *Giur. it.*, 2009, 5, c. 1164, con nota di Falletti, E.: "Genitore omosessuale e affidamento condiviso"; App. Napoli, 11 aprile 2007,

1. La stepchild adoption e la lettura estensiva dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/1983.

Diverso è, invece, il caso in cui non siano state pronunciate sentenze straniere di adozione avendo le coppie omosessuali solo provveduto a ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita all'estero. Rendendosi, pertanto, ugualmente necessario il riconoscimento di legami affettivi già formati[55], al fine di tutelare l'interesse del nato, l'art. 5 del disegno di legge Cirinnà, poi stralciato, legittimava ciascuna parte della coppia omosessuale ad adottare il figlio, anche adottivo, dell'altra, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. *b*), l. n. 184/1983[56].

La detta previsione legislativa - benché dai più osteggiata sull'assunto che stimolasse il ricorso alle vietate pratiche di P.M.A. da parte di unioni same sex[57] - veniva da alcuni, invece, concepita come uno strumento per allestire una veste giuridica in capo a situazioni familiari già esistenti di fatto, rappresentando la garanzia minima per i minori che vivono con genitori dello stesso sesso e che, in tal modo, si vedrebbero assicurati "i diritti di cura, di mantenimento, ereditari"[58], evitando "conseguenze drammatiche in caso di separazione o intervenuta incapacità o morte del genitore biologico, salvaguardando la continuità della responsabilità genitoriale nell'esclusivo interesse del minore"[59].

In tal senso, la giurisprudenza, soprattutto di merito, investita del compito di assicurare ai nati certezza e stabilità del rapporto con chi effettivamente esercitasse la funzione genitoriale[60], già prima di tale previsione normativa, riteneva che l'adozione in casi particolari, a differenza di quella c.d. piena, fosse "volta a proteggere legami affettivi e relazionali preesistenti, instaurando vincoli giuridici

Fam. pers. succ., 2008, 3, p. 234, con nota di Nardi, S.: "Affidamento esclusivo e conflittualità tra genitori"; Cass. civ., 18 giugno 2008, n. 16593, *Foro it.*, 2008, 1, c. 2446, con nota di Casaburi, G.; e *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 1, pp. 68 ss., con nota di Mantovani, M.: "(Presunta) omosessualità di un genitore, idoneità educativa e rilievo della conflittualità ai fini dell'affidamento".

55 Cfr. Rizzuti, M.: "Adozioni e poligenitorialità", questa *Rivista*, 2020, 13, p. 653, il quale prende spunto dai recenti sviluppi che hanno visto il superamento di alcuni postulati connessi alla cosiddetta *imitatio naturae* nelle adozioni, ad esempio con riferimento al genere dei soggetti coinvolti, per valutare come un'evoluzione comparabile potrebbe riguardare anche il profilo attinente al numero dei genitori.

56 L'art. 5 del d.d.l. S-2081 era rubricato «Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184» e prevedeva quanto segue: «All'articolo 44, comma 1, lettera b), della legge 4 maggio 1983, n. 184, dopo la parola: «coniuge» sono inserite le seguenti: «o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso» e dopo le parole: «e dell'altro coniuge» sono aggiunte le seguenti: «o dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».

57 Cfr. Auletta, T.: "Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?," *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 3, p. 406 per cui "la motivazione di fondo era costituita dal rischio che, mediante tale forma di adozione, si potessero incentivare le pratiche del c.d. utero in affitto e della procreazione assistita da parte di donna sola, vietate nel nostro Paese ma non in altri".

58 Così, si legge nell'appello dei giuristi, "Unioni gay: i bambini, innanzitutto", *www.articolo29.it,* 12 gennaio 2016, laddove si sottolinea: "Queste bambine e questi bambini esistono. Il Legislatore non può cancellarli, non può voltarsi dall'altra parte, ignorandone le esigenze di protezione".

59 Appello dei giuristi, "Unioni gay: i bambini, innanzitutto", cit.

60 Ferrando, G.: "Le unioni civili. La situazione in Italia alla vigilia della riforma", *www.juscivile.it*, 2016, 3, p. 49.

tra il minore e chi di lui stabilmente già si occupa, tanto a tutela dell'interesse del minore stesso ad una idonea collocazione familiare"[61]. Il riferimento, tuttavia, non era all'adozione speciale, di cui alla lett. b), l. n. 184/1983 - estesa solo al coniuge dell'adottante - ma a quella di cui alla lett. d), dell'art. 44, comma 1, l. 184/1983, avente, per tale orientamento, come destinatari soggetti che non possono essere affidati in via preadottiva perché non si trovano in stato di abbandono, giacché della loro cura morale e materiale si occupa il genitore biologico e, con costui, il compagno[62].

Emblematica, in tal senso, risulta la nota pronuncia del Tribunale per i Minorenni di Roma, del 30 luglio 2014[63], confermata in secondo grado[64] e in Cassazione, con provvedimento n. 12962 del 2016[65], con cui veniva riconosciuto il rapporto genitoriale di fatto esistente tra la convivente stabile della madre biologica ed una minore concepita in Spagna mediante fecondazione assistita eterologa. Per il giudicante, segnatamente, la disciplina dell'adozione in casi particolari, ex art. 44, lett. d), l. n. 184 del 1983, non impedisce che una persona singola, indipendentemente dall'orientamento sessuale, adotti un minore, a condizione, però, che ciò risponda all'interesse di quest'ultimo. Né può ostare a una simile interpretazione la mancanza del rapporto di coniugio tra l'adottante e il genitore dell'adottando, presupposto questo richiesto dalla lett. b) ma non dalla lett. d).

Argomentando proprio dal fatto che il legislatore non distinguesse espressamente tra coppie conviventi eterosessuali e quelle omosessuali e che, pertanto, sarebbe stata priva di fondamento normativo l'applicazione di tale disciplina solo in favore delle prime, il medesimo Tribunale per i Minorenni di Roma, in altra occasione, ha consentito il ricorso al richiamato istituto da parte di unioni dello stesso sesso, al fine di evitare che il minore potesse "vivere una doppia

61 Così, App. Roma, 23 dicembre 2015, *www.articolo29.it*, 3 marzo 2016, con nota di Casaburi, G.: "Il nome della rosa, (la disciplina italiana delle unioni civili)", per il quale l'art. 5 del disegno di legge Cirinnà "(ipocritamente) non prende posizione sull'adozione speciale del figlio del partner, nell'ambito di una coppia omosessuale (anche non vincolata da unione civile, evidentemente) sul presupposto che questa è comunque ammessa dalla giurisprudenza, cui è dato un (appunto ammiccante, e certo non necessario) via libera".

62 Per una lettura ampia dei presupposti dell'adozione in casi particolari, di cui alla lett. d), l. n. 184 del 1983, cfr. Trib. Min. Torino, 11 novembre 1985, *Giur. it*., 1986, I, 2, c. 645, il quale ha ritenuto che l'impossibilità di affidamento preadottivo possa sussistere anche "quando il minorenne già si trova presso una altra coppia cui è talmente legato da affetto da far ritenere che il distacco da quella coppia sarebbe contrario all'interesse di lui". Cfr. altresì App. Bologna, 15 aprile 1989, *Giur. merito*, 1991, I, p. 91, con nota di Manera, G.: "Sulle nozioni di parenti obbligati all'assistenza del minore abbandonato e di impossibilità di affidamento preadottivo".

63 Trib. Min. Roma, del 30 luglio 2014, *Dir. fam. pers*., 2015, 1, pp. 174 ss., con nota di Cipriani, N.: "La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali".

64 App. Roma, 23 dicembre 2015, cit.

65 Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12962, *Familia*, 2016, 3-4, pp. 309 ss., con nota di Irti, C.: "L'adozione del figlio del convivente (omosessuale): la Cassazione accoglie l'interpretazione evolutiva dell'art. 44 lett. d), l. n. 184 del 1983".

rappresentazione di sé, una giuridica e una sociale"[66], costituita quest'ultima dalle relazioni di fatto da lui instaurate, quali componenti ineliminabili del suo preminente interesse, a prescindere dall'orientamento sessuale del genitore sociale[67].

Un'interpretazione dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/1983, volta ad escludere la possibilità di ricorrere all'adozione in casi particolari per coppie di fatto omosessuali si sarebbe tradotta, quindi, in una disuguaglianza rispetto alle unioni eterosessuali, violando in concreto il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.[68]. Il che appariva senz'altro in linea con l'art. 117, comma 1, Cost. che, nel richiamare i "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali", prescrive in via interposta il rispetto dei principi di cui agli artt. 8 e 14 CEDU, che tutelano, rispettivamente, il diritto al rispetto della vita privata e il divieto di discriminazione.

2. L'adozione in casi particolari e la necessità di una rivisitazione dell'art. 44, comma 1, lett. b), l. n. 184 del 1983.

Il legislatore italiano, con l'entrata in vigore della l. n. 76/2016, sul riconoscimento delle unioni civili, ha, poi, scelto di eliminare le disposizioni che avrebbero consentito l'applicazione dell'art. 44, comma 1, lett. b), l. n. 184 del 1983[69], anche alle unioni omosessuali, pur non avendo, del tutto, omesso i riferimenti alla filiazione adottiva

66 Trib. Min. Roma, 23 e 30 dicembre 2015, *Fam. e dir.*, 2016, 6, pp. 584 ss., con nota di Scalera, A.: "Adozione incrociata del figlio del *partner* e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma". Nel primo caso, che vedeva protagonisti due uomini, la domanda di adozione era formulata da uno di essi, con riguardo al figlio biologico del *partner*, concepito grazie alla pratica della maternità surrogata. Nella seconda vicenda, invece, con separati ricorsi, due donne conviventi avevano chiesto, rispettivamente, che fosse disposta nei confronti di ciascuna di esse l'adozione della figlia della propria compagna. Nello stesso verso, Trib. Min. Bologna, 6 luglio 2017, *Corr. giur.*, 2018, 11, pp. 1396 ss., con nota di Giorgi, G.: "Adozione in casi particolari e rapporti familiari di fatto: l'interesse concreto del minore". Contrariamente, Trib. Min. Milano, 17 ottobre e 20 ottobre 2016, *Fam. e dir.*, 2017, 11, pp. 283 ss., con nota di Bilotti, E.: "L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito", si segnalano in senso avverso alla possibilità dell'adozione del figlio di un convivente da parte dell'altro - di sesso differente o dello stesso sesso - in base alla lett. d) dell'art. 44, l. n. 184 del 1983. Con la prima pronuncia, due donne, conviventi e legate da una stabile relazione affettiva, hanno partorito ciascuna una minore, facendo ricorso, all'estero, alla tecnica di procreazione medicalmente assistita eterologa con l'impiego del seme di uno stesso uomo ed hanno poi chiesto di adottare la figlia dell'altra ai sensi della lett. d) dell'art. 44. Nel caso deciso con il secondo provvedimento, invece, la domanda di adozione di un minore, che non ha mai avuto rapporti col padre e dal quale non è stato riconosciuto, è stata proposta, sempre ai sensi della lett. d) dell'art. 44, dall'uomo che convive con la madre fin da quando il minore aveva due anni.

67 Trib. Min. Roma, 23 e 30 dicembre 2015, cit.

68 App. Milano, 9 febbraio 2017, *Corr. giur.*, 2017, 6, pp. 810 ss., con nota di Ciraolo, C.: "Certezza e stabilità delle relazioni familiari del minore. La *stepchild adoption*".

69 Osserva Bianca, M.: "Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto", *www.giudicedonna.it,* 2016, 2, pp. 9 ss.: "Quanto allo stralcio del rapporto di filiazione, (…) deve dirsi che esso non vale a negare che l'unione civile sia qualificabile in termini di modello familiare, dato che l'art. 8 sulla vita familiare non solo è stato applicato a prescindere dal vincolo matrimoniale ma anche a prescindere dalla presenza di prole". Per l'a., "in generale la scelta del legislatore di stralciare da questa disciplina delle unioni civili il rapporto di filiazione", va accolta positivamente sull'assunto che "lo *status filiationis* va distinto rispetto allo *status familiae*, in quanto i diritti del figlio prescindono dalle scelte individuali dei genitori".

ma lasciato anzi "fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti" (cfr. art. 1, comma 20, l. n. 76/2016)[70].

L'enunciata disposizione è, senza dubbio, tesa a rinsaldare il pensiero del diritto vivente per il quale l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184 del 1983, può essere disposta allorché si accerti, in concreto, l'interesse del minore al riconoscimento di una relazione affettiva già instaurata e consolidata con chi se ne prende stabilmente cura, non avendo alcuna rilevanza l'orientamento sessuale dell'adottante[71]. Ed è in questo senso che si sono pronunciate anche le Sezioni Unite[72] allorché pur negando, per violazione dell'ordine pubblico, la trascrizione di un atto con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione italiano, non hanno escluso la possibilità di conferire comunque rilievo al rapporto derivante da tale pratica, mediante altri strumenti giuridici, tra i quali proprio l'adozione prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983[73] che, a differenza della P.M.A, viene ammessa poiché non "serve a dare un figlio

70 La norma, infatti, stabilisce che "le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso"; fatta esclusione per la disciplina sulle adozioni ed eccetto "quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti". Su tale ultima precisazione, si rinvia a Casaburi, G.: "L'*Unbirthday* secondo il legislatore italiano: la «non» disciplina delle adozioni omogenitoriali nella l. 20 maggio 2016, n. 76", *Foro it*., 2016, 1, c. cc. 1933 ss. il quale, in proposito, discute di ipocrisia del legislatore. Cfr. altresì Quadri, E.: "Unioni civili tra persone dello stesso sesso e 'convivenze': il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete", *Corr. giur*., 2016, 7, p. 897, il quale riflette sul fatto che "la formula, del comma 20, con cui, una volta testualmente esclusa l'estensibilità alle parti della unione civile delle 'disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184", si prevede che "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti', nel presentarsi quale ambigua espressione delle riserve mentali delle forze politiche coinvolte nella stesura del testo da approvare, rappresenti una deplorevole abdicazione alla giurisprudenza, da parte del legislatore, della funzione che istituzionalmente gli compete nel nostro ordinamento costituzionale, di interprete dell'adeguamento dell'ordinamento alla coscienza sociale". Critica, in merito, anche Bianca, M.: "Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto", cit., p. 9, per la quale "se l'intenzione del legislatore era quella di conservare la prassi giurisprudenziale che consente l'adozione in casi particolari, si tratta tuttavia di disposizione mal formulata in quanto come è noto la giurisprudenza sulla *stepchild adoption* ha consentito l'adozione all'interno delle coppie omosessuali attraverso un'interpretazione dell'art. 44, lett. b) della legge n. 184 del 1983, la cui disciplina viene espressamente esclusa (!)".

71 Al riguardo, cfr. Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12962, cit.; Cass. civ., 26 giugno 2019, n. 17100, *www.osservatoriofamiglia.it*. Cfr. Trib. Min. Piemonte e Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, *Nuova giur. civ. comm*., 2016, 1, 205 ss., con nota di Nocco, A.: "L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura "eversiva" dell'art. 44, lett. d), L. n. 184/1983" con cui si respingono le domande di adozione di due minori, figlie biologiche delle rispettive compagne, presentate dalle mamme sociali, argomentando dal fatto che la norma venne introdotta allo scopo di consentire l'adozione di minori in stato di abbandono quando, in ragione di loro particolari condizioni psico-fisiche, dell'età, o di altre ragioni di fatto, fosse precluso ogni esito adottivo. Per il Tribunale, tale impostazione non può essere sovvertita ritenendo compresa nella «impossibilità di affidamento preadottivo», oltre a quella di fatto (derivante dallo stato di abbandono), anche quella giuridica (che coinciderebbe con l'impossibilità giuridica di procedere ad affidamento del minore ad altri soggetti, in quanto già adeguatamente accudito). Il rischio derivante da una lettura «eversiva», nei detti termini, per il giudicante, sarebbe quello di ritenere adottabile *ex* lett. *d*) qualunque minore, ancorché non in stato di abbandono, da parte di ogni soggetto titolato e desideroso di diventare genitore.

72 Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, *Familia*, 2019, 3, pp. 345 ss., con nota di Bianca, M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico *versus* superiore interesse del minore?".

73 Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

non ancora venuto ad esistenza a una coppia (o a un singolo), realizzandone le aspirazioni genitoriali"[74].

L'interpretazione estensiva della detta lett. d), art. 44, comma 1, l. n. 184/1983, così come paventata dalla giurisprudenza, anche di legittimità, non appare, tuttavia, condivisibile. Se è vero che l'adozione in casi particolari configura un istituto avente carattere eccezionale, allora esso risulta di stretta interpretazione e, pertanto, non può, da criterio residuale, "ragionevolmente assurgere a regola generale e primaria del sistema (…) attraverso il quale riconoscere alle coppie omosessuali un rapporto di filiazione giuridica"[75]. "L'interpretazione del presupposto «constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo» che non richieda la preventiva esistenza di una condizione di abbandono determinerebbe un aggiramento del limite contenuto nella lettera b) dello stesso art. 44, il quale consente soltanto l'adozione del figlio del coniuge ed esclude tale possibilità per le coppie eterosessuali o dello stesso sesso che non siano unite in matrimonio"[76]. La lett. b) del richiamato art. 44, in altre parole, dovrebbe considerarsi sostanzialmente abrogata da tale lettura estensiva della lett. d) non potendo più operare sia nella parte in cui permette l'adozione al coniuge del genitore "(perché, a quel punto, la fattispecie potrebbe a fortiori essere disciplinata dalla lett. d), né dove la esclude per il non coniuge (perché, in questo caso la mancata previsione sarebbe aggirata dalla interpretazione estensiva della lett. d)"[77].

Ne viene che, al fine di restituire coerenza alla disciplina sull'adozione in casi particolari, in combinato con la normativa sulle unioni civili e sulle convivenze e in aderenza ai principi costituzionali[78], preferibile sarebbe un intervento sulla lett. b) dell'art. 44, comma 1, l. n. 184 del 1983, in termini di interpretazione

74 Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, *www.giurcost.org*. In dottrina, cfr. Marella, M.R.: *op. cit.*, p. 12.

75 Lo rileva Morace Pinelli, A.: "Per una riforma dell'adozione", *Fam. e dir.*, 2016, 7, p. 724. Cfr. altresì Salanitro, U.: "Il diritto del minore alla bigenitorialità e il d.d.l Pillon", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 2, p. 335.

76 In tal senso, la motivazione di Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12962, cit. punto 1.1. allorché interviene il Sostituto Procuratore Generale.

77 Così Cipriani, N.: "La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali", cit., p. 179. Cfr. Zatti, P.: "Introduzione al Convegno «Modelli familiari e nuovo diritto» (Padova 7-8.10. 2016)", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 12, p. 1665, per cui il rapporto che nasce dall'unione civile è in realtà "una forma di coniugio, che solo sottilmente e talvolta malamente il legislatore ha tentato di distinguere dal coniugio matrimoniale", sicché la lett. b) dell'art. 44 cit., che fa riferimento al "coniuge", può essere interpretata in chiave evolutiva. Non condivide "l'opinione dell'abrogazione della let. b), il cui disposto verrebbe assorbito dall'interpretazione - (…) - estensiva della let. d)" Gorgoni, A.: *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, Cedam, 2017, p. 399, nt. 60 per cui "il coniuge di cui alla let. b), rispetto al convivente *more uxorio*, gode sicuramente di un *favor* normativo nell'adozione in casi particolari, perché il legislatore presume che vi sia già un legame importante con il figlio dell'altro coniuge". Per l'a., "la let. d), la cui interpretazione è mutata con l'evolversi dell'ordinamento, consente di giuridicizzare la genitorialità di fatto sorta all'interno di rapporti familiari diversi da quelli fondati sul matrimonio. La lettera d) arriva dove non può la let. b) solo se si pone l'attenzione non sul convivente *more uxorio*, ma sulla genitorialità di fatto quale elemento essenziale per la vita del minore". (…). "L'interpretazione estensiva della let. d)", conclude l'a., "valorizza la posizione soggettiva non già dell'adulto, ma del minore".

78 Barba, V.: "La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso", *Genlus*, 2018, 1, p. 482.

costituzionalmente orientata o di rimessione alla Consulta[79], per disparità di trattamento nei confronti delle altre forme di relazione stabile o dovuta all'orientamento sessuale[80], auspicandosi, quindi, un intervento di riforma del legislatore al quale il giudice non può certamente sostituirsi[81].

È, in definitiva, mancata l'occasione per parificare l'unione civile al matrimonio "quale circostanza normativamente tipizzata di accesso all'adozione in casi particolari"[82], soprattutto alla luce del fatto che non si ravvisi una preclusione specifica in tal senso[83].

Sicché, anche a fronte di tali sollecitazioni, la Corte Costituzionale, con le pronunce nn. 32 e 33 del 9 marzo 2021, sul presupposto che i nati da unioni omosessuali siano titolari di diritti indipendentemente dalle modalità di

79 Lo propone Cipriani, N.: *Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n. 76 del 2016*, in AA..VV., *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori*, (a cura di B.E. Hernandez; R. Truyol - Virzo), *Quaderni di "Diritto delle successioni e della famiglia"*, Napoli, Esi, 2016, 2, p. 275. Avanza un'interpretazione analogica della norma all'unito civilmente, previo controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti, Barba, V.: "La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso", cit., p. 82. Cfr. Id.: "Unioni civili e adozione", *Fam. e dir.*, 2017, 4, p. 386. Discorre di interpretazione analogica anche Casaburi, G.: "L'*Unbirthday* secondo il legislatore italiano: la «non» disciplina delle adozioni omogenitoriali nella l. 20 maggio 2016, n. 76", cit., cc. 1933 ss. in considerazione "da un lato, della ormai affermata vicinanza tra matrimonio ed unione civile, dall'altro (…), della circostanza che l'istituto mira soprattutto a tutelare e a rafforzare un rapporto affettivo già in atto tra il minore ed il *partner* del genitore". Cfr., al riguardo, anche Bianca, M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico *versus* superiore interesse del minore?", cit., p. 381. Diversamente, Lenti, L.: "Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 12, p. 1712, secondo cui: "Una volta giunti ad ammettere l'adozione della lett. d) per le coppie conviventi di fatto, qualunque sia il loro orientamento sessuale, la tappa successiva - (…) - è ovvia e inevitabile, con buona pace dei parlamentari che hanno tuonato contro la norma che apriva l'adozione della lett. b) alle coppie unite civilmente: l'estensione esplicita della lett. d) anche a tali coppie. Sarebbe infatti del tutto incoerente, contraddittorio, ammetterla per le coppie conviventi non unite civilmente e invece negarla per le coppie che hanno formalizzato il loro rapporto legandosi con l'unione civile".

80 Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12962, cit. Si tratta delle conclusioni formulate dal Sostituto Procuratore Generale il quale ha ritenuto inapplicabile alla fattispecie dedotta in giudizio la l. n. 184 del 1983, articolo 44, comma 1, lettera d).

81 Osserva Auletta, T.: "Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 3, p. 640: "Una discutibile giurisprudenza creativa ha ritenuto di poter estendere l'adozione particolare anche al *partner* del genitore attraverso una interpretazione estensiva dell'art. 44, lett. d) in quanto l'ostacolo dell'affidamento preadottivo è costituito dalla mancanza dello stato di abbandono. Così facendo", per l'a., "si vanifica tuttavia il dettato della lett. b) del medesimo articolo onde impropriamente il giudice finisce col sostituirsi al legislatore nel realizzare una riforma certamente auspicabile ma di sua pertinenza".

82 Lo rileva Stefanelli, S.: "Adozione del figlio del *partner* nell'unione civile", *Genlus*, 2016, 2, p. 104.

83 Come sottolinea Stefanelli, S.: *op. cit.*, p. 104. A tal uopo, può richiamarsi il documento conclusivo dell'"Indagine conoscitiva sullo stato di attuazione delle disposizioni legislative in materia di adozioni e affido", approvato il 7 marzo 2017 dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati, *www.camera.it*, 129 s., il quale, partendo dalla considerazione che l'adozione rappresenti un istituto connotato da una forte componente solidaristica, funzionale ad assicurare al minore, conformemente ai principi di cui all'articolo 2 della Costituzione, un'adeguata educazione ed assistenza, morale e materiale, ha ritenuto che non vi sia "motivo di precludere l'adozione stessa alle coppie di conviventi, eterosessuali oppure omosessuali, così come alle parti di un'unione civile". La conclusione, prosegue il detto documento, muove dal fatto che "prescindendosi dallo specifico *status* dei soggetti richiedenti, ciò che è (…) da ritenersi prevalente è il superiore interesse del minore e, correlativamente, l'esistenza di una idonea relazione affettiva tra l'adottante e l'adottato, dovendo tali presupposti essere accertati dal giudice, caso per caso, senza alcun automatismo". Cfr. d.d.l. 15 marzo 2013, n. 14, contenente la "Disciplina delle unioni civili", il quale prevedeva, all'art. 14, comma 2, che "le parti dell'unione civile possono chiedere l'adozione o l'affidamento di minori ai sensi delle leggi vigenti, a parità di condizioni con le coppie di coniugi".

concepimento, ha ravvisato la necessità di un intervento del legislatore, in punto di status filiationis e adozione, al fine di individuare un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti[84]. La coniugalità eterosessuale e la generatività biologica non sono più condizioni imprescindibili per la definizione di un vincolo di filiazione[85], eppure evidente è la posizione deteriore dei soggetti in questione rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo o del tipo di tecnica di fecondazione impiegata. I nati da queste pratiche, proprio perché destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, in quanto non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono, infatti, gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi.

Proprio per tali ragioni, la I sezione civile della Cassazione, con pronuncia del 21 gennaio 2022, n. 19842, ha trasmesso gli atti al Primo Presidente, affinché valuti l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite perché si pronunci sul tema dell'adozione nell'ambito delle unioni omosessuali. Ciò soprattutto in conseguenza delle precitate recenti pronunce della Corte Costituzionale, che hanno accertato l'inidoneità in questa materia del ricorso all'adozione in casi particolari ex art. 44, lett. d), l. n. 184 del 1983. V'è, in altre parole, da comprendere se tale ultimo orientamento abbia comportato il superamento del diritto vivente sancito dalla citata sentenza n. 12193 del 2019 delle Sezioni Unite della Cassazione - che, invece, prevedevano siffatta adozione in casi particolari quale soluzione percorribile - determinando di conseguenza un vuoto normativo[86].

Basti pensare che in attesa di ulteriori risvolti da parte della giurisprudenza di legittimità, i giudici di merito si stanno progressivamente pronunciando proprio in favore dell'adozione omogenitoriale di cui all'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983. Emblematico si rivela il provvedimento emanato dal Tribunale per i Minorenni di Salerno, in data 11 luglio 2022, allorché, nell'ambito di una unione civile femminile, ha ammesso che la genitrice sociale adottasse la figlia procreata dalla propria compagna a seguito di P.M.A., autorizzando di anteporre il cognome dell'adottante a quello della madre biologica[87]. Tanto, evidentemente, in attuazione della recente pronuncia della Corte Costituzionale, n. 131 del 2022, che, a fronte di una interpretazione costituzionalmente orientata[88], impone di assecondare la volontà

84 Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32 e 33, *Foro it.*, 2021, 6, I, c. 1923, nonché *Fam. e dir.*, 2021, 7, pp. 677 ss., con nota di Dogliotti, M.: "Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?".

85 È l'efficace sintesi formulata da Zambrano, V.: "Tra principio di uguaglianza e responsabilità: diversi itinerari di tutela del minore", *Revista de Direito Brasileira*, 2019, 8-9, p. 392.

86 Cass. civ., 21 gennaio 2022, n. 1842, *www.giustiziainsieme.it,* 10 maggio 2022, con nota di Morace Pinelli, A.; "Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni Unite".

87 Trib. min. Salerno, 11 luglio 2022, *www.dejure.it.*

88 Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131, *Fam. e dir.*, 2022, 10, pp. 871 ss., con nota di Sesta, M.: "Le nuove regole di attribuzione del doppio cognome tra eguaglianza dei genitori e tutela dell'identità del figlio".

dei richiedenti e di garantire, così, il diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori[89]. Il cognome - osservano i giudici costituzionali - collega l'individuo alla formazione sociale che lo accoglie tramite lo status filiationis, si radica nella sua identità familiare e perciò deve rispecchiare l'uguaglianza e la pari dignità dei genitori[90]. Sulla stessa scia, si è orientata la recente ordinanza del Tribunale per i Minorenni di Bologna, in un caso di nascita da procreazione eterologa da donatore, nell'ambito di una coppia omogenitorile femminile unita da lungo tempo. Per l'autorità giudiziaria, siffatta adozione in casi particolari risponde pienamente al superiore interesse del minore di godere della continuità affettiva, educativa ed emotiva di una famiglia solida e stabile, nella quale lo stesso ha potuto costruire la propria identità e la sua personalità di cui il cognome è una parte essenziale e irrinunciabile, nonché bene oggetto di autonomo diritto[91]. "La relazione affettiva tra due persone dello stesso sesso che si riconoscano come parti di un medesimo progetto di vita costituisce a tutti gli effetti una 'famiglia' - osservano i giudici - luogo in cui è possibile la crescita di un minore, senza che il mero fattore 'omoaffettività" possa costituire un ostacolo formale"[92].

III. ADOZIONE "APERTA" E PLURALITÀ DI MODELLI DI FILIAZIONE ELETTIVA.

La varietà di tipologie di adozione prevista nel nostro ordinamento impone di valutare il ricorso a quella di esse che non recida del tutto i rapporti del minore con la famiglia di origine[93].

Per lo più nella giurisprudenza di merito si è, infatti, diffusa l'idea dell'ammissibilità di un'adozione "aperta", non dovendo la filiazione "elettiva", sempre e necessariamente, comportare l'interruzione di ogni rapporto affettivo

89 Nella specie, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 299, comma 3, c.c., nella parte in cui dispone che "l'adottato assume il cognome del padre", anziché prevedere che l'adottato assume il cognome degli adottanti, nell'ordine dagli stessi concordato, fatto salvo l'accordo, raggiunto nel procedimento di adozione, per attribuire all'adottato il cognome di uno di loro soltanto. La medesima dichiarazione di illegittimità costituzionale ha riguardato altresì l'art. 27, l. n. 184/1984, nella parte in cui prevede che l'adottato assuma il cognome degli adottanti, anziché prevedere che l'adottato assume il cognome degli adottanti, nell'ordine dagli stessi concordato, fatto salvo l'accordo, raggiunto nel procedimento di adozione, per attribuire all'adottato il cognome di uno di loro soltanto.

90 Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131, cit. Per Agostinelli, B.: "Diritti allo specchio: nome e identità personale nella sfera delle relazioni familiari", questa *Rivista*, 2022, 16 *bis*, p. 548, un "nome di famiglia", che contraddistingua i suoi membri, "sebbene in modo esplicito non sia contemplato dall'ordinamento - come avviene invece, ad esempio, in Germania con l'*ehename*, (…), se dettato dai coniugi *ab initio*, sarà attribuito a tutti i figli generati dalla coppia". Per una comparazione con il sistema giuridico tedesco, cfr. Favale, R.: Ehname e *principi costituzionali nel diritto tedesco*, in *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, (a cura di M. Sesta, V. Cuffaro), Napoli, Esi, 2006, pp. 279 ss.

91 Trib. Min. Bologna, 17 giugno 2022, in *www.dejure.it*.

92 Trib. Min. Bologna, 17 giugno 2022, cit.

93 Cass. civ., 15 dicembre 2021, n. 40308, *Fam. e dir.*, 2022, 3, pp. 246 ss., con nota di Corso, S.: "Sfumature applicative dell'adozione mite, tra conferma di una soluzione e attesa di un ripensamento".

del minore con la famiglia biologica, quale riferimento primordiale quest'ultima di identità e fattore positivo di strutturazione della personalità. Tale forma di adozione eviterebbe un'applicazione estensiva dell'adozione in casi particolari con il rischio che essa divenga sostitutiva della prima. A tanto si perverrebbe da una lettura ampia dell'art. 27, ult. comma, l. n. 184/1983, volta a ritenere che l'inciso "con l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali" debba essere inteso in senso meramente giuridico, e non sia pertanto tale da ricomprendere anche relazioni affettive di fatto prive di rilevanza giuridica[94].

Il tema centrale è quello del diritto fondamentale del minore di crescere nella propria famiglia, così come riconosciuto e garantito, non solo dall'ordinamento interno (artt. 1, l. n. 184 del 1983; 315 bis, comma 2, c.c.), ma anche in ambito sovranazionale[95]. Il mantenimento di relazioni di fatto con i genitori genetici consente, infatti, di interpretare in chiave evolutiva l'istituto dell'adozione "piena", di cui agli artt. 6 e 7, l. n. 184/1983, inserendo il minore in un rapporto familiare non esclusivo. Il riconoscimento della sola genitorialità legale implica, del resto, ex art. 27, l. n. 184/1983, che non sia adeguatamente considerato l'interesse della famiglia di sangue nei confronti della prole (e, viceversa), soprattutto alla luce di Corte Cost., n. 278/2013, che ha sancito un principio irrinunciabile, delineando, accanto alla genitorialità "giuridica", anche quella "naturale", nella quale potrebbe sussumersi una genitorialità "genetica" e da cui non potrebbe prescindersi, sol che si pensi agli effetti derivanti dal mancato riconoscimento del diritto di conoscere le proprie origini (art. 2 Cost., 8 CEDU), limitandosi, ad esempio, le possibilità di diagnosi e cura per patologie che avrebbero dovuto comportare una anamnesi di tipo familiare, con inevitabile compromissione della garanzia costituzionale di cui all'art. 32 Cost[96].

Su questa impostazione si è mossa la Corte di Appello di Roma, con la recente pronuncia del 3 maggio 2022, allorché i giudici si sono manifestati a favore di un'adozione c.d. mite, ritenendo che, nella totale riservatezza dell'identità degli

94 Postulata da Trib. Min. Roma, 16 gennaio 1999, *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Adozione e affidamento*, n. 62; Trib. Min. Bologna, 9 settembre 2000, *ivi*, Rep. 2001, voce cit., n. 89; Trib. Min. Milano, 15 novembre 2004, *ivi*, Rep. 2005, voce cit., n. 49, i quali ammettono un'interpretazione estensiva dell'art. 27, ult. comma, l. n. 184/1983, nella parte in cui prevede che, per effetto dell'adozione, cessino i rapporti dell'adottato con la famiglia d'origine. Più di recente, cfr. App. Roma, sez. Min., 14 settembre 2021, su cui si rinvia a Battelli, E.: "Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU", *Dir. fam. pers.*, 2021, 2, p. 838.

95 Come si ricava dagli artt. 7 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; 8 CEDU; 9 Convenzione ONU 1989, su cui si vedano Bianca, M.: "Il diritto alla famiglia", in "Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione", *www.garanteinfanzia.org*, 2019, pp. 241 ss.; Stanzione, M.G.: "Stato di abbandono e diritto del minore a rimanere presso la propria famiglia d'origine", *Fam. e dir.*, 2013, 7, pp. 673 ss.

96 Si tratta di Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, *Foro it.*, 2014, 1, cc. 4 ss., con nota di Casaburi, G.: "Il parto anonimo dalla ruota degli esposti al diritto alla conoscenza delle origini"; nonché *Corr. giur.*, 2014, 4, pp. 471 ss., con nota di Auletta, T.: "Sul diritto dell'adottato a conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia".

adottanti, fosse possibile per la madre biologica instaurare un rapporto con le figlie nonostante queste fossero state dichiarate in stato di abbandono e di conseguenza adottate da altre famiglie, facendo così venir meno la recisione dei rapporti con la famiglia di origine prevista dalla normativa in materia di adozione piena. La fattispecie all'esame dei giudici di appello rileva ancora di più sol che si pensi al fatto che l'autorità giudiziaria di primo grado avesse collocato le minori in due famiglie diverse, così ostacolando il mantenimento dei legami tra le sorelle, in contrasto con il principio del superiore interesse del minore[97].

1. La sintesi perfetta tra favor veritatis e status affectionis nell'adozione c.d. "mite" e l'intervento di Corte eur. dir. uomo, 21 gennaio 2014, "Zhou c. Italia".

Ove l'adozione "aperta" risultasse soluzione dai confini troppo ampi, utile potrebbe rivelarsi l'opzione di un'adozione connotata dal carattere della "mitezza". Ricavabile quest'ultima non già da un'interpretazione estensiva dell'art. 27, ult. comma, l. n. 184/1983, ma riconducibile alla lett. d) dell'art. 44 della medesima legge e desumibile da un duplice ordine di fattori. Da un lato, ad esempio, la lunga permanenza del minore nella famiglia affidataria rende difficile la recisione dei legami instauratisi, dovendosi garantire il diritto alla continuità affettiva[98]; dall'altro, sussistono delle ragioni per cui appare imprescindibile il mantenimento di una relazione, sia pur minima, con la famiglia di origine[99].

E ciò quando l'abbandono del minore è "semipermanente", allorché i genitori biologici, benché ritenuti più o meno inidonei, in via non transitoria, allo svolgimento delle funzioni genitoriali, hanno comunque un ruolo attivo e positivo che non è opportuno rimuovere del tutto[100], dovendosi garantire il diritto al rispetto della vita privata e familiare di tutti i soggetti coinvolti, in attuazione dell'art. 8 CEDU[101].

97 App. Roma, 3 maggio 2022, *www.giustiziacivile.com*, 29 luglio 2022, con nota di Scognamiglio M.L., "Il percorso verso la creazione di un rapporto affettivo con i genitori biologici in caso di adozione mite", per cui il Tribunale per i minorenni di Roma aveva dichiarato lo stato di adottabilità di due minorenni, figlie di una donna nigeriana ritenuta incapace di provvedere alle esigenze delle stesse e di assicurare loro una crescita corretta in ragione della sua condizione psichica, lavorativa e abitativa. Nel giudizio di gravame, la Corte di appello di Roma dispone che sia possibile la ripresa degli incontri con la madre biologica purché avvengano secondo le modalità indicate volte alla tutela del superiore interesse delle minori.

98 Cfr., al riguardo, Corte cost., 7 aprile 2016, n. 76, *Foro it*., 2016, I, cc. 1910 ss.

99 Sul tema, in dottrina, cfr., in generale, Occhiogrosso, F.: *Manifesto per una giustizia minorile mite*, Milano, Franco Angeli, 2009, pp. 21 ss.; Proto Pisani, A.: "Sulla c.d. giustizia minorile «mite»", *Foro it*., 2010, V, c. 303.

100 Osserva Trabucchi, A.: "Adozione (in generale)", *Enc. giur*., Roma, I, 1988, p. 16, che il concetto dello "stato di abbandono" va adeguato alle varie situazioni e che, quindi, è munito del carattere della relatività, con riferimento cioè alla particolare situazione in cui il minore si trova.

101 Cass. civ., 25 gennaio 2021, n. 1476, *Foro it*., 2021, 6, cc. 2074 ss., con nota di Mendola, A.: "Stato di abbandono semipermanente e diritto alla continuità affettiva nell'adozione c.d. «mite»", per cui il giudice, chiamato a decidere sulla dichiarazione di adottabilità del minore in stato di abbandono, deve accertare l'interesse del medesimo a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali, costituendo l'adozione "piena" una "*extrema ratio*", alla quale dover preferire, ricorrendone i presupposti, la cd. adozione mite, idonea a non recidere del tutto il rapporto tra il minore e la famiglia di origine. Cfr. Cass. civ., 22 novembre 2021, n. 35840, *Fam. e dir.,* 2022, 8-9, pp. 779 ss., con nota di Figone, A.: "Il definitivo riconoscimento dell'adozione mite"; Cass. civ., 13 febbraio 2020, n. 3643, *Foro it*., Rep. 2020, "voce Adozione e affidamento", n. 4; nonché *Fam. e dir*., 2020, 11, pp. 1063 ss., con nota

Sicché il passaggio del minore nella famiglia adottiva non può che essere "mite": accompagnato, cioè, dalla permanenza di rapporti di fatto con i genitori di origine[102].

Sussistono, pertanto, modelli di filiazione adottiva caratterizzati dalla partecipazione dei genitori biologici alla crescita e allo sviluppo del minore. Al riguardo, per la Corte europea dei diritti dell'uomo, con pronuncia del 21 gennaio 2014, "posto che l'adozione di un minore, recidendo ogni legame con la famiglia d'origine, costituisce misura eccezionale, gli Stati membri della convenzione europea dei diritti dell'uomo hanno l'obbligo di assicurare che le proprie autorità giudiziarie e amministrative adottino preventivamente tutte le misure, positive e negative, anche di carattere assistenziale, volte a favorire il ricongiungimento tra genitori biologici e figli e a tutelare il superiore interesse di questi ultimi, evitando per quanto possibile l'adozione e prevedendo la possibilità di disporre, sempre se corrisponda all'interesse dei minori, una forma di adozione che garantisca la conservazione dei legami tra questi ultimi e i genitori"[103].

Nel medesimo verso, le Sezioni unite della Cassazione hanno ribadito come il ricorso alla dichiarazione di adottabilità di un figlio minore sia consentito solo in presenza di fatti gravi, indicativi, in modo certo, dello stato di abbandono, morale e materiale, specificamente dimostrati in concreto, e dei quali il giudice di merito deve rendere conto nella decisione, "senza possibilità di dare ingresso a giudizi sommari di incapacità genitoriale, seppure formulati da esperti della materia, non basati su precisi elementi fattuali"[104].

Non possono, pertanto, accogliersi le incertezze, al riguardo, manifestate da una parte della giurisprudenza[105], in quanto, nel superiore interesse del minore,

di Thiene, A.: "Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. I legami familiari narrati con lessico europeo"; e *Nuova giur. civ. comm*., 2020, 4, pp. 830 ss., con nota di Morozzo Della Rocca, P.: "Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali". In giurisprudenza, ad aver teorizzato l'adozione "mite" è Trib. Min. Bari, 7 maggio 2008, *Fam. e dir*., 2009, 4, pp. 393 ss., con nota di Caffarena, S.: "L'adozione "mite" e il "semiabbandono": problemi e prospettive". Cfr. altresì Trib. Min. Perugia, 10 gennaio 2013, *Corti umbre*, 2013, 3, pp. 829 ss., con nota di Redi, A.: "L'interesse del minore al consolidamento del legame affettivo instaurato con la famiglia affidataria: l'«adozione mite»".

102 Critici, sul tema dell'adozione "mite", Dogliotti, M.: "Adozione "forte" e "mite", affidamento familiare e novità processuali della riforma del 2001, finalmente operative", *Fam. e dir*., 2009, 4, pp. 425 ss.; Gennaro, L.: "Ancora sull'adozione c.d. mite", *Dir. fam. pers*., 2010, 3, pp. 500 ss.; Proto Pisani, A.: "Sulla c.d. giustizia minorile «mite»", *Foro it*., 2010, V, c. 30.

103 Corte eur. dir. uomo, 21 gennaio 2014, "Zhou c. Italia", *Nuova giur. civ. comm*., 2015, 3, pp. 155 ss., con nota di Pasqualetto, A.: "L'adozione mite al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive *de jure condendo*"; *Foro it*., 2014, IV, c. 173, con nota di Casaburi, G.: "La corte europea dei diritti dell'uomo «impone» l'introduzione dell'adozione «mite»". Nella specie, la Corte ha ritenuto costituire violazione dell'art. 8 della CEDU l'adozione di un minore, disposta dall'autorità giudiziaria italiana, la cui madre biologica, in stato di indigenza ed in difficili condizioni di salute, non era in grado di prendersene cura, senza però che la sua condotta fosse stata di per sé pregiudizievole per il figlio, perché non era stata adeguatamente ricercata la possibilità, a mezzo di idonei interventi, di superare le pur gravi ed obiettive difficoltà della donna.

104 Cass. civ., sez. un., 17 novembre 2021, n. 35110, *www.quotidianogiuridico.it*, 1 dicembre 2021.

105 Cass. civ., 27 settembre 2013, n. 22292, *Foro it*., Rep. 2013, "voce Adozione e affidamento", n. 38, c. 743; Trib. Min. Roma, 8 gennaio 2003, *id*., Rep. 2003, voce cit., n. 43; Trib. Min. Brescia, 21 dicembre 2010, *Foro it*., Rep. 2011, voce cit., n. 57; Trib. Min. Bologna, 6 luglio 2017, *Foro it*., 2017, I, cc. 2852.

indispensabile può rivelarsi la fictio iuris in forza della quale la condizione di constatata impossibilità di affidamento preadottivo - richiesta dal predetto art. 44 per procedersi all'adozione "in casi particolari" cui ricondurre quella c.d. mite - non deve intendersi in senso solo materiale. E, quindi, essa non può essere solo relativa alle ipotesi in cui si sia, ad esempio, tentato, con esito negativo, l'affidamento del minore, magari per oggettiva difficoltà di rintracciare un nucleo familiare disposto ad accoglierlo. Occorre, soprattutto, una lettura in senso giuridico ragion per cui l'ambito di applicazione soggettivo della disposizione va esteso anche al caso in cui il minore - come si ricava dalla prima parte del comma 1 del detto art. 44 (da leggersi unitamente all'art. 1, comma 1, della medesima legge) - possa essere adottato, anche in assenza delle condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7, l. n. 184 del 1983, perché, ad esempio, non si trovi in stato di abbandono, in quanto già in affidamento.

La scelta manifestata negli ultimi anni dalla Suprema Corte, volta a ritenere applicabile l'adozione "semplice", in luogo di quella "piena"[106], appare senz'altro condivisibile in quanto risponde alla necessità di salvaguardare il primario interesse del minore a definire la propria identità, biologica e affettiva, compreso il proprio status di figlio: status veritatis, nei confronti dei genitori biologici; status affectionis, verso gli affidatari. Il fondamento biologico della filiazione si accompagna, così, al profilo della responsabilità e dell'accoglienza[107], garantiti per il tramite di una famiglia "artificiale"[108] o, che dir si voglia, "creata dal diritto"[109].

Il sistema giuridico intende, allora, l'interesse ad una continuità affettiva come correttivo al principio di verità, tale, cioè, da consentire di ridurre o eliminare le prerogative della genitorialità genetica, preferendovi quella generativa di uno status affectionis, solo allorché la prima si riveli del tutto inadeguata alla cura del

106 Osserva che l'adozione piena, dovendosi fondare sulla necessità inderogabile di tutelare la salute e lo sviluppo psico-fisico del minore, debba apparire proporzionata allo scopo legittimo perseguito, rispetto al quale "soluzioni meno radicali non sarebbero adeguatamente efficaci", Finessi, A.: "Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e *best interests of the child*", *Nuove leggi civ. comm*., 2020, 6, p. 1356.

107 Lo rileva Zatti, P.: "*Familia, familiae* - Declinazioni di un'idea. Valori e figure della convivenza e della filiazione", *Familia*, 2002, 2, pp. 337 ss. Proprio con riguardo al profilo dell'accoglienza ancorché con riferimento ai maggiori di età disabili, si pensi all'istituto della c.d. adozione sociale, che si avvicina a quella di cui agli artt. 291 ss. c.c., pur distaccandosene per la sua natura negoziale e per il fatto di non perseguire gli scopi tipici dell'adozione civile di continuità del cognome dell'adottante anteposto a quello dell'adottato e del trasferimento del patrimonio in via successoria dell'adottante all'adottato, ma quello della solidarietà familiare. L'adozione sociale prevede che il sofferente psichico maggiorenne privo di un ambiente familiare idoneo possa essere accolto, con il suo consenso, da una coppia di coniugi o di conviventi stabili o da una persona singola. In merito, cfr., del Giudice, A.: "L'adozione sociale", questa *Rivista*, 2022, 16 *bis*, p. 1094. Più in generale, Bianca, C.M.: "L'adozione sociale: un progetto", *Comparazione e diritto civile*, 2019, 1.

108 Espressione riconducibile a Scalisi, V.: "Le stagioni della famiglia nel diritto dell'unità d'Italia ad oggi - Parte seconda: 'Pluralizzazione' e 'riconoscimento' anche in prospettiva europea", *Riv. dir. civ*., 2013, 6, pp. 1287 ss.

109 Così, Bianca, C.M.: "Note per una revisione dell'istituto dell'adozione", www.juscivile.it, 2018, 1, p. 60.

minore[110]. La realtà fenomenica, caratterizzata sempre più dal pluralismo delle genitorialità[111] e, per converso, da forme di "filiazione sociale"[112], è, *solo in casi eccezionali, "tutta spostata sul versante del rapporto (…) in funzione della posizione dei soggetti all'interno del medesimo"*[113], privilegiando, cioè, la "causa funzionale" su quella "genetica"[114]. Si pensi, in tal senso, al comma 5 bis dell'art. 4 l. n. 184/1983, introdotto dall'art. 1, l. n. 173/2015, che riconosce un diritto di precedenza alla famiglia affidataria laddove prevede che, nel rispetto dei requisiti previsti dall'art. 6, l. n. 184/1983, il tribunale per i minorenni, nel decidere sull'adozione, "tiene conto dei legami affettivi significativi e del rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria"[115].

Il rapporto tra verità biologica e favor stabilitatis è, pertanto, gerarchico: allorché non si può garantire il primo, si tende a salvaguardare il secondo, in funzione dell'interesse del minore. In tale quadro ricostruttivo si ricava il principio per cui l'adozione "mite" rappresenta una perfetta sintesi tra favor veritatis e status affectionis, garantendo essa tanto il diritto del genitore biologico a non subire un'adozione "piena" evitabile e, quindi, a non vedersi ostacolato nello svolgimento di una relazione di fatto con il figlio, quanto quello del minore al rispetto della sua vita privata e familiare, sia verso i genitori biologici, sia nei confronti degli adottanti. Dovendo garantirsi l'esercizio di siffatto diritto, in svariate occasioni, la giurisprudenza[116] ha chiarito che l'interruzione dei legami familiari possa giustificarsi solo allorché si trovi accertato che i genitori biologici siano totalmente e irreversibilmente incapaci di prendersi cura del figlio e, quindi, di assolvere ai doveri di cui agli artt. 30 Cost., 147 c.c.

110 Osserva Cass. civ., 16 aprile 2018, n. 9373, *Foro it*., 2018, I, c. 1536, con nota di Casaburi, G. che l'adozione "mite", a differenza di quella "piena", risponde all'esigenza di assicurare il preminente interesse del minore e va disposta al fine di salvaguardare, in concreto, la continuità affettiva ed educativa dei legami in atto dello stesso con i soggetti che se ne prendono cura.

111 In questo senso, cfr. Collura, G.: "«Le famiglie degli affetti» e le nuove genitorialità", *Rass. dir. civ.*, 2018, I, p. 37, per cui "la genitorialità, che rappresenta una delle tappe più importanti del ciclo della vita, va assumendo connotazioni diverse, "al plurale", che prescindono da riconoscimenti o divieti giuridici".

112 Rileva Cinque, M.: "Quale statuto per il "genitore sociale"?" *Riv. dir. civ.*, 2017, 6, pp. 1475 ss.

113 Osserva Lipari, N.: "Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2005, 5, pp. 715 ss.

114 Cfr. Paradiso, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, pp. 1306 ss.

115 In merito, cfr. Morace Pinelli, A.: "Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci e ombre della legge 19 ottobre 2015 n. 173", *Dir. fam. pers.*, 2016, 1, p. 304; Dogliotti, M.: "Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore", *Fam. e dir.*, 2015, 12, pp. 1107 ss.; Morozzo Della Rocca, P.: "Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la l. n. 173/2015", *ivi*, 2017, 6, pp. 602 ss.

116 Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, *Foro it.*, 2012, I, c. 1992, con nota di Romboli R.; Corte cost., 27 luglio 2000, n. 376, *ivi*, 2002, I, c. 355. Cfr. Cass. civ., 30 giugno 2016, n. 13435, *Foro it*., 2017, I, c. 3171, con nota di Bianca, C.M.: "Una nuova pagina della Cassazione sul diritto fondamentale del minore di crescere nella sua famiglia"; nonché *ivi*, 2016, I, c. 2319, con nota di Casaburi, G.: "La revocabilità delle sentenze (della Cassazione) di adottabilità dei minori tra giudici supremi interni e sovranazionali: le «*liaisons dangereuses*»"; Cass. civ., 24 novembre 2015, n. 23979, *Foro it*., Rep. 2016, "Adozione e affidamento", n. 69; Cass. civ., 26 maggio 2014, n. 11758, *id*., Rep. 2014, voce cit., n. 57; Cass. civ., 29 ottobre 2012, n. 18563, *Foro it*., 2013, I, c. 145, con nota di Casaburi, G.

Se, da un lato, il diritto del minore di crescere in famiglia configura una situazione giuridica soggettiva meritevole di adeguata protezione, dall'altro, il giudice è chiamato al delicato compito di valutare anche l'interesse dei genitori biologici alla conservazione del legame filiale o, quantomeno, a recuperare un'idoneità genitoriale, ove, allo stato, carente. Sicché la dichiarazione di adottabilità, di cui all'art. 8, l. n. 184 del 1983, può pronunciarsi esclusivamente quando, in seno ad un giudizio prognostico, la non idoneità dei genitori ad assicurare al figlio un'assistenza adeguata risulti tale da aver provocato o da poter provocare, in concreto, danni gravi e irreversibili alla crescita equilibrata del soggetto interessato[117].

La dismissione di una genitorialità giuridica non deve, del resto, determinare necessariamente anche la perdita della possibilità di esercitare la propria genitorialità naturale consentendo al figlio di poter accedere ad un patrimonio - quello genetico - imprescindibile nella vita di ogni essere umano. Il diritto ad uno stato filiale corrispondente alla verità biologica costituisce, infatti, una rilevante componente del diritto all'identità personale, indispensabile nella vita individuale e relazionale di ciascun soggetto[118]. Sicché spetta all'autorità giudiziaria, di volta in volta adita, il compito di assicurare un ragionevole e proporzionato equilibrio tra la verità biologica, la cui guarentigia è somministrata dall'art. 30 Cost., e la genitorialità sociale, sublimata anch'essa al superiore livello costituzionale sotto forma di principio all'art. 2 Cost.

117 Cass. 22 novembre 2013, n. 26204, *Foro it.*, 2014, I, c. 58, con nota di Casaburi, G.: "Dai diversi modelli di adozione di minore nella giurisprudenza della Cassazione alla novellazione legislativa della nozione di stato di abbandono".

118 Cass., 15 febbraio 2017, *Foro it.*, 2017, I, cc. 1237 ss., con nota di Casaburi, G.; Cass. civ., 22 settembre 2020, n. 19824, *Fam. dir.*, 2021, 2, pp. 163 ss., con nota di Mendola, A.: Azione di accertamento dello stato di figlio e limiti al diritto all'anonimato materno".

BIBLIOGRAFIA.

Agostinelli, B.: "Diritti allo specchio: nome e identità personale nella sfera delle relazioni familiari", questa *Rivista*, 2022, 16 *bis*, pp. 539 ss.

Angelini, F.: "Adozione sociale *versus* surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico", *Riv. dir. comp.*, 2021, 3, pp. 186 ss. (nota a Cass. sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006).

Auletta, T.: "Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia", *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 3, pp. 406 ss.

Auletta, T.: "Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 3, pp. 640 ss.

Auletta, T.: "Prospettive di unificazione dello *status* di filiazione", *Fam. e dir.*, 2007, 11, pp. 1071 ss.

Auletta, T.: "Sul diritto dell'adottato a conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia", *Corr. giur.*, 2014, 4, pp. 471 ss. (nota a Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278).

Azzariti, G.: *Le successioni e le donazioni*, Padova, Cedam, 1990.

Balestra, L.: "Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra 'pregiudizio' e interesse del minore", *Corr. giur.,* 2013, 7, pp. 893 sss (nota a Cass. civ., 11 gennaio 2013, n. 601).

Ballarani, G.: *La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore, (tra norme e principi)*, in *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, Atti del 13° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., 3-4-5 maggio 2018, (a cura di P. Perlingieri, S. Giova), Napoli, Esi, 2019, pp. 344 ss.

Barba, V.: "La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso", *Genlus*, 2018, 1, p. 482 ss.

Barba, V.: "Unioni civili e adozione", *Fam. e dir.*, 2017, 4, pp. 386 ss.

Barbato, G.: "Estensione dei legami di parentela dell'adottante in capo all'adottato nell'adozione in casi particolari: il sì del Tribunale di Sassari, *www.articolo29.it*, 4 febbraio 2022 (nota a Trib. Min. Sassari, 20 gennaio 2022).

Battelli, E.: "Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU", *Dir. fam. pers.*, 2021, 2, pp. 838 ss.

Bianca, C.M.: "L'adozione sociale: un progetto", *Comparazione e diritto civile*, 2019, 1.

Bianca, C.M.: "La Legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, pp. 2 ss.

Bianca, C.M.: "Note per una revisione dell'istituto dell'adozione", *www.juscivile.it*, 2018, 1, pp. 60 ss.

Bianca, C.M.: "Una nuova pagina della Cassazione sul diritto fondamentale del minore di crescere nella sua famiglia", *Foro it.*, 2017, I, pp. 3171 ss. (nota a Cass. civ., 30 giugno 2016, n. 13435).

Bianca, M.: "La Corte costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva. Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione", *Familia,* 2022, 3, pp. 349 ss. (nota a Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79).

Bianca, M.: "L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012", *Giust. civ.*, 2013, 5-6, pp. 205 ss.

Bianca, M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico *versus* superiore interesse del minore?", *Familia*, 2019, 3, pp. 345 ss. (nota a Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193).

Bianca, M.: "Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto", *www.giudicedonna.it,* 2016, 2, pp. 9 ss.

Bianca, M.: "Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 3, pp. 507 ss.

Bianca, M.: "Il diritto alla famiglia", in "La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione", *www.garanteinfanzia.org,* 2019, pp. 241 ss.

Bilotti, E.: "L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito", *Fam. e dir.*, 2017, 11, pp. 998 ss. (nota ad App. Milano, 9 febbraio 2017).

Bonilini, G.: *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, Giappichelli, 2006.

Bugetti, M.N.: "Lo *status* di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un *excursus* giurisprudenziale (e qualche riflessione)", *Fam. e dir.*, 2022, 8-9, pp. 849 ss.

Busacca, A.: "Semplicemente figli", *Humanities*, 2013, 4, pp. 1 ss.

Caffarena, S.: "L'adozione «mite» e il «semiabbandono»: problemi e prospettive", *Fam. e dir.*, 2009, 4, pp. 393 ss. (nota a Trib. Min. Bari, 7 maggio 2008).

Calderai, V.: "Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 7-8, pp. 986 ss. (nota a Trib. Min. Firenze, 8 marzo 2017).

Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, Milano, Giuffrè, 2009.

Carbone, V.: "Riforma della famiglia: considerazioni introduttive", *Fam. e dir.*, 2013, 3, pp. 226 ss.

Casaburi, G.: nota ad App. Napoli, 5 aprile 2016, *Foro it.*, 2016, 6, I, c. 1910 ss.

Casaburi, G.: "Dai diversi modelli di adozione di minore nella giurisprudenza della Cassazione alla novellazione legislativa della nozione di stato di abbandono", *Foro it.*, 2014, I, cc. 58 ss. (nota a Cass. 22 novembre 2013, n. 26204).

Casaburi, G.: "Il nome della rosa, (la disciplina italiana delle unioni civili)", *www.articolo29.it*, 3 marzo 2016 (nota ad App. Roma, 23 dicembre 2015).

Casaburi, G.: "Il parto anonimo dalla ruota degli esposti al diritto alla conoscenza delle origini", *Foro it.*, 2014, I, cc. 4 ss. (nota a Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278).

Casaburi, G.: "L'*Unbirthday* secondo il legislatore italiano: la «non» disciplina delle adozioni omogenitoriali nella l. 20 maggio 2016, n. 76", *Foro it.*, 2016, I, cc. 1933 ss.

Casaburi, G.: "La corte europea dei diritti dell'uomo «impone» l'introduzione dell'adozione «mite»", *Foro it.*, 2014, IV, cc. 173 ss. (nota a Corte eur. dir. uomo, 21 gennaio 2014, "Zhou c. Italia").

Casaburi, G.: nota a Cass. civ., 16 aprile 2018, n. 9373, *Foro it.*, 2018, I, cc. 1536 ss.

Casaburi, G.: nota a Cass. civ., 18 giugno 2008, n. 16593, *Foro it.*, 2008, I, cc. 2446 ss.

Casaburi, G.: "La revocabilità delle sentenze (della Cassazione) di adottabilità dei minori tra giudici supremi interni e sovranazionali: le «*liaisons dangereuses*»", *Foro it.*, 2016, I, cc. 2319 ss. (nota a Cass. 30 giugno 2016, n. 13435).

Celentano, S.: "Le Sezioni Unite: si alla trascrizione dell'adozione da parte di due papà", in *www.articolo29.it*, 31 marzo 2021 (nota a Cass. civ., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006).

Cicu, A.: *Successioni per causa di morte. Parte generale*, *Tratt. dir. civ. comm.*, (diretto da A. Cicu, F. Messineo), Milano, Giuffrè, 1961, pp. 80 ss.

Cinque, M.: "Profili successori nella riforma della filiazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 12, pp. 659 ss.

Cinque, M.: "Quale statuto per il "genitore sociale"?", *Riv. dir. civ.*, 2017, 6, pp. 1475 ss.

Cipriani, N.: "La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali", *Dir. fam. pers.*, 2015, 1, pp. 174 ss. (nota a Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014).

Cipriani, N.: *Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n. 76 del 2016*, in AA..VV., *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori*, (a cura di B.E. Hernandez, R. Truyol - Virzo), *Quaderni di "Diritto delle successioni e della famiglia"*, Napoli, Esi, 2016, 2, pp. 275 ss.

Ciraolo, C.: "Certezza e stabilità delle relazioni familiari del minore. La *stepchild adoption*", *Corr. giur.,* 2017, 6, pp. 810 ss. (nota ad App. Milano, 9 febbraio 2017).

Collura, G.: "«Le famiglie degli affetti» e le nuove genitorialità", *Rass. dir. civ.*, 2018, 1, pp. 37 ss.

Corso, S.: "Sfumature applicative dell'adozione mite, tra conferma di una soluzione e attesa di un ripensamento", *Fam. e dir.,* 2022, 3, pp. 246 ss. (nota a Cass. civ., 15 dicembre 2021, n. 40308).

Corso, S.: "Prestigiazione, ovvero sull'adozione del minore da parte del singolo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 3, pp. 612 ss. (nota a Corte cost., 23 dicembre, 2021, n. 252).

De Filippis, B.: "La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura", *Fam. e dir.*, 2013, 3, pp. 292 ss.

Del Giudice, A.: "L'adozione sociale", questa *Rivista*, 2022, 16 *bis*, p. 1094 ss.

Dogliotti, M.: "Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?", *Fam. e dir.*, 2021, 7, pp. 677 ss. (nota a Corte cost., 9 marzo 2021, nn. 32 e 33).

Dogliotti, M.: "Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore", *Fam. e dir.*, 2015, 12, pp. 1107 ss.

Dogliotti, M.: "Nuova filiazione: la delega al governo", *Fam e dir.*, 2013, 3, pp. 279 ss.

Dossetti, M.: *Finalità, struttura e contenuto della L. 10 dicembre 2012, n. 219*, in AA.VV.: *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali*, (a cura di M. Dossetti, M. Moretti, C. Moretti), Bologna, Zanichelli, 2013, pp. 13 ss.

Dossetti, M.: *La parentela*, in AA.VV.: *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali*, (a cura di M. Dossetti, M. Moretti, C. Moretti), Bologna, Zanichelli, 2013, pp. 26 ss.

Emiliozzi, E.A.: "L'adozione da parte di *partners* di unioni civili", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 2, pp. 799 ss.

Falletti, E.: "Genitore omosessuale e affidamento condiviso", *Giur. it.,* 2009, 5, pp. 1164 ss. (nota a Trib. Bologna, 15 luglio 2008).

Falletti, E.: *Il riconoscimento del figlio naturale dopo la riforma*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013.

Fantetti, F.R.: *Responsabilità genitoriale e riforma della filiazione*, Rimini, Maggioli, 2014.

Favale, R.: Ehname e *principi costituzionali nel diritto tedesco*, in *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, (a cura di M. Sesta, V. Cuffaro), Napoli, Esi, 2006, pp. 279 ss.

Ferrando, G.: "La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali", *Corr. giur.*, 2013, 3, pp. 528 ss.

Ferrando, G.: "Le unioni civili. La situazione in Italia alla vigilia della riforma", *www.juscivile.it*, 2016, 3, pp. 49 ss.

Ferrari, D.: "I legami omogenitoriali formatisi all'estero all'esame del giudice delle leggi: come tutelare l'interesse del minore?", *Nuova giur. civ. comm.,* 2015, 1, pp. 387 ss. (nota a Trib. Min. Bologna, 10 novembre 2014).

Figone, A.: "Il definitivo riconoscimento dell'adozione mite", *Fam. e dir.,* 2022, 8-9, pp. 779 ss. (nota a Cass. civ., 22 novembre 2021, n. 35840).

Finessi, A.: "Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e *best interests of the child*", *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 6, pp. 1356 ss.

Figone, A.: "Il definitivo riconoscimento dell'adozione mite", *Fam. e dir.,* 2022, 8-9, pp. 779 ss. (nota a Cass. civ., 22 novembre 2021, n. 35840).

Gennaro, L.: "Ancora sull'adozione c.d. mite", *Dir. fam. pers.*, 2010, 3, pp. 500 ss.

Giorgi, G.: "Adozione in casi particolari e rapporti familiari di fatto: l'interesse concreto del minore", *Corr. giur.,* 2018, 11, pp. 1396 ss. (nota a Trib. Min. Bologna, 6 luglio 2017).

Gorgoni, A.: "Famiglie e matrimonio. Profili evolutivi nel diritto europeo", *Persona e mercato*, 2013, 3, pp. 250 ss.

Gorgoni, A.: *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, Cedam, 2017.

Irti, C.: "L'adozione del figlio del convivente (omosessuale): la Cassazione accoglie l'interpretazione evolutiva dell'art. 44 lett. d), l. n. 184 del 1983", *Familia*, 2016, 3-4, pp. 309 ss. (nota a Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12962).

Lenti, L.: "La sedicente riforma della filiazione", *Nuova giur. civ . comm.*, 2013, 2, pp. 202 ss.

Lenti, L.: "Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 12, pp. 1712 ss.

Lipari, N.: "Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2005, 5, pp. 715 ss.

Magnani, A.: *Il principio di unicità dello stato giuridico di figlio. Il nuovo concetto di parentela. Riflessi successori*, Relazione tenutasi al Convegno "Legittimi, naturali, adottivi: figli tutti uguali dopo la Legge n. 219/2012?", Pavia, 24 maggio 2013, 44, *Riv. not.*, 2013, 1, pp. 680 ss.

Manera, G.: "Sulle nozioni di parenti obbligati all'assistenza del minore abbandonato e di impossibilità di affidamento preadottivo", *Giur. merito*, 1991, 1, pp. 91 ss. (nota ad App. Bologna, 15 aprile 1989).

Mantovani, M.: "(Presunta) omosessualità di un genitore, idoneità educativa e rilievo della conflittualità ai fini dell'affidamento", *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 1, pp. 68 ss. (nota a Cass. civ., 18 giugno 2008, n. 16593).

Marella, M.R.: "Adozione", *Digesto civ.*, Agg. I, Torino, 2000, pp. 12 ss.

Marzialetti, L.: "Le sentenze straniere di *stepchild adoption* omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di delibazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, pp. 1177 ss. (nota a Corte cost., 7 aprile 2016, n. 76).

Mendola, A.: "Riflessioni di diritto comparato in tema di omogenitorialità sociale", *Dir. succ. fam.*, 2022, 1, pp. 751 ss.

Mendola, A.: "Stato di abbandono semipermanente e diritto alla continuità affettiva nell'adozione c.d. «mite»", *Foro it.*, 2021, 6, cc. 2074 ss. (nota a Cass. civ., 25 gennaio 2021, n. 1476).

Mendola, A.: "Azione di accertamento dello stato di figlio e limiti al diritto all'anonimato materno", *Fam. e dir.*, 2021, 2, pp. 163 ss. (nota a Cass. civ., 22 settembre 2020, n. 19824).

Mendola, A.: *Le mobili frontiere della filiazione*, in *Quaderni di* Familia, (diretti da S. Patti), Pacini, Pisa, 2020.

Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, *Diritto delle successioni per causa di morte*, Milano, Giuffrè.

Montaruli, V.: "La questione del riconoscimento dell'adozione all'estero in favore di una coppia *same sex*: la prevalenza dell'interesse del minore secondo la Convenzione Aja 1993", *Dir. fam. pers.*, 2022, 1, pp. 331 ss. (nota a Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 29071).

Morace Pinelli, A.: "Per una riforma dell'adozione", *Fam. e dir.*, 2016, 7, pp. 724 ss.

Morace Pinelli, A.: "Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci e ombre della legge 19 ottobre 2015 n. 173", *Dir. fam. pers.*, 2016, 1, pp. 304 ss.

Morace Pinelli, A.; "Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni Unite", *www.giustiziainsieme.it,* 10 maggio 2022 (nota a Cass. civ., 21 gennaio 2022, n. 1842).

Morozzo Della Rocca, P.: "Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1, pp. 830 ss. (nota a Cass. civ., 13 febbraio 2020, n. 3643).

Morozzo della rocca, P.: "Il nuovo *status* di figlio e le adozioni in casi particolari", *Fam. e dir.*, 2013, 8-9, pp. 839 ss.

Morozzo Della Rocca, P.: "Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la l. n. 173/2015", *Fam. e dir.*, 2017, 6, pp. 602 ss.

Mosconi, F.; Campiglio, C.: *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, Giappichelli, 2014.

Nardi, S.: "Affidamento esclusivo e conflittualità tra genitori", *Fam. pers. succ.,* 2008, 3, pp. 234 ss. (nota ad App. Napoli, 11 aprile 2007).

Nicolussi, A.: "La filiazione nella cultura giuridica europea", *Civitas et Iustitia*, 2008, 6, pp. 29 ss.

Nocco, A.: "L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura "eversiva" dell'art. 44, lett. d), L. n. 184/1983", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, pp. 205 ss. (nota a Trib. Min. Piemonte e Valle d'Aosta, 11 settembre 2015).

Occhiogrosso, F.: *Manifesto per una giustizia minorile mite*, Milano, Franco Angeli, 2009.

Palazzo, A.: "La riforma dello *status* della filiazione", *Riv. dir. civ.*, 2013, 2, pp. 268 ss.

Paradiso, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, pp. 1306 ss.

Pasqualetto, A.: "L'adozione mite al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive *de jure condendo*", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 3, pp. 155 ss. (nota a Corte eur. dir. uomo, 21 gennaio 2014, "Zhou c. Italia").

Patti, S: *Modelli di famiglia e di convivenza*, in AA.VV.: *Introduzione al diritto della famiglia in europa*, (a cura di S. Patti, M.G. Cubeddu), Milano, 2008, pp. 111 ss.

Patti, S.: "Evoluzione della famiglia e convivenze: limiti di una regolamentazione unitaria", *Fam. pers. succ.*, 2007, 3, pp. 247 ss.

Perlingieri, G.: "Il "Discorso preliminare" di *Portalis* tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia", *Dir. succ. fam.*, 2015, 2, pp. 684 ss.

Prosperi, F.: "Unicità di '*status filiationis*' e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio", *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 3, pp. 278 ss.

Proto Pisani, A.: "Sulla c.d. giustizia minorile «mite»", *Foro it.*, 2010, V, cc. 303 ss.

Quadri, E.: "Unioni civili tra persone dello stesso sesso e 'convivenze': il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete", *Corr. giur.*, 2016, 7, pp. 897 ss.

Ragni, C.: "Il riconoscimento in Italia dell'adozione del figlio della *partner* del medesimo sesso alla luce della recente prassi delle corti italiane", *Genlus*, 2015, 2, pp. 228 ss.

Redi, A.: "L'interesse del minore al consolidamento del legame affettivo instaurato con la famiglia affidataria: l'«adozione mite»", *Corti umbre*, 2013, 3, pp. 829 ss. (nota a Trib. Min. Perugia, 10 gennaio 2013).

Rescigno, P.: "La filiazione 'riformata': l'unicità dello *status*", *Giur. it.*, 2014, 5, pp. 1261 ss.

Rizzuti, M.: "Adozioni e poligenitorialità", questa *Rivista*, 2020, 13, pp. 648 ss.

Romboli, R.: nota a Corte cost. 23 febbraio 2012, n. 31, *Foro it.*, 2012, I, pp. 1992 ss.

Rossi Carleo, L.: "La famiglia dei figli", *Giur. it.*, 2014, 5, pp. 1262 ss.

Salanitro, U.: "Il diritto del minore alla bigenitorialità e il d.d.l Pillon", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 2, pp. 335 ss.

Santarsiere, V.: "Le nuove norme sui figli nati fuori dal matrimonio. Superamento di alcuni aspetti discriminatori", *Giur. merito*, 2013, 3, pp. 523 ss.

Scalera, A.: "Adozione incrociata del figlio del partner e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma", *Fam. e dir.*, 2016, 6, pp. 584 ss. (nota a Trib. Min. Roma, 23 e 30 dicembre 2015).

Scalisi, V.: "Le stagioni della famiglia nel diritto dell'unità d'Italia ad oggi - Parte seconda: 'Pluralizzazione' e 'riconoscimento' anche in prospettiva europea", *Riv. dir. civ.*, 2013, 6, pp. 1287 ss.

Schiavone, G.: "*Status* di filiazione, nuovo concetto di parentela ed effetti successori: gli strumenti di protezione", *Jus*, 2014, 3, pp. 516 ss.

Schillaci, A.: "Un'inammissibilità che 'dice' molto: la Corte costituzionale e la trascrizione dei provvedimenti stranieri di adozione coparentale in coppia omosessuale", *Giur. cost*., 2016, 2, pp. 691 ss. (nota a Corte cost., 7 aprile 2016, n. 76).

Scognamiglio M.L., "Il percorso verso la creazione di un rapporto affettivo con i genitori biologici in caso di adozione mite", *www.giustiziacivile.com*, 29 luglio 2022, (nota ad App. Roma, 3 maggio 2022).

Sesta, M.: "Le nuove regole di attribuzione del doppio cognome tra eguaglianza dei genitori e tutela dell'identità del figlio ", *Fam. e dir.*, 2022, 10, pp. 871 ss.,(nota a Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131).

Sesta, M.: "Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali", *Fam. e dir.*, 2022, 10, pp. 897 ss. (nota a Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79).

Sesta, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Fam. e dir.*, 2013, 3, pp. 236 ss.

Sesta, M.: *La riforma della filiazione: profili successori*, Relazione tenuta in occasione dell'VIII Congresso giuridico-forense per l'aggiornamento professionale, Roma, 14-16 marzo 2013.

Stanzione, M.G.: "Stato di abbandono e diritto del minore a rimanere presso la propria famiglia d'origine", *Fam. e dir.*, 2013, 7, pp. 673 ss.

Stefanelli, S.: "Adozione del figlio del *partner* nell'unione civile", *Genlus*, 2016, 2, pp. 104 ss.

Thiene, A.: "Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. I legami familiari narrati con lessico europeo", *Fam. e dir.*, 2020, 11, pp. 1063 ss. (nota a Cass. civ., 13 febbraio 2020, n. 3643).

Tommaseo, F.: "Sul riconoscimento dell'adozione, avvenuta all'estero, del figlio del *partner* di una coppia omosessuale", *Fam. e dir.*, 2016, 3, pp. 271 ss. (nota ad App. Milano, 16 ottobre 2015).

Trabucchi, A.: "Adozione (in generale)", *Enc. giur.*, Roma, I, 1988, pp. 16 ss.

Tuo, C.E.: "Riconoscimento di *status* familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore", *Corr. giur.*, 2017, 7, pp. 949 ss. (nota a Trib. Min. Firenze, 8 marzo 2017).

Tuo, C.E.: "Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali", *Riv. dir. int. priv. proc.,* 2014, 1, pp. 43 ss.

Zambrano, V.: "Tra principio di uguaglianza e responsabilità: diversi itinerari di tutela del minore", *Revista de Direito Brasileira*, 2019, 8-9, pp. 392 ss.

Zatti, P.: "*Familia, familia*e - Declinazioni di un'idea. Valori e figure della convivenza e della filiazione", *Familia*, 2002, 2, pp. 337 ss.

Zatti, P.: "Introduzione al Convegno «Modelli familiari e nuovo diritto» (Padova 7-8.10. 2016)", *Nuova giur. civ. comm*., 2016, 12, pp. 1665 ss.

MOVIMIENTO DE FRONTERAS EN EL DERECHO DE FAMILIA: LOS DESAFÍOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

TRANSFORMATION IN FAMILY LAW: THE CHALLENGES OF SURROGACY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2282-2309

Diana Sthefania
MUÑOZ-
GÓMEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La Maternidad Subrogada (MS) es una técnica de reproducción humana asistida, vigente alrededor del mundo, cuya práctica plantea múltiples discusiones desde el ámbito jurídico, social y bioético referidas a la conveniencia o no de este tipo de práctica, a sus implicaciones y a los desafíos que ella conlleva. El propósito de este texto consiste en caracterizar los desafíos jurídicos que conlleva la práctica de la maternidad subrogada y los movimientos que ha causado en conceptos clásicos del derecho de familia, tales como el de la filiación, la maternidad, la paternidad y la adopción. Para ello se transitará por cuatro casos emblemáticos pertenecientes a México, Colombia, España e Italia. Finalmente, se plantea la discusión relativa a las implicaciones que conlleva la transformación de las fronteras en el derecho de familia desde la mirada del principio del interés superior del menor para contribuir desde allí a la discusión sobre las nuevas fronteras del Derecho de Familia.

PALABRAS CLAVE: Maternidad subrogada; gestación subrogada; derecho de familia; filiación; maternidad; paternidad; adopción.

ABSTRACT: *Surrogate Motherhood is an assisted human reproduction technique, carried out around the world, which practice raises multiple discussions from the legal, social and bio-ethical fields regarding its implications and challenges. The purpose of this text is to characterize its legal challenges and the changes that it has caused in classic concepts of family law, such as that of filiation, maternity, paternity and adoption. To this end, four emblematic cases belonging to Mexico, Colombia, Spain and Italy will be explored. Finally, the discussion about the implications of the transformation of borders in family law from the principle of the best interest of the minor is raised, to contribute from that standpoint to the discussion on the subject.*

KEY WORDS: *Surrogacy; surrogate gestation; family law; filiation; maternity; paternity; adoption.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CASO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.- 1. Características diferenciadoras del ecosistema de la maternidad subrogada.- III. DESAFÍOS JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.- IV. MOVIMIENTO DE FRONTERAS CAUSADOS POR LA MATERNIDAD SUBROGADA.- 1. Instituciones en movimiento.- A) La filiación.- B) La maternidad.- C) La paternidad.- D) La adopción.- V. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

Es habitual encontrar en los textos modernos del derecho de familia la afirmación que sostiene que la familia, como institución social y sus dinámicas, han cambiado en los últimos tiempos, particularmente en temas de reproducción familiar por el impacto que tienen las nuevas tecnologías en las distintas esferas de la persona, especialmente en temas de salud reproductiva y de métodos reproductivos[1].

Esta realidad, ha implicado a su vez la aparición de tensiones, a veces insuperables, en los linderos del derecho de familia, como área del derecho que regula las implicaciones personales y patrimoniales de las distintas realidades que ocurren al interior de las familias. Estas tensiones ocurren en la medida en que los principios clásicos bajo los cuales fue establecido el Derecho de Familia se enfrentan hoy a realidades que en su momento eran impensables, tales como las que demanda la incorporación de las técnicas de reproducción asistida (TRHA) en la estructuración de los vínculos familiares y filiatorios que originalmente eran causados únicamente por los vínculos de consanguineidad y civiles.

El caso de la maternidad subrogada (MS) es uno de los casos donde más se evidencian tensiones respecto a los principios, conceptos e instituciones jurídicas clásicas del derecho de familia en la medida en que este fenómeno quiebra, en distintos momentos y actores, realidades que acontecían en un mismo espacio (núcleo familiar) y con unas mismas personas (los cónyuges o compañeros permanentes).

No obstante, la MS y sus promotores, especialmente los *stakeholders* que la promueven y facilitan, así como los altos tribunales nacionales, han ido abriendo sutilmente caminos en el derecho para lograr la formalización de los efectos que se pretenden lograr a través de la técnica (lograr el vínculo filiatorio con el niño encargado), generando así unos movimientos en apariencia tenues, pero con

1 González Martín, N.: "Adopción internacional, gestación por sustitución e interés superior el menor en el derecho mexicano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm.13, pp. 618-645.

• Diana Sthefania Muñoz-Gómez
Investigadora del Instituto de La Familia de la Universidad de La Sabana. E-mail: diana.munoz5@unisabana.edu.co.

amplias y profundas implicaciones de cara a la conservación de la seguridad jurídica del sistema jurídico en general.

Este texto pretende caracterizar los desafíos jurídicos que conlleva la práctica de la MS y los movimientos que ha causado en conceptos clásicos del derecho de familia, tales como el de la filiación, la maternidad, la paternidad y la adopción. Para ello se transitará por cuatro casos emblemáticos pertenecientes a México, Colombia, España e Italia. Finalmente, se presentará la reflexión sobre las formas de interpretación del principio del interés superior del menor en los casos de MS y se plantearán algunos interrogantes para aportar en la discusión sobre las implicaciones que conlleva la transformación de las fronteras en el derecho de familia.

II. EL CASO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) son entendidas como "los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción"[2].

Médicamente son definidas como el "conjunto de técnicas biomédicas que conducen a facilitar, o substituir, los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc."[3]

Dentro de las TRHA, se encuentra la Maternidad Subrogada[4] (MS), la cual ha recibido distintas denominaciones alrededor del mundo, tales como "maternidad sustituta", "maternidad por sustitución", "gestación sustituta", "gestación por sustitución", "alquiler de vientre", "útero subrogado", "uso solidario de vientre" entre otras[5].

Tales denominaciones varían de acuerdo con la concepción que se tiene de la maternidad, ya sea desde una idea de ésta como un proceso integral que involucra todo en cuanto la mujer es y vive; o un proceso independiente, reducido a la mera

2 Instituto Interamericano De Derechos Humanos: *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*, Editorama, San José de Costa Rica, 2008, p.11.

3 Santamaria-Solíz, L.: "Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos", *Cuadernos de bioética,* 2000, núm. 41. p. 37.

4 Aunque, no existe consenso sobre el hecho de si la MS es realmente una TRHA en sí o no, puesto que para algunos sectores no es una técnica sino un procedimiento que hace uso de varias técnicas como la fecundación in vitro o la transferencia embrionaria.

5 González Martin, N., Albornoz, M. M.: "Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2016, Núm. 16, pp. 1-27.

vivencia del proceso de la gestación. Así, la primera se concentra sobre el hecho general de la maternidad, y la segunda sobre el hecho particular de la gestación y el parto.

Por ejemplo, la expresión vientres de alquiler se refiere sin más a una relación contractual que formaliza la división de maternidades, mientras que la de gestación subrogada y maternidad subrogada comparten la idea de la delegación. Ahora bien, afirma Torres, "si en el término gestación subrogada se alude a la contribución gamética como la que confiere derechos parentales, en el de maternidad subrogada queda visible lo que el anterior oculta, la maternidad, aunque se trata de una visión distorsionada de esta desde el momento mismo en que los derechos derivados del embarazo se transfieren gracias a un contrato legitimador de la subrogación"[6].

En ese sentido, la MS ha recibido distintas definiciones, López De Armas y Amado la definen como: "El proceso en el cual una mujer ofrece su vientre para gestar él bebe de otra pareja hasta el momento de su nacimiento. Tras su nacimiento, el bebé es entregado a la pareja en cuestión, y la madre de alquiler que lo ha gestado durante todo el embarazo debe renunciar a cualquier derecho legal que pudiera tener sobre el recién nacido, a cambio de un beneficio económico"[7].

Por su parte, el Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Cataluña de España la ha definido como el acto que permite a una pareja (o a una persona sola) tener un hijo mediante la colaboración de una mujer gestante, que se compromete a someterse a técnicas de reproducción asistida para quedar embarazada y a entregar al bebé que nazca a los comitentes, mediante contraprestación o de forma gratuita[8].

A su vez, la Corte Constitucional de Colombia la definió en la sentencia T-968/09 como: "El acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de este"[9].

No obstante, a la fecha no existe consenso sobre el término conceptual adecuado para referirse a este fenómeno dado que hay una fragmentación e

6 González Martin, N. Y Albornoz, M. M.: "Aspectos transfronterizos", cit., pp. 1-27.

7 López De Armas y Amado.: "Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada", *Revista de Derecho Privado*, 2014, Núm. 52, pp. 2-18.

8 Casado, M., Navarro-Michel, M.: *Documento sobre gestación por sustitución*, Editorial de la Universidad de Barcelona, España, 2019, p. 27.

9 T-968/09, Corte Constitucional de Colombia, 2009.

incertidumbre entre los determinantes de la maternidad biológica o genética, la maternidad gestacional, la maternidad legal y la maternidad social[10].

Para efectos de este estudio, y siguiendo la línea conceptual del proyecto de investigación del que nace este artículo, seguiremos la denominación de maternidad subrogada por dos razones, la primera debido a que es el concepto que incluye no sólo el escenario de la subrogación del proceso de la gestación, sino también los escenarios en los que la subrogación incluye el aporte del material genético de la madre subrogante y los de las problemáticas adyacentes que se presentan por la disociación de maternidades ; y por ende, es la denominación que abarca de manera más completa las distintas modalidades y problemáticas.

La segunda, porque al realizar la búsqueda de estas denominaciones en metabuscadores de información, maternidad subrogada es la que más resultados arroja en la medida en que la mayoría de los autores han optado por ésta, como lo reconoce Souto[11], y por ende se constituye en una denominación clave para el tema de estudio.

Con independencia de la denominación por la que se opte, esta TRHA se trata de un supuesto en el que una mujer engendra un hijo por encargo de otra u otras personas y después de su nacimiento lo entrega, bajo precio o de forma gratuita, a las mismas (denominadas «comitentes»)[12].

Respecto a la clasificación de la casuística de la MS, el estudio de Rodríguez[13], la clasifica en dos categorías, la subrogación total y la parcial. La primera, implica que la mujer subrogante sea inseminada con sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto entregue el hijo al padre biológico, renuncie a todos los derechos que la maternidad le otorgan y admita la adopción de la pareja del padre biológico en relación con la maternidad del menor.

La segunda, se da cuando la madre gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido transferido, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja contratante. Autores como Andorno[14] denomina a la mujer del primer caso madre sustituta y la del segundo, madre portadora.

10 Brena, I.: "La Maternidad Subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?", *Revista de Derecho Privado*, 2009, Núm. 23, pp. 141-157

11 Souto Galván, B.: "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho", *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época,* 2005, núm.1, pp. 275-294.

12 Casado, M., Navarro-Michel, M.: *Documento gestación*, cit., p. 27.

13 Rodríguez López, D.: "Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto del contrato", *Revista de Derecho Privado*, 2005, núm. 11, pp. 96-127

14 Andorno, R.: *Bioética y dignidad de la persona*. Tecnos, Madrid, 2012.

Asimismo, dentro de la anterior clasificación, en la categoría de subrogación parcial, se debe agregar una tercera casuística correspondiente a los casos en los cuales el embrión fecundado in vitro, que le es transferido a la madre subrogante, proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de unos terceros donantes[15]

1. Características diferenciadoras del ecosistema bioreproductivo de la MS.

Ante la presencia de la MS a nivel mundial, actualmente nos encontramos frente a un nuevo ecosistema reproductivo denominado ecosistema bioreproductivo de la MS[16] y que se caracteriza por tres elementos fundamentales: el primero, la incorporación de las nuevas tecnologías en el proceso reproductivo a través de las TRHA; el segundo, la ruptura de la relación directa entre sexo y reproducción; y tercero, el incremento del espacio de intervención de actores múltiples y diversos[17] -entre los que se encuentran no solo personas naturales sino también jurídicas.

En ese orden de ideas, dentro del ecosistema bioreproductivo de la MS intervienen, al menos, cinco sujetos diferentes con características particulares de acuerdo con el rol o función que desempeñan. A saber:

Madres subrogantes: Aquellas que viven el proceso del embarazo y se comprometen a entregar a unos padres intencionales contratantes el hijo nacido vivo a cambio de una contraprestación que puede o no ser económica. Según la motivación puede clasificarse en[18]:

Madres subrogantes con ánimo de lucro: Se da cuando una mujer acepta embarazarse por otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación.

Madres subrogantes con fin altruista: Se da cuando una mujer acepta gestar un hijo por cuenta de otra de manera gratuita, generalmente por mediar entre ella y la pareja implicada un lazo de amor, amistad o parentesco.

Padres comitentes: Aquellos que tienen la voluntad procreacional y desean tener un hijo mediante el acuerdo de MS debido a motivaciones de distintas naturalezas, tales como la infertilidad física de la pareja, el tiempo y los costos inherentes a un proceso de adopción, la existencia de una anormalidad genética en la esposa que puede ser transmitida al bebé, o la decisión de la mujer, por

15 Marín Vélez, G. A.: "El arrendamiento de vientre en Colombia", *Opinión Jurídica,* 2015, núm. 2, pp. 69-86.

16 Muñoz-Gómez, D.S.: "Biotecnologías reproductivas y el rol del estado: el caso de la maternidad subrogada en Colombia", *Serie Memorias*, 2019, núm. 10, pp. 256-268.

17 Sánchez Martínez, M.: "Los acuerdos de Maternidad Subrogada: nuevos retos en la protección de los derechos de la mujer y la infancia", *Cuadernos ibero-americanos de direito sanitário*, 2016, núm. 5, pp. 146-178.

18 González Martin, N. Y Albornoz, M. M.: "Aspectos transfronterizos", cit., pp. 1-27.

razones de conveniencia y sin que exista una razón médica, de no tener un hijo por ella misma[19].

Padres biológicos: Aquella mujer que aporta el óvulo y aquel hombre que aporta el esperma, es decir, aquellos que hacen el aporte del material genético que se utiliza en la aplicación de la técnica. Estos pueden ser o no los mismos padres comitentes.

Niños: Son aquella(s) persona(s) objeto de la MS. De acuerdo con su nivel de desarrollo puede clasificarse en:

Niños en gestación: Son aquellos que se encuentran en etapa de desarrollo en el vientre de la madre subrogante.

Niños nacidos: Son aquellos que han salido del vientre materno y han respirado o manifestado cualquier otro signo de vida.

Stakeholders (prestadores del servicio y su personal): Son las personas jurídicas, públicas y/o privadas, involucradas en la práctica de las TRHA y son el actor que asegura la disponibilidad de las condiciones técnicas (infraestructura, tecnología, insumos, etc.) y de capital humano para hacer las veces de facilitador, intermediario, ejecutor, promotor, etcétera. También incluye las instituciones públicas implicadas en la gobernanza, como el Congreso, Ministerio de Salud, etc.

Dentro de esta categoría se agrupan también las personas naturales, correspondientes al personal técnico y profesional de los stakeholders, encargados de realizar la ejecución de la MS.

III. DESAFÍOS JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

El fenómeno de la maternidad subrogada ha suscitado y mantiene vigente un intenso debate en el ámbito social, ético y jurídico en la medida en que su puesta en práctica genera conflictos de difícil solución y que revelan, sin duda, la complejidad del asunto.

En ese sentido, a continuación, se presentan algunas de las casuísticas más problemáticas que desencadena la práctica de la maternidad subrogada y que fueron identificadas hace más de treinta años por la Comisión Especial de

19 Tiller, S.: "Litigation, Legislation, and Limelight: Obstacles to Commercial Surrogate Mother Arrangements", *Iowa Law Review,* 1987, núm. 2, p. 147.

Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas en España -Comisión Palacios[20] (1987):

Cuando la mujer subrogante está casada o forma pareja estable, requiriendo contar con el consentimiento del varón.

Cuando la mujer subrogante contrae una grave enfermedad por efectos del embarazo, de carácter crónico, que pueda afectarla toda su vida.

Cuando la mujer subrogante contrae una enfermedad que puede producir graves anomalías al feto, por ejemplo, de tipo vírico, y la pareja estéril solicitante pide la interrupción del embarazo.

Cuando se invierte el caso anterior y es la mujer estéril quien realiza o pretende realizar el aborto.

Cuando la pareja solicitante se divorcia, o muere uno de los miembros o los dos, durante el embarazo.

Cuando el hijo nace con malformaciones o anomalías y no es aceptado por la pareja contratante o solicitante.

Cuando la mujer embarazada no renuncia a la maternidad, desea conservar el hijo y que sea plena y legalmente suyo.

Cuando existieran conflictos derivados de una comercialización descubierta por la crisis originada.

Cuando la mujer gestante cede al hijo y ello le produce daños psicológicos de importancia en su vida.

Cuando hubiere otras personas (los donantes de material genético ya sean óvulos o esperma, por ejemplo) con intenciones de reclamar derechos de maternidad o paternidad, etc.

Cuando el hijo reivindica su origen genético y obstetricia.

Además de los anteriores casos problemáticos, identificados por la Comisión Palacios, hoy en día se identifican otros como los siguientes[21]:

20 Esta Comisión fue creada por el legislador español antes de regular el campo de las técnicas de reproducción humana, estuvo integrada por un grupo de expertos biólogos, ginecólogos, juristas, filósofos y moralistas quienes tuvieron el encargo de asesorar al cuerpo legislativo sobre los problemas genéticos, biológicos y éticos que planteaba la reproducción asistida. A la luz de los criterios del informe final de esta Comisión la Ley española de 1988 prohibió la práctica de la maternidad subrogada.

21 Souto Galván, B.: "Aproximación estudio" cit., pp. 275-294.

Cuando la madre subrogante evidencia un estilo de vida riesgoso para el bebe durante el periodo gestacional.

Cuando la madre subrogante después de haber entregado el hijo a la pareja solicitante o contratante desea contactar al hijo.

Cuando la madre subrogante desarrolla con posterioridad al parto enfermedades físicas o psíquicas, o secuelas, que exceden la cobertura del contrato de subrogación.

Cuando no hay acuerdo entre la madre subrogante y los padres contratantes o solicitantes sobre la toma de decisiones de diagnóstico prenatal, de elección de la vía de nacimiento o de otras decisiones del proceso gestacional.

Cuando alguna de las partes se retracta de la celebración del contrato de maternidad subrogada.

Adicional a los anteriores, el contexto mundial marcado por la pandemia causada por el COVID 19 causó que emergieran otras tales como[22]:

Cuando hay condiciones de orden público que impiden el desplazamiento de la madre subrogante a las instalaciones donde se tiene programado el parto.

Cuando ocurre el parto en instituciones no aliadas de los stakeholders y se registra a la madre subrogante como madre en el registro de nacido vivo.

Cuando ocurre el parto y la madre subrogante no puede entregar al niño e inician una vida en común generando un vínculo de apego entre ella y el recién nacido.

Cuando hay condiciones de orden público que impiden el encuentro de los padres intencionales con los menores o del regreso de las madres subrogantes a sus lugares de origen.

Sin lugar a dudas, son múltiples y complejas las situaciones que puede desencadenar la práctica de la maternidad subrogada, e independiente del contexto legislativo que se tenga en cada estado, como sostiene González, es necesario propender por una verdadera, real e integral protección de los derechos humanos de todos aquellos interlocutores que participan en el acto, es decir la

22 Muñoz-Gómez, D.: "Barreras comunicacionales en la práctica de la maternidad subrogada. Una crisis en tiempos de pandemia", *Revista Bioética y Derecho,* 2021, núm. 52, pp. 61-83.

protección de aquellos que desean ser progenitores, mujeres madres subrogantes y especialmente de aquellas niñas y niños que nacen por este tipo de acuerdos[23].

IV. MOVIMIENTO DE FRONTERAS CAUSADOS POR LA MS.

A continuación, se presenta el estado de la cuestión con relación a algunos de los principales conceptos jurídicos que presentan tensiones y movimientos en los planteamientos clásicos del derecho de familia y que develan la necesidad de cuestionar la validez y conveniencia del movimiento de fronteras en los mismos.

1. Instituciones en movimiento.

A) La filiación.

El concepto tradicional establece que la filiación consiste en el vínculo que existe entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo. Este vínculo tiene una dimensión biológica, proveniente del hecho reproductivo, y está ligada a una dimensión jurídica; además de otras dimensiones importantes como la sociológica, la afectiva, etc. El punto de partida del derecho de filiación es la relación biológica existente entre generantes (padre y madre) y generados (hijos): sin la existencia de esa peculiar relación biológica no cabría hablar de filiación. Éste es un hecho natural, es decir, no es fruto de la cultura, la historia o el derecho positivo, sino de la propia naturaleza humana.[24]

Sin embargo, este vínculo no es solamente biológico, sino que tiene una indisoluble dimensión jurídica toda vez que entre padre-madre e hijo surgen relaciones de justicia que obligan a los padres a prestar asistencia moral y material a sus hijos.

En ese sentido, la determinación de la dimensión biológica y legal de la filiación ha estado fácilmente determinada, en el caso de la relación madre-hijo se ha caracterizado como una relación directa, inmediata y de fácil determinación al ser derivada de un hecho común y próximo en el tiempo que son la gestación y el parto. En cambio, en el caso de la relación padre-hijo, se ha identificado como una relación mediata, indirecta y conocida por conducto de la madre. Por ello, se podría afirmar que la determinación legal de la maternidad se reduce sustancialmente a la constatación de hechos concretos y (más o menos) fácilmente demostrables –identidad del hijo con el alumbrado por la madre en un parto concreto–.

23 González Martín, N.: "Adopción internacional", cit., pp. 618-645.

24 Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "La filiación, entre biología y derecho", *Prudentia Iuris*, 2013, núm.76, pp. 117 -133.

En la determinación de la filiación de los niños nacidos a través de la MS hay tres criterios que concurren: la intencionalidad de los padres comitentes, la aportación genética y la realidad biológica del parto, y que tan sólo este último puede ser determinante para atribuir legalmente la filiación. Por su parte, la aportación de gametos tiene relevancia genética, pero es una cuestión externa al proceso propio de la gestación, toda vez que puede tener relevancia a efectos de reclamación de la paternidad, pero carecerá de toda relevancia a efectos de determinar la maternidad y la consecuente filiación respeto de la madre[25].

En esa medida, al enfrentar la realidad operante de la MS con el concepto clásico de filiación del derecho de familia, nos encontramos con que la forma de determinación de la filiación de la MS no encaja con la estructura clásica del concepto en la cual la dimensión biológica determina la dimensión jurídica. Esto ocurre en la medida en que quien es la madre subrogante (la que tiene el vínculo biológico por el hecho del parto y que además puede o no tener el vínculo genético dependiendo si aportó o no su óvulo) no coincide con quien se espera sea reconocida como la madre legal del niño nacido, y de esa manera hay un fraccionamiento entre la dimensión biológica y legal de la filiación.

Por ese motivo, los promotores de la MS han tenido que crear nuevos criterios o buscar nuevos caminos jurídicos para abrir espacios en el derecho, mover las fronteras del concepto tradicional de filiación y lograr obtener la declaración del vínculo jurídico que la biología no les permite obtener.

En ese camino de buscar la forma de lograr el efecto jurídico filiatorios en la MS, se han creado distintas estrategias para lograrlo, la principal de ellas es la creación del concepto de filiación intencional, el cual pretende crear el vínculo filiatorio a partir de la voluntad intencional procreacional de la pareja o de la persona que encarga la MS.

En ese sentido, la voluntad procreacional es entendida como una forma de reconocer el consentimiento informado de las personas que deciden usar las técnicas de reproducción asistida, como la MS, para el efecto de que se acredite y permanezca su intención de ser padres[26].

No obstante, la pretensión de lograr la declaración del vínculo filiatorio legal a partir de la voluntad de los padres intencionales no ha sido suficiente en la mayoría de los casos en la medida en que no tiene validez en muchos de los ordenamientos legislativos alrededor del mundo. De allí que lograr la filiación respecto del niño encargado a través de la MS sea el principal desafío jurídico que tiene la MS y

25 Marco Vila, P.: *La determinación de la filiación en la gestación por sustitución. Principios éticos, bienes jurídicos y doctrina jurisprudencial*, Tesis de Doctorado, 2006, Universidad de Valencia.

26 González Martín, N.: "Adopción internacional", cit., pp. 618-645.

es considerado el quid del asunto, debido a que la filiación es, como lo sostiene Martines de Aguirre, "la clave de bóveda del derecho de familia"[27].

De tal manera, la discusión de fondo del tema radica en cuál debe o puede ser el criterio a partir del cual se puede generar el vínculo filiatorio, toda vez que el derecho de familia clásico estableció como causa filiatoria únicamente el vínculo biológico y/o genético y la propuesta de los promotores y defensores de la MS es ampliar el criterio para que la generación del vínculo se pueda dar también por la voluntad intencional.

Ahora bien, la cuestión mayor que queda por resolver no es meramente si debe ampliarse el concepto de filiación con la categoría de la voluntad procreacional, sino si dicho movimiento, brinda la seguridad jurídica pretendida a través de la figura de la filiación a los casos de niños obtenidos a través de la MS, o si por el contrario se incurre en una posible situación de inseguridad jurídica para los niños, las madres subrogantes y los padres intencionales. Sobre esta cuestión se discutirá en el capítulo final de este texto.

Finalmente, en esta discusión es importante no perder de vista que, independiente de la postura que se tenga a favor o en contra de la ampliación del concepto, se debe recordar que la forma de determinación de la relación paterno filial siempre debe estar basada en el principio del interés superior del menor, el cual debe ser atendido de manera prioritaria al momento de determinación de la relación paterno-filial en nacimientos derivados de la gestación por sustitución[28].

B) La maternidad.

Maternidad es un concepto que proviene del vocablo latino maternitas, y hace referencia a la condición de madre: la mujer que concibió y parió uno o más hijos y que ejerce un rol de cuidado con afecto y responsabilidad. De esta concepción se extrae la dimensión biológica, legal, sociológica y afectiva del concepto.

Jurídicamente, la maternidad tiene la naturaleza de un hecho jurídico, asociado con el hecho reproductivo del ser humano del cual surgen derechos y obligaciones[29]. Durante muchos años, incluso siglos, se pensó que la determinación de la maternidad no tenía mayores complejidades, sin lugar a duda por la influencia de la máxima Paulina "mater semper certa est", de la que, con excesiva generalización,

27 Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "La filiación", cit., pp. 117 -133.

28 González Martín, N.: "Adopción internacional", cit., pp. 618-645.

29 Kurczyn Villalobos, P.: *Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo*, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p. 121.

se ha considerado que no hay problemas en la determinación y pruebas de la maternidad y que es fácil su demostración por el mismo hecho del parto[30].

En esa línea, por mucho tiempo, se daba como implícita y de universal aceptación la idea de que madre es la mujer que gesta y pare el hijo, la maternidad era el resultado biológico del acercamiento natural, por acto sexual, del gameto masculino con el gameto femenino. De tal manera, la maternidad incluía la herencia genética, la relación fisiológica del embarazo y parto, y el rol social y cultural de la crianza. En resumen, por mucho tiempo la ecuación maternidad igual a parto, ha sido la premisa para definir legalmente la maternidad.

En esta cuestión, autoras como Patricia Marco sostienen que el principio jurídico paulino "mater semper certa est" mantiene su vigencia[31], sin embargo, es una discusión abierta, puesto que, para otros afirman que éste se ha puesto en tela de juicio en la medida en que la determinación de la filiación materna ya no es claramente el resultado del hecho biológico del parto[32].

Hoy la cuestión presenta nuevas perspectivas y grandes desafíos, los nuevos tiempos y las nuevas realidades, como la MS, han puesto en discusión este concepto clásico al encontrar una disociación de las distintas dimensiones o realidades de la maternidad que originalmente se concentraban sobre una misma mujer y que ahora, a partir de las alternativas que ofrecen las TRHA, pueden estar en cabeza de distintas mujeres[33].

Por ejemplo, en México, en el estado de Tabasco, uno de los dos estados que tienen legalmente permitida la práctica de la MS, la regulación específica para el tema creó una nueva figura para la determinación de la maternidad, estableciendo que en el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta (es decir aquella que proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético), se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. Y en los casos en los que participe una madre subrogada (es decir aquella que aporta el material genético y el proceso de gestación), se deberá acudir a la figura de la adopción plena"[34].

De dicha legislación se extraen dos nuevos criterios fundamentales; en primer lugar, cuando la mujer gestante no tiene una vinculación genética, la madre

30 Rivero Hernández, F.: "Mater Semper", cit., pp. 5- 96.

31 Marco Vila, P.: "Determinación filiación" cit., p. 14.

32 Valdés Díaz, C.C.: "La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura,* 2014, núm. 31, pp. 459-482.

33 Lamm, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Edicions Universitat Barcelona, España, 2012, p. 31.

34 Código Civil De Tabasco, art. 92.

intencional será reconocida como madre legal del nacido, sin importar que el ovulo sea de la madre intencional o de una tercera donante. En segundo lugar, cuando la mujer gestante tiene una vinculación genética con el niño, entonces será reconocida como madre legal y deberá renunciar a la maternidad en favor de la madre intencional, quien deberá adoptarlo para ser reconocida como madre legalmente".[35].

Ahora bien, como hemos introducido en el acápite anterior, la discusión sobre el tema no se concentra sólo en la necesidad de modernizar el derecho de familia o de cambiar o ampliar los conceptos tradicionales, sino en las implicaciones jurídicas que ello trae, por ejemplo, respecto del concepto puntual de maternidad, en materia de derechos sociales y laborales, se deducen a su vez las consecuencias sobre el concepto y normativa de la licencia de maternidad, la cual, plantea el interrogante de a quién se le debe conceder la licencia, si a la mujer madre subrogante que gestó y vivirá en su cuerpo naturalmente el proceso biológico del postparto y puerperio, o a la madre intencional que asumirá las labores de cuidado y crianza del niño. O si debe otorgar a ambas debido a que cada una, de manera independiente, asumirá las labores propias de la dimensión biológica de la maternidad y de la labor social y de afecto de esta. En dado supuesto, consecuentemente deviene la inquietud del costo financiero de dichas implicaciones para los sistemas de salud y seguridad social de los estados.

Por ejemplo, en Colombia se conoció recientemente el caso de la sentencia de tutela T-275 de 2022, en el que la Corte Constitucional Colombiana conoció el caso de una tutela interpuesta por un hombre que había contratado la maternidad subrogada y quien reclamaba el reconocimiento de la licencia de maternidad para él, toda vez que era quién cumplía con las labores de cuidado de la niña que obtuvo a través del contrato de gestación subrogada.

En este caso, la Corte decidió otorgarle al padre de la menor la licencia de maternidad que solicitaba, retirar el reconocimiento de la licencia de maternidad que le habían otorgado a la madre subrogante y en cambio, reconocerle a esta una incapacidad médica por siete semanas. Por lo cual, es un caso que permite ver de manera evidente el movimiento que ha tenido no sólo la legislación civil sobre el concepto de maternidad, sino también, en la legislación laboral el concepto de licencia de maternidad.

En dicho precedente, la Corte Constitucional Colombiana, recordó además que las licencias de maternidad y paternidad son instituciones previstas para que el padre o madre tengan derecho a disfrutar de cierto número de días remunerados para contar con los medios económicos que les permitan velar por

35 Álvarez, N.: *La Maternidad subrogada en México: leyes en cada estado y precios*, Babygest, México, 2019.

su subsistencia y la de su menor hijo. También, señaló que estas licencias tienen como fundamento último y común el interés superior de la niñez, por eso buscan propiciar las condiciones adecuadas para garantizar el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a recibir el cuidado y amor por parte de sus padres[36].

De igual forma, aclaró que la licencia de maternidad también reconoce a la madre un período destinado a la recuperación física. En este sentido, la jurisprudencia colombiana ha reconocido que el tiempo de licencia se asocia al lapso en el que la madre, al tiempo que se recupera de haber dado a luz, le brinda el cuidado y el amor al recién nacido.

Este caso permite evidenciar el progresivo reconocimiento que se ha venido haciendo por parte de los distintos Tribunales nacionales para aquellas personas que su maternidad o paternidad es fruto de un contrato de maternidad subrogada[37].

No obstante, lo anterior no implica que la licencia de maternidad sea exclusiva de las mujeres que han dado a luz a sus hijos, puesto que la ley, en este caso la colombiana, reconoce que también es aplicable a las madres adoptantes y al padre ante la muerte de la madre biológica y el padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente[38] .

Por lo cual, quedan las dudas sobre cuál debe ser el criterio para determinar la asignación de este tipo de derechos, que originalmente son causados como consecuencia de la maternidad legal, pero que ante desafíos como los que plantea la MS, se encuentra ante la necesidad de crear nuevas formas de interpretación con miras a no privar de sus derechos a las madres que viven la dimensión biológica de la maternidad, a las madres y padres intencionales que viven la dimensión social y afectiva de la maternidad y especialmente, a los niños objeto de estas prácticas, sobre quienes debe existir un lugar de especial y superior protección.

C) La paternidad.

La paternidad es un concepto que procede del latín paternitas y se refiere a la condición de ser padre. Consiste en la relación jurídica entre el padre y el hijo que genera una serie de derechos y deberes recíprocos. Este concepto, a su vez reúne la dimensión biológica, jurídica y sociológica (cultural y afectiva) de la paternidad. Desde el punto de vista biológico la paternidad se determina a través de la información genética que el varón transmite al menor procreado

36 T-275-2022, Corte Constitucional de Colombia, MP. Cristina Pardo Schlesinger.

37 Ruiz Franco, A.: "Un análisis crítico del progresivo reconocimiento de los derechos vinculados a la maternidad subrogada". *Revista Bioética y Derecho,* 2018, núm. 44, pp. 41-56.

38 T-1078-2003, Corte Constitucional de Colombia, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

con una mujer; sin embargo, la definición de este concepto se vuelve mucho más compleja[39].

Desde el marco de la dimensión jurídica, la determinación de la paternidad puede tener distintas vías para su reconocimiento. La primera, cuando no existe una discusión entre los padres, se puede establecer de forma voluntaria; es decir se reconoce al hijo tenido en común o criado. Segunda, puede establecerse mediante evidencias circunstanciales, por ejemplo, cuando un hombre incluye al niño en su familia, casa y lo presenta a la sociedad como su propio hijo. Tercera, cuando opera la presunción de paternidad que establece que se presume que los hijos tenidos dentro del matrimonio son del padre casado con su esposa, el cual nació durante o poco después de su matrimonio. Y cuarta, cuando hay discusión o dudas entre los padres, a través de la prueba genética de ADN.

Por ello, se afirma que a diferencia de la determinación legal de la maternidad que se reduce sustancialmente a la constatación de hechos concretos y fácilmente demostrables, la determinación de la paternidad necesita de instrumentos jurídicos, lógico-formales, vinculados a la mediatez de la relación inicial'"[40].

Ahora bien, en el caso concreto de la MS el desafío de la determinación legal de la paternidad se hace aún más complejo, toda vez que el criterio biológico-genético puede estar o no en cabeza del padre intencional que pretende lograr el reconocimiento del vínculo legal como padre del niño objeto de la técnica.

Lo anterior ocurre en la medida en que el embarazo pudo ser con el aporte genético del padre intencional o con el de un tercero donante. En el primer supuesto, bastaría la práctica de la prueba genética para acreditar el vínculo de la relación paterno filial, mientras que, en el segundo, tendría que recurrir a otras vías tales como la adopción plena, o el reconocimiento judicial de la categoría de la voluntad procreacional como criterio para determinarla, sin embargo, a hoy, no es una opción que brinde el derecho regulado sino una salida a la que se accede únicamente vía proceso judicial.

Por ejemplo, un reciente caso conocido en España por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) presentó el típico caso de MS llevada a cabo en el exterior y que busca nacionalizar los efectos jurídicos de la relación paterno filial con el menor. Se trata de un caso en el cual una niña nacida por MS en Ucrania en 2018 y luego fue llevada a España donde fue inscrita y reconocida como española bajo el argumento del interés superior de la menor: "Debe primar, en casos como

39 Delgadillo, J. N. G., Bermúdez, G. M.: "Análisis jurídico de la paternidad con perspectiva de género: una visión desde la masculinidad", *Revista latinoamericana de derecho social*, 2015, núm. 20, pp. 31-59.

40 Rivero Hernández, F.: "¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español", *Anuario de derecho civil*, 1997, núm. 50, pp. 5- 96.

el analizado, el interés superior del menor: básicamente se trata de que el niño, niña en este caso, desde su nacimiento solo conoce el núcleo familiar que es el formado con su padre biológico, el hoy apelado, desvinculándose por completo de la mujer que le dio a luz[41]''

El TSJM se pronunció tras el recurso de apelación que presentó la Abogacía del Estado, contra una sentencia previa de un juzgado contencioso administrativo de Madrid que reconoció el derecho que tenía el padre biológico, a disfrutar del permiso de maternidad.

La Abogacía del Estado presentó dos argumentos centrales, el primero, que la ley de reproducción humana asistida[42] considera ''nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante y de un tercero y, además, que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto''. Y el segundo, que la sentencia apelada pretendía ''hurtar'' la condición de madre a la madre biológica para atribuírsela al padre ''cuando lo cierto es que la hija del apelado se ha convertido en objeto de comercio''. Y añadió que la discusión no es si el padre ''puede cuidar a la menor, sino si el mismo debe ser retribuido con cargo a los Presupuestos Generales del Estado mientras lo hace''.

Finalmente, en mayo de 2021 el TSJM el dictó sentencia en la que confirmó el permiso de maternidad al padre biológico entendiendo que, si no se le otorga la prestación por maternidad en este caso ''se produciría una discriminación en el trato dispensado a este, por razón de su filiación''. Lo resume con esta frase: ''La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación subrogada no supone que al menor se le prive de determinados derechos establecidos, conforme doctrina uniforme y reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en atención y favor del interés superior del niño cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que le afecte''. Además, señaló que el periodo de permiso es en primer lugar para la recuperación del parto, pero también para ''la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo posterior al nacimiento del menor''. Y añadió que en los casos de menores nacidos por MS ''se producen también las especiales relaciones entre el padre y el hijo durante el periodo posterior al nacimiento del menor, por lo que han de ser debidamente protegidas''.

Como se puede constatar en el anterior caso, a través de este precedente se amplió no sólo el concepto de paternidad legal, sino que además el de licencia de maternidad y de paternidad, tal como en el caso colombiano anteriormente

41 TSJM 7 mayo 2021 (5079-2021).

42 Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 2006

estudiado, por lo cual, es evidente cómo la lucha por abrir caminos que legalicen los efectos de la práctica de la MS no se detiene.

D) La adopción.

La adopción, es una figura que se remonta en el Imperio Romano, en donde la "adoptio" era una de las formas para adquirir la patria potestad de los hombres, por medio de un acto solemne en que el adoptado era recibido en la familia civil como nieto o hijo, "filias familias non solum natura verum et adoptiones faciunt", ("no solo la naturaleza sino también las adopciones hacen hijos de la familia")[43].

Posteriormente, la figura de la adopción fue acogida por el Código Civil francés en 1804 y al igual que en el derecho romano, la adopción era un mero derecho del adoptante, sin embrago, posteriormente el Código Frances concibió la adopción como una figura que, al contrario de tutelar los derechos del adoptante, tiene como único propósito proteger al adoptado, esta idea es la base de todo el desarrollo legal y jurisprudencial tanto nacional como internacional que hoy en día existe como marco normativo de la adopción[44].

A hoy, la adopción es una medida de protección y garantía de los derechos de menores que no están integrados a una familia, encaminada a garantizar su derecho a una familia, incorporándolos a un hogar donde les proporcionen las condiciones adecuadas para su desarrollo. En ese sentido, la intervención del Estado responde al principio de la integración familiar para encontrar un ambiente familiar que sea idóneo para el normal desarrollo del menor.

De acuerdo con la legislación internacional, un principio que rige la actuación judicial en relación con el derecho a una familia de los infantes, es el de reinserción en el núcleo familiar biológico; sin embargo, ello no implica que sea una regla a seguir en todos los casos de adopción, pues por el significado y alcance del interés superior del menor, hay casos en los que lo más conveniente es integrar al menor a un núcleo familiar distinto a aquel en el que se tienen lazos biológicos, pues el Estado tiene la obligación de buscar la familia idónea para su desarrollo, por lo que no en todos los casos conviene preservar las uniones biológicas, sino verificar la que le resulte más favorable [45].

En Italia, por ejemplo, país donde la maternidad subrogada está legalmente prohibida, no son pocos los casos de personas y parejas que acceden a esta práctica

43 Muñoz-Gómez, D.S., Arbeláez Luna, D.: "Fallas en el sistema de adopciones en Colombia", *Persona y Familia*, 2022, núm. 11, pp. 49.69.

44 Muñoz-Gómez, D.S. Y Arbeláez Luna, D.: "Fallas Adopción", cit., pp. 49.69.

45 González Martín, N.: "Adopción internacional", cit., pp. 618-645.

en otros países, donde sí está permitida o al menos no prohibida, y luego buscan el camino jurídico para importar a su país los efectos paternofiliales pretendidos.

Uno de los casos emblemáticos del tema es el caso "Paradiso y Campanelli vs. Italia"[46] en el cual un matrimonio italiano recurrió a encargar la maternidad subrogada con el esperma del padre comitente. El bebé nació en febrero de 2011, la madre subrogada dio su consentimiento escrito para que el niño fuera registrado como hijo de los contratantes y de conformidad con la legislación rusa, los padres contratantes fueron registrados como padres del niño y el certificado de nacimiento ruso –que no mencionaba la gestación por sustitución– fue apostillado de acuerdo con la Convención de La Haya.

En mayo de 2011, cuando los padres contratantes solicitaron el registro del certificado de nacimiento por parte de las autoridades italianas (quienes habían sido informadas por el Consulado italiano en Moscú de que el certificado contenía información falsa) fueron acusados por la alteración del estado civil del niño y por infringir la ley de adopción. El Ministerio Público solicitó el inicio de un proceso de adopción fundamentando en que el niño debía ser considerado en estado de adoptabilidad. El Tribunal italiano solicitó una prueba de ADN cuyo resultado estableció que no existía vínculo biológico entre el niño y los padres contratantes –de manera contraria a lo que habían declarado-. El Tribunal italiano decidió separar al niño y prohibir el contacto entre ellos, rechazó el registro del certificado de nacimiento ruso y ordenó la emisión de un nuevo certificado de nacimiento en el que se indicara que el niño era hijo de padres desconocidos y se le otorgara un nuevo nombre. Los padres contratantes se opusieron a todas las medidas y solicitaron la adopción del niño, que les fue negada.

El caso llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la sección segunda del TEDH concluyó que la separación del niño de los padres contratantes había constituido una violación al art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Conv.EDH). Entre sus fundamentos jurídicos, la Corte sostuvo que:

"…se deben tomar en cuenta los vínculos familiares de hecho. En este sentido, se señala que los peticionarios han pasado junto con el niño las primeras etapas importantes de su joven vida: seis meses en Italia a partir del tercer mes de vida del niño. Con anterioridad a ese período, la peticionaria ha pasado algunas semanas junto a él en Rusia. Aunque el período es relativamente corto, la Corte estima que los peticionarios se han comportado en relación con el niño como sus padres y concluye que existe una vida familiar de hecho entre ellos. De esto se desprende que en el presente caso se aplicael art. 8 de la Convención" (Cf. párr. 69).

46 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aplicación 25358, 2012.

En este sentido aclaró que el art. 8 de la Conv.EDH no solo protegía la vida familiar sino también la vida privada aún incluye el derecho de las personas a formar relaciones con los demás. Además, explicó que:

"…la referencia al orden público no puede constituirse en una carta blanca que justifique cualquier medida porque la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño incumbe al Estado con independencia de la naturaleza del lazo parental, genético u otro […] En efecto, la separación del niño del contexto familiar es una medida extrema que debe adoptarse como último recurso. Para que una medida de estetipo se justifique, debe cumplir con el objetivo de proteger al niño que se encuentre expuesto a un peligro inmediato para su persona" (Cf. párr. 80).

Posteriormente, el 1 de junio de 2015, el caso fue reenviado a la Gran Sala por iniciativa del gobierno italiano y en esta instancia se determinó que la decisión de los Tribunales italianos, que determinó retirar la tenencia del menor a los padres contratantes de la maternidad subrogada y que por ende no poseían relación biológica con el niño, no constituía una violación al respeto a la vida privada y familiar consagrada en el artículo 8 de la Conv.EDH, y como consecuencia revocó la sentencia que había dictado la Sala de la Segunda Sección de la misma CEDH.

Este caso es una muestra de cómo la MS viene pretendiendo movilizar las fronteras del derecho de familia, y sus conceptos clásicos, para dar espacio a la legalización de una práctica en muchos casos prohibida, como es en Italia, y que quiebra significativamente las bases estructurales de las relaciones paternofiliales.

En el caso concreto de la adopción, no son pocos los casos donde se opta por esta estrategia legal para obtener la declaración del vínculo filiatorio, por lo cual ha pasado de ser una medida de protección encaminada a garantizar el principio de integración familiar para un menor, para convertirse en un mecanismo para formalizar las consecuencias de un acuerdo privado de las voluntad contrario a la legislación nacional y lograr el deseo de tener un hijo y la promesa contractual del negocio de los *stakeholders* intermediarios.

2. El criterio del Principio de interés superior del menor.

En el capítulo anterior se presentaron algunas de las transformaciones que han tenido conceptos clásicos del derecho de familia como la filiación, la maternidad, la paternidad y la adopción, y se evidenció cómo los distintos tribunales que han ampliado dicho concepto lo han hecho a partir de la interpretación del principio del Interés Superior del menor (ISM). A continuación, se presentará una descripción de este principio y se plantean algunas discusiones sobre la forma de interpretarlo, antes y después de llevar a cabo la práctica de la MS.

El principio del ISM es un término complejo e indeterminado, que no debe, ni puede, ser conceptualizado porque el mismo varía según el caso específico del que se trate, interactuando en el tiempo y en el espacio. En este sentido, este principio implica que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se entenderá será el interés superior del menor[47].

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

En ese sentido, conviene observar que, para asegurar, en la mayor medida de lo posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere "cuidados especiales", y el art. 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección". En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia. Por lo que es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características especiales y personales de la situación en la que se halla el niño"[48].

En ese orden de ideas, en la discusión sobre las tensiones jurídicas que desencadena la MS, el choque entre los derechos reproductivos de los padres intencionales, frente a los derechos de los niños objeto de la práctica, es claro que siempre debe darse una prioridad a los derechos de los menores sobre los derechos de las personas adultas, lo que es conocido como el "puerocentrismo".

Ahora bien, en el escenario de la MS se plantea además la discusión del reconocimiento de los niños como objetos o sujetos de derecho, en esa línea, Carmen Lázaro ha planteado que el concepto de persona como sujeto de derechos es un paradigma que forma parte de nuestra cultura occidental y que, hasta hace poco, no era cuestionado. Sin embargo, sostiene que la MS, "antes que una figura jurídica ha empezado siendo una práctica por medio de la cual terceros encargan a una mujer, con o sin precio, la gestación y parto de un bebé, el cual,

47 Calvento Solari, U.: *Conferencia Regional sobre Adopción Internacional, documento para guía de discusiones*, Conferencia Inter-Gubernamental sobre Adopción Internacional, Chile, 1999, p. 6.

48 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

en consecuencia, pasa a ser objeto y no sujeto de derecho, quedando afectada además de la persona su filiación'[49]

En la reflexión sobre los movimientos, lentos y progresivos, que ha venido teniendo el derecho de familia para dar cabida jurídica a los efectos pretendidos a través de la MS, es claro en primera instancia que al pensar en el interés superior de los menores objeto de esta práctica la respuesta más favorable, o quizás menos dañina, es otorgar el reconocimiento legal de los efectos de la MS y asegurar los derechos filiatorios y a una familia. Sin embargo, la discusión debe ir más a fondo y cuestionar cuál es el verdadero interés superior para los menores, toda vez que en los casos donde ya se tiene el niño o niña en medio de un entorno familiar, donde ya es un hecho cierto que se llevó a cabo la práctica, no caben dudas de que lo conveniente es asignarle legalmente el vínculo que lo haga perteneciente a la familia que lo encargó y que lo quiere.

Sin embargo, la discusión es distinta si se va un poco más atrás de ello, si pensamos en si lo más favorable para un niño es nacer a través de un técnica donde desde el minuto cero de su existencia, es decir, desde el momento en que se desea, se está convirtiendo en un objeto de selección y de transacción comercial, en el sentido en que esta práctica permite no sólo alquilar un vientre y subrogar el proceso de gestación por parte de una mujer, sino que permite que los padres intencionales puedan hacer una selección de las características físicas e intelectuales del futuro niño, elegir, por ejemplo, si quieren que sea de tez morena o blanca, de ojos azules o negros, con capacidades altas para actividades deportivas, entre otros rasgos, y todo ello sobre el valor de un precio en el mercado bioreproductivo.

Esta es quizás la discusión más profunda del tema, si la práctica de la MS nos ubica ante el escenario de una nueva eugenesia, donde unos niños valen más que otros, así como unas mujeres y su servicio subrogativo vale más que el de otras dependiendo de si su lugar de origen es el tercer o primer mundo. Entonces, queda la inquietud, cuál es el verdadero interés superior de los niños en los casos de MS, debemos abrir las barreras jurídicas para formalizar esta nueva forma reproductiva, o quizás debemos zanjar límites claros que prioricen el valor superior de la dignidad de la persona, especialmente de los niños, que lo queramos o no, son el objeto y producto de esta práctica.

49 Lázaro Palau, C. M.: "El concepto de persona como elemento clave de la identidad europea: el caso de la maternidad subrogada", *Cuadernos Europeos de Deusto,* 2019, núm. 2, pp. 189-201.

V. REFLEXIONES FINALES.

Como se ha presentado en el recorrido hecho a través de las transformaciones que ha tenido el concepto de filiación, maternidad, paternidad y adopción ante los casos de necesidad de legalizar los efectos jurídicos de la MS, es una realidad que el marco tradicional del derecho de familia no se adecúa a nuevas realidades familiares como lo es el tener un hijo(s) a través de estas técnicas, sin embargo, la reflexión final no es hasta donde debe moverse el derecho de familia para que estas nuevas realidades puedan entrar y estar reguladas por el derecho, lo cual sin lugar a dudas es una necesidad, (los tiempos cambian y el derecho debe cambiar también), sino sobre todo, en qué medida, deben adaptarse los linderos clásicos de las instituciones, de manera que no desprotegen los intereses superiores y originalmente protegidos por el derecho de familia.

Podría decirse que es fácil ampliar el concepto clásico de filiación, maternidad y paternidad asociado al criterio de la voluntad procreacional, pero la verdadera pregunta es si hacer ese reconocimiento protege verdaderamente a los niños al permitir esta nueva forma legal de crear vinculo filiatorio. O si por el contrario lo que estamos haciendo es abrir el marco para que, a través de una industria altamente costosa, el que quiera, cuando quiera y tenga los medios económicos para hacerlo, pueda obtener el reconocimiento como madre o padre de un niño y consecuentemente, convertir el hecho de ser padres en una cuestión atada a las posibilidades económicas y de acceso a las TRHA.

Así mismo, es importante considerar que en el derecho las cosas se deshacen como se hacen, en ese sentido, emerge la inquietud de si la voluntad intencional puede crear el vínculo filiatorio, consecuentemente implicaría que ese vínculo podría disolverse por la mista falta de esa voluntad intencional.

Sobre este asunto, autores como Esther Farnos, al reflexionar sobre el emblemático y lamentable caso Paradiso y Campanelli contra Italia, sostiene que tolerar y reconocer legalidad a la situación creada por los comitentes es equivalente a legalizar la situación creada por ellos contraviniendo importantes normas de Derecho italiano. Por lo cual, las posiciones tolerantes ante casos como Paradiso convierten las legislaciones nacionales en normas meramente simbólicas y vacías de contenido. Y recuerda que las autoridades nacionales están llamadas a velar por el cumplimiento de las normas ex ante, de forma preventiva[50].

De otro lado, situaciones como la problemática asociada al reconocimiento de los beneficios sociales de la maternidad y la paternidad, tales como a quién

50 Farnos Amorós, E.: "Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho", *Revista de Bioética y Derecho*, 2017, núm. 40, pp.231-242.

se le hace la asignación de la licencia de maternidad y de paternidad, permiten ver la disyuntiva existente con este tipo de practica toda vez que al quebrarse o fraccionarse el concepto tradicional que da lugar a este tipo de beneficios, como lo son la maternidad y la paternidad en sí mismos, se encuentran situaciones jurídicas de difícil solución y con importantes repercusiones a la cartera fiscal de los estados.

Finalmente, siguiendo los planteamientos de Michael Sandel, en su texto "Contra la perfección humana"[51], podríamos afirmar que ampliar los marcos del derecho de familia sin limitaciones para que se puedan formalizar los efectos filiatorios pretendidos a través de la MS, nos ubicaría ante una realidad de hijos a la carta, de hijos a la medida, de hijos en diseño, de hijos como producto y en esa medida, en el contexto de lo que se ha denominado, una nueva eugenesia.

Ante el caso de la MS, el asunto entonces no se trata sólo de ampliar o modernizar el derecho de familia, sino, sobre todo, de lograr instituciones sólidas que regulen y garanticen de manera eficaz y anterior la protección de la dignidad humana y los derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los menores como sujetos de especial protección. Es un hecho que el derecho debe actualizarse, moverse y adaptarse a los nuevos tiempos, la cuestión es hasta dónde o cuál es el límite.

51 Sandel, M.: *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética,* Marbot, Barcelona, 2015.

BIBLIOGRAFÍA.

Álvarez, N.: *La Maternidad subrogada en México: leyes en cada estado y precios*. Babygest, México, 2019.

Andorno, R.: *Bioética y dignidad de la persona*. Tecnos, Madrid, 2012.

Brena, I.: "La Maternidad Subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?", *Revista de Derecho Privado*, 2009, núm. 23, pp. 141-157

Calvento Solari, U.: *Conferencia Regional sobre Adopción Internacional, documento para guía de discusiones,* Conferencia Inter-Gubernamental sobre Adopción Internacional, Chile, 1999, p. 6.

Casado, M., Navarro-Michel, M.: *Documento sobre gestación por sustitución*, Editorial de la Universidad de Barcelona, España, 2019, p. 27.

Delgadillo, J. N. G., Bermúdez, G. M.: "Análisis jurídico de la paternidad con perspectiva de género: una visión desde la masculinidad*", Revista latinoamericana de derecho social*, 2015, núm. 20, pp. 31-59.

Farnos Amorós, E.: "Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho", *Revista de Bioética y Derecho*, 2017, núm. 40, pp. 231-242.

González Martin, N., Albornoz, M. M.: Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2016, núm. 16, pp. 1-27.

González Martín, N.: "Adopción internacional, gestación por sustitución e interés superior el menor en el derecho mexicano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, pp. 618-645.

Instituto Interamericano De Derechos Humanos: *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*, Editorama, San José de Costa Rica, 2008, p. 11.

Kurczyn Villalobos, P.: *"Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo*", Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p. 121.

Lamm, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Edicions Universitat Barcelona, España, 2012, p. 31.

Lázaro Palau, C. M.: "El concepto de persona como elemento clave de la identidad europea: el caso de la maternidad subrogada", *Cuadernos Europeos de Deusto,* 2019, núm. 2, pp. 189-201.

López De Armas y Amado.: "Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada", *Revista de Derecho Privado*, 2014, núm. 52,pp. 2-18.

Marco Vila, P.: *La determinación de la filiación en la gestación por sustitución. Principios éticos, bienes jurídicos y doctrina jurisprudencial*, Tesis de Doctorado, 2006, Universidad de Valencia.

Marín Vélez, G. A.: "El arrendamiento de vientre en Colombia", *Opinión Jurídica,* 2015, núm. 2, pp. 69-86.

Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "La filiación, entre biología y derecho", *Prudentia Iuris*, 2013, núm.76, pp. 117 -133.

Muñoz-Gómez, D.: "Barreras comunicacionales en la práctica de la maternidad subrogada. Una crisis en tiempos de pandemia", *Revista Bioética y Derecho,* 2021, núm. 52, pp. 61-83.

Muñoz-Gómez, D.S., Arbeláez Luna, D.: "Fallas en el sistema de adopciones en Colombia", *Persona y Familia*, 2022, núm. 11, pp. 49.69.

Muñoz-Gómez, D.S.: "Biotecnologías reproductivas y el rol del estado: el caso de la maternidad subrogada en Colombia", *Serie Memorias*, 2019, núm. 10, pp. 256-268.

Rivero Hernández, F.: "¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español", *Anuario de derecho civil*, 1997, núm. 50, pp. 5- 96.

Rodríguez López, D.: "Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto del contrato", *Revista de Derecho Privado*, 2005, núm. 11, pp. 96-127

Ruiz Franco, A.: "Un análisis crítico del progresivo reconocimiento de los derechos vinculados a la maternidad subrogada". *Revista Bioética y Derecho,* 2018, núm. 44, pp. 41-56.

Sánchez Martínez, M.: "Los acuerdos de Maternidad Subrogada: nuevos retos en la protección de los derechos de la mujer y la infancia", *Cuadernos ibero-americanos de direito sanitário*, 2016, núm. 5, pp. 146-178.

SANDEL, M.: *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, Marbot, Barcelona, 2015.

SANTAMARIA-SOLÍZ, L.: "Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos", *Cuadernos de bioética*, 2000, núm. 41. p. 37.

SOUTO GALVÁN, B.: "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho", *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época,* 2005, núm. 1, pp. 275-294.

TILLER, S.: "Litigation, Legislation, and Limelight: Obstacles to Commercial Surrogate Mother Arrangements", *Iowa Law Review,* 1987, núm. 2, p. 147.

VALDÉS DÍAZ, C.C.: "La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura,* 2014, núm. 31, pp. 459-482.

ADOPCIÓN EN CASOS ESPECIALES Y UNIDAD DEL *STATUS FILIATIONIS* EN EL DERECHO ITALIANO: ¿CÓMO REPERCUTE EN EL PLANO SUCESORIO?

SPECIAL CASES OF ADOPTION AND UNITY OF THE FILIATION STATUS UNDER ITALIAN LAW: WHICH CONSEQUENCES IN TERMS OF INHERITANCE LAW?

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2310-2353

Ivan Libero
NOCERA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: En el ordenamiento jurídico italiano, se ha asistido recientemente al reconocimiento por el Tribunal Constitucional en las adopciones en casos particulares de la existencia de relaciones civiles entre el adoptado y los familiares del adoptante, igualando así los márgenes de protección de los menores, independientemente de las situaciones de hecho o de derecho de la que se originó el nuevo status del hijo. Este trabajo jurisprudencial está lleno de considerables reflexiones sistemáticas y está destinado a ser aplicado no sólo a la hipótesis de adopción por parejas del mismo sexo, sino también a todos aquellos supuestos en los que se produzca un estado de abandono semipermanente o de abandono cíclico. Sin perjuicio del valor negativo dirigido a las formas de maternidad subrogada con fines comerciales, el claro interés del niño en el reconocimiento de la "familiaridad social" hace necesario investigar, en particular, las consecuencias a nivel de derecho sucesorio del reconocimiento de tales relaciones parentales analizando la sucesión precipitada que la decisión del Tribunal Constitucional conduce al estatuto general de la sucesión del adoptado en un caso particular.

PALABRAS CLAVE: Adopción; filiación; intereses del menor; parejas homosexuales; convivencia; reproducción asistida; padre biológico; padre intencional; maternidad subrogada; relaciones familiares; legítima; legitimario; ascendientes; autonomía testamentaria.

ABSTRACT: *The Italian legal system has recently witnessed a recognition by the Constitutional Court, within special cases of adoption, of the existence of civil relations between the adoptee and relatives of the adopter, thus equalising the margins of child protection, independently from the situation of fact or law which originated the new status of the child. Said work of interpretation by the Constitutional Court is full of considerable systematic reflections and is destined to be applied not only to cases of adoption by same-sex couples, but also to all those cases of semi-permanent abandonment or cyclical abandonment of children. Without prejudice to the disvalue of surrogate motherhood for commercial purposes, the obvious interest of the child for recognition of "social familiarity" requires a specific investigation on the consequences, in terms of inheritance law, of the recognition of such familiar relationships, considering the inheritance implications triggered by the decision of the Constitutional Court in relation to the statute of inheritance law generally applied to the adopted in special cases.*

KEY WORDS: *Adoption; filiation status; best interests of the child; same-sex couples; cohabitation; medically assisted procreation; biological parent; intended parent; surrogacy; family relationship; reserved share; person entitled by law to a share of the deceased's estate; ascendants; testamentary freedom.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. AUGE DEL INTERÉS DEL HIJO Y DECLIVE DEL ELEMENTO BIOLÓGICO.- III. LA EVOLUCIÓN DE LA ADOPCIÓN EN CASOS ESPECIALES. - IV. ADOPCIÓN EN CASOS ESPECIALES TRAS LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 79/2022: PERSONALISMO Y RELACIONES FAMILIARES SOBRE LA BASE DE LA AFECTIVIDAD. - V. EFECTOS SISTEMÁTICOS DE LA COMPRA DEL STATUS DE HIJO EN CABEZA DEL ADOPTADO EN CASOS ESPECIALES.- VI. ADOPCIÓN EN CASOS ESPECIALES Y DERECHO DE SUCESIONES.- 1. Los derechos sucesorios del adoptado en los casos particulares.- 2. Los derechos sucesorios del adoptado.- 3. Reflexiones sobre las perspectivas de reforma de la sucesión necesaria.- VII. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

La compleja dinámica contemporánea de las relaciones afectivas que repercuten en una dimensión plural de las organizaciones familiares[1] -no en vano, hablamos del "caleidoscopio familiar"[2] - se despliega a través del fenómeno de las llamadas "Familias recompuestas"[3] o más bien "renovadas"[4]. Así, bajo la presión de algunas prácticas sociales[5], se transmite la idea de una nueva composición subjetiva de la

1 Vale recordar al respecto las reflexiones de Balestra, L.: "Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto", *Giust. civ.*, 2018, p. 255: "La imagen, evocadora y en cierto modo abusada, evocada hace muchas décadas por Jemolo ha ido quedando cada vez más desfasada: cada vez más recta, cada vez menos isleña. Hasta el punto de que incluso la aguda reinterpretación de la metáfora de Busnelli, haciéndose eco de la figura del archipiélago, constituido por la gran isla -representada por la familia fundada en el matrimonio- a la que se han ido añadiendo paulatinamente las islas menores, parecía capaz de reflejan de manera adherente la actitud concreta de las relaciones que tienen una matriz familiar".

2 En este sentido Saraceno, C.: *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Milán 2012, p. 28.

3 Sobre la familia "recompuesta" o "reconstituida", véanse, entre muchos otros, Patti, S.: "La famiglia: dall'isola all'arcipelago?", *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 507; Busnelli, F.D.: "Conclusioni. Per un'ermeneutica della famiglia "moderna": l'idea del "rammendo", in AA.VV.: *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, (a cura di U. Salanitro), Pisa, 2019, p. 163; Id., "Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti", *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 1447; Id., "Frantumi europei di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 767; Laghi, P.: "Famiglie «ricomposte» e successione necessaria: problematiche attuali, soluzioni negoziali e prospettive de iure *condendo*", *Contr. impr.*, 2017, p. 1342; Al Mureden, E.: "Le famiglie ricomposte *tra matrimonio, unione civile e convivenze*", *Fam. Dir.*, 2016, p. 966; Auletta, T.A.: "Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?", *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 367; Bilò, G.: "Famiglia ricostituita", in AA.VV.: *Codice della famiglia* (a cura di M. Sesta), Milano, 2015, p. 2394; Sesta, M.: "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 7; Buzzelli, D.: *La famiglia "composita". Un'indagine sistematica sulla famiglia ricomposta: i neo coniugi o conviventi, i figli nati da precedenti relazioni e i loro rapporti*, Napoli, 2012, *passim*; D'Angelo, A.: "La famiglia nel XXI secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte", in AA.VV.: *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, (a cura di D. Amram e A. D'Angelo), Padova, 2011, p. 24; Balestra, L.: "L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1109; Rescigno, P.: "Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche", *Familia*, 2002, p. 1.

4 En este sentido Auletta, T.: "La famiglia rinnovata: problemi e prospettive", en AA.VV: *Studi in onore di C.M. Bianca*, II, Milano 2006, p. 25. Del mismo autor, ver también "Dal *code civil* del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia", *Familia*, 2005, p. 401.

5 Al respecto, véanse las agudas consideraciones de Sesta, M.: "La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali", in AA.VV.: *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, (a cura di F. Macario e M.N. Miletti), Roma, 2017, p. 147, donde dice que "en el sistema actual […] el art. 29 de la Constitución parece haberse convertido en un fósil, es decir, el resto de un organismo que alguna vez estuvo vivo". El mismo A. observa luego cómo debemos ahora reconocer el límite de la ley en "conformar la realidad social que pretende regular a un modelo predeterminado" y cómo "la ley -especialmente la ley viva, aplicada y a veces creada por los jueces- se comporta más bien como un espejo que acaba reflejando la imagen de lo que la

• Ivan Libero Nocera
Investigador de Derecho Privado. Universidad de Palermo. E-mail: ivanlibero.nocera@unipa.it

familia, sin regulación positiva, en la que los cónyuges o convivientes *more uxorio* no son necesariamente ambos padres de los hijos pertenecientes a la unidad familiar.

El inmovilismo sustancial del legislador en la materia fue sacudido recientemente por la elaborada sentencia de la Tribunal Constitucional núm. 79 del 28 de marzo de 2022[6], que toca una maraña de temas sensibles que connotan la adopción en casos particulares y sus efectos, y marca una etapa sistemática significativa en los cambios en el derecho de familia.

En efecto, esta rama del derecho en la última década ha sido investida por dos reformas de particular importancia: la introducción de la disciplina sobre las uniones civiles, por la Ley 20 de mayo de 2016 n. 76, e incluso antes de eso, la unificación del estado de hijo legítimo e hijo natural[7], lograda, en cuanto al contenido de la relación de filiación, por la ley L. 10 de diciembre de 2012 n. 219 y por Decreto Legislativo 27 Diciembre 2013 n. 154 que han "separado la relación entre padres e hijos del vínculo matrimonial"[8], innovando la forma tradicional de concebir las relaciones familiares[9].

Por lo tanto, la sede en la que la persona vino al mundo es ahora irrelevante, y un régimen diferenciado es ilegítimo, a pesar de que subsisten diferentes métodos para conocer e impugnar el estado, según si la concepción tuvo lugar en el matrimonio o fuera de él (después de todo, la recepción automática y bilateral del

cambiante realidad social pone ante sí: en definitiva, en lugar de conformarse, resulta conformarse con la realidad actual». Previamente, con referencia a los asuntos de familia, "el contraste […] entre enunciados de principio, a nivel constitucional y de derecho ordinario, y soluciones prácticas" fue destacado por Mengoni, L.: "La famiglia in una società complessa", *Iustitia*, 1990, p. 1.

6 La sentencia fue comentada por Sesta, M.: "Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali", *Fam. dir.*, 2022, p. 904; Carbone, M.C.: "Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte costituzionale traccia il sentiero per il riconoscimento giuridico della "familiarità sociale"", *www.giurcost.org*; Ferrando, G.: "Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?", *Quest. giust.*, 7 giugno 2022; Chiricallo, N.: "Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma", *Familia*, 17 maggio 2022; Trezza, R.: "I correttivi "funzionali" all'istituto dell'adozione in casi particolari", ivi, 16 maggio 2022; Crivelli, E.: "La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022", *Osservatorio AIC*, fasc. 5 del 2022; Pacini, G.: "L'estensione dei legami di parentela tra adottato in casi particolari e parenti dell'adottante, alla luce della decisione della Corte costituzionale", *Giustiziacivile.com*, 18 Julio 2022.

7 La unificación de los *status* se logró plenamente en cuanto al contenido de la relación de filiación ya constatada ("a valle"), en primer lugar, gracias al nuevo art. 315 del Código Civil italiano, según el cual "Todos los hijos tienen el mismo estatuto jurídico", es decir, gozan de los mismos derechos y están sujetos a las mismas obligaciones para con sus padres, y la eliminación consecuente de la institución de la legitimidad, que constituía el instrumento de "tránsito" entre los dos estados.

8 En este sentido, la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados se expresó en el documento final de la investigación de averiguación sobre el estado de implementación de las disposiciones legislativas en materia de adopción y acogimiento familiar, 7 de marzo de 2017, pp. 36 ss, http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2017/03/07/leg.17.bol0779.data20170307.com02.pdf (§ 4.3 - Superación de la distinción entre adopción legítima y no legitima).

9 Sobre esta reforma véanse Bianca, M.: "L'unicità dello stato di figlio", in AA.VV.: *La riforma della filiazione*, (a cura di C.M. Bianca), Padua 2015, p. 3; Sesta, M.: "Stato unico", cit., p. 1; Id., voce "Filiazione (diritto civile)", *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano 2015, p. 454; AA.VV.: *La riforma della filiazione. La legge 10 dicembre 2012, n. 219*, (a cura di M. Paladini e C. Cecchella), Pisa, 2013; Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1; Id., "La riforma della filiazione", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 437.

hijo nacido en matrimonio se basa en la presunción de genitorialidad del marido de la madre, derivada directamente del artículo 29 de la Constitución)[10].

Sin embargo, las innovaciones más decisivas en el campo del derecho de familia parecen inexorablemente marcadas por el activismo jurisprudencial, tanto interno como supranacional. Basta pensar en el reconocimiento de la llamada adopción de hijastros como una declinación particular de la adopción no legitimadora, aplicada, en interés del niño, a la hipótesis en que los adoptantes son del mismo sexo, incluso en un contexto caracterizado por la prohibición prevista por la ley n. 40/2004 para el acceso de parejas homosexuales a técnicas de procreación asistida.

Por último, la sentencia nro. 79 de 2022 del Tribunal Constitucional, proponiéndose el arduo objetivo de ofrecer regulación a delicados equilibrios afectivos[11], enfocados en los efectos inherentes al parentesco de la disposición que decide la adopción en casos particulares, afectó a toda la institución que contempla situaciones muy diferentes entre sí. y difícil de asimilar. Centrando su atención "aguas abajo", es decir, en el estatuto jurídico del menor, el Consejo ha golpeado con recurso de inconstitucionalidad las disposiciones que excluyen la existencia de relaciones civiles entre el adoptado y los familiares del adoptante.

Esta intervención tiende así a devolver la coherencia sistemática a una regla relativa a la llamada adopción "suave" - institución no tocada por la reforma de la filiación, pues se considera, en la intención del legislador, no apta para atribuir al adoptado el estado jurídico de hijo - que, sin embargo, ha sufrido una transformación significativa en las últimas décadas, como se verá a continuación, de una institución limitada a unas hipótesis típicas, a una solución adoptiva de uso primordial.

En vista de lo anterior, esta investigación debe necesariamente partir del principio del interés superior del niño, en el cual se fundamenta la sentencia, para luego analizar la evolución de la adopción en casos particulares e indagar cómo

10 La persistente diferenciación "aguas abajo" entre el *status* de hijo natural y el de hijo legítimo sugiere que la reforma de 2012, que se limitó a equiparar los dos estatus sin lograr su unificación, se considera incompleta. En efecto, la valoración estatal es, por tanto, aún diversificada dado que respecto de la maternidad existe, en el matrimonio, la presunción de paternidad, mientras que fuera del matrimonio existe el reconocimiento y declaración judicial de la paternidad. Incluso en referencia a la maternidad, se mantiene un desfase entre hijo legítimo e hijo natural al distinguirse entre una valoración oficiosa de la maternidad conyugal y una valoración de la maternidad no conyugal dejada a la voluntad de la madre mediante el reconocimiento. Asimismo, en referencia a la contestación del estado, si bien la diferencia entre el desconocimiento y la impugnación del reconocimiento es cada vez más estrecha, la ley reconoce el derecho a promover la acción de desconocimiento de la paternidad y la de impugnación del estado al hijo nacido en matrimonio, mientras que el hijo nacido fuera del matrimonio sólo puede ejercitar la acción de remoción del título, la impugnación del reconocimiento por falta de veracidad. Ver sobre este punto las consideraciones de Sesta, M.: "Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi", *Fam. e dir.*, 2019, p. 1049.

11 Sobre el papel del juez en las delicadas cuestiones en la intersección entre derecho y bioética, véanse las reflexiones de D'Aloia, A.: "Biodiritto e giurisdizione", in AA.VV.: *Il diritto e l'incerto del mestiere di vivere*, Milano, 2021; Penasa, S.: *Il giudice al crocevia tra fattore tecnico-scientifico e complessità assiologica dei casi. Riflessioni a partire dalla giurisprudenza italiana*, en *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2021, n. 3.

esta nueva "disciplina", que ha impactado profundamente en la "morfología" del instituto, debe estar conectado con las reglas del derecho de sucesiones.

II. AUGE DEL INTERÉS DEL HIJO Y DECLIVE DEL ELEMENTO BIOLÓGICO.

El principio del interés superior del niño[12], de tal fuerza axiológica que muchas veces se considera imperante respecto de la protección de los derechos que le son contrapuestos[13], representó el eje argumentativo de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el estatuto del menor nacido como consecuencia de prácticas de fecundación asistida practicadas en el extranjero por parejas homosexuales[14]. Se señaló, no obstante, cómo este principio puede elevarse "a una cláusula general, de contenido vago e indeterminado"[15], con un "carácter fuertemente subversivo en el caso, nada raro, [...] de conflicto con el principio de legalidad: su aplicación puede, de hecho, conducir fácilmente al mantenimiento de situaciones fácticas consolidadas, formadas como resultado de la conducta ilegal de un adulto; de hecho, por lo tanto, para recompensar tal conducta"[16].

12 La valoración del interés del niño surge del marco europeo e internacional de protección de los derechos del niño. Además de la afirmación solemne del principio del llamado *best interest of the child* por la Convención sobre los derechos del niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, ratificada y puesta en vigor por ley el 27 de mayo de 1991, n. 176, en el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 25 de enero de 1996, ratificado y puesto en vigor por ley de 20 de marzo de 2003, n. 77, y en las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños, adoptadas el 17 de noviembre de 2010, en la 1098ª reunión de delegados de ministros, se encuentran en el art. 24, párrafo segundo, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y adaptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, en la que se establece el principio según el cual "[e]n todos los actos relativos a los niños, ya sean hechos por autoridades públicas o por instituciones privadas, el interés superior del niño debe ser considerado primordial". Al respecto, la Corte Constitucional, 23 de febrero de 2012, n. 31, Foro it., 2012, I, c. 1996, con una nota de Romboli, R. afirmó que "en el ordenamiento jurídico internacional es un principio establecido que, en todo acto, sea que se trate de un menor, debe tenerse en cuenta su interés, considerado primordial".

13 Según la Corte de Casación, 30 de septiembre de 2016, n. 19599, *Corr. giur.*, 2017, el principio del interés del niño es "de primera importancia constitucional" Sobre el concepto del interés superior del niño, ver Bocchini, F.: *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, p. 235; Acierno, M.: "Il mantra del preminente interesse del minore", *Quest. Giust.*, 2019; Lamarque, E.: *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

14 No obstante, al respecto, cabe señalar Corte Cost., 18 diciembre 2017, n. 272, *Corr. gur.*, 2018, p. 446, con nota parcialmente adhesiva de Ferrando, G.: "Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore"; *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 547, con notas parcialmente adhesivas de Gorgoni, A.: "Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello *status filiationis*", p. 540, y de Salanitro, U.: "Azioni di stato e *favor minoris* tra interessi pubblici e privati", p. 552, que consideraba que, en el caso de la gestación subrogada, el equilibrio entre el interés del menor en la estabilidad de la relación establecida y la necesidad de la verdad de la filiación lo realiza directamente el legislador, atribuyendo predominio a la segunda sobre la primera , dado que la prohibición sancionada penalmente de una práctica "que ofende intolerablemente la dignidad de la mujer y menoscaba profundamente las relaciones humanas" atribuye también un carácter público al interés por la verdad y, por tanto, exige "proteger el interés del menor dentro de los límites permitidos por la esta verdad», excluyendo así el reconocimiento de una relación parental puramente voluntaria. En este sentido, nos remitimos al reciente análisis de Marcello, D.: "La genitorialità delle coppie omosessuali in Italia. Le soluzioni giurisprudenziali nel silenzio del legislatore", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 17, p. 802.

15 Así, Senigaglia, R.: Status filiationis e *dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013, pp. 158 y 167.

16 En estos términos Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 87.

El peligro de este "plano inclinado"[17] es advertido por la jurisprudencia constitucional que, con orientación constante, ha aclarado que la "primacía" del derecho del menor ha de entenderse como "pertinencia" del mismo que, sin embargo, no excluye sino que exige la necesaria ponderación "con el fin legítimo que persigue el ordenamiento jurídico de desalentar el uso de la subrogación de la maternidad, sancionada penalmente por el legislador"[18], ya que no puede desconocerse el interés público concurrente vinculado a la prohibición de esta práctica[19]. En consecuencia, el Consejo ha dejado claro que el deseo de genitorialidad no puede traducirse en un 'derecho a la procreación' y, por tanto, no ha legitimado el uso indiscriminado de técnicas de procreación médicamente asistida[20].

El desvalor frente a prácticas no contempladas por el derecho nacional no impidió que el Consejo se ocupara del estatuto jurídico de los menores que viven efectivamente en una relación afectiva con la pareja del padre biológico, consciente de que, en estos casos concretos, el posible recurso de adopción en casos especiales, según el art. 44, párrafo 1, let. d), de la ley 4 de mayo de 1983, n. 184, "constituye una forma de protección de los intereses del menor ciertamente significativa, pero todavía no del todo adecuada al criterio de los principios constitucionales y supranacionales"[21].

Siguiendo este planteamiento argumentativo, la "estrella polar" del interés superior del menor y el principio de unidad del *status filiationis* constituyen las vías sobre las que se desarrolla la reciente sentencia núm. 79 de 2022 del Tribunal Constitucional que, al reconocer las relaciones civiles entre el adoptado y los familiares del adoptante, pretende eliminar la discriminación, en violación del art. 3 de la Constitución italiana, para el hijo adoptado en casos particulares respecto de otros hijos.

La consecuencia de superar esta disparidad, que afecta a un perfil importante para el crecimiento y la estabilidad de los menores, fue declarar equiparados

17 Sobre este punto, véanse las agudas reflexiones de Senigaglia, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà, tra fatto e diritto, essere e dover-essere", *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 953; Busnelli, F.D.: "Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1447; Renda, A.: "La surrogazione di maternità tra princípi costituzionali ed interesse del minore", *Corr. giur.*, 2015, p. 471; Id., "La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio", *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 641; Nicolussi, A.: "La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica", in AA.VV.: *Allargare lo spazio familiare: adozione e affido*, (a cura di E. Scabini e G. Rossi), Milano, 2014, p. 3.

18 En estos términos, Corte cost., 10 marzo 2021, n. 33, *Fam. e dir.*, 2021, p. 677.

19 Sobre este punto, véanse las reflexiones de Campiglio, C.: "Della tirannia del *best interest of the child*. Nuove forme di genitorialità e ordine pubblico internazionale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 1415 y de Sesta, M.: "La prospettiva paidocentrica quale *fil rouge* dell'attuale disciplina giuridica della famiglia", *Fam. e dir.*, 2021, p. 763.

20 Véase al respecto, Corte Constitucional, 20 de octubre de 2020, n. 230, *Foro it.*, 2021 y Corte Constitucional, 23 de octubre de 2019, n. 221, *ibid.*, 2019.

21 En estos términos, Corte Constitucional, 10 de marzo de 2021, n. 33, *Fam. e dir.*, 2021, p. 677.

los márgenes de protección, con independencia de la situación de hecho o de derecho que originó la nueva condición de hijo, supliendo la falta de legalidad. reconocimiento de manifestaciones relevantes de la vida familiar que coadyuven a formar la identidad del niño y a consolidar su dimensión personal y patrimonial. En efecto, cuando el menor vive y crece en una unidad familiar que lo ha cuidado continuamente, aunque siga manteniendo relaciones con sus familiares de origen o con el mismo progenitor biológico, es evidente que tendrá un interés específico por reconocimiento legal de la relación familiar con los parientes de los padres adoptivos.

Precisamente esta última decisión del Tribunal Constitucional, en razón de su alcance sistemático, no limitado sólo a los hechos peculiares del matrimonio homosexual, ofrece al jurista civilista muchas y nuevas perspectivas de análisis.

En particular, una cuestión relevante no sólo desde un punto de vista teórico sino también eminentemente práctico, se refiere a las repercusiones que tendrá esta sentencia en el ámbito sucesorio. El Tribunal Constitucional no hace referencia alguna a las consecuencias de carácter patrimonial derivadas de la prolongación del vínculo parental, sin embargo, el surgimiento de relaciones familiares a partir de situaciones "atípicas", desconocidas por el Libro II del Código Civil, no puede dejar de tener efectos sobre todo el sistema hereditario, construido sobre el modelo de la familia tradicional.

III. LA EVOLUCIÓN DE LA ADOPCIÓN EN CASOS ESPECIALES.

La evolución del dato normativo y jurisprudencial relativo a la adopción en casos particulares ha estado condicionada por la irrupción de los hechos, confirmando el estrecho vínculo entre "el deber ser real expresado por la formación-familia y el deber ser legal [en] interdependencia recíproca y condicionamiento mutuo"[22], en razón de una biunivocidad relacional basada en un vínculo flexible que ve una necesidad social específica de asegurar que el contexto "se ajuste" a la dimensión de la juridicidad[23].

22 En estos términos Scalisi, V.: "Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi (parte prima)", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1043.

23 En este punto vale la pena citar la lúcida página de Busnelli, F.D.: "Il principio di solidarietà e «l'attesa della povera gente»", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 413, según el cual, citando a los maestros de la escuela de Messina, "volviendo a hacerme hoy siento la necesidad de ir "más allá del positivismo jurídico", en busca de esa "complejidad de valores normales-necesidades e intereses sociales efectivos". relevante-", a lo que "el Sistema Cultural de Derecho […] debe poder dar una respuesta normativa conveniente" [n.d.a. Falzea, A.: "Complessità giuridica", in AA.VV.: *Oltre il «positivismo giuridico», in onore di Angelo Falzea*, (a cura di P. Sirena), Nápoles, 2011, p. 25]. Es la idea de complejidad que elabora Angelo Falzea rebotando en la última fase del pensamiento de Salvatore Pugliatti, "enfocada en el derecho como experiencia jurídica, [...] donde hecho y directo se combinan inseparablemente" y fin del último esfuerzo por la investigación de la relación entre "continuo y discontinuo" [n.d.a. Grossi, P.: *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002, p. 115]. Es la idea de la complejidad de la experiencia jurídica lo que conduce a la crisis: "la crisis existe", observa Giuseppe Capograssi. «Los dispositivos de la ley han vivido hasta ahora del positivismo:

En este sentido, es útil recordar cómo el art. 44 L. adopc. establece que los menores pueden ser adoptados aun cuando no se cumplan las condiciones del art. 7 párrafo 1 - es decir, la declaración del estado de adoptabilidad - en una serie de casos especiales, derogando las llamadas reglas de adopción plena: con referencia al presupuesto objetivo (es decir, el estado de abandono del niño), al procedimiento y a los efectos, que son adicionales y no privativos de la crianza biológica del adoptado, sin desvincularse de la familia de origen, pero también en relación con los criterios de legitimación de los adoptantes, ya que también es admisible a favor de particulares.

A diferencia de la "plena", la adopción particular del citado art. 44 L. adopc. ofrece por tanto al adoptante la posibilidad de permanecer en el contexto de la nueva familia que lo acogió, formalizar la relación afectiva que se establece con determinados sujetos que efectivamente se ocupan de él: familiares o personas que mantengan con él relaciones estables y duraderas con anterioridad a la pérdida de los padres, o del cónyuge de los padres[24], con el fin de facilitar la inserción del menor en una unidad familiar aun cuando la llamada adopción "plena" no es concretamente posible por defecto del estado de abandono del menor o porque, aun existiendo la situación de abandono, no puede procederse a la adopción llamada "plena".

La adopción en casos particulares - basada en la comprobación judicial de que responde a la finalidad del "interés primario del niño" (artículo 57, inciso 1, de la Ley n.º 184 de 1983)[25] - produce el reconocimiento de la condición de hijo con las consecuencias correlativas en términos de responsabilidad parental y "deberes

se dan cuenta de que si son menos simples de lo que creían […] las cuentas no cuadran. ¿Debe entonces el jurista, tal como es, servir a la iniquidad? [n.d.a. Capograssi, G.: "Il problema fondamentale", *Iustitia*, 1949 y ahora en *Opere di Giuseppe Capograssi*, V, Milano, 1959, p. 30.]. Es la "crisis de la ciencia jurídica": lo que lleva a Salvatore Pugliatti a "proclamar que, si el devenir crea un conflicto entre la vida social y quizás el orden jurídico, éste deberá conformarse a él renunciando a la magnífica arquitectura consolidada" [n.d.a. Pugliatti, S.: "Crisi della scienza giuridica (relazione al XV Congresso nazionale di Filosofia, 1948)", en *Diritto civile - Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951].

24 Al respecto, véanse Ciraolo, C.: "Dell'adozione in casi particolari e dei suoi effetti", in AA.VV.: *Commentario al codice civile* (diretto da E. Gabrielli), *La famiglia* (a cura di L. Balestra), IV, Torino, 2018, p. 249; Collura, G.: "L'adozione in casi particolari", in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), II, *Filiazione*, (a cura di G. Collura, L. Lenti e M. Mantovani), Milano, 2012, p. 951; Giusti, A.: "L'adozione dei minori in casi particolari", in AA.VV.: *Il diritto di famiglia* (diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo), III, Torino, 2007, p. 455; Urso, E.: "L'adozione in casi particolari", in AA.VV.: *Il nuovo diritto di famiglia* (diretto da G. Ferrando), III. *Filiazione* e *adozione*, Bologna, 2007, p. 765; Finocchiaro, M. – Finocchiaro, A.: *Adozione* e *affidamento dei minori*, Milano, 2001, p. 135; Dogliotti, M.: "Adozione di maggiorenni e minori", in AA.VV.: *Codice civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), Milano. 2002, p. 797; Id., "L'adozione in casi particolari", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), IV, Torino, 1997, p. 397.

25 Corte Constitucional, 9 de marzo de 2021, n. 32, *Giur. it.*, 2022, p. 311; con comentario de Favilli, C.: "Stato filiale e genitorialità sociale: dal fatto al rapporto"; y Corte Constitucional, 10 de marzo de 2021, n. 33, *Fam.* e *dir.*, 2021, p. 677, con nota de Dogliotti, M.: "Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?" y de Ferrando, G.: "La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori"; *Giur. it.*, 2022, p. 310, con nota de Calderai, V.: "Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021"; Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, *Foro it.*, 2019, I, p. 3782; Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272, *Corr. giur.*, 2018, p. 446; Corte Cost., 16 maggio 1994, n. 183, *Giust. Civ.*, 1994.

para con los hijos"[26], en un sentido, y los derechos de estos últimos para con el adoptante, incluido el derecho a una parte legítima, en el otro.

Este instituto - introducido en un contexto normativo que veía como regla la encomienda exclusiva y originariamente funcional sin dejar de proteger el derecho del menor a la familia en situaciones que no habrían permitido la adopción plena pero en las que, en todo caso, habría sido deseable la adopción[27] - ha sido objeto en los últimos tiempos de una particular tensión, con su extensión, por parte de la jurisprudencia, más allá de los supuestos particulares previstos por la ley, considerada, por tanto, de carácter no obligatorio[28], a fin de tratar de responder a problemas distintos de aquellos sobre los que el legislador de la ley no. 184 de 1983 había centrado su atención. Se sabe, además, que el caso concreto ofrece la ocasión de reconsiderar las razones subyacentes a las normas a aplicar[29], de modo que, ante el silencio del legislador, la adopción en casos particulares se utiliza ahora con referencia a todos los supuestos posibles en los que sea necesario garantizar el interés superior del niño, incluidos aquellos en los que falte la declaración de adoptabilidad resultante de la constatación del estado de abandono[30].

26 Según lo dispuesto en el art. 48, párrafos 1 y 2, Ley n. 184 de 1983, el educador asume la "responsabilidad paternal" y tiene "la obligación de mantener la educación, de instruirlo y educarlo de conformidad con lo dispuesto en el art. 147 del código civil", que es la norma que prevé y "deberes para con los hijos".

27 Para un examen en profundidad y completo del instituto, véanse Lenti, L.: "L'adozione", in AA.VV.: *Trattato Zatti*, vol. II, *Il nuovo diritto della filiazione*, (a cura di L. Lenti e M. Mantovani), Milán, 2019, p. 381; Ferrando, G.: "L'adozione in casi particolari. Orientamenti innovativi, problemi, prospettive", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 679 y Ead.: "L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza", *Dir. Succ. pers.*, 2017, p. 79; Dogliotti, M.: "L'adozione", cit., p. 517; Rossi Carleo, L.: "L'affidamento e le adozioni", in AA.VV.: *Tratt. Rescigno*, *Persone e famiglia*, 3, II ed., Torino, 1997, p. 491.

28 Según una máxima establecida en sentencias más recientes de la Corte de Casación, la adopción en casos particulares "integra una cláusula de cierre del sistema, destinada a permitir la adopción siempre que sea necesario para salvaguardar la continuidad afectiva y educativa de la relación entre adoptante y adoptante", como elemento caracterizador del interés concreto del menor en ver reconocidos los vínculos desarrollados con otros sujetos que se ocupan de él, con la única previsión del *'condicio legis'* de la 'imposibilidad establecida de la guarda preadoptiva', que debe ser entendida, en consonancia con el estado de evolución del sistema de protección de los menores y de las relaciones de filiación biológica y adoptiva, como la imposibilidad 'jurídica' de los procedimientos de guarda preadoptiva y no la imposibilidad 'de facto', derivada de una situación de abandono (o semiabandono) del menor en sentido técnico-jurídico". En este sentido, véanse Cass., 26 de junio de 2019, n. 17100; Cass., 25 de julio de 2018, n. 19780; Cass., 21 de junio de 2018, n. 16355, todo en *Onelegale.wolterskluwer.it*.

29 Como observa Del Prato, E.: "Interpretare", *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 329, recordando Cesare Massimo Bianca: "Al enfatizar la eficacia, elevada a principio, apoyó la necesidad de "sacar de la experiencia la noción de norma jurídica" [n.d.a. Bianca, C.M. "*Ex facto oritur ius*", ahora en Id., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I.1, Milano, 2002, p. 189, spec. p. 200]. Pero, con ello, no pretendía legitimar alguna potestad normativa de la jurisprudencia, a la que reconoce el papel de fuente indirecta del derecho, a la par de la doctrina [n.d.a. *Ibíd*., p. 205], pero quiso subrayar que "la eficacia es el momento esencial de la juridicidad, ya que las normas que se aplican efectivamente pueden decirse que ordenan las relaciones sociales, mientras que las normas que generalmente no se aplican no regulan las relaciones sociales y, por lo tanto, solo pueden tener el aparición de normas jurídicas" [n.d.a. *Ibíd*., p. 201]. Nuevamente: "El derecho efectivo no puede pues buscarse en la obligatoriedad de las sentencias ni en la potestad reglamentaria de los jueces. Más bien, debe comprenderse en el hecho objetivo de que la norma es socialmente aceptada como norma jurídica según ciertos significados y contenidos, es decir, en el hecho de su funcionamiento real. La aceptación social de la ley es el hecho del que surge el derecho" [n.d.a. *Ibíd*., p. 205].

30 Al respecto, véanse Corte Constitucional, 7 de noviembre de 1994, n. 383, donde dice que "el art. 44 de la ley n. 184 de 1983 toma la forma de una especie de cláusula residual para casos especiales que no pueden ser incluidos en la disciplina de "legitimación" de la adopción, permitiendo la adopción de menores "aún cuando no se cumplan las condiciones a que se refiere el primer párrafo del artículo 7".

La extensa obra de la jurisprudencia del ámbito de aplicación de la adopción en casos particulares se refleja en el ordenamiento, volcando la relación entre la adopción en casos particulares y la llamada adopción "plena", que ahora debe representar la *ultima ratio* al que se accede sólo si el juez, llamado a pronunciarse sobre el estado de abandono del menor a los efectos de la declaración de adoptabilidad, ha constatado que el menor no tiene interés en mantener el vínculo con sus padres biológicos, aunque éstos sean inadecuados para desempeñar su función parental, debiendo en caso contrario recurrir a la llamada adopción "suave"[31].

La imposibilidad de la guarda preadoptiva (que constituye el supuesto particular de la letra d) del art. 44 L. adopc.), por tanto, se entendía como una imposibilidad de derecho y no sólo de hecho[32], para así poder proteger el interés preeminente del menor, caracterizando i) tanto la hipótesis del semiabandono permanente (para salvar al menor del destino de la institucionalización o en su defecto del acogimiento temporal)[33] o situaciones de abandono que se produzcan durante un

31 Al respecto, Cass., 22 de noviembre de 2021, n. 35840, *Fam. e dir.*, 2022, p. 777, expresó que "La pluralidad de modelos de adopción presentes en nuestro ordenamiento jurídico impone -en armonía con las declaraciones de principio de la Corte Europea y con las disposiciones del derecho interno que prevén el derecho prioritario del niño a ser criado y cuidado en su familia de origen - para evaluar, caso por caso y, por lo tanto, teniendo en cuenta las peculiaridades de los casos concretos individuales, el uso del llamado modelo de adopción "suave", que no rompe por completo la relación del menor con la familia de origen; el juez, ante una situación de semiabandono, debe proceder a determinar si puede armonizar el interés del menor manteniendo la relación afectiva con los padres biológicos y puede conciliarse con el de acogerlo en una nueva unidad familiar". En similar sentido véanse Cass., 5 aprile 2022, n. 10989, *Ced Cassazione*; Cass., 31 dicembre 2021, n. 42144, *Quot. giur.*; Cass., 25 dicembre 2021, n. 40308, *Fam. dir.*, 2022; Cass., 25 gennaio 2021, n. 1476, *Corr. giur.*, 2021, p. 1066, con nota de Salanitro U.: "L'adozione mite tra vincoli internazionali e formanti interni"; Cass., 16 aprile 2018, n. 9373; *Foro it.*, 2018.

32 Ver Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, *Fam. e dir.*, 2016, p. 1025, con nota de Veronesi, S.: "La Corte di cassazione si pronuncia sulla *stepchild adoption*" así como la extensa reconstrucción de la obra del formante jurisprudencial realizada por Bugetti, M.N.: "Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un *excursus* giurisprudenziale (e qualche riflessione)", ivi, 2022, p. 849 y de Gorgoni, A.: "La rilevanza della filiazione non genetica", *Dir. succ. fam.*, 208, p. 135.

33 Se trata de casos de menores en estancia prolongada fuera de la familia y puestos en la comunidad, o en custodia *sine die*, con mantenimiento de relaciones con familiares de origen: Trib. Min. Bari, 7 de mayo de 2008, *Fam. e dir.*, 2009, p. 393; y, más recientemente, Tribunal de Min. Bari 6 de noviembre de 2019, en *Ilfamiliarista.it*, 2020.

acogimiento familiar[34], ii) ya sea la adopción del hijo del conviviente more *uxorio*[35] o de la pareja homosexual[36], a falta de situación de abandono y siempre que entre el adoptante y el adoptado ya existe una relación afectiva a la que dar rango jurídico[37].

Con referencia a este último resultado del trabajo del llamado derecho vivo, el mismo se refiere, más concretamente, a la situación del compañero en unión civil o del conviviente del mismo sexo del progenitor biológico, que haya emprendido con éste un camino de procreación médicamente asistida realizada en el extranjero, dada la prohibición por la Ley n. 40/2004 para acceder a la fecundación médicamente asistida para parejas homosexuales[38], así como la imposibilidad consagrada en la jurisprudencia de transcribir el certificado de

34 Consistiría en «situaciones en las que la familia del niño es insuficiente respecto a sus necesidades, pero tiene un papel activo y positivo, que no debe anularse totalmente. Al mismo tiempo, no existe una posibilidad razonable de prever una mejora en la capacidad de la familia, como para hacerla idónea para llevar a cabo su tarea educativa de manera suficiente "(Trib. Min. Bari, 7 de mayo de 2008, Fam y Dir., 2009). En consecuencia, lit. d) del art. 33 L. adopc., que permite la adopción en casos particulares en caso de que "exista imposibilidad comprobada de la guarda preadoptiva". Al respecto, véanse las reflexiones de Morozzo Della Rocca, P.: "Adozione "plena, minus plena" e tutela delle radici del minore", *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 683. Sobre este punto, véanse también la sentencia del TEDH de 21 de enero de 2014, Zhou v. Italia, Minor Giust., 2014, II, p. 268, según la cual los Estados miembros "tienen la obligación de garantizar que sus autoridades judiciales y administrativas tomen todas las medidas, positivas y negativas, incluidas las de bienestar, encaminadas a promover la reunificación entre padres biológicos e hijos y a proteger el interés superior de estos últimos, evitando en lo posible la adopción y previendo la posibilidad de tener, si corresponde a los intereses de los menores, una forma de adopción que garantice la conservación de los vínculos entre éstos y los padres". En el mismo sentido, véanse: Corte EDU, Gran Sala, sentencia de 10 de septiembre de 2019, Strand Lobben and others v Norway, apartados 202-213 y Corte EDU sentencia de 13 de octubre de 2015, S.H. contra Italia, párrafos 48-50 y 57.

35 Sobre este punto, ver Tribunal de Min. Milán, 28 de marzo de 2007, n. 626; Tribunal de min. Perugia, 16 de septiembre de 2010; Tribulación mín. Bari, 7 de mayo de 2008; App. Florencia, sección menores, 4 de octubre de 2012, n. 1274, todo en *Dejure.it*. Por el contrario, cabe señalar la sentencia del Tribunal de Min. Milán, Trib. Min. Milano, 20 ottobre 2016, n. 268, *ivi*.

36 Para tal proposito véanse, en orden cronologico: App. Roma, sez. min., 23 dicembre 2015; Trib. min. Roma, 22 ottobre 2015; App. Torino, sez. min., 27 maggio 2016; todas en *Dejure.it* y Cass. 22 giugno 2016 n. 12962, *Foro it.*, 2016, 7-8, I, c. 2342; Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 741 con nota de Salanitro, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", p. 737; Dogliotti, M.: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri", *Fam. dir.*, 2019, p. 667; Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", ivi, p. 677; y, en un sentido crítico, véanse Barba, V.: "Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019", *GenIUS*, 2019, p. 1. En sentido contrario, véanse: Trib. min. Piemonte e Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, *Dejure.it* y Trib. min. Milano 17 ottobre 2016, *Fam. e dir.*, 2017, p. 994, con el comentario de Bilotti, E.: "L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito".

37 Como acertadamente afirma Salanitro, U.: "Ripensando l'adozione particolare, tra limiti funzionali e integrazione analogica", *Act. Jur. Iberoamericana*, n. 16-bis, 2022, p. 1537: "La extensión de la letra d) como una "válvula" residual es una estratagema del intérprete que no pretende admitir -a pesar de ser absolutamente evidente- la existencia de una pluralidad de lagunas absolutamente divergentes y la necesidad de superar la idea de la naturaleza obligatoria del art. 44, haciendo uso de la analogía para compensar textualmente los límites de los casos individuales". A este respecto, véanse también el examen en profundidad de Favilli, C.: "Libertà e solidarietà nelle vicende della ricostituzione familiare", *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, p. 1275.

38 Al respecto véanse las agudas consideraciones de Zaccaro, G.: "Adozione da parte di coppie omosessuali, *stepchild adoption* e interesse del minore", *Quest. giust.*, 4 settembre 2014 y de Moretti, M.: *Domanda di adozione di una minore proposta dalla* partner *della madre biologica* ex *art. 44, comma 1, lett. d), l. 1884/1983*, *Jus civile*, n. 5/2017, p. 493.

nacimiento expedido por un estado extranjero con indicación de ambos padres[39]. En esta circunstancia, cuando el menor nace como consecuencia de la procreación médicamente asistida, no es necesario proteger una unidad familiar "de origen" distinta de aquella en la que el menor estuvo inserto desde su nacimiento, ya que esta reconoce que el progenitor biológico y el adoptante son las únicas figuras parentales de referencia; en consecuencia, percibe a todos los efectos como su propia familia las respectivas familias de origen de aquellos con quienes convive.

Esta interpretación extensiva representa claramente un forzamiento de los datos positivos[40], dado que el lit. d) del art. 44 L. adopc. permite, como se mencionó, la adopción "cuando se acredite la imposibilidad de la custodia preadoptiva", para permitir aún la adopción en los casos en que haya intervenido la declaratoria de adoptabilidad y, sin embargo, las características particulares del niño en estado de abandono impidan concretamente la colocación en fase de preadopción. En efecto, el Tribunal Constitucional, con una sentencia de finales de los años noventa[41], afirmó que este tipo particular de adopción es posible cuando el menor, dejado sin la asistencia de los padres aún vivos, está al cuidado de un pariente hasta el cuarto grado que solicita adoptarlo: en efecto, se puede prescindir de la declaración formal de adoptabilidad y del fracaso de la guarda preadoptiva, pero no del abandono del menor, para potenciar la eficacia de una relación establecida con el mismo, para ofrecerle la posibilidad de permanecer con la nueva familia que realmente lo cuida.

La ausencia de una disposición específica que pueda ofrecer una respuesta a una solicitud de protección del menor y de sus vínculos afectivos consolidados ha obligado, por tanto, a la jurisprudencia a dar un importante giro normativo, en contraste tanto con lo señalado en la letra d) del art. 44 L. adopc. (que se refiere a la constatación de la imposibilidad que, por lo tanto, debe ser de hecho y no de derecho[42]) tanto a las intenciones declaradas del legislador como al sistema, donde

39 Sobre el punto señala en el auto interlocutorio Cass., 21 de enero 2022, n. 1842, *Giur. it.*, 2022, p. 1827, con nota de Salanitro U.: "Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?", con la cual según la máxima "la Sección Civil Primera ha entregado los autos al Primer presidente para que valore la posible asignación a las Secciones Mixtas de la cuestión relativa al reconocimiento de la partida de nacimiento extranjera de un menor nacido por recurso de gestación por cuenta ajena", para el progenitor sin vínculo genético como consecuencia de la sentencia de la Corte Cost. n. 33/2021. La sentencia, al identificar el importante déficit de protección del menor derivado del derecho vivo, al limitarse a la adopción en casos particulares conforme al art. 44, lit. d), Ley n. 184/1983 exige, según el ordenamiento interlocutorio, una superación de la ley viva sancionada por la sentencia núm. 12193/2019 de las Secciones Mixtas de esta Corte, que consideró no transcribir el referido acto por ser contrario a los principios del orden público internacional"

40 Al respecto véanse Tommaseo, F.: "Sul riconoscimento dell'adozione piena, avvenuta all'estero, del figlio del *partner* d'una coppia omosessuale"*, Fam. e dir.*, 2016, p. 277.

41 Corte Cost., 7 ottobre 1999, n. 383.

42 Véase a propósito las reflexiones de Ciraolo, C.: "Certezza e stabilità delle relazioni familiari del minore. La *stepchild adoption*", *Corr. giur.*, 2017, p. 810; Ferrando, G.: *Diritto di famiglia*, Bologna, 2017, p. 319; Nocco, A.: "L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura eversiva dell'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 209.

la Ley 19 de octubre de 2015 n. 173 sobre el "derecho a la continuidad afectiva de los niños y niñas en acogimiento familiar" ha modificado el art. 44 L. adopc., agregando que la relación estable y duradera puede "acumularse durante un período prolongado de asignación". Sin embargo, la reforma de 2015 no intervino sobre la letra d) de la ley, pero si en la letra a), en relación con la hipótesis del menor huérfano, dejando inalterable el aspecto básico vinculado a las condiciones subjetivas de los adoptantes. Paradójicamente, la adopción llamada "plena" exige el requisito del matrimonio, tanto es así que la reforma de 2015, al reconocer el derecho a la continuidad de las relaciones afectivas de los menores en acogimiento familiar, hace referencia expresa al art. 6 L. adopc., mientras que la ley n. 40/2004 permite el acceso a técnicas de procreación médicamente asistida incluso a parejas de convivientes de distinto sexo, sin que el art. 5 ley n. 40/2004 exija algún criterio relativo a la duración anterior, a fin de comprobar cierta estabilidad de la unión[43].

El sistema así esbozado parece irrazonable cuando, conforme a la letra de la ley, el conviviente sólo podría adoptar al hijo de su pareja después de la muerte de esta última, de conformidad con la letra a), mientras que no permitiría otorgar solemnidad jurídica al derecho del menor no huérfano a una relación preexistente igualmente "estable y duradera" con el conviviente del progenitor vivo.

El resultado es que – conviene reiterarlo – sin ninguna intervención del legislador, por la mera formación de la jurisprudencia, toda la disciplina de la adopción se ha desvirtuado doblemente: no sólo se ha pasado de un papel residual de la adopción "en casos particulares" la adopción llamada "suave", como institución a ser utilizada primordialmente respecto de la llamada adopción "plena", sino, dentro de la llamada adopción "suave", los alcances del art. 44 lit. d) se amplía hasta incluir los supuestos de imposibilidad "legal" de acogimiento familiar preadoptivo. La evolución jurisprudencial de la disciplina de la adopción conduce de hecho a un vaciamiento de la eficacia deóntica de las demás disposiciones normativas, situadas ahora en una posición subvalente en la praxis respecto a la hipotesis de la letra d) que originariamente tenia una aplicación residual, expresión de un procedimiento hermenéutico que la doctrina constitucional alemana ha definido *Entfremdung*[44], o

43 Sobre este punto véanse las consideraciones de Orestano A.: "Procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all'impianto dell'embrione", *Giur. it.*, 2021, p. 2610; Oppo, G.: "Procreazione assistita e sorte del nascituro", *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 102.

44 Tomamos prestada la distinción entre *Entfremdung* e *Verfremdung* hecha por Schleiermacher, F.: *Über die verschiedenen Methoden des Übersetzens, in Abhandlungen der philosophischen Klasse der Königlich-Preussischen Akademie der Wissenschaften aus den Jahren* 1812-1813, in *der Realschul-Buch-handlung*, Berlino, 1816, trad. it. di G. Moretto, "Sui diversi metodi del tradurre", in AA.VV.: "La teoria della traduzione nella storia" (a cura di S. Nergaard), Milano, 1993, p. 143, con referencia al método de traducción respectivamente por "alienación" o "domesticación" del texto -de tal manera que el horizonte de sentido del texto traducido no se aleje demasiado del lector que debe beneficiarse de él- o por "extrañamiento" en el que habría una especie de preferencia del texto en detrimento de la posible desorientación del lector. Al respecto, véanse las lúcidas reflexiones de Betti E.: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, pp. 112 y 264 quien recuerda que la ley es un instrumento práctico destinado a garantizar el orden para la convivencia social; Id., *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1990, II, p. 823, nonché di Luzzati, C.: *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, p. 632.

el extrañamiento de la norma jurídica de la *occasio legis*, para adaptarse – a la luz de una especie de pronóstico *ex post* – debido a cambios en el contexto social.

Es necesario subrayar la inexistencia, también explicitada por el juez constitucional, de un supuesto "derecho a tener un hijo" que, mediante la utilización de la procreación médicamente asistida que "se deja a la libre determinación de los interesados", podría legitimar un presunto "derecho a la genitorialidad incluyendo no sólo del *an* y del cuando, sino también del *quomodo*"[45], así como la clara condena a la práctica de la subrogación de la maternidad[46], que "ofende intolerablemente la dignidad de la mujer y profundamente atenta contra las relaciones humanas"[47], ya que implica la intolerable mercantilización del cuerpo, muchas veces en detrimento de las mujeres que se encuentran más expuestas a nivel económico y social[48].

El riesgo es que el menor se convierta en "salvoconducto" para cubrir la vulneración de la ley[49], contribuyendo así a alimentar fuertes desigualdades entre sujetos que cuentan con recursos económicos suficientes para viajar al exterior y otros que, en cambio, no los tienen[50]. El ordenamiento jurídico, sin embargo, no puede desconocer la realidad de los menores resultante de estas prácticas y su interés inocente en la protección de una relación jurídica correspondiente a la efectividad de su relación afectiva con la pareja del padre biológico, teniendo debidamente en cuenta las variables de duración de la relación establecida con el menor y, por tanto, de la condición de identidad ya adquirida por él.

IV. ADOPCIÓN EN CASOS ESPECIALES TRAS LA SENTENCIA Nº 79/2022: PERSONALISMO Y RELACIONES FAMILIARES SOBRE LA BASE DE LA AFECTIVIDAD.

Ante el prolongado silencio del legislador, los casos presentados por la "factualidad" – para citar a Paolo Grossi – "ofrecida desde el fondo de la sociedad"[51] brindan a la jurisprudencia la oportunidad de vestir el vínculo surgido a lo largo del tiempo entre el adulto que no ha generado y el hijo de la pareja, del cónyuge o del sujeto en unión civil, justificando el establecimiento de la condición de hijo,

45 En estos términos la Corte cost., 23 octubre 2019, n. 221, *Foro it.*, 2019, I, p. 3782.

46 Sobre el punto véanse Di Masi, M., "Maternità surrogata, dal contratto allo "*status*"", *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 615; Lorenzetti, A.: "Maternità surrogata", in AA.VV.: *Dig. civ.*, *Aggiornamento*, VI, Torino, 2011, p. 617.

47 Así, Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272.

48 Véase Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33.

49 Sobre eso, Lenti, L.: "Note critiche", cit., p. 95 señala queen ocasiones «la declarada prioridad del interés del menor se resuelve en la efectiva promoción del interés de los adultos».

50 Così anche Crivelli, E.: "La Corte costituzionale", cit., p. 18.

51 Esta expresión es de Grossi, P.: *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 10. Vedasi altresì Id., "Sulla odierna fattualità del diritto", *Giust. civ.*, 2014, I, p. 10.

o el mantenimiento de la relación afectiva consolidada dentro del "modelo de la llamada familia posmoderna con una impronta individualista"[52].

Ante la abigarrada manifestación de las experiencias de vida familiar en la realidad social, confirmando la tendencia expuesta de "juridificación por vía jurisdiccional"[53], los pedidos surgidos de la empresa fueron recogidos por el Tribunal Constitucional con la sentencia n. 79 de 2022 que desplazó su atención de "*an*" a "*quomodo*" o de los meros requisitos previos para acceder a la adopción en casos particulares a la condición de hijo adoptado.

En efecto, el art. 55 L. adopc. al afirmar la aplicación a la adopción en los casos particulares del art. 300 Código Civil italiano[54] en cuanto a la adopción de adultos, implica la falta de establecimiento de cualquier relación civil entre el adoptado y los parientes del adoptante, impidiendo que el menor adoptado crezca en un ambiente sólido protegido por vínculos familiares, principalmente los de hermanos y abuelos.

Según el Tribunal Constitucional, la regla que excluye, en las adopciones en casos particulares, la existencia de relaciones familiares entre el adoptado y los parientes del adoptante - además de violar el art. 117, inciso 1, de la Constitución italiana en relación con el art. 8 CEDH colocado para proteger la vida privada y familiar, tal como lo interpreta la jurisprudencia del CEDH[55] - integra una violación del art. 3 y 31 de la Constitución italiana, ya que en contraste con el principio expresado en la misma Constitución y concretado en los artículos 315 y 74 del Código Civil italiano, modificado por el legislador de la reforma 2012-2013, de igualdad de trato de todos los hijos, nacidos dentro o fuera del matrimonio y adoptivos, que, teniendo el mismo *status* legal, pasan a formar parte de la red parental de cada uno de sus padres.

52 En estos términos Pocar, V. - Ronfani, P.: *La famiglia e il diritto*, Bari, 2008, p. 47.

53 In questi termini si vedano le sempre attuali riflessioni di Taruffo, M.: "Note sui modi della giuridificazione", *Pol. dir.*, 1987, p. 581.

54 Sobre tal norma véanse las reflexiones de Barba, V.: "Variazioni critiche sull'art. 300 Cod. civ.", *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 487.

55 Según la CEDH, en efecto, el derecho respeto de la vida privada y familiar conforme al art. 8 de la Convención encuentra su expresión primera y fundamental precisamente en las relaciones parentales. Al respecto, entre los diversos pronunciamientos sobre el tema ver, Marckx v. Bélgica, ric. n. 6833/74, de 13 de junio de 1979, en la que la CEDH recordaba que la jurisprudencia europea sobre el art. 8 - de conformidad con el art. 14, que prohíbe la discriminación basada en el "nacimiento", no distingue la familia "legítima" de la "ilegítima", porque tal discriminación sería incompatible con el término "toda persona" inserto en el texto de la disposición. En consecuencia, la CEDH, en la reciente sentencia de 18 de agosto de 2021, Valdìs Fjölnisdóttir y otros c. Islandia, párrafos 66-70 y 75 (y en los anteriores: sentencia de 24 de enero de 2017, Paradiso y Campanelli c. Italia, rec. n.° 25358/12, párrafos 197-199; sentencia de 26 de junio de 2014, Mennesson c. Francia, ref. n.° 65192/11, párrafo 74; sentencia, 26 de junio de 2014, Labassée v. France, rec. n.° 65941/11, párrafo 58, todos disponibles en www.hudoc.echr.coe.int) pudiendo inferirse del art. 8 CEDH un derecho al reconocimiento de las relaciones de filiación conseguidas en el extranjero, es necesario, sin embargo, que los Estados, dentro de su margen de apreciación, aseguren que un vínculo que se ha consolidado de facto con el llamado "padre potencial" para la protección exclusiva del interés del niño, así como los vínculos familiares con los parientes del padre que representan uno de los aspectos principales de la "vida familiar".

En este sentido, cabe destacar cómo la reforma de la filiación ha logrado, como reconoce la doctrina, una verdadera "revolución" del orden preexistente[56], en particular con la nueva fórmula del art. 315 del Código Civil italiano según el cual "todos los hijos tienen la misma condición jurídica" a que se refiere el art. 74 del Código Civil italiano, según el cual "el parentesco es el vínculo entre las personas que descienden del mismo tronco, tanto en el caso en que la filiación se produzca dentro del matrimonio, como en el caso en que se produzca fuera de él, o en el caso en que el hijo sea adoptivo"[57]. En consecuencia, de las disposiciones combinadas de estas dos reglas, se sigue que el sujeto - adquirida la condición de hijo por haber nacido de padres casados, o en virtud del reconocimiento o declaración judicial, si ha nacido fuera del matrimonio - se convierte en todo caso en un pariente de las personas que descienden de la línea de su padre.

La sentencia de la Tribunal Constitucional, al suponer que el régimen jurídico del menor adoptado en casos particulares constituye un régimen jurídico real de la filiación conforme al art. 315 del Código Civil italiano (supuesto no exento de censura[58]), va por tanto en la dirección de evitar la discriminación entre el *status* de hijos y de adoptados en casos particulares, similar a lo que era la disciplina de la adopción antes de la reforma de 1967 y en gran parte modelada de los adultos adoptados.

En efecto, sólo los adoptados según la llamada forma de adopción "plena" son considerados de la misma forma que los hijos, como exige el art. 27, co. 1 L. adopc., si bien es significativo que en el Título IV de la misma ley el legislador ni siquiera utiliza el término "hijo" para expresar el *status* del adoptado en casos particulares respecto del adoptante[59]. A pesar de la unificación de la condición de hijo, sólo al menor adoptado en casos particulares se le niegan los vínculos de genitorialidad con la familia del adoptante, privándolo de las protecciones personales y patrimoniales que se derivan del reconocimiento legal de los vínculos de genitorialidad y de pertenencia a esa nueva red de relaciones que perfilan de hecho su propio perfil identitario.

Además, esta discriminación no puede justificarse ni siquiera a la luz de la conservación de los vínculos jurídicos del adoptado con su familia de origen, pudiendo poner en duda cierta doctrina según la cual esta institución no

56 Así, se expresa Sesta, M.: "Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 1177, recordando el término utilizado por Luigi Mengoni para subrayar la novedad de la disciplina de la sucesión del cónyuge introducida en la reforma del 1975 (Mengoni, L.: *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. Cicu Messineo*, 1, Milano, 1999, p. 148).

57 Véase a propósito, Velletti, M.: "La nuova nozione di parentela", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 441.

58 Según lo declarado por Rossi Carleo, L.: "L'affidamento e le adozioni", cit., p. 491 y por Sesta, M.: "Stato giuridico", cit., p. 907, «con el decreto de adopción en casos particulares, el menor no adquiere, como en el de adopción plena, el *status* de hijo legítimo».

59 Sobre el punto véanse las consideraciones de Bianca, C. M.: "Note per una revisione dell'istituto dell'adozione", *Jus civile*, 2018, p. 64 y Rovacchi, M.: *Le adozioni in casi particolari*, Milano, 2016, p. 43.

constituía una relación real de filiación[60]: de hecho, como ha observado el Tribunal Constitucional, si la unicidad de la condición de hijo es un principio indispensable para resolver "el contraste entre dos verdades diferentes"[61], cuando dicho principio se aplica a la adopción en casos particulares, que presupone la coexistencia del vínculo jurídico del adoptante con el padre biológico, entonces, "la unicidad de la familia se transforma en un dogma, que traiciona la herencia de una lógica de pertenencia exclusiva"[62].

Como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional, por tanto, las relaciones de parentesco de los menores quedan igualmente protegidas con independencia de la situación de hecho o de derecho de la que se originó la nueva condición de hijo, superando el debate doctrinal entre quienes afirman y quienes niegan que el art. 55 L. adopc., en la parte en que se refiere al art. 300 del Código Civil italiano, habría sido derogado implícitamente por el art. 74 del Código Civil italiano, modificado por el art. 1, apartado 1, de la Ley 219/2012, donde establece que existe parentesco también "en el caso en que el hijo sea adoptivo", sin distinguir entre adopción "plena" y adopción "en casos particulares", mientras que la segunda frase excluye la creación de una relación familiar en caso de adopción de personas mayores[63].

60 En tal sentido véanse Dogliotti, M.: "L'adozione", cit., p. 517; Ciraolo, C.: "Dell'adozione", cit., p. 249.

61 En estos términos, Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, punto 8.3. cons. en dir.

62 Así, la Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, punto 8.3. cons. en dir., ajustándose a lo ya expuesto en la doctrina de Calderai, V.: "Il dito e la luna", cit., p. 310; Lenti, L.: "Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva", in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), II, *Filiazione*, Milano 2011, p. 783.

63 Sostienen la tesis de la abrogación tácita Rusconi, C.: "L'adozione in casi particolari: aspetti problematici nel diritto vigente e prospettive di riforma", *Jus*, 2015, p. 19, Giacobbe, E.: "Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma "Bianca"", *Dir. fam*., 2014, p. 838; Long, J.: "L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina delle adozioni dei minorenni", in AA.VV.: *La nuova disciplina della filiazione*, Rimini, 2014, p. 258; Morozzo Della Rocca, P.: "Il nuovo *status* di figlio e le adozioni in casi particolari", *Fam. e dir.*, 2013, p. 898; Dossetti, M.: "La parentela", in AA.VV.: *La riforma della filiazione, Aspetti personali, successori e processuali. L. 10 dicembre 2012, n. 219* (a cura di M. Dossetti, M. Moretti e C. Moretti), Bologna, 2013, p. 22; Ferrando, G.: "La nuova legge sulla filiazione", *Fam. dir.*, 2013, p. 529; Lenti, L.: "La sedicente riforma della filiazione", *Nuova giur. civ. comm*., 2013, p. 202. En este mismo sentido, en la jurisprudencia, se señala Trib. Min. Bologna, sentencia n. 70 del 2020 y App. Milano, sección familia, auto de 9 de junio de 2017, ambos en el artículo 29.it, este último señala en primer lugar que "el nuevo artículo 74 del código civil -según el cual 'el parentesco es el vínculo que une a las personas que descienden de un mismo tronco, tanto en el caso en que la filiación tuvo lugar dentro del matrimonio, tanto en el caso en que tuvo lugar fuera de él, como en el caso en que el hijo es adoptivo', con excepción de la adopción de adultos- sugiere el fin de la jerarquía de las distintas formas que adopta la adopción y de la necesidad de llevar todas las filiaciones biológicas y todas las filiaciones adoptivas de los menores a un único *status* de hijo". En cambio, se expresan en el sentido opuesto: Sesta, M.: "Stato unico", cit., p. 15; Id.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Fam. dir.*, 2013, p. 235; Figone, A.: *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014, p. 7; Bocchini, F.: "La famiglia di fatto tra filiazione e convivenza *more uxorio*", en Id., *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, p. 272; Bianca, C.M.: "La legge italiana", cit., p. 898. La imposibilidad de conservar el art. 55 L. adopc., en la parte en que se refiere al art. 300 del Código Civil italiano, implícitamente derogado por la nueva redacción del art. 74 del Código Civil italiano fue afirmada por la Corte Constitucional, al observar que "[…] la adopción en casos particulares, que opera en casos típicos y circunscritos, produciendo efectos limitados, dado que no confiere al menor la condición de hijo legítimo del adoptante, no asegura la creación de una relación de parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante (considerando el impacto incierto de la modificación del art. 74 del código civil hecha por el art. 1, párrafo 1, de la ley del 10 de diciembre de 2012, n. 219, que contiene «Disposiciones relativas al reconocimiento de los hijos naturales») y no interrumpe las relaciones con la familia de origen» (en estos términos, Corte Constitucional, 9 de marzo de 2021, n. 32,

Sobre este punto, el juez constitucional se pronuncia excluyendo que la disposición impugnada pueda considerarse tácitamente derogada como consecuencia de la modificación del art. 74 del Código Civil italiano, como la ley de reforma de la filiación y el posterior D.L. n. 154 de 2013 no indican el art. 300, párrafo 2, del Código Civil italiano, a que se refiere el art. 55 L. adopc., que excluye expresamente las relaciones civiles entre el adoptado y los parientes del adoptante, por lo que no es posible derivar de una regla general, como la del art. 74 del Código Civil italiano, la derogación tácita de un "obstáculo claro e inequívoco"[64] contenido en una regla especial como el art. 55 L. adopc.

Además, la disposición a que se refiere el art. 300 del Código Civil italiano, según el cual el adoptado conserva todos los derechos y deberes hacia su familia de origen y "la adopción no induce ninguna relación civil entre el adoptante y la familia adoptiva o entre el adoptado y los parientes del adoptante", es ciertamente justificada y consecuente con la institución de la adopción de un adulto modelada sobre puramente patrimonial, herencia y transmisión del apellido, mientras que respecto de la adopción en casos particulares de menores – institución, por otra parte, de clara impronta personalista, encaminada a perseguir el interés del menor[65] – entra en tensión con el art. 74 del Código Civil italiano que, al reconocer la singularidad de la condición de hijo, afirma textualmente que "el parentesco es el vínculo entre personas que descienden de un mismo tronco, tanto en el caso en que la filiación tuvo lugar dentro del matrimonio, como en el caso en que ocurrido fuera de ella, o en el caso en que el hijo sea adoptivo»[66].

Aunque el Tribunal Constitucional había sido llamada a pronunciarse sobre un caso concreto relativo a una solicitud de adopción de una menor, hija biológica de

cit.). Las mismas dudas se reiteran en la sentencia inmediatamente siguiente donde se lee que: "[…] a pesar de la noticia del art. 74 Cod. civ., operada por el art. 1, apartado 1, de la ley de 10 de diciembre de 2012, n. 219 (Disposiciones relativas al reconocimiento de los hijos naturales), que reconoce la idoneidad general de la adopción para establecer relaciones de parentesco, con la sola excepción de la adopción de personas mayores de edad, sigue siendo controvertido -dado el persistente recurso que hace el art. 55 de la ley n. 184 de 1983 en el art. 330 cod. civ. - si incluso la adopción en casos particulares permite establecer lazos de parentesco entre el niño y los que aparece socialmente, y él mismo percibe, como sus abuelos, tíos, o incluso hermanos y hermanas, en el caso de que el adoptante ya tenga otros hijos propios (Así Tribunal Constitucional, 10 de marzo de 2021, n. 33, cit.). Sobre el tema expresa en términos complicados Cinque, M.: "Adozione in casi particolari: parentela tra "fratelli acquisiti"?", *Nuova giur. civ. comm*., 2021, p. 81.
Così Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, punto 6 cons. en dir.

64 Así, Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, punto 8.3. cons. en dir.

65 La discrepancia entre la proporción de la adopción del menor y la adopción del adulto está claramente destacada por la Corte Constitucional, 24 de enero de 1991, n. 27 de julio, *Giur. cost*., 1991, p. 175, donde se dice: "no sólo se aleja de la adopción ordinaria de tipo tradicional (donde prevalecía el interés de quienes continuaban por hijo-heredero) sino que se fundamenta en la protección del preeminente interés del menor". La Cass., Sec. Un., 31 de marzo de 2021, n. 9006, *Fam. e dir.*, 2021, p. 992, con nota de Figone, A.: "L'adozione straniera a favore di una coppia dello stesso sesso non contrasta con l'ordine pubblico"; Recinto, G.: "Le "pericolose oscillazioni" della Suprema Corte e della Consulta rispetto alla maternità surrogata"; Sesta, M.: "Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade". Véase también Tommasini, R.: "Commento agli artt. 44-57 della legge sull'affidamento e adozione dei minori", in AA.VV.: *Comm. dir. fam*. (a cura di G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi), VI, 2, p. 488.

66 Sobre la unificación del *status* de hijo, pata todos, Rescigno, P.: "La filiazione "riformata" e l'unicità dello *status*", *Giur. it.*, 2014, p. 5.

la pareja a la que el adoptante está vinculado con una unión civil, la sentencia no se refiere necesariamente sólo al ámbito de familias homosexuales, respecto de las cuales la institución de la adopción en casos particulares se modela con perfiles peculiares, pero los extiende a todos los menores en el centro de esta tipología adoptiva.

Resumiendo los argumentos que sustentan la decisión, esta, luego de haber realizado una reconstrucción global de la evolución de la institución de la adopción en casos particulares conforme al art. 44, L. adopc., de su fundamentación original, así como de sus complejas relaciones con las diversas formas de establecimiento de la condición de hijo, fundamenta la declaración de inconstitucionalidad en i) la aplicación extensiva de las normas sobre adopciones particulares según el "interés primario del niño"; ii) la impracticabilidad de una interpretación conforme a la Constitución; iii) la adquisición desde el punto de vista sustancial por el menor adoptado en casos particulares de la condición de hijo; iv) la irracionalidad de la discriminación.

En particular, cabe señalar que el Tribunal Constitucional, al reconstruir la lógica de la legislación sobre filiación, destaca como esta se inspira en una concepción "personal" de las relaciones familiares, funcional para asegurar la protección del menor en el contexto de su propia red afectiva, independientemente de las circunstancias de hecho y de derecho que determinaron su pertenencia a esa "unidad familiar" específica. Esto justifica la potenciación de los vínculos parentales atraídos por la filiación, incluso adoptiva "en casos particulares", mediante la provisión de un conjunto de derechos y deberes propios de los parientes "que acompañan el camino de crecimiento del hijo, con el aporte de las relaciones personales y protecciones patrimoniales"[67].

Observando la adopción en casos particulares a la luz del "*best interest of the child* ", el Tribunal Constitucional advierte que con esta institución se crea un vínculo sustancial entre el adoptante y el adoptado, en todos los aspectos imputables al *status filiationis*, ya que el adoptante, de conformidad con el art. 48 incisos 1 y 2, L. adopc., asume todos los deberes que corresponden a los padres. Además, la valoración del fondo por parte del Tribunal de Menores, a fin de constatar la existencia de las condiciones para proceder a la adopción, consiste en la valoración del interés del menor, dado que debe valorar "la idoneidad afectiva, la capacidad para educar e instruir al menor", la situación personal y económica, la salud y el entorno familiar de los adoptantes o adoptante, así como las razones por las que desea adoptar al menor, la personalidad del menor y la posibilidad de una adecuada convivencia entre los dos (artículo 57, apartado 2, L. adopc.). En consecuencia, el menor adoptado en casos particulares, aunque tenga el *status*

67 En estos términos, Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, punto 7.1.1. cons. en dir.

de hijo y esté inserto en una nueva y ulterior comunidad familiar que contribuya, junto con la de origen, a formar su identidad, en virtud de la norma sujeta a declaración de 'inconstitucionalidad' se quedó sin todo ese complejo de relaciones que acceden a la relación de filiación y que la caracterizan porque contribuyen al desarrollo afectivo y social del niño.

La falta del debido reconocimiento legal de las relaciones que inciden de manera fundamental en el crecimiento y formación del menor, derivadas del vínculo adoptivo, habría supuesto un daño irremediable a la identidad del mismo niño, en razón de la herencia de una "lógica de pertenencia exclusiva"[68], irreconciliable con el interés primario del niño, y, por tanto, de un trato discriminatorio.

V. EFECTOS SISTEMÁTICOS DE LA ADQUISICIÓN DEL *STATUS* DE HIJO EN CASO DEL ADOPTADO EN CASOS ESPECIALES.

Es evidente que la decisión del Tribunal Constitucional, afirmando la necesidad, en razón de la singularidad del *status* de hijo, de uniformar el conjunto de derechos y deberes que se derivan de este *status*, independientemente de las razones que hayan motivado su adquisición, destinada a esclarecer cualquier cuestión en la que exista discriminación contra los hijos en general y aplicarse no sólo a la hipótesis de adopción por parejas del mismo sexo, sino también a todos aquellos casos en los que se trate de un estado de abandono semipermanente o abandono cíclico (piénsese en el caso de los padres toxico dependientes), dado que, según la interpretación prevaleciente en la jurisprudencia de legitimidad, la adopción en un caso particular debe ser la solución a la que se recurre principalmente.

Sin embargo, la intervención del Tribunal Constitucional, si bien constituye una manifestación de la creciente acreditación de la jurisprudencia como principal intérprete de la evolución de la conciencia social, dada la inercia del legislador ante cuestiones relativas a los derechos de la persona[69], por otra parte, no se aplican para disipar todas las incertidumbres derivadas de la declaración de inconstitucionalidad, ya que no puede esperarse del Tribunal Constitucional la actuación sistemática y coordinada que es prerrogativa del legislador. De hecho, la adecuación en vía jurisprudencial implica la ausencia ontológica de respiración sistemática, con la consecuencia inevitable de dejar sin resolver otras cuestiones relevantes, como la continuidad de la legitimidad de cualquier referencia contenida en el art. 55 L. adopc., que aún prevé perfiles problemáticos como, por ejemplo, la

68 Así, la Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, punto 8.3. cons. en dir., ajustándose a lo ya expuesto en la doctrina de Calderai, V.: "Il dito e la luna", cit., p. 310; Lenti, L.: "Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva", cit., p. 783.

69 Al respecto, véanse las lúcidas reflexiones de Zanon, N.: "Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico", *Rivista AIC*, 2017, p. 1.

obligación de inventariar los bienes del menor y la particular posibilidad de revocar la adopción en casos particulares, lo que entra en conflicto con las prerrogativas del *status* de hijo.

Frente a este último perfil, en efecto, la posibilidad prevista para la adopción en casos particulares de revocar la relación con el padre adoptivo a petición del adoptante, si el adoptado, mayor de catorce años, "haya atentado contra la vida del adoptante, de su cónyuge, de sus descendientes o ascendientes o haya cometido un delito contra ellos sancionado con pena privativa de la libertad personal no menor de tres años; si el adoptante muere a consecuencia del ataque, la revocación de la adopción puede ser solicitada por los que serían herederos en defecto del adoptado y de sus descendientes» (art. 51 L. adopc.). Adicionalmente, la revocación puede ser pronunciada a petición del adoptado o a petición del Ministerio Público si los hechos anteriores han sido "cometidos por el adoptante contra el adoptado, cónyuge, ascendientes o descendientes de él» (art. 52 L. adopc.) o a instancia del Ministerio Público en caso de infracción de los deberes a que está obligado el adoptante (alimentación, educación, educación del menor) (art. 53 L. adopc.).

La disciplina de la filiación, en caso de conductas perjudiciales para los hijos, prevé en cambio los procedimientos previstos en los artículos 330 y s.s. c.c. – definidos, antes de la reforma, *de potesta* y ahora de decadencia y limitación de la responsabilidad paternal – que, sin embargo, mantienen inalteradas las obligaciones de los padres, en particular la de mantener[70] y vigilar la educación, crianza y condiciones de vida del hijo[71], ya que no es un fenómeno extinto *tout court*. Por otra parte, una vez cesados los requisitos cautelares que dieron lugar a la decisión de pérdida de la patria potestad, y consecuentemente excluido el perjuicio para el hijo, el juez, apreciando el interés del menor, puede ordenar el restablecimiento de la responsabilidad paterna (art. 332 del Código Civil italiano). Finalmente, sin llegar a la ablación de la responsabilidad del progenitor, cuando existan conductas lesivas para el hijo, el juez, según las circunstancias, podrá adoptar discrecionalmente las medidas más adecuadas al caso concreto, que podrán ser revocadas en cada momento (artículo 333 del Código Civil italiano).

Además, parece disonante con el principio de unidad de los *status filiatori* reafirmado por el Tribunal Constitucional, el art. 48, párrafo 3, L. adopc., que, para evitar las adopciones interesadas, se excluya el usufructo legal del adoptante sobre los bienes del adoptado, reconociendo únicamente la administración y uso de las rentas para los gastos de manutención, instrucción y educación del

70 Sobre el punto véanse, *ex multis*, Cass. pen., 29 ottobre 2009, n. 43288, *Dir. pen. e proc.*, 2010, 1, p. 30.

71 A propósito véanse las reglexiones de De Cristofaro, G.: "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile", *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 799; Villa, G.: "Potestà dei genitori e rapporti con i figli", in AA.VV.: *Trattato Bonilini-Cattaneo*, III, Torino, 1997, p. 320.

menor con la obligación de invertir el exceso de forma rentable. Sin embargo, si la persona adoptada en casos particulares está plenamente inserta en la red de relaciones familiares del adoptante, incluidas las relaciones con los hijos de este último, quienes, después de la adopción, se convierten en hermanos y hermanas del adoptado, la prohibición del usufructo legal sobre los bienes del adoptado contrasta con la lógica solidaria de la familia[72] y con el deber previsto por el art. 315-*bis*, párrafo 4, del Código Civil italiano que establece que cada hijo "contribuya, en relación con sus capacidades, sus bienes y sus ingresos, al mantenimiento de la familia mientras viva con ella».

Se trata de herramientas que sin duda son coherentes con la finalidad original de la adopción en casos particulares, pero que han dejado de estar vigentes, pues ciertamente disuenan con las nuevas y más complejas funciones que ha asumido la institución a la luz de la equiparación de las relaciones familiares que tuvo lugar con la decisión del Tribunal Constitucional.

VI. ADOPCIÓN EN CASOS ESPECIALES Y DERECHO DE SUCESIONES.

1. Los derechos sucesorios del adoptado en casos particulares.

La sentencia del Tribunal Constitucional al señalar que la adopción en casos particulares, equiparándose *quoad effectum* a la llamada adopción plena, es idónea para establecer una relación de parentesco entre el adoptado y los parientes del adoptante, repercute también en los aspectos, no menos importantes, relacionados con el derecho sucesorio.

La primera novedad relevante está representada, en primer lugar, por la variación del *ordo successionis*, ya que el adoptado en casos particulares se convierte en sucesor de cada uno de los parientes de cada padre adoptante y, aplicando la reciprocidad, todos los parientes de cada padre adoptivo, se convierte en sucesor del adoptado en casos particulares.

Lo descrito no está exento de crear desarmonías en el conjunto del sistema. Basta pensar en las repercusiones a nivel hereditario de la superación del principio de exclusividad de la familia, permitiendo no sólo que un mismo menor tenga varios padres en el sentido jurídico, los padres biológicos y los adoptivos, sino también que el niño tenga múltiples vínculos parentales superpuestos, en virtud del valor jurídico reconocido también a las relaciones con los parientes de los

72 Véanse a propósito las reflexiones de Ferri, L.: "Della potestà dei genitori", Art. 315-342, in AA.VV. *Comm. del cod. civ. Scialoja e Branca* (a cura di F. Galgano), *Libro Primo, Delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 1988, p. 120, según el cual «no solo se debe excluir que sean solo los hijos propietarios quienes se beneficien de las rentas vitalicias, pero también se debe reconocer que es inadmisible una preferencia de estos respecto de los no propietarios ». En el mismo sentido véanse Basini, G.F.: "L'usufrutto legale dei genitori", in AA.VV.: *Tratt. dir. famiglia Bonilini e Cattaneo*, II, Torino, 1997, p. 495.

padres adoptivos, en virtud del mecanismo previsto en el art. 74 del Código Civil italiano según el cual "el parentesco es el vínculo entre personas que descienden de un mismo tronco [...] tanto en el caso de que el hijo sea adoptivo".

La decisión del Tribunal Constitucional, como se ha anticipado, es capaz de tener incidencia en los derechos sucesorios del adoptado en casos particulares[73]. A éstos, en efecto, en virtud de lo dispuesto en el art. 300, párrafo 2, del Código Civil italiano sobre la adopción de adultos ("La adopción no induce relación civil alguna entre el adoptante y la familia del adoptado o entre el adoptado y los parientes del adoptante, salvo las excepciones que establezca la ley"), a que se refiere el art. 55 L. adopc., y por el art. 567, párrafo 2, del Código Civil italiano ("Los hijos adoptados son ajenos a la sucesión de los parientes del adoptante"), no se reconocía derecho alguno respecto de la sucesión de los parientes del adoptante, siendo válida también la reciprocidad, es decir la ausencia de derecho alguno de parte de los familiares del adoptante en cuanto a la sucesión del adoptado, aunque hubieron voces discordantes en la doctrina que admitían la posibilidad de que el adoptado sucediera por representación, destacando la independencia entre el derecho de representación y la existencia de una relación de parentesco entre el de *cuius* y el representante, la suficiencia, a los efectos de la representación, de un doble vínculo de parentesco entre el representante y el representado y entre éste último y el difunto[74].

El marco de las normas sobre los derechos sucesorios del adoptado en casos particulares se completa con el art. 304 del Código Civil italiano, también mencionado por el art. 55 L. adopc., que, si niega todo derecho sucesorio al adoptante, reconoce en el apartado 2 al adoptado la posibilidad de participar tanto en la sucesión del adoptante sea legítima (artículo 567, apartado 1, del Código Civil italiano) y necesaria (art. 536, párrafo 2, del Código Civil italiano), asimilando plenamente la posición del adoptado a la del hijo. El adoptado, sin embargo, conserva la condición de legitimario y de sucesor legítimo frente a los padres de conformidad con los artículos 536, párrafo 1, y 566 del Código Civil italiano, así como cualquier otra posición hereditaria, que le corresponda, sobre los bienes de otros parientes de su familia de origen.

Tras la declaración de inconstitucionalidad del art. 300, párrafo 2, del Código Civil italiano y por tanto del reconocimiento de las relaciones civiles entre el adoptado en casos particulares y los parientes del adoptante, debe pues

73 Sobre el punto, véanse, entre los tantos, Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, Milano, 2015, p. 632; Coppola, C.: "Art. 300", in AA.VV.: *Commentario al Codice civile* (diretto da) E. Gabrielli, *Artt. 177-342-ter*, Torino, 2010, p. 729.

74 En tal sentido, Costanza, M.: "Delle successioni legittime. Della successione dei parenti", in AA.VV.: *Commentario del diritto italiano della famiglia* (a cura di G. Cian, A. Trabucchi e G. Oppo), Padova, V, 1992, p. 102.

considerarse que la aplicación del art. 567, párrafo 2, del Código Civil italiano queda ahora limitada a la hipótesis de la adopción de un adulto, mientras que el adoptado en un caso particular debe considerarse incluido en la lista de sucesores a que se refiere el art. 565 del del Código Civil italiano, pudiendo, por tanto, participar en la sucesión de los hijos del adoptante, que se han convertido en sus hermanos y hermanas, así como en la sucesión de los hermanos y hermanas del adoptante, que se han convertido en sus los tíos, y más generalmente en la sucesión de todos los parientes dentro del sexto grado del adoptante, también por representación, tomando el relevo de sus ascendientes si no pueden o no quieren aceptar la herencia.

2. Los derechos sobre la sucesión del adoptado.

Con referencia, sin embargo, a los derechos sobre la sucesión de la persona adoptada en un caso particular, la decisión del Tribunal Constitucional implica un resultado paradójico. En efecto, en virtud del establecimiento de relaciones de parentesco entre parientes del adoptante y del adoptado, dada la reconocida ilegitimidad de la referencia al art. 300, párrafo 2, del Código Civil italiano, en caso de muerte del hijo adoptado, los parientes del adoptante podrán participar en la sucesión del hijo adoptivo, según las reglas de la sucesión legítima, mientras que absurdamente ningún derecho sería reconocido para los padres adoptivos.

Dado que la disciplina de la adopción en casos particulares, aunque caracterizada por una impronta personalista, se modela sobre los efectos de la adopción del adulto, caracterizada en cambio por un carácter patrimonial, la aplicación al adoptado en casos particulares sigue siendo el art. 304 del Código Civil italiano, en virtud de la remisión hecha por el art. 55 L. adopc. Este ordenamiento jurídico, como se ha dicho, al regular los derechos de sucesión en la adopción de adultos, no prevé el reconocimiento de un derecho recíproco del adoptado y del adoptante en recíproca sucesión, sino sólo en un sentido unilateral, no atribuyéndose al adoptante ningún derecho de sucesión hacia la persona adoptada. Si esto es acorde con las características y la proporción de la institución de la *ratio* propia de la adopción del adulto, para evitar adopciones "interesadas", encaminadas a hacer que el adoptante se beneficie del patrimonio del adoptado[75], lo es menos respecto de la adopción en casos especiales.

En abstracto podría alegarse, para admitir la sucesión del adoptante al adoptado, superada la prohibición expresa prevista en el art. 304 del Código Civil italiano, la derogación implícita de la disposición de esta disposición tras la declaración de inconstitucionalidad que afectó a la regulación del art. 300 del Código Civil

75 Al respecto, ver Di Lauro, P.M.: "Dell'adozione di persone maggiori di età", in AA.VV.: *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1995, p. 555, y más recientemente, Giusti, A.: "L'adozione di persone maggiori di età", in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da G. Bonilini), Torino, 2015, p. 4038.

italiano contenida en el art. 55 L. adopc. Sin embargo, en el presente caso, las dos normas no parecen estar en conflicto ya que se refieren a dos efectos diferentes de la adopción en casos particulares - art. 300, párrafo 2, del Código Civil italiano las relaciones civiles entre el adoptado y los parientes del adoptante, y el art. 304, párrafo 1, del Código Civil italiano los derechos sucesorios del adoptante.

Además, no sería extraño imaginar que la perdurable prohibición de la sucesión del donante al adoptado pudiera justificarse, tras la intervención del Tribunal Constitucional, con el fin de evitar una duplicación de los derechos necesarios. En efecto, dicho que el hijo entra en la familia del padre o de los padres adoptivos, sin por ello romper los vínculos parentales con la familia de origen, esto significa que, si el hijo premuere, sólo lo suceden los padres biológicos; si, por el contrario, los padres adoptivos también participan en la sucesión del mismo hijo, se produciría una nueva y no codificada forma de concordancia entre padres adoptivos y biológicos[76].

En este sentido, el criterio igualitario previsto por el art. 568 del Código Civil italiano que en materia de sucesión de padres dispone que, a falta de prole, ni los hermanos, ni las hermanas, o sus descendientes "sucederán en partes iguales el padre y la madre", dado que se trata de la hipótesis de ascendientes en igualdad de condiciones con respeto al menor. Por el contrario, existen claras diferencias de estatus entre los adoptantes en casos particulares y los padres biológicos, ya que además de la revocabilidad que connota la adopción en casos particulares, tras la sentencia de adopción, la responsabilidad paterna, conforme al art. 48 párrafo 1, L. adopc., ha de ser ejercida únicamente por los adoptantes, quienes están sujetos a las obligaciones a que se refiere el art. 147 del Código Civil italiano (es decir de manutención, instrucción, educación y asistencia moral), mientras que la obligación de alimentos de los padres biológicos entra en "quiescencia", por así decirlo, salvo un posible resurgimiento en la hipótesis de cesación del ejercicio de la responsabilidad paterna por parte del adoptante (por ejemplo, después de la decisión de pérdida de conformidad con el art. 330 del Código Civil italiano o la revocación de la adopción) o en caso de insuficiencia de medios por parte de los que ejercen la responsabilidad[77].

76 Una diferente posición sobre el punto es expresada por Chiricallo, N.: "Adozione in casi", cit., según el cual «para evitar tal antinomia, una posible solución dejada al intérprete, podría ser aquella de crear una norma analógica tal que el contenido del art. 304 c.c. deberá entenderse referino no solo al adoptante, sino también a los parientes de este último: sin embargo, tal obra de "costrución jurídica", parece del toto incoherente con el espíritu de la sentencia, ya que, para eliminar la discriminación entre los adoptante y sus parientes, acabaría debilitando el objetivo supremo, perseguido por el mismo, de afirmar la igualdad de trato entre los hijos y los hijos "adoptivos"».

77 Al respecto, cabe recordar lo señalado por la Suprema Corte en la sentencia del 30 de enero de 1998, n. 978, *Giust. civ.*, 1998, según el cual "Al regular la adopción en casos particulares, la ley dispone expresamente que, si el menor es adoptado por dos cónyuges o por el cónyuge de uno de los padres, la potestad sobre el adoptado y el relativo ejercicio corresponden a ambos padres (artículo 48, primer párrafo, de la Ley n° 183 de 4 de mayo de 1984) y al adoptante impone la obligación de mantener, instruir y educar al adoptado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 del Código civil (artículo 48, segundo párrafo, de la

Por razones análogas, la disposición contenida en el art. 538 del Código Civil italiano, que, en materia de sucesión necesaria, regula la pluralidad de ascendientes, estableciendo que en este caso la reserva se fracciona y mide según los criterios adoptados por el legislador en el art. 569 del Código Civil italiano para la sucesión legítima o la división por líneas en caso de igualdad de grado[78].

En efecto, en el caso de la adopción en particular, los padres adoptivos y los padres biológicos pertenecerían al mismo grado, pero ciertamente no configurarían una "línea" paritaria y además no está previsto que los padres del menor se dirijan hacia dos figuras parentales y no a tres.

La hipotética aplicación de la regla de concurso entre la ascendencia del linaje paterno y la ascendencia del linaje materno, con la consiguiente atribución de la mitad del patrimonio a cada una de las líneas, tendría como consecuencia que el patrimonio sería devuelto, en partes iguales, a cada uno de los padres biológicos o los descendientes del padre biológico, o el total al que sobreviva, mientras que la otra mitad corresponderá, en igual forma, a los padres adoptivos o al que sobreviva. Sin embargo, véase, que esta solución no podría aplicarse a la hipótesis en que la adopción en caso particular tenga como adoptante al cónyuge o conviviente del padre biológico. De hecho, en esta configuración el menor tendría tres progenitores: el progenitor biológico que dio su consentimiento a la adopción, el otro progenitor biológico y el cónyuge o conviviente que adopte al menor, con la consiguiente inaplicabilidad del criterio por "línea" según el art. 569 del Código Civil italiano[79].

3. Reflexiones sobre las perspectivas de reforma de la sucesión necesaria.

De lo que se tiene expuesto, la sucesión del adoptante o adoptantes a los adoptados queda, por tanto, inadmisible dada la prohibición expresa al amparo del

citada ley). Arte. 50 de la citada ley. luego establece que, si cesa el ejercicio por el adoptante o adoptantes de la patria potestad, el Tribunal de Menores podrá intervenir, incluso de oficio, para dictar las medidas oportunas, aunque estime conveniente que el ejercicio de la patria potestad sea asumido por el padre. De este marco normativo se desprende claramente que, con la sentencia de adopción, la titularidad y el ejercicio de la autoridad, junto con las obligaciones del art. 147, pertenecen principalmente al padre adoptivo, conjuntamente con el cónyuge (y padre de origen); mientras que, en interés del menor, la obligación, conforme a los artículos 147 y 148 del código civil, establecida por el art. 6, primer párrafo, de la ley de 1 de diciembre de 1970, n. 898, podría revivir en caso de terminación del ejercicio de la autoridad por parte del adoptante. De la coordinación sistemática de las citadas disposiciones se desprende también que, incluso con independencia de esta hipótesis concreta, en correlación con la posible insuficiencia de medios del adoptante y del cónyuge, podría restablecerse el deber de alimentos en interés del menor de los progenitores biológicos hacia el niño".

78 La distinción entre los conceptos de "sucesión (por grados)" y de "división (por líneas)" véanse las observaciones de Mengoni, L.: *Successione per causa*, cit., p. 55, siguiendo la terminología ya usada por Allara, M.: *La successione familiare suppletiva*, Torino, 1954, p 221.

79 Sobre el punto, véanse las reflexiones de Dossetti, M.: "Dopo la riforma della filiazione: i nuovi successibili", *Fam. e dir.*, 2015, p. 941; Ead.: "L'adeguamento della disciplina delle successioni e delle donazioni", AA.VV.: *La riforma della filiazione. Aspetti personali successori e processuali l. 10 dicembre 2012, n. 219* (a cura di M. Dossetti, M. Moretti e C. Moretti), Bologna, 2013, p. 121; de Rienzi, A.: "Le categorie dei successibili (art. 565-567)", in AA.VV.: *La riforma della filiazione* (a cura di C. M. Bianca), Milano-Padova, 2015, p. 923.

art. 304 del Código Civil italiano y, además, si alguna vez se reconociera, ni siquiera favorecería al adoptado, ya que implicaría una latitud sumamente reducida de su autonomía testamentaria. En efecto, si el adoptante o adoptantes ascendieran a la categoría de legitimarios, dado el mantenimiento descrito de los vínculos jurídicos con los padres biológicos, se produciría un aumento del número de sujetos a los que la ley reserva una parte de la herencia[80]. Es cierto que desde un punto de vista cuantitativo esta cuota se mantendría intacta, sin embargo, dado el aumento de los ascendientes del mismo grado, aumentaría la probabilidad de que, a la muerte del adoptado sin hijos, quede todavía un ascendiente en vida, con la consecuencia de que deba reservarse a favor de éstos un tercio de los bienes (a tenor del art. 538 del Código Civil italiano) o una cuarta parte en caso de concurrencia con el cónyuge (según el art. 544 del Código Civil italiano).

En este sentido, cabe mencionar las propuestas de modificación legislativa de la sucesión necesaria con referencia a los ascendientes legítimos en general, que les reserva la misma cuota antes descrita cualquiera que sea su número y la presencia de un estado de necesidad específico[81].

Desde este punto de vista, por tanto, si la prohibición del art. 304 del Código Civil italiano contribuiría a degradar el acto de última voluntad como expresión del principio de autonomía, y por tanto instrumento para la realización de la dignidad de la persona[82], en beneficio, en este caso, de sujetos que, por sus necesidades, más que beneficiarse de una reserva a título dominical, aún podrían satisfacerse si su tratamiento sucesorio se limitara a una reserva en usufructo o al reconocimiento de un derecho de crédito en presencia de precariedad psicofísica o económica, con una superación de una visión dogmática abstracta.

El hecho de que ahora también los menores adoptados en las formas de adopción en casos particulares se insertarán plenamente en la familia del

80 De manera similar a lo observado a raíz de la extensión de los efectos del reconocimiento del hijo extramatrimonial, tal como lo señala Barba, V.: "Princìpi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio", *Fam. e dir.*, 2014, p. 501.

81 A propósito véanse las observaciones de Bonilini, G.: *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, III, Milano, 2009, p. 318; Id., "Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria", *Fam., pers. e succ.*, 2007, p. 687.

82 Sobre el punto valga recordar, entre las tantas contribuciones Perlingieri, G.: "Il «Discorso preliminare» di *Portalis* tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia", *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 678, el cual afirma que "la autonomia testamentaria, más que un medio de atribución patrimonial, es ante todo un acto de disposición, incluso de carácter meramente negativo, y de regulación, así como un instrumento de realización y autodeterminación de la persona humana"; consideraciones, éstas, ampliamente desarrolladas en Id., "La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 559, así como en Id., "La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva", *ivi*, 2013, p. 778. Al respecto, véanse también las reflexiones de Barba, V.: "Trasformazioni della famiglia e successioni *mortis causa*", *Riv. dir. priv.*, 2017, p. 519, según el cual: "el interés familiar no puede seguir siendo considerado el horizonte hermenéutico exclusivo y único a través del cual deben desarrollarse y disolverse los temas y problemas del derecho sucesorio". Véanse además las lúcidas consideraciones expresadas por el mismo Autor en Id., "Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 345; Id, "I nuovi confini del diritto delle successioni", *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 333.

adoptante, sin embargo, se reitera, eliminar los vínculos con la familia de origen, suscita algunas consideraciones más generales sobre la adecuación de la estructura actual de la sucesión.

Si, como reconoce el propio Tribunal Constitucional, "la idea de que sólo se puede tener una familia parece ser negada precisamente por la reforma de la filiación"[83], la modificación de la estructura original de la adopción en casos particulares produce el efecto inevitable de duplicar la ramas parentales, dado que el adoptado tendrá relaciones civiles tanto con su familia de origen como con los parientes del adoptante, agregándose los lazos familiares unidos por la línea de la que desciende el adoptante (en el caso de adopción por el soltero) o cada padre adoptivo, a las relaciones parentales unidas por la línea de que desciende cada padre biológico.

Se abren, por tanto, perspectivas de reflexión más generales, independientemente del caso concreto que sea objeto del pronunciamiento e involucran la concepción general de la familia en la base de toda la disciplina sucesoria, cuya elaboración teórico-dogmática no es posible hacer en la economía de este trabajo.

Baste señalar que el marco normativo del código de 1942, reflejo de una sociedad en la que la familia patriarcal aún estaba muy extendida, ya no puede considerarse adecuado a la realidad actual. Este modelo de familia ha sido sustituido por el nuclear, caracterizado por la monogamia de la pareja, por la durabilidad de la relación, por la apertura a la genitorialidad: ha cambiado progresivamente su función, de productiva-patrimonial a emocional-existencial, y finalmente también la propia familia nuclear está pasando por una fase de crisis[84].

El desfase entre los datos reales y los datos normativos es particularmente evidente en lo que se refiere a la estructura actual de la sucesión necesaria que, ciertamente en cuanto a la amplitud de las cuotas reservadas a los legitimarios, resulta insatisfactoria, y demuestra ser anticuada, ya que ya no es capaz de reflejar las formas actuales de expresión de la pluralidad de las relaciones interpersonales con matriz emocional y los intereses conexos que de ellas se desprenden.

83 En estos términos, Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, punto 8.3. cons. en dir.

84 Sobre la evolución y el pluralismo de las experiencias familiares se señalan, entre la copiosa literatura, sin pretender ser exhaustivo, Balestra, L.: "Diritto di famiglia", cit., p. 245; Id., "L'evoluzione del diritto", cit., p. 1105; Busnelli, F.D.: "Il diritto di famiglia", cit., p. 1447; Femia, P.: "Dichiarazioni d'amore. Fattispecie e convivenza tra matrimonio e unioni civili", in AA.VV.: *La famiglia all'imperfetto? Corso di diritto civile 2015-2016* (a cura di A. Busacca), Napoli, 2016, p. 253; Ruscello, F.: "La famiglia nella società contemporanea", *Vita not*., 2015, p. 95; Id., "Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?", *Rass. dir. civ*., 2002, p. 516; Romeo, F.: "Famiglia: sostantivo plurale?", *Dir. succ. fam*., 2015, p. 67; Porcelli, M.: "La famiglia al plurale", *Dir. fam. pers*., 2014, p. 1248; Giacobbe, G.: "Famiglia o famiglie: un problema ancora dibattuto", ivi, 2009, p. 305.

VIII. REFLEXIONES FINALES.

La experiencia social concreta sometida a la investigación del jurista devuelve la presencia de una pluralidad de agregaciones familiares cuyos bienes relacionales ya no pueden ser definidos a partir de criterios puramente biológicos, ni pueden remontarse a las categorías tradicionales de "ascendencia y descendencia", superando esa herencia del pasado que ve en la adopción una inhabilitación respecto de la filiación propiamente dicha[85].

Los esfuerzos hermenéuticos encaminados a la elaboración de un modelo amplio de adopción en casos particulares y la consecuente superación de la pluralidad de *status* de hijos, no se dirigen a legitimar un deseo de genitorialidad, perseguido también a través de prácticas prohibidas por el ordenamiento jurídico como la gestación subrogada de maternidad, pero exclusivamente para la protección de los menores, que efectivamente viven una relación afectiva con la pareja del progenitor biológico[86] y, por tanto, requieren que se reconozca relevancia jurídica a las relaciones con la familia de origen de este último. Además, como se ha señalado, la decisión del Tribunal Constitucional tiene por efecto reformar toda la institución de la adopción en casos particulares, en todas las situaciones previstas en el art. 44 L. adopc., sin limitar los efectos de su decisión al caso sometido a su sentencia, atribuible al letra d) del apartado 1, como en cambio propugna cierta doctrina[87]. Sin embargo, el Tribunal no podía haber limitado su pronunciamiento únicamente a casos de adopción particular en el contexto de familias homogenitoriales, deslizándose de otro modo dentro del ámbito de competencia del legislador.

Es innegable el defecto de fondo de doblar el uso del mismo instrumento jurídico, el de la adopción en casos particulares, originalmente concebido para proteger a un hijo ya nacido y con carencias familiares, para hacer frente a casos completamente diferentes, configurando en vía jurisprudencial la disciplina de la filiación en la procreación heteróloga asistida sobre la desactualizada ley de la adopción, sólo porque, a nivel fáctico, la adopción representaba el modelo tradicional de "filiación social" o el establecimiento de una relación parental sin vínculo genético[88]. Sin embargo, no puede diferenciarse la condición jurídica del menor, receptor de un *status* inferior sólo en razón de las elecciones realizadas

85 A proposito, véanse Mantovani, M.: "I fondamenti della filiazione", en AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), vol. II, *Filiazione*, Milano 2011, p. 10; Lenti, L.: "Vicende storiche", cit., p. 799

86 En estos términos, Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, punto 5. cons. en dir.

87 Sobre este punto, Sesta, M.: "Stato giuridico", cit., p. 906, considera que hubiera sido preferible una limitación del alcance de la decisión en el caso de los padres homosexuales.

88 A propósito, tal paralelismo es evidenciado por la Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 802 y criticado en la doctrina de Nicolussi, A.: "Paradigmi della filiazione", in AA.VV.: *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?* (a cura di U. Salanitro), Pisa, 2020, p. 288; Busnelli, F.D.: "Procreazione artificiale e filiazione adottiva", *Familia*, 2003, p. 1; Morozzo della Rocca, P.: "Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita", *Dir. Fam.*, 2005, p. 211.

por los padres, con una clara visión adultocéntrica de la filiación que tendría como efecto la explotación del hijo en nombre del objetivo legítimo de desalentar el uso de prácticas prohibidas[89].

Además, al reconocer la adopción en casos particulares como idónea para establecer una relación civil entre el adoptado y los parientes de la persona adoptada, no hay contraste – presente en cambio en el caso de la gestación subrogada – entre la estabilidad de la relación en curso y la necesidad de la verdad de la filiación, ni siquiera en abstracto una discrepancia entre una solución basada en un principio de verdad de la forma jurídica, fundada en una teoría cognitivista del derecho, y una basada en cambio en el discurso práctico que pretendería poner en comunicación el sistema normativo con la complejidad social[90], pero reconoce la centralidad sistemática del principio de igualdad de trato de todos los hijos, confirmado, incluso a nivel de la legislación ordinaria, con la reforma de la filiación de 2012-2013. En efecto, la unicidad de la condición de hijo significa atribuir a todos los hijos una condición personal idéntica en las relaciones con los padres y sus parientes, en todas las relaciones sociales, con los reflejos descritos en términos sucesorios, y por tanto insertar también al adoptado en casos particulares dentro de la familia del adoptante, constituyendo la relación de parentesco, especialmente en línea colateral.

El establecimiento de una relación no sólo con el adoptante sino con toda la red parental, tanto en línea recta como colateral, situándose en una perspectiva paidocéntrica, hace que en este contexto no se trate de superponer una perspectiva personalista a una individualista[91], intolerante con los lazos personales sustraídos a la disponibilidad de los individuos, sino hacer converger el principio personalista con el de la solidaridad[92], salvaguardando el interés del menor de insertarse en la dimensión familiar a través de la potenciación de los lazos parentales múltiples, a

89 Véanse al respecto las observaciones de la Corte cost., 10 marzo 2021, n. 33, *Fam. e dir.*, 2021, p. 677.

90 Sobre este punto, en otra perspectiva, véanse las reflexiones de Calderai, V.: "La conquista dell'ubiquità. Efficacia diretta dei diritti fondamentali e libertà di accesso al mercato dei servizi riproduttivi", in AA.VV.: *Effettività e Drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare* (a cura di E. Navarretta), Torino, 2017, p. 74. Sobre la integración del pensamiento problemático y el pensamiento sistemático en el trabajo hermenéutico, sigue siendo fundamental recordar a Mengoni, L.: "Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico", *Jus*, 1976, p. 3 y Id., *Diritto e valori*, Bologna 1985, p. 11.

91 Como suele ocurrie en el ámbito familiar y como justamente lo advierte Nicolussi, A.: "Autonomia privata e diritti della persona", *Enc. Dir. Annali*, Milano, 2011, p. 138.

92 Sobre la conexión entre el principio personalista y el principio solidarista en la Constitución republicada véanse las lúcidas reflexiones de Ruggeri, A.: "Il principio personalista e le sue proiezioni", *Federalismi.it* (pubbl. *on line*, n. 17/2013), n. 2-3, según el cual «el principio personalista y el solidarista no son, según el modelo, separables ni conceptualmente ni praticamente, es decir, en términos de cómo deben tomar forma en la experiencia; son más bien la misma cosa o, para decirlo mejor, esta última es la primera en acción, en alguna de sus genuinas (quizás, precisamente, las más genuinas) expresiones que permiten su plena satisfacción». Del mismo autor, véanse también las consideraciones en Id., "Dignità *versus* vita?", *Rivistaaic.it* (pubbl. *on line*, n. 1/2011), n. 4, en el que se observa que "la convergencia de la libertad individual y la solidaridad es el fin constitucional; el ideal, el comportamiento "modelo", es lograr al mismo tiempo el máximo de libertad y el máximo de solidaridad".

fin de potenciar el valor superutilitario de la persona y asegurar la igual dignidad de todos[93].

La acción del Tribunal Constitucional, al concretar el principio de la unidad del *status filiationis*, con el efecto de ampliar la protección de la persona adoptada en casos particulares, sufre sin embargo el límite de su propio rol, haciendo cada vez más urgente la intervención del legislador sobre una normativa, aquella de la adopción, que requeriría ser reformada de manera sistemática, para declinarla según una perspectiva más acorde con la evolución de la disciplina codicística de la filiación, para remediar las aporías sistemáticas derivadas de las intervenciones ortopédicas del Tribunal Constitucional [94], también en lo que se refiere a los perfiles de los sucesores, a fin de ofrecer estructuras normativas inspiradas en lógicas que protejan el sentido auténtico de la relación humana.

93 Más en general, sobre este punto, véanse las profundas reflexiones de Bilotti, E.: "La norma personalista, la famiglia 'fondata sul matrimonio' e il diritto alla genitorialità naturale", *Jus*, 2021, p. 445.

94 A propósito véanse las consideraciones de D'Amico, G.: "La Corte e il "non detto". Riflessioni a partire dalle sentt. n. 32 y n. 33 del 2021", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, p. 936 y de Salanitro, U.: "L'adozione e i suoi confini. Per una disciplina della filiazione da procreazione assistita illecita", ivi, 2021, II, p. 944.

BIBLIOGRAFIA.

AA.VV.: *La riforma della filiazione. La legge 10 dicembre 2012, n. 219*, (a cura di M. Paladini e C. Cecchella), Pisa, 2013.

Acierno, M.: "Il mantra del preminente interesse del minore", *Quest. Giust.*, 2019.

Al Mureden, E.: "Le famiglie ricomposte *tra matrimonio, unione civile e convivenze*", *Fam. Dir.*, 2016, p. 966.

Allara, M.: *La successione familiare suppletiva*, Torino, 1954.

Auletta, T.: "Dal *code civil* del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia", *Familia*, 2005, p. 401.

Auletta, T.: "La famiglia rinnovata: problemi e prospettive", in AA.VV.: *Studi in onore di C.M. Bianca*, II, Milano 2006, p. 25.

Auletta, T.: "Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?", *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 367.

Balestra, L.: "Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto", *Giust. civ.*, 2018, p. 255.

Balestra, L.: "L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1109.

Barba, V.: "I nuovi confini del diritto delle successioni", *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 333.

Barba, V.: "Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 345.

Barba, V.: "Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019", *GenIUS*, 2019, p. 1.

Barba, V.: "Princìpi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio", *Fam. e dir.*, 2014, p. 501.

Barba, V.: "Trasformazioni della famiglia e successioni *mortis causa*", *Riv. dir. priv.*, 2017, p. 519.

Barba, V.: "Variazioni critiche sull'art. 300 Cod. civ.", *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 487.

Basini, G.F.: "L'usufrutto legale dei genitori", in AA.VV.: *Tratt. dir. famiglia Bonilini e Cattaneo*, II, Torino, 1997, p. 495.

Betti E.: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971.

Betti E.: *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1990.

Bianca, C. M.: "Note per una revisione dell'istituto dell'adozione", *Jus civile*, 2018, p. 64.

Bianca, C.M. "*Ex facto oritur ius*", in Id., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I.1, Milano, 2002, p. 189.

Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1.

Bianca, C.M.: "La riforma della filiazione", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 437.

Bianca, M.: "L'unicità dello stato di figlio", in AA.VV.: *La riforma della filiazione* (a cura di C.M. Bianca), Padua 2015, p. 3.

Bilò, G.: "Famiglia ricostituita", in AA.VV.: *Codice della famiglia* (a cura di M. Sesta), Milano, 2015, p. 2394.

Bilotti, E.: "L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito", *Fam. e dir.*, 2017, p. 994.

Bilotti, E.: "La norma personalista, la famiglia 'fondata sul matrimonio' e il diritto alla genitorialità naturale", *Jus*, 2021, p. 445.

Bocchini, F.: "La famiglia di fatto tra filiazione e convivenza *more uxorio*", in Id., *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, p. 272.

Bocchini, F.: *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, p. 235.

Bonilini, G.: "Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria", *Fam., pers. e succ.*, 2007, p. 687.

Bonilini, G.: *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, III, Milano, 2009.

Bugetti, M.N.: "Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un *excursus* giurisprudenziale (e qualche riflessione)", *Fam. e dir.*, 2022, p. 849.

Busnelli, F.D.: "Conclusioni. Per un'ermeneutica della famiglia "moderna": l'idea del "rammendo", in AA.VV.: *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, (a cura di U. Salanitro), Pisa, 2019, p. 163.

Busnelli, F.D.: "Frantumi europei di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 767.

Busnelli, F.D.: "Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti", *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 1447.

Busnelli, F.D.: "Il principio di solidarietà e «l'attesa della povera gente»", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 413.

Busnelli, F.D.: "Procreazione artificiale e filiazione adottiva", *Familia*, 2003, p. 1.

Buzzelli, D.: *La famiglia "composita". Un'indagine sistematica sulla famiglia ricomposta: i neo coniugi o conviventi, i figli nati da precedenti relazioni e i loro rapporti*, Napoli, 2012.

Calderai, V.: "Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021", *Giur. it.*, 2022, p. 310.

Calderai, V.: "La conquista dell'ubiquità. Efficacia diretta dei diritti fondamentali e libertà di accesso al mercato dei servizi riproduttivi", in AA.VV.: *Effettività e Drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare* (a cura di E. Navarretta), Torino, 2017, p. 74.

Calderai, V.: "La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 1109.

Campiglio, C.: "Della tirannia del *best interest of the child*. Nuove forme di genitorialità e ordine pubblico internazionale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 1415.

Capograssi, G.: "Il problema fondamentale", *Iustitia*, 1949 y ahora in *Opere di Giuseppe Capograssi*, V, Milano, 1959, p. 30.

Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, Milano, 2015.

Carbone, M.C.: "Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte costituzionale traccia il sentiero per il riconoscimento giuridico della "familiarità sociale"", *Giurcost.org*.

Chiricallo, N.: "Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma", *Familia*, 17 maggio 2022.

Cinque, M.: "Adozione in casi particolari: parentela tra "fratelli acquisiti"?", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 81.

Ciraolo, C.: "Certezza e stabilità delle relazioni familiari del minore. La *stepchild adoption*", *Corr. giur.*, 2017, p. 810.

Ciraolo, C.: "Dell'adozione in casi particolari e dei suoi effetti", in AA.VV.: *Commentario al codice civile* (diretto da E. Gabrielli), *La famiglia* (a cura di L. Balestra), IV, Torino, 2018, p. 249;

Collura, G.: "L'adozione in casi particolari", in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), II, *Filiazione* (a cura di G. Collura, L. Lenti e M. Mantovani), Milano, 2012, p. 951.

Coppola, C.: "Art. 300", in AA.VV.: *Commentario al Codice civile* (diretto da) E. Gabrielli, *Artt. 177-342-ter*, Torino, 2010, p. 729.

Costanza, M.: "Delle successioni legittime. Della successione dei parenti", in AA.VV.: *Commentario del diritto italiano della famiglia* (a cura di G. Cian, A. Trabucchi e G. Oppo), Padova, V, 1992, p. 102.

Crivelli, E.: "La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022", *Osservatorio AIC*, fasc. 5 del 2022.

D'Aloia, A.: "Biodiritto e giurisdizione", in AA.VV.: *Il diritto e l'incerto del mestiere di vivere*, Milano, 2021.

D'Amico, G.: "La Corte e il "non detto". Riflessioni a partire dalle sentt. n. 32 y n. 33 del 2021", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, p. 936.

D'Angelo, A.: "La famiglia nel XXI secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte", in AA.VV.: *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, (a cura di D. Amram e A. D'Angelo, Padova, 2011, p. 24.

De Cristofaro, G.: "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile", *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 799.

De Rienzi, A.: "Le categorie dei successibili (art. 565-567)", in AA.VV.: *La riforma della filiazione* (a cura di C. M. Bianca), Milano-Padova, 2015, p. 923.

Del Prato, E.: "Interpretare", *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 329.

Di Lauro, P.M.: "Dell'adozione di persone maggiori di età", in AA.VV.: *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1995, p. 555.

Di Masi, M., "Maternità surrogata, dal contratto allo "*status*"", *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 615.

Dogliotti, M.: "Adozione di maggiorenni e minori", in AA.VV.: *Codice civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), Milano. 2002, p. 797.

Dogliotti, M.: "Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?", *Fam. e dir.*, 2021, p. 677.

Dogliotti, M.: "L'adozione in casi particolari", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), IV, Torino, 1997, p. 397.

Dogliotti, M.: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri", *Fam. dir.*, 2019, p. 667.

Dossetti, M.: "Dopo la riforma della filiazione: i nuovi successibili", *Fam. e dir.*, 2015, p. 941.

Dossetti, M.: "L'adeguamento della disciplina delle successioni e delle donazioni", AA.VV.: *La riforma della filiazione. Aspetti personali successori e processuali l. 10 dicembre 2012, n. 219* (a cura di M. Dossetti, M. Moretti e C. Moretti), Bologna, 2013, p. 121.

Dossetti, M.: "La parentela", in AA.VV.: *La riforma della filiazione, Aspetti personali, successori e processuali. L. 10 dicembre 2012, n. 219* (a cura di M. Dossetti, M. Moretti e C. Moretti), Bologna, 2013, p. 22.

Falzea, A.: "Complessità giuridica", in AA.VV.: *Oltre il «positivismo giuridico», in onore di Angelo Falzea* (a cura di P. Sirena), Nápoles, 2011, p. 25.

Favilli, C.: "Stato filiale e genitorialità sociale: dal fatto al rapporto", *Giur. it.*, 2022, p. 311.

Favilli, C.: "Libertà e solidarietà nelle vicende della ricostituzione familiare", *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, p. 1275.

Femia, P.: "Dichiarazioni d'amore. Fattispecie e convivenza tra matrimonio e unioni civili", in AA.VV.: *La famiglia all'imperfetto? Corso di diritto civile 2015-2016* (a cura di A. Busacca), Napoli, 2016, p. 253.

Ferrando, G.: "Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?", *Quest. giust.*, 7 giugno 2022.

Ferrando, G.: "Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 547.

Ferrando, G.: "L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza", *Dir. Succ. pers.*, 2017, p. 79.

Ferrando, G.: "L'adozione in casi particolari. Orientamenti innovativi, problemi, prospettive", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 679.

Ferrando, G.: "La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori", *Fam. e dir.*, 2021, p. 704.

Ferrando, G.: "La nuova legge sulla filiazione", *Fam. dir.*, 2013, p. 529.

Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", *Fam. dir.*, 2019, p. 677.

Ferrando, G.: *Diritto di famiglia*, Bologna, 2017.

Ferri, L.: "Della potestà dei genitori", Art. 315-342, in AA.VV. *Comm. del cod. civ. Scialoja e Branca* (a cura di F. Galgano), *Libro Primo, Delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 1988, p. 120.

Figone, A.: "L'adozione straniera a favore di una coppia dello stesso sesso non contrasta con l'ordine pubblico", *Fam. e dir.*, 2021, p. 992.

Figone, A.: *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014.

Finocchiaro, M. – Finocchiaro, A.: *Adozione e affidamento dei minori*, Milano, 2001, p. 135.

Giacobbe, E.: "Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma "Bianca"", *Dir. fam.*, 2014, p. 838.

Giacobbe, G.: "Famiglia o famiglie: un problema ancora dibattuto", *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 305.

Giusti, A.: "L'adozione dei minori in casi particolari", in AA.VV.: *Il diritto di famiglia* (diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo), III, Torino, 2007, p. 455.

Giusti, A.: "L'adozione di persone maggiori di età", in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da G. Bonilini), Torino, 2015, p. 4038.

Gorgoni, A.: "Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello *status filiationis*", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 540.

Gorgoni, A.: "La rilevanza della filiazione non genetica", *Dir. succ. fam.*, 208, p. 135.

Grasso, A.G.: "Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione?", *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, p. 480.

Grossi, P.: *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002.

Laghi, P.: "Famiglie «ricomposte» e successione necessaria: problematiche attuali, soluzioni negoziali e prospettive de iure *condendo*", *Contr. impr.*, 2017, p. 1342.

Lamarque, E.: *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

Lenti, L.: "L'adozione", in AA.VV.: *Trattato Zatti*, vol. II, *Il nuovo diritto della filiazione*, (a cura di L. Lenti e M. Mantovani), Milán, 2019, p. 381.

Lenti, L.: "La sedicente riforma della filiazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 202.

Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 87.

Lenti, L.: "Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva", in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), II, *Filiazione*, Milano 2011, p. 783.

Long, J.: "L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina delle adozioni dei minorenni", in AA.VV.: *La nuova disciplina della filiazione*, Rimini, 2014, p. 258.

Lorenzetti, A.: "Maternità surrogata", in AA.VV.: *Dig. civ., Aggiornamento*, VI, Torino, 2011, p. 617.

Luzzati, C.: *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999.

Mantovani, M.: "I fondamenti della filiazione", en AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), vol. II, *Filiazione*, Milano 2011, p. 10.

Marcello, D.: "La genitorialità delle coppie omosessuali in Italia. Le soluzioni giurisprudenziali nel silenzio del legislatore", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 17, p. 802.

Mengoni, L.: "La famiglia in una società complessa", *Iustitia*, 1990, p. 1.

Mengoni, L.: *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. Cicu Messineo,* 1, Milano, 1999.

Moretti, M.: *Domanda di adozione di una minore proposta dalla* partner *della madre biologica* ex *art. 44, comma 1, lett. d), l. 1884/1983*, *Jus civile*, n. 5/2017, p. 493.

Morozzo Della Rocca, P.: "Adozione *"plena, minus plena"* e tutela delle radici del minore", *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 683.

Morozzo Della Rocca, P.: "Il nuovo *status* di figlio e le adozioni in casi particolari", *Fam.* e *dir.*, 2013, p. 898.

Morozzo della Rocca, P.: "Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita", *Dir. Fam.*, 2005, p. 211.

Nicolussi, A.: "Paradigmi della filiazione", in AA.VV.: *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?* (a cura di U. Salanitro), Pisa, 2020, p. 288.

Nicolussi, A.: "Autonomia privata e diritti della persona", *Enc. Dir. Annali*, Milano, 2011, p. 138.

Nicolussi, A.: "La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica", in AA.VV.: *Allargare lo spazio familiare: adozione* e *affido* (a cura di E. Scabini e G. Rossi), Milano, 2014, p. 3.

Nicolussi, A.: "Famiglia e biodiritto civile", *Eur.* e *dir. priv.*, 2019, p. 713.

Nocco, A.: "L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura eversiva dell'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 209.

Oppo, G.: "Procreazione assistita e sorte del nascituro", *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 102.

Orestano A.: "Procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all'impianto dell'embrione", *Giur. it.*, 2021, p. 2610.

Pacini, G.: "L'estensione dei legami di parentela tra adottato in casi particolari e parenti dell'adottante, alla luce della decisione della Corte costituzionale", *Giustiziacivile.com*, 18 Julio 2022.

Patti, S.: "La famiglia: dall'isola all'arcipelago?", *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 507.

Penasa, S.: *Il giudice al crocevia tra fattore tecnico-scientifico e complessità assiologica dei casi. Riflessioni a partire dalla giurisprudenza italiana*, en *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2021, n. 3.

Perlingieri, G.: "Il «Discorso preliminare» di *Portalis* tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia", *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 678.

Perlingieri, G.: "La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 559.

Perlingieri, G.: "La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva", *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 778.

Pocar, V. - Ronfani, P.: *La famiglia* e *il diritto*, Bari, 2008.

Porcelli, M.: "La famiglia al plurale", *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1248.

Pugliatti, S.: "Crisi della scienza giuridica (relazione al XV Congresso nazionale di Filosofia, 1948)", in *Diritto civile - Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951.

Quadri, E.: "Una riflessione sull'interesse del minore e la dimensione familiare della sua tutela", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 1330.

Recinto, G.: "Le "pericolose oscillazioni" della Suprema Corte e della Consulta rispetto alla maternità surrogata"; *Fam.* e *dir.*, 2021, p. 1007.

Renda, A.: "La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio", *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 641.

Renda, A.: "La surrogazione di maternità tra princípi costituzionali ed interesse del minore", *Corr. giur.*, 2015, p. 471.

Rescigno, P.: "La filiazione "riformata" e l'unicità dello *status*", *Giur. it.*, 2014, p. 5.

Rescigno, P.: "Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche", *Familia*, 2002, p. 1.

Rizzuti, M.: Adozione aperta e rapporti successori, Napoli, 2021.

Romeo, F.: "Famiglia: sostantivo plurale?", *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 67.

Rossi Carleo, L.: "L'affidamento e le adozioni", in AA.VV.: *Tratt. Rescigno*, *Persone e famiglia*, 3, II ed., Torino, 1997, p. 491.

Rovacchi, M.: *Le adozioni in casi particolari*, Milano, 2016.

Ruggeri, A.: "Dignità *versus* vita?", *Rivistaaic.it* (pubbl. *on line*, n. 1/2011), n. 4.

Ruggeri, A.: "Il principio personalista e le sue proiezioni", *Federalismi.it* (pubbl. *on line*, n. 17/2013), n. 2-3.

Ruscello, F.: "Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?", *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 516.

Ruscello, F.: "La famiglia nella società contemporanea", *Vita not.*, 2015, p. 95.

Rusconi, C.: "L'adozione in casi particolari: aspetti problematici nel diritto vigente e prospettive di riforma", *Jus*, 2015, p. 19.

Salanitro U.: "L'adozione mite tra vincoli internazionali e formanti interni", *Corr. giur.*, 2021, p. 1066.

Salanitro U.: "Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?", *Giur. it.*, 2022, p. 1827.

Salanitro, U.: "Azioni di stato e *favor minoris* tra interessi pubblici e privati", p. 552.

Salanitro, U.: "L'adozione e i suoi confini. Per una disciplina della filiazione da procreazione assistita illecita", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, p. 944.

SALANITRO, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 737;

SALANITRO, U.: "Ripensando l'adozione particolare, tra limiti funzionali e integrazione analogica", *Act. Jur. Iberoamericana*, n. 16-bis, 2022, p. 1537.

SARACENO, C.: *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Milán 2012.

SCALISI, V.: "Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi (parte prima)", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1043.

SCHLEIERMACHER, F.: *Über die verschiedenen Methoden des Übersetzens, in Abhandlungen der philosophischen Klasse der Königlich-Preussischen Akademie der Wissenschaften aus den Jahren* 1812-1813, in *der Realschul-Buch-handlung*, Berlino, 1816, trad. it. di G. Moretto, "Sui diversi metodi del tradurre", in AA.VV.: "La teoria della traduzione nella storia" (a cura di S. Nergaard), Milano, 1993, p. 143.

SENIGAGLIA, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà, tra fatto e diritto, essere e dover-essere", *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 953.

SENIGAGLIA, R.: Status filiationis e *dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013.

SESTA, M.: "Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade", *Fam. e dir.*, 2021, p. 1011.

SESTA, M.: "Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi", *Fam. e dir.*, 2019, p. 1049.

SESTA, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Fam. dir.*, 2013, p. 235.

SESTA, M.: "La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali", in AA.VV.: *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo* (a cura di F. MACARIO e M.N. MILETTI), Roma, 2017, p. 147.

SESTA, M.: "La prospettiva paidocentrica quale *fil rouge* dell'attuale disciplina giuridica della famiglia", *Fam. e dir.*, 2021, p. 763.

SESTA, M.: "Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 1177.

SESTA, M.: "Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali", *Fam. dir.*, 2022, p. 904.

Sesta, M.: "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1.

Sesta, M.: voce "Filiazione (diritto civile)", *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano 2015, p. 454.

Taruffo, M.: "Note sui modi della giuridificazione", *Pol. dir.*, 1987, p. 581.

Tommaseo, F.: "*Sul riconoscimento dell'adozione piena, avvenuta all'estero, del figlio del partner d'una coppia omosessuale*", *Fam. e dir.*, 2016, p. 277.

Tommasini, R.: "Commento agli artt. 44-57 della legge sull'affidamento e adozione dei minori", in AA.VV.: *Comm. dir. fam.* (a cura di G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi), VI, 2, p. 488.

Trezza, R.: "I correttivi "funzionali" all'istituto dell'adozione in casi particolari", *Familia*, 16 maggio 2022.

Tuccari, E.: "L'adozione non può essere sempre 'mite'", in Granelli, C. (a cura di): *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2020, p. 137.

Urso, E.: "L'adozione in casi particolari", in AA.VV.: *Il nuovo diritto di famiglia* (diretto da G. Ferrando), III. *Filiazione e adozione*, Bologna, 2007, p. 765.

Velletti, M.: "La nuova nozione di parentela", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 441.

Veronesi, S.: "La Corte di cassazione si pronuncia sulla *stepchild adoption*", *Fam. e dir.*, 2016, p. 1025.

Villa, G.: "Potestà dei genitori e rapporti con i figli", in AA.VV.: *Trattato Bonilini-Cattaneo*, III, Torino, 1997, p. 320.

Zaccaro, G.: "Adozione da parte di coppie omosessuali, *stepchild adoption* e interesse del minore", *Quest. giust.*, 4 settembre 2014.

Zanon, N.: "Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico", *Rivista AIC*, 2017, p. 1.

NUEVAS TIPOLOGÍAS FAMILIARES: SU URGENTE RECONOCIMIENTO EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS

NEW FAMILY TYPOLOGIES: THEIR URGENT RECOGNITION WITHIN LEGAL SYSTEMS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2354-2377

Eduardo OLIVA GÓMEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Es una evidencia indiscutible la dinámica constante en que transitan las familias en sus estructuras, modelos, tipos y caracterizaciones que se presenta prácticamente en cualquier parte del mundo y que provocan la constitución de nuevas formas familiares que antes eran imposibles, inclusive de imaginar; dichas transformaciones se han producido y hecho visible, sobre todo, a partir de la última década del siglo pasado y, desde luego, durante los años transcurridos en el presente siglo.

La aparición de las nuevas formas y tipos de familias que de manera constante y acelerada se han dado y su incorporación, así como su adecuación que gradualmente se logra en la organización social, ha provocado que desde la investigación y la academia se lleven a cabo trabajos tendientes el estudio y análisis de estas nuevas formas de organización familiar, el esfuerzo investigativo se ha hecho notorio desde diversas ópticas del conocimiento, así pueden encontrarse desde la perspectiva jurídica, sociológica, antropológica, psicológica y de estudios culturales, entre otras, vasta literatura que revisa el tema, sin embargo, en lo que se refiere al dogma jurídico, esto es, a la reglamentación jurídica en la ley, aún existen muchos pendientes por atender y son muchos los sistemas jurídicos que mantienen a muchas de estas nuevas formas de familias, en la invisibilidad y sin su reconocimiento y protección jurídica.

El presente trabajo revisa diversos modelos de familias que hoy son una realidad social y constituyen las nuevas fronteras del derecho de Familias, modelos y tipos que reclaman su reconocimiento legal y su reglamentación jurídica para evitar el estado de vulnerabilidad en que hoy se encuentran y con ello protegerlas en un entorno de derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Familias; derechos humanos; familias poliamorosas; familias de crianza.

ABSTRACT: *There is no doubt that the dynamics through which family structures, models, types, and characterizations transit along are present worldwide and constitute new family shapes that previously could not be thought of. Such transformations have taken place and become visible mainly since the last decade of the 20th century and continue to do so currently.*

The emergence of new family models and their rapid and constant social incorporation has led researchers to further investigate and analyze these new formations through diverse disciplinary perspectives such as juridical, sociological, anthropological, psychological, and cultural. Regarding their legal regulation, there are still many voids that need to be dealt with, and there are several legal systems that keep such families from visibility, recognition, and protection.

This paper goes through diverse new family models which are a social reality and constitute the new frontiers of families law. These family shapes demand legal recognition and regulation that stop the vulnerable state in which they find themselves, and that further allow their protection within the framework of human rights.

KEY WORDS: *Families; human rights; polyamorous families; foster families.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. NUEVAS TIPOLOGÍAS DE FAMILIAS.- 1. Familias Matrimoniales.- 2. Familias Concubinarias.- 3. Familias Reconstituidas.- 4. Familias Monoparentales.- 5. Familias Homoparentales.- 6. Familias por Sociedad de Convivencias.- 7. Familias Migrantes.- 8. Familias Globales.- 9. Familias de Acogida.- 10. Familias de Acogimiento pre-adoptivo.- 11. Familias Multigeneracionales.- 12. Familias Postmatrimoniales.- 13. Familias de personas en situación de calle.- 14. Familias de Pueblos Originarios.- 15. Familias Poliamorosas.- 16. Consideraciones finales en torno a la tipología de familias.- III. LA URGENTE REGLAMENTACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE LAS NUEVAS FORMAS, TIPOS Y MODELOS DE FAMILIAS EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS. RETOS Y DESAFÍOS.- 1. Familias reconstituidas: Retos y desafíos en su reglamentación.- 2. Familias poliamorosas. Retos y desafíos en su reglamentación.- IV. REFLEXIONES FINALES.- V. FUENTES DE INVESTIGACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

He aseverado en diverso espacio investigativo que resulta "innegable que el Derecho de Familias se transforma, prácticamente a diario, los conceptos, figuras e instituciones que por mucho tiempo parecieron inmutables, en los últimos años han presentado transformaciones de fondo, válgase citar como ejemplo, el concepto y concepción del matrimonio, figura que por siglos fue caracterizado como indisoluble, entre un hombre y una mujer y, teniendo como fin principal la procreación y perpetuación de la especie, así se identificaba y se podía leer en cualquier legislación u obra doctrinal; dicha concepción vigente por siglos, hoy no contiene ninguno de esos elementos fundamentales: el matrimonio es disoluble, se puede celebrar entre dos personas sin tomar en cuenta el sexo de cada una de ellas y, su fin principal ya no es la procreación. Estas condiciones son muestra evidente de las grandes transformaciones en las instituciones, figuras, conceptos y concepciones del Derecho de Familias"[1].

En la literatura jurídica existe vasta obra de especialistas en la materia en la que se destaca y se pone la atención a la acelerada transformación por la que atraviesan las familias en su composición, provocando con ello la conformación de nuevas formas y tipos de familias; dice al respecto Beck-Gernsheim que "es difícil hablar simplemente sobre el concepto de - familia -, pues muchos de los conceptos habituales ya no concuerdan con la realidad, suenan anticuados y puede que incluso un poco sospechosos, al ser incapaces de reproducir el sentimiento y la realidad vital de las nuevas generaciones"[2].

1 Oliva Gómez, E.: *Derecho de Familias*, Tirant lo Blanch, México, 2022, p. 38.

2 Beck-Gernsheim, E.: *La reinvención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, 2ª edición publicada en alemán., Traducción de Pedro Madrigal, Paidós, España, 2003, p. 13.

• Eduardo Oliva Gómez
Doctor en Derecho. Profesor Investigador de Tiempo Completo Titular C, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores SNI-1. Correo electrónico: macalae2000@yahoo.com.mx

Lasarte por su parte señala que "La idea de familia es tributaria en cada momento histórico de una serie de condicionamientos sociales y se resiste a ser encajonada en una noción concreta que no se plantee con grandes dosis de generalización e imprecisión. Por ello, no existe precepto alguno en la Constitución ni en la legislación ordinaria en el que, de forma precisa, se establezca con carácter general *qué* es una familia o *cómo deben* ser las familias. Tan familia es el grupo compuesto por los padres y doce hijos, cuanto una viuda y un hijo, o una madre separada que ostenta el ejercicio de la patria potestad sobre sus dos niñas pequeñas, etcétera, aunque a efectos de una norma jurídica concreta (de impuesto sobre la renta de las personas físicas o de declaración de familia numerosa) se establezcan condiciones y requisitos absolutamente precisos y concretos"[3].

Ponce Alburquerque sobre el tema destaca que "Actualmente podemos afirmar que la familia no tiene las mismas fuentes que durante algunos siglos mantuvo, tales como: el matrimonio, la filiación y la adopción. Las fuentes de la familia hoy son múltiples y complejas, lo que ha dado paso a una regulación cada vez más amplia en el campo del derecho de familia'"[4].

En dicho contexto, Vara precisa que resulta "evidente que la familia no ha permanecido inalterada a lo largo de la historia y que, de manera coyuntural y debido a causas culturales propias de comunidades de seres humanos concretos, ha adoptado formas organizativas muy diversas"[5].

Con relación a las referidas transformaciones que se han dado en la estructura y formas de las familias y con ello, la construcción de nuevos y variados modelos y tipos de familias, agrega Vara comentando que en su opinión "estas nuevas variedades de familia que antes no existían o que no estaban vigentes, son posibles por tres razones de las cuales la primera es claramenta la más importante: por un parte, está claro que, en la evolución de la sociedad, se ha producido un cambio en la ideología, en la forma en la cual las personas nos pensamos a nosotros mismos, pensamos cuál es nuestra posición dentro de la sociedad, pensamos qué debe ser la sociedad, etcétera. En segundo lugar, también cambian nuestras posibilidades técnicas, es decir, la capacidad de lo que podemos hacer en términos operativos dentro de la realidad. Sin ninguna duda, la tecnología ha transformado completamente nuestra forma de relacionarnos con la realidad. Y en tercer lugar, los Estados nacionales han adquirido una dimensión que no se había conocido

3 Lasarte, C.: *Principios de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomo Sexto, 14ª edición, revisada y actualizada, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 3.

4 Ponce Alburquerque, J.: *Familia, conflictos familiares y mediación,* Biblioteca Iberoamericana de Derecho, UBIJUS-México, Reus-España, 2017, p. 19.

5 Vara, O.: "El Estado y la familia en las sociedades modernas", en AA.VV.: *El Estado como rival de la familia*, (editor F. J. Contreras), CEU Ediciones, Dykinson, España, 2015. p. 45.

previamente, tanto en su tamaño como en su capacidad de influencia en la vidas de los ciudadanos"[6].

Flores Salgado y Bautista Yllanes[7] indican que "En México, país lleno de multiculturalidad, se presentan variantes de organizaciones y modos de vida familiar, que hacen tomar en cuenta estos aspectos para posibilitar una efectiva regulación de sus conductas", por ello, agregan, "En México hay tantos tipos de familias como etnias, niveles sociales, rumbos geográficos y horizontes históricos tenemos".

Las posturas doctrinales expuestas son suficientes para poder aseverar que las familias transitan, sobre todo a partir de la última década del siglo pasado y en el transcurso del presente, por una dinámica constante en sus formas, modelos, estructuras y tipos que hace imposible el pretender caracterizarla y estacionarla en un modelo único, rígido y sin posibilidad de extensión alguna y con ello pretender el desconocimiento de la diversidad de tipos y formas en que hoy se constituyen, actúan, se desenvuelven y desarrollan las familias. Es innegable, como lo he referido en diverso espacio investigativo, que "la familia tradicional responsable y protagonista por muchas décadas, se ha visto superada y transformada de manera sustantiva por nuevos modelos, formas y estructuras"[8], que son los que hoy constituyen los nuevos modelos y tipos de familias y que son los grandes desafíos que debe enfrentar el Derecho de Familias y que conforman precisamente, las nuevas fronteras del Derecho de Familias.

En la presente investigación se lleva a cabo el estudio y análisis de estas nuevas formas, tipos y estructuras familiares que, como lo he referido constituyen las nuevas fronteras del Derecho de Familias y respecto de las cuales, considero, es urgente su reconocimiento y reglamentación en los sistemas jurídicos puesto que, son los modelos en los que hoy se desarrolla la organización social y que, por tanto, reclaman su reconocimiento, atención y respectivo tratamiento legal.

Es importante precisar por cuestiones metodológicas y, sobre todo, en lo referente a la delimitación del presente trabajo, que la revisión que se presenta con relación al marco dogmático, esto es, la normatividad contenida en las leyes, se hace en la legislación vigente en el sistema jurídico mexicano, en lo específico en el Código Civil para la Ciudad de México, lo que se desarrolla de tal forma dado que, por una parte, el Código Civil para la ciudad de México es tal vez, la legislación en la materia más influyente y determinante en México y por tanto,

6 Vara, O.: "El Estado", cit., p. 45.

7 Flores Salgado, L. L. y Bautista Yllanes, G.: "Los retos regulatorios del Derecho Familiar en el siglo XXI en México", en AA.VV.: *Derecho Familiar Constitucional* (coord. por L. Pérez Gallardo, C. M. Villabella Armengol, G. Molina Carrillo), Grupo Editorial Mariel, México, 2016, pp. 511-512.

8 Oliva Gómez, E.: *Derecho de*, cit., p. 127.

muchas de las reformas y adecuaciones a la ley de la materia que se dan en la ciudad de México, posteriormente son adoptadas por las legislaciones de las demás entidades federativas que conforman la República Mexicana; en segundo orden, la delimitación se hace en atención a que, el Código Civil de la Ciudad de México en la actualidad constituye la legislación en el país que ha abordado temas de vanguardia en el Derecho de Familias y ha mostrado el interés de mantener, en lo posible, una constante actualización; razones metodológicas que considero son de suma importancia para centrar el presente estudio dogmático en dicha normatividad.

II. NUEVAS TIPOLOGÍAS DE FAMILIAS.

El tránsito por el que pasan las familias y que ha sido puesto de patente en la literatura jurídica que se ha revisado en los párrafos anteriores, son suficientes para reflexionar y con ello proponer lo imperante y urgente que resulta el reformar y modificar los sistemas jurídicos vigentes, a efecto de implementar una normatividad legal que permita la democratización del Derecho de Familias mediante la cual, se hagan visibles y se reconozcan jurídicamente la gran diversidad de tipos y modelos de familias que hoy existen y coexisten en la organización social y con ello lograr de la misma forma, el tránsito del Derecho Familiar al Derecho de Familias, permitiendo así la construcción de un derecho pluralista, tolerante, incluyente y constituido bajo una perspectiva de derechos humanos.

En otros espacios de la difusión del conocimiento he señalado que "las transformaciones científicas, tecnológicas y culturales producto del nuevo siglo se extienden a todas las ramas del saber y del haber humano, el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, los vínculos que generan las redes sociales y la robótica son muestras evidentes, entre otras, de dichos procesos de transformación; la ciencia jurídica no es la excepción y sin lugar a dudas, el Derecho de Familia en el Siglo XXI enfrenta grandes retos por atender, entender y vencer; sus conceptos, sus estructuras, sus principios, sus formas y sus procesos imponen el desafío de su revisión, de su redimensión, su reconstrucción y la necesaria neoconceptualización"[9].

Ahora bien, si las condicionantes que se han precisado, -entre otras- han sido motivo para propiciar las transformaciones de la ciencia jurídica, hoy el mundo debe agregar las experiencias vividas por una larga pandemia provocada por el SARS-CoV-2, Covid-19 y los efectos post-pandemia que desde luego ha

9 Oliva Gómez, E.: "El tránsito del concepto de Derecho de Familia al concepto de Derecho de Familias o Derechos de las Familias. Su construcción jurídica y cultural en el siglo XXI", en AA.VV.: *Congreso Internacional de Derecho Civil Octavio Centenario de la Universidad de Salamanca,* Libro de Ponencias, (coord. por E. Llamas Pombo), Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2018, p. 1150.

transformado las formas del pensamiento humano, del ser y del sentir y con ello, la adopción de nuevas formas conductuales y normativas, nuevas dimensiones en la manera de enfrentar las dificultades y nuevos retos que atender; la ciencia jurídica evidentemente no queda exenta a los impactos provocados y experimentados por la pandemia, así como tampoco quedan exentas las familias en sus estructuras, modelos, tipos, características, organización y funcionamiento. "El virus SARS-CoV-2 llegó para quedarse y sus efectos se observan en diferentes ámbitos de la vida, como el económico, laboral, social y familia"[10].

En las condiciones expuestas y bajo las razones planteadas, es claro que el Derecho de Familias tiene una urgente prioridad, esta es, el reconocer, proteger y contemplar en el contenido de sus leyes, los nuevos modelos, tipos y estructuras familiares que día a día van adoptan la organización social; el reconocimiento y reglamentación de estas nuevas formas no pueden ni deben quedar en la invisibilidad jurídica, mucho menos cuando una sociedad pretende ostentarse en su desarrollo bajo la observancia de un Estado de Derecho.

Respecto a las nuevas tipologías familiares, dice Bernal Suárez que "la sociedad reconoce formas diferentes con respecto a la familia tradicional que conocíamos: por ejemplo, las monoparentales que son las que se forman por uno de los padres, así como las que se reconstruyen con padres y madres que se vuelven a casar, integrando a los hijos de su primer y segundo matrimonio. Por otro lado, se está en proceso de reconocimiento de uniones entre personas del mismo sexo; asimismo, se observan fenómenos sociales como la disminución del matrimonio y el aumento de las separaciones"[11].

Muñoz Rocha, citado por Bernal Suárez presenta la siguiente tipología: "1. Familia nuclear: compuesta por padres e hijos que viven en común. 2. Familia extendida: incluye padres, hijos, nietos, abuelos, aun cuando no vivan bajo el mismo techo. 3. Familia compuesta: derivada del matrimonio plural, sucesiva [divorcio(s) y nuevo(s) matrimonio(s)] o simultánea (poligamia o poliandria). 4. Familia monoparental: se establece entre uno solo de los progenitores. 5. Familia ensamblada o reconstruida: vínculos procedentes de dos o más uniones conyugales"[12].

Pérez Fuentes, Cantoral Domínguez y Rodríguez Collado señalan que "el concepto de familia ha cambiado a través del tiempo, al aludir al término familia se entendía que hablábamos del término familia nuclear o tradicional, sin embargo, este modelo de familia nuclear se ha sustituido por: a) familias con madres que

10 Vargas, D.: "Efectos de la pandemia en la familia", en AA.VV.: *Cambiar el rumbo: el desarrollo tras la pandemia* (coord. por R. Cordera y E. Provencio), UNAM, México, 2020, p. 127.

11 Bernal Suárez, J. B.: *Derecho humano a la familia. Retos y alcances en el siglo XXI*, Gedisa Editorial-Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2017, p. 26.

12 Bernal Suárez, J. B.: *Derecho Humano,* cit., p. 26.

trabajan fuera del hogar, b) familias con padres o madres divorciadas, c) familias formadas por parejas que se casan por segunda vez con o sin hijos/as, d) madres solteras y padres solteros, e) personas que viven solas, f) parejas del mismo sexo con o sin hijos/as, g) familias extendidas (entiéndase abuelos/as, tíos/as, primos/as y otros parientes cercanos), h) abuelo o abuela con nietos/as, e i) tutor/a que pueda ser pariente o no de un/a menor, por lo cual entendemos que en nuestros días el concepto de familia es dinámico, responde a los cambios imperantes de la sociedad, ya que los seres humanos evolucionamos y por tanto como parte integrante de esta institución jurídica, también cambia su conceptualización. […] Como se mencionó, en la actualidad ya no existe un único criterio de lo que debe considerarse como familia, sino que existen diversos grupos considerados como familia"[13].

Ballarin cuestiona sobre las nuevas tipologías familiares si "¿Realmente corresponde hablar de nuevas formas familiares? ¿O tal vez, de formas familiares negadas culturalmente durante siglos?[14].

El cuestionamiento que hace Ballarin resulta, desde luego provocador y lleva para su respuesta al análisis bajo un pensamiento crítico; ¿existen nuevas formas familiares o su existencia es una realidad negada? La misma autora en la intención de solucionar el cuestionamiento, señala desde su perspectiva que "La diversidad familiar no resulta un fenómeno nuevo sino, en todo caso, una realidad ignorada. Daniela Luccardelli y Gabriela Tabaza, al analizar algunas antiguas nuevas formas familiares aluden al caso de Freud, cuyo núcleo familiar distaba de ser el de una familia tipo: "Partiendo de lo que no es familiar, como la historia del padre del psicoanálisis, podemos considerar así que la familia de Freud, donde Jacob, el padre había tenido un primer matrimonio –del cual habían nacido dos niños- y tal vez haya habido un segundo matrimonio el que, según ciertas biografías, se habría acabado a causa de la esterilidad de su esposa. Al momento del nacimiento de Freud, primer hijo nacido del tercer matrimonio, su padre ya era abuelo de un pequeño niño de un año y de una niña que acababa de nacer. Freud tenía entonces la misma edad que sus sobrinos y una madre que tenía la misma edad que sus medios-hermanos. La red familiar que rodeaba a Freud niño, parecía compleja e inclusive paradojal: aunque era el primer hijo, tenía un 'hermano mayor' y una 'hermana melliza' quienes eran en realidad sus sobrinos. ¡Se puede decir que el psicoanálisis mismo ha nacido de una familia reconstituida!"[15].

13 Pérez Fuentes, G.M., Cantoral Domínguez, K., Rodríguez Collado, M. del C.: *La Maternidad Subrogada*, Tirant lo Blanch, México, 2017, p. 31.

14 Ballarin, S.: "El Derecho a la fraternidad como núcleo de reflexión jurídica", en AA.VV.: *Derecho de Familia. Nuevos Retos y Realidades* (autores M. Herrera, Víquez Vargas, S. et. al.), Investigaciones Jurídicas IJSA, Costa Rica, 2021, p. 228.

15 Ballarin, S.: "Formas familiares", cit., pp. 228-229.

Pliego Carrasco al pronunciarse sobre el tema, dice que "En el umbral del siglo XXI, una característica importante de las sociedades democráticas es la pluralidad y complejidad cada vez mayor de sus estructuras o tipos de familia. En el pasado histórico reciente, el patrón cultural de mayor frecuencia fueron las familias encabezadas por parejas casadas en primeras nupcias, quienes se hacían cargo de sus hijos comunes en hogares solos (familias nucleares) o bien que residían con otros parientes (familias ampliadas). Sin embargo, en la actualidad observamos —en especial a partir de los años sesenta y setenta del siglo pasado—la disminución constante de su preeminencia demográfica junto al desarrollo (cada vez mayor) de otros arreglos sociales: parejas que cohabitan en unión libre; familias en las cuales los padres se han divorciado, separado, o bien se han casado en dos o más ocasiones; familias con hijos provenientes de matrimonios o cohabitaciones previos; con mamás o papás solos (sin pareja) y con hijos menores de edad; parejas que no tienen hijos y no planean tenerlos; así como otras situaciones"[16], en dicho sentido, agrega que "las transformaciones que ha traído consigo la actualidad resultan de tal magnitud que es conveniente hablar –en muchas situaciones- de "tipos de familia" y no únicamente de "familia", pues sus estructuras de organización y funcionamiento están modificándose de manera acelerada"[17].

La extensa literatura jurídica que revisa, estudia y analiza las nuevas y diversas formas de familias que la actualidad se presentan en toda organización social, me permite desde mi perspectiva, la construcción de una tipología de familias que pretende hacer visibles todos los tipos y formas de familias, desde los modelos y formas existentes y tal vez, más comunes en tiempos pasados por una tradición histórica, así como las que en la realidad social se van constituyendo y que nutren la composición social vigente, de tal forma, la tipología que expongo es producto de la reflexión y análisis, por una parte del estudio de la doctrina especializada y, por otra, de la observación e indagación del hecho real, esto es, de lo que pasa en la realidad.

Es importante precisar que la tipología que se presenta se ha venido construyendo y difundiendo en otros espacios investigativos, válgase citar como ejemplos, las obras de mi autoría que se citan en este trabajo (que desde luego pueden ser consultadas para mayor profundidad) sin embargo, la continuidad del trabajo investigativo me ha permitido ampliar la visión y la construcción como se expone:

16 Pliego Carrasco, F.: *Estructuras de familia y bienestar de niños y adultos*, Consejo Editorial H. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, México, 2017, p. 31.

17 Pliego Carrasco. F: "Hecho Social", cit., p. 33.

1. Familias Matrimoniales.

Modelo caracterizado por un alto nivel de arraigo en la sociedad por tradición histórica y que por tal razón ha llegado a ser considerado como el sustento principal para la constitución de una familia; surge por efectos del matrimonio –civil- para el caso de un Estado Laico de Derecho (como el caso de México), pero que también puede ser reconocido por efectos del matrimonio religioso (en el caso de los sistemas jurídicos que dan reconocimiento legal al matrimonio religioso a manera de equiparación del matrimonio que se celebra ante la autoridad civil).

Las familias matrimoniales también llegan a ser identificadas o, caracterizadas como las denominadas "familias nucleares", haciendo alusión a la presencia del padre, la madre y las hijas e hijos (biológicos en la tradición clásica), esto es, se refiere al núcleo fundamental que la integra, caracterización que en realidad –considero- resulta errónea puesto que, la existencia de una familia nuclear en los condiciones indicadas podría existir sin la necesidad de la existencia de la unión bajo el matrimonio.

2. Familias Concubinarias.

Modelo de familias que surgen por efectos de la unión de dos personas que sin contraer el vínculo bajo las formalidades y solemnidades legales que se deben observar en el matrimonio, manifiestan de manera expresa su voluntad de unirse para conformar una comunidad de vida; es importante destacar que la unión se puede dar, tanto entre dos personas de distinto sexo, como entre dos personas del mismo sexo (actualmente se ha reconocido la posibilidad en diversas legislaturas del concubinato ya sea, entre dos personas heterosexuales o ya, entre dos personas del mismo sexo).

La unión de dos personas bajo el vínculo del concubinato, es identificado tanto en la doctrina especializada como en diversas legislaturas, indistintamente, como "unión de hecho", "uniones convivenciales", "pareja de hecho" o simplemente "unión libre" y válgase destacar, existen miles de decenas de familias conformadas bajo este modelo.

3. Familias Reconstituidas.

Este tipo de familias tiene lugar a partir de la disolución o terminación que una persona mantenía con una familia anterior y que, una vez hecho ello, constituye una nueva familia con persona distinta a la familia anterior. De inicio este tipo de familias fue identificado como "familias ensambladas", posteriormente se les denominó "familias reconstituidas", "recompuestas" o, "rearmadas"; en la

actualidad se ha dado un mayor consenso en la literatura jurídica en identificarlas como "familias reconstituidas".

Estas familias se encuentran conformadas por una pareja en la que una de las personas integrantes, o inclusive ambas, sostuvieron anteriormente un vínculo matrimonial, o tal vez de concubinato, en la que pudo – sin ser indispensable - haberse procreado hijos (respectivamente) y que, al concluir dicha relación de pareja, se inicia una segunda relación, reconstituyendo con ello una nueva familia, con todas las caracterizaciones que ello implique. En dichas condiciones, las familias reconstituidas se integran por la pareja más los hijos propios de cada uno, a los que en su caso, podrán llegar a adicionarse los hijos comunes procreados durante esta relación.

4. Familias Monoparentales.

Estos modelos de familias se caracterizan por la presencia exclusivamente de uno de los progenitores, - la madre o el padre - con sus hijas o hijos, en dichas condiciones, todo tipo de atenciones, cuidados, custodia, representación legal y demás se encontrará conferida de manera exclusiva al progenitor que se encuentra al lado de las hijas e hijos.

El origen de las familias monoparentales tiene causas múltiples, entre ellas cabe destacar, tal vez, la muerte del otro progenitor, la separación de la pareja por mutuo acuerdo o por abandono, la nulidad del matrimonio (en caso de existencia del vínculo) por divorcio, o inclusive, puede darse el supuesto de que la procreación haya sido lograda mediante el uso de una técnica de reproducción humana asistida en la que no se requiera de la presencia (física) de una pareja.

Lo cierto es que, en la dinámica social vigente, es común encontrar supuestos de madres solteras que conforman precisamente estos modelos familiares o bien, como se ha referido por los avances de la ciencia y la tecnología, es posible encontrar también a padres solteros por haber recurrido a dichas técnicas de reproducción asistida.

5. Familias Homoparentales.

Son las familias que se constituyen por la unión de tipo afectiva entre personas del mismo sexo por razón de una orientación sexual diferente a la heterosexualidad. Este tipo de familias – sobre las que ha dado una polémica inacabable - también han sido identificadas en la literatura jurídica tanto doctrinal como en diversas leyes, como "familias homosexuales", "familias homoafectivas", "familias del mismo sexo", "matrimonio igualitario" (en el caso de darse la unión mediante el vínculo del matrimonio), o bien, "matrimonios entre personas del mismo sexo".

Cabe destacar sobre estos modelos familiares que afortunadamente las nuevas formas del pensamiento humano, las tendencias a la no discriminación, la observancia real a los principios de igualdad jurídica, la adopción y respeto a la inclusión, a la tolerancia, al pluralismo, el respeto al derecho humano del libre desarrollo de la personalidad y desde luego, el reconocimiento y respeto en lo general a los derechos humanos, ha hecho posible que en algunos sistemas jurídicos sean reconocidos y regulados en la ley, tendencia que ha sido visible sobre todo, en el presente siglo.

6. Familias por Sociedad de Convivencias.

Este modelo de familias surge por efectos de la implementación en los sistemas jurídicos de las leyes que regulan y reconocen las sociedades de convivencia, identificando como tales, a las uniones civiles que se forman por dos personas del mismo o diferente sexo, con la intención de una convivencia de tipo íntima y emocional en pareja, como si se tratara de un vínculo matrimonial o de concubinato.

En México aparecen reguladas por primera vez, en el año 2006 en la legislación del Distrito Federal (hoy ciudad de México) mediante la publicación de la Ley de Sociedad de Convivencia. Estos nuevos modelos familiares, permiten destacar, -considero -, son dos puntos: el primero es que, el sustento bajo el cual se da su reconocimiento, es como en el caso de las familias homoparentales, por el respeto del principio universal a la no discriminación, el respeto al derecho humano al libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la diversidad sexual; el segundo punto es que, ley de sociedad de convivencias constituye en el sistema jurídico mexicano, la antesala directa a la reglamentación del matrimonio entre personas del mismo sexo.

La Ley de Sociedad de Convivencias fue aprobada el día 9 de noviembre del año 2006 y publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 16 de noviembre del año 2006, posteriormente, el 29 de diciembre del año 2009 (en menos de 3 años) se publicó en la Gaceta Oficial las reformas hechas al artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal, mediante las cuales es adoptado y reconocido el matrimonio entre dos personas, sin hacer ya la mención de que deba ser entre un hombre y una mujer.

7. Familias Migrantes.

Este tipo de familias, hoy muy presentes, ciertas y extendidas en muchos países del mundo, son aquellas que, habiéndose constituido en un lugar determinado, diversos factores como pueden ser entre ellos, los económicos, laborales o de seguridad, provocan que un miembro de la familia o varios de ellos, se vean en la necesidad de migrar a un lugar diverso de donde se encuentra la residencia

familiar; esta migración puede ser nacional o internacional. Será nacional cuando la movilidad de la persona o personas de la familia se muden a una ciudad o localidad diversa dentro de la propia entidad federativa, o bien fuera de ella pero dentro del propio país; será internacional cuando la migración se lleve a cabo a un país distinto.

La migración de una persona integrante de la familia o, en su caso, varias de ellas, dan como efecto inmediato la carencia de un mismo lugar de cohabitación (que por tradición histórica la cohabitación parece ser un elemento fundamental de integración de los miembros de las familias), no obstante, la identidad al grupo familiar, así como desde luego los deberes y obligaciones subsisten y debe darse su cumplimiento.

8. Familias Globales.

He identificado dentro de esta tipología de familias, las que se constituyen por personas que tienen diversa nacionalidad y con ello, diversos sistemas legales aplicables en sus relaciones familiares.

Las familias globales también pueden ser identificadas como "familias multiculturales", "familias multinacionales", o bien, "familias internacionales". Como quiera que se puedan identificar, presentan una complejidad en su estructura y sobre todo en su dinámica puesto que, en una misma familia se reúnen no solamente diversos sistemas legales, también se tiene la presencia de diversas culturas, costumbres, tradiciones e inclusive, valores.

9. Familias de Acogida.

Las familias de acogida son implementadas en el sistema jurídico mexicano por efectos de la aprobación y publicación de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que entró en vigor el día 5 de diciembre del año 2014.

Estas familias, también identificadas en la doctrina como "familias sustitutas", "familias provisionales" o, "familias temporales", son las que, de acuerdo a la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (que entró en vigor en la República Mexicana el día 5 de diciembre del año 2014), son las que, ante la inexistencia de la familia de origen o de la familia extensa, niñas, niños y adolescentes, con la intención de no quedar privados en el derecho de vivir en familias, son confiados a una "familia acogedora", la que, de manera temporal se encargará, en los máximos posibles, de brindar a la niña, niño o adolescente, un ambiente totalmente familiar, como si se tratara de su familia de origen, acogimiento que

llevarán a cabo, por la temporalidad definida y necesaria para lograr la reintegración de la niña, niño o adolescente a la familia originaria o extensa.

Tejedor Muñoz refiere que "El acogimiento familiar consiste en integrar al menor en situación de desprotección social, en un núcleo familiar que sustituya al suyo de origen, ejerciéndose la guarda por la persona, o personas, que lo integren"[18].

10. Familias de Acogimiento pre-adoptivo.

Las familias de acogimiento pre-adoptivo son aquellas, de acuerdo a lo establecido en el artículo cuarto, fracción XIII, de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que "distinta de la familia de origen y de la extensa que acoge provisionalmente en su seno niñas, niños y adolescentes con fines de adopción, y que asume todas las obligaciones en cuanto a su cuidado y protección, de conformidad con el principio del interés superior de la niñez, esto es, se trata de una familia en el caso de la adopción, que de momento temporal, asume un rol de familia pre-adoptiva, pero que la intención legal es su reconocimiento como familia de acogimiento definitivo, en el caso que nos ocupa, de adopción definitiva.

11. Familias Multigeneracionales.

Modelo familiar también identificado como "familias extensas", "familias extendidas", "familias ampliadas", o, "familias intergeneracionales", y que pueden ser identificadas como aquellas familias en la que, en su integración participan y las conforman, las y los abuelas y abuelos, madres y padres, nietas y nietos y así, tal vez, sucesivamente.

Este modelo de familia se hace visible y es reconocido (en el texto de la ley) en el sistema jurídico mexicano, en la ya referida Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, bajo la denominación de "extensa o ampliada", estableciendo en su artículo 4º fracción XI, lo siguiente: "Familia Extensa o Ampliada: Aquélla compuesta por los ascendientes de niñas, niños y adolescentes en línea recta sin limitación de grado, y los colaterales hasta el cuarto grado".

Las familias extensas, he referido en otros espacios investigativos, "son, hoy en día, una realidad cierta, repetitiva y visible en cualquier entorno social, en muchos casos, las y los progenitores de los que se inicia la descendencia generacional, se llegan a convertir –de hecho- en las y los responsables de todo el grupo familiar, tomando el control de las decisiones y acciones que deben seguirse en su entorno

18 Tejedor Muñoz, L.: "El acogimiento en el sistema español de protección a la infancia y a la adolescencia", en AA.VV.: *Temas Selectos 4. Hacia el ámbito del derecho familiar*, (coord. por E. Oliva Gómez, R. Tapia Vega, F. J. Jiménez Muñoz, E. N. Hernández Castelo), UAEM-Eternos Malabares, México, 2017, p. 189.

y asumiendo, en muchos de los casos, la calidad de proveedores económicos y con ello, de los bienes y satisfactores alimentarios que se requieren para cubrir las necesidades alimentarias de todas y todos los miembros de la familia. Las familias multigeneracionales son una realidad insoslayable que no pueden ni deben quedar olvidadas en los contenidos de la ley"[19].

En estos tipos de familias se adoptan una diversidad de formas, una de ellas, hoy muy difundida es en la que los hijos, una vez integrados a la familia extensa salen de la misma por la razón que sea, dejando a las nietas y nietos conferidos - de hecho - para su cuidado y atención a las abuelas y abuelos, así como también a otra persona integrante de las familias como puede ser el caso de tías o tíos.

12. Familias Postmatrimoniales.

En la construcción de esta tipología de familias, he aseverado que en los casos del divorcio (o tal vez la separación cuando no existe vínculo matrimonial) lo único que disuelve es el vínculo matrimonial, no la familia ni sus lazos de unión e identidad, esto significa que las relaciones familiares en este nuevo modelo de familia 'postmatrimonial' no se agota en los vínculos entre los divorciados con sus hijos procreados en su matrimonio ahora disuelto, los propios divorciados se mantendrán en contacto por los diversos efectos que implica el divorcio, tanto en lo personal, familiar, social y económico; el matrimonio se disolvió pero no así, toda la serie de deberes, obligaciones, cargas, responsabilidades y derechos que la misma lleva consigo; relaciones familiares que también continuarán vigentes con los demás miembros de la familia extensa, -tías y tíos, primas y primos, abuelas y abuelos- quienes a pesar de la disolución del vínculo matrimonial, seguirán en contacto bajo nuevos mecanismos para lograr la convivencia.

Ante el conveniente del divorcio, es de suma importancia que cuano en la pareja unida en matrimonio, el divorcio es la solución más adecuada, lo que se da por terminado es, el matrimonio-, la familia subsiste por toda la vida.

13. Familias de personas en situación de calle.

Esta caracterización, tal como lo he referido en otros espacios, se presenta ante la existencia de las personas integrantes de la población callejera que carece de un domicilio en donde puedan cubrir sus necesidades básicas.

El crecimiento de las ciudades sin ninguna metodología que contemple los efectos de cualquier tipo, así como la crisis económica y familiar entre otras, son factores, sin ser determinantes, son condicionantes en la existencia y proliferación

19 Oliva Gómez, E.: "Las Familias", cit., p. 161.

de las niñas y los niños de la calle, quienes en colectivo se brindan el amor, cariño y protección que lamentablemente en sus familias nunca encontraron.

14. Familias de Pueblos Originarios.

Dice con gran razón el texto consagrado en la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos, que México es una Nación que tiene una composición pluricultural, haciendo referencia a la riqueza y diversidad de pueblos indígenas que tienen costumbres, tradiciones y una cultura que ha pasado de generación en generación y que se lucha por su conservación.

Todos y cada uno de estos pueblos tienen perfectamente identificadas sus tradiciones y cultura que es, quien determina las características y condiciones de su organización social y familiar, así entonces, todo tipo de organización familiar sustentado bajo las bases históricas y culturales de los pueblos indígenas, requiere de su urgente reconocimiento, respeto y reglamentación en la norma jurídica.

15. Familias Poliamorosas.

Modelo de familia también identificado como "familias de coexistencia", o "familias paralelas", son aquellas en las que, un miembro de la familia (o tal vez ambos), ya sea el esposo o la esposa, el concubino o la concubina, mantiene, a pesar de la existencia previa de un grupo familiar, diversa unión en la que sus intenciones es la constitución de otro grupo familiar.

"En el sistema jurídico mexicano, ningún Código Civil y/o de Derecho de Familias reconoce la posibilidad jurídica de mantener la vigencia simultánea en la misma persona de dos relaciones familiares como las descritas –poliamorosas-, no obstante ello, en los últimos años se han dado muestras jurídicas importantes, tanto legislativas como judiciales, de un avance significativo en el reconocimiento de la coexistencia legal de dichas relaciones; la realidad en estos supuestos se está imponiendo al discurso jurídico consignado en las leyes"[20].

16. Consideraciones finales en torno a la tipología de familias.

Es importante destacar que, los modelos y formas familiares que he descrito en la tipología propuesta, presentan en cada uno de ellos, variantes sustantivas en su estructura, dinámica y organización, resultando con ello, una gran diversidad de variantes dentro de un mismo tipo o modelo de familias, cada una con elementos en su estructura propios y diferentes a las demás familias que en el supuesto se agrupen en el mismo tipo o modelo, así se pueden tener por ejemplo, familias de iniciación temprana o familias de iniciación tardía; familias que se desarrollan

20 Oliva Gómez, E.: "Las Familias", cit., p. 171.

bajo la misma cohabitación o bien, sin cohabitación (compartida); familias con procreación o familias sin procreación; familias con procreación temprana o familias con procreación tardía; familias con procreación natural o familias con procreación bajo el uso de las técnicas de la reproducción humana asistida, y en fin, una interminable diferenciación dentro de cada una de ellas.

A manera de mayor claridad en lo expuesto, cabe reiterar que esta diversidad de formas y características en su estructura hace que se cuente con la existencia, por ejemplo, de familias matrimoniales de iniciación temprano o de iniciación tardía; familias matrimoniales con procreación o sin procreación; familias matrimoniales con procreación temprana o con procreación tardía; familias matrimoniales con cohabitación o sin cohabitación; familias matrimoniales con procreación natural o bien, con procreación mediante el uso de las técnicas de la reproducción humana asistida; familias matrimoniales donde los progenitores se encargan del cuidado, educación y atención de sus hijas e hijos procreados o bien, los dejan confiados a abuelas y abuelos.

Desde luego que cada variante constituye nuevas formas familiares y con ello, toda una complejidad en su concepción y reglamentación, por la reunión de diversos sistemas; todo ello constituye, como lo he referido, las nuevas fronteras del Derecho de Familias y reclama la urgente lectura en su conformación.

III. LA URGENTE REGLAMENTACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE LAS NUEVAS FORMAS, TIPOS Y MODELOS DE FAMILIAS EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS. RETOS Y DESAFÍOS.

Se ha presentado en las líneas que anteceden, una serie de modelos y tipos familiares que coexisten en la dinámica social y que requieren desde luego, tanto su reconocimiento, como reglamentación y protección legal en los sistemas jurídicos; la urgente protección legal no puede esperar puesto que, en la dinámica social, esta diversidad de modelos y tipos de familias están presentes, son un hecho real y deben ser visibles para la normatividad jurídica; el reto y desafío es grande: no reconocerlas legalmente, además de ser una discriminación, constituye una violación a los Derechos Humanos.

En este apartado es importante precisar que, si bien todos los modelos y formas familiares que han sido expuestas en el inciso que antecede y que conforman la propuesta que desde mi perspectiva he presentado, en estas líneas quiero hacer mención, destacar y resaltar - tal vez por su presencia en el desarrollo social actual -, a dos tipos de familias que de manera breve han sido descritas, estas son, las familias reconstituidas y las familias poliamorosas, sobre las cuales se presentan

una serie de consideraciones y reflexiones, así como los retos y desafíos que el Derecho de Familias debe enfrentar para su reconocimiento.

1. Familias reconstituidas: Retos y desafíos en su reglamentación.

Han quedado ya determinadas de forma precisa las características y condiciones de este modelo de familias, ahora bien, es necesario presentar las siguientes reflexiones por las cuales desde mi perspectiva considero urgente su debido reconocimiento.

En el Código Civil para la ciudad de México se dispone de manera textual en su artículo 292 lo siguiente: "Artículo 292. La ley sólo reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil"; se dispone además en el artículo 294 que: "El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre los cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos".

Por su parte, en el capítulo respectivo del Código Civil que regula los Alimentos, en ningún momento se establece la obligación de dar alimentos por efectos del parentesco por afinidad.

Por otra parte, en el mismo orden, en el capítulo respectivo a la sucesión legítima, en el artículo 1603 de manera expresa se establece que: "El parentesco de afinidad no da derecho de heredar".

La reglamentación vigente contenida en el Código Civil para la Ciudad de México y válgase señalar, prácticamente reglamentada de la misma forma en todo el país, desconoce la sucesión legítima en el caso del parentesco por afinidad.

Cuando una persona decide unirse a una familia ya constituida anteriormente, es porque, seguramente, existen una serie de sentimientos serios, profundos, verdaderos y bien pensados, en dichas condiciones, la persona que se une a esta familia se encuentra convencida, o así debe ser, de que el amor, cariño, cuidados y atenciones no solamente los brindará a la pareja, estos sentimientos se harán extensivos a las hijas o hijos de la persona a la que se une, es difícil tratar de entender lo contrario.

Es necesario recordar y precisar que, en las familias reconstituidas, una persona decide unirse mediante el matrimonio o concubinato (o mediante cualquier otra propuesta de constitución de las familias) con otra persona, quien, anteriormente mantuvo una relación que constituyó una fuente de las familias. En esta nueva relación podrán por tanto existir hijas e hijos propios de la primera relación.

En este caso la nueva pareja entrará en un vínculo de parentesco por afinidad con las hijos o hijos de la persona con la que se une, entre quienes seguramente se brindarán de manera recíproca, afecto, cariño, amor y toda una serie de sentimientos sin importar la existencia o falta de ella de un origen biológico y de un reconocimiento legal; esto es, la relación que se dará entre las hijas o hijos de la nueva pareja será, seguramente, como si se tratara de hijas e hijos biológicos y por parte de ellos, como si se tratara de su padre o madre biológico, aunque en la realidad jurídica y material no exista tal vínculo y para las leyes, el vínculo solamente sea de un parentesco por afinidad.

Cuando la relación jurídica entre ambas personas solamente reconoce un parentesco de afinidad, de acuerdo a la reglamentación vigente, no existirá entre ambos una obligación jurídica de alimentos, así como tampoco constituirá un supuesto para la sucesión legítima.

Esto provoca en la realidad jurídica una total inexistencia de relación familiar entre ambas personas. ¿Será correcto que entre ambas personas no exista sucesión legítima? ¿Será correcto que entre ambas personas no existe el reconocimiento del deber alimenticio recíproco?

En el hecho real, en el facto, la sociedad califica dicha relación bajo la denominación peyorativa y despectiva de "madrastra-padrastro" e "hijastra-hijastro"; así queda calificada la relación entre dos personas en las que, tal vez a pesar de no existir vínculo de parentesco consanguíneo, los afectos, sentimientos, cariño y dependencia puedan ser los afectos más determinantes e importantes en sus vidas, no obstante ello, la ley no considera de forma alguna tales condicionantes y deja en el olvido jurídico cualquier tipo de reglamentación.

Indudablemente es urgente, necesario y de una verdadera justicia familiar el superar tales debilidades y que, las relaciones que surgen con motivo de las familias reconstituidas constituyan una fuente de los deberes y obligaciones jurídicas en las relaciones jurídicas familiares en el Derecho de Familias; estamos frente a las relaciones afectivas que surgen por efectos de los actos de crianza y deben ser reconocidos y reglamentados jurídicamente.

No existe congruencia alguna cuando por una parte se dice que se reconocen las familias reconstituidas, sin embargo, por otra parte, al revisar la normatividad, nos encontramos que entre las personas en que se presenta dicha relación no existe vínculo jurídico.

Los miembros de las familias reconstituidas tienen la misma carga emocional, afectiva y de sentimientos y cariño que pueda existir entre los parientes biológicos y por lo tanto, tanto el derecho recíproco de alimentos como de sucesión legítima

deben ser reconocidos, máxime en una sociedad en la que, existen miles de familias constituidas bajo este modelo de familias; ese es el reto y gran desafío de las nuevas fronteras del Derecho de Familias.

2. Familias poliamorosas. Retos y desafíos en su reglamentación.

Cierto es que en las convenciones sociales más conocidas y aceptadas y sobre las cuales por mucho tiempo existió un consenso efectivo, en la composición de las familias se reconoció como característica fundamental la organización familiar sustentada en las propuestas y características de la monogamia; así se ha desarrollado el mundo (de corte occidental) por mucho siglos, no obstante ello y a pesar de la carga histórica y cultural, en las últimas décadas, retomando prácticas que en épocas anteriores existieron, en el hecho real se vienen presentando la adopción de relaciones poliamorosas, esto es, donde es posible la presencia de prácticas poligámicas, bien sea por la existencia de la relación de un hombre con varias mujeres o bien sea, por la relación entre una mujer con varios hombres.

Esta tendencia, considero, en el sistema jurídico mexicano puede ser visible en la actualidad en tres momentos determinados, estos son los siguientes:

I) El primer momento es de tipo legislativo y se da por efectos de lo que se encuentra reglamentado en la Ley para la Familia del Estado de Coahuila, vigente desde el año 2015, en la que se reconoce como fuente de la obligación alimentaria, la coexistencia de una segunda relación de tipo afectiva, sentimental e íntima, como la que se practica en las uniones matrimoniales o concubinarias.

El artículo 284 de la ley citada establece expresamente que: "las personas unidas por una relación de pareja estable, independientemente del estado civil de cada una de ellas, tienen la obligación recíproca de darse alimentos…"; para lo cual se disponen de manera precisa las circunstancias que deben presentarse para dichos efectos, estas son:

"I. Que la relación de pareja esté fundada en la afectividad, el consentimiento y la solidaridad libremente aceptada;

II. Que tengan una relación de convivencia estable, aunque concurran, con respecto al deudor alimentista, diversas formas de convivencia como el matrimonio o el concubinato;

III. Que se acredite que existe dependencia económica".

Indudablemente lo establecido en la legislación del Estado de Coahuila en su artículo 284 es claro: se dispone y mandata la obligación alimentaria en el caso

de aquella persona que, estando unido en matrimonio o concubinato, mantiene una segunda relación con diversa persona, esto es, una relación afectiva, íntima y estable que se lleva a cabo, con independencia de existir vigente un estado civil como puede ser el concubinato o matrimonio, quedando obligado a otorgar alimentos a favor de la persona con quien se mantiene esta relación.

Lo dispuesto en la legislación en revisión, constituye el reconocimiento de la coexistencia de ambas relaciones familiares y con ello, el reconocimiento de las familias poliamorosas.

2) Un segundo momento se presenta cuando la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Amparo Directo en Revisión 3727/2018 de fecha 2 de septiembre de 2020, manifiesta de manera expresa, argumentando, aceptando y resolviendo el reconocimiento legal de las familias poliamorosas al momento de reconocer como válida la coexistencia legal al mismo tiempo, de dos relaciones familiares, esto es, el reconocimiento legal, con deberes y obligaciones que le corresponde a una persona que estando unida en matrimonio, mantenga otra relación con persona distinta en una unión de tipo concubinaria –al margen de que de acuerdo al concepto legal del concubinato, ello no podría ser posible-.

En la sentencia indicada la Corte dice que: "No es óbice a lo anterior, el que el concubinato en sí mismo sea una figura que se entienda equiparada al matrimonio […], y por ello concluir que entonces no pueden subsistir en una misma persona […] en tanto que la realidad indica que sí es posible la coexistencia de ambas figuras […] por ello es pertinente reconocer dichas realidades, y precisamente ante la coexistencia de ellas, la ley no puede privilegiar solo un modo de convivencia en pareja, y decantarse por otorgar consecuencias jurídicas solo al matrimonio, como sucede en el caso del artículo que se analiza".

Desde luego la Corte ha dado un gran paso al reconocer una coexistencia de ambas relaciones y con ello, el establecer deberes y obligaciones jurídicas, con ello, se marca un referente y precedente de suma importancia en el avance del reconocimiento de dichas relaciones.

3) El tercer momento es producto de la resolución pronunciada por el Juzgado Octavo de Distrito en materia de Amparo Civil, Administrativo y de Trabajo y Juicios Federales en el Estado de Puebla, quien al pronunciar su resolución en el juicio de amparo 1227/2020, argumentando la no discriminación por preferencias sexuales, refiere que con relación a las relaciones compuestas por más de dos personas de forma simultánea, conocidas comúnmente como "relaciones poliamorosas", las cuales no fueron incluidas en el ámbito promocional estatal, dejando un silencio normativo que las excluye de su regulación. La postura expuesta es contundente al ya hacer visible este tipo de relaciones familiares.

Los tres momentos precisados, uno legislativo y dos judiciales ponen de manifiesto los avances que se han dado en el tema en México y que, dentro del imaginario de los órganos de poder, así como en su análisis y postura legal, ya se inicia un trabajo que considera la existencia de las relaciones poliamorosa e inclusive, en el que se observa la regulación en su favor (en términos parciales), pero que desde luego solamente es aplicable en los casos particulares, siendo lo cierto que aún hay mucho trabajo pendiente por realizar.

Así las cosas, las familias poliamorosas se posicionan de manera gradual dentro de la reglamentación jurídica del sistema jurídico mexicano y tal vez, en un futuro no lejano se pueda encontrar su reglamentación legal.

IV. REFLEXIONES FINALES.

Sin lugar a dudas las reflexiones que se han expuesto en el desarrollo del presente trabajo de investigación ponen de manifiesto la urgente necesidad en los sistemas jurídicos en relación con el reconocimiento a la gran diversidad de modelos y tipos de familias en que hoy transita la sociedad humana.

Es una urgente prioridad el reconocimiento en los sistemas jurídicos el reglamentar las nuevas formas en que se constituyen las familias en la organización social, puesto que, dichas formas son las que hoy en día se viven y bajo las cuales la sociedad interactúa, se conforma y desarrolla.

El silencio y la omisión es la más fatal de las posturas ante las existencias reales que presenta la organización social en el mundo global de este siglo.

Como asevera Ballarin, "repensar el derecho a partir del acontecimiento antes que del razonamiento o, en otras palabras, a partir del sufrimiento individual de cada persona antes que de la idea abstracta de justicia, nos impone ver y escuchar la voz de los propios protagonistas en primera persona"[21]; la justicia de las familias no puede esperar y, la justicia de inicio es el reconocer la diversidad de formas, tipos, modelos y estructuras en que hoy transitan y se conforman las familias en todo el mundo; ese es el gran reto del Derecho de Familias y esas son las fronteras que se deben enfrentar.

21 Ballarin, S.: "La Transversalidad", cit., p. 247.

BIBLOGRAFIA.

Ballarin, S.: "El Derecho a la fraternidad como núcleo de reflexión jurídica", en AA.VV.: *Derecho de Familia. Nuevos Retos y Realidade*s (autores M. Herrera, Víquez Vargas, S. et. al.), Investigaciones Jurídicas IJSA, Costa Rica, 2021.

Beck-Gernsheim, E.: *La reinvención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, 2ª edición publicada en alemán., Traducción de Pedro Madrigal, Paidós, España, 2003.

Bernal Suárez, J. B.: *Derecho humano a la familia. Retos y alcances en el siglo XXI*, Gedisa Editorial-Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2017.

Flores Salgado, L. L. y Bautista Yllanes, G.: "Los retos regulatorios del Derecho Familiar en el siglo XXI en México", en AA.VV.: *Derecho Familiar Constitucional* (coord. por L. Pérez Gallardo, C. M. Villabella Armengol, G. Molina Carrillo), Grupo Editorial Mariel, México, 2016.

Lasarte, C.: *Principios de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomo Sexto, 14ª edición, revisada y actualizada, Marcial Pons, Madrid, 2015.

Oliva Gómez, E.: *Derecho de Familia*s, Tirant lo Blanch, México, 2022.

Oliva Gómez, E.: "El tránsito del concepto de Derecho de Familia al concepto de Derecho de Familias o Derechos de las Familias. Su construcción jurídica y cultural en el siglo XXI", en AA.VV.: *Congreso Internacional de Derecho Civil Octavio Centenario de la Universidad de Salamanca,* Libro de Ponencias, (coord. por E. Llamas Pombo), Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2018.

Pérez Fuentes, G.M., Cantoral Domínguez, K., Rodríguez Collado, M. del C.: *La Maternidad Subrogada*, Tirant lo Blanch, México, 2017.

Pliego Carrasco, F.: *Estructuras de familia y bienestar de niños y adultos*, Consejo Editorial H. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, México, 2017.

Ponce Alburquerque, J.: *Familia, conflictos familiares y mediación,* Biblioteca Iberoamericana de Derecho, UBIJUS-México, Reus-España, 2017.

Tejedor Muñoz, L.: "El acogimiento en el sistema español de protección a la infancia y a la adolescencia", en AA.VV. *Temas Selectos 4. Hacia el ámbito del derecho familiar,* (coord. por E. Oliva Gómez, R. Tapia Vega, F. J. Jiménez Muñoz, E. N. Hernández Castelo). UAEM-Eternos Malabares, México, 2017.

VARA, O.: "El Estado y la familia en las sociedades modernas", en AA.VV.: *El Estado como rival de la familia*, (editor F. J. CONTRERAS), CEU Ediciones, Dykinson, España, 2015.

VARGAS, D.: "Efectos de la pandemia en la familia", en AA.VV.: *Cambiar el rumbo: el desarrollo tras la pandemia* (coord. por R. CORDERA y E. PROVENCIO), UNAM, México, 2020.

LA FIGURA DEL ALLEGADO

THE FIGURE OF THE CLOSE FRIEND

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2378-2403

Francisco
PÉREZ DEL
AMO

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: El profundo proceso de transformación en las costumbres y en las nuevas formas de vida ha conllevado una continua modificación de nuestro derecho de familia. La reconfiguración de la institución familiar nos conduce a una revisión de su entorno social, cultural y jurídico. La necesidad del estudio de la figura del allegado y su adecuación a nuestro ordenamiento surgen en este contexto. El allegado puede ser un elemento necesario a tener en cuenta al regular el derecho de relación con el menor, siempre en aras de favorecer su interés y su derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

A lo largo de este artículo se busca una revisión jurisprudencial de esta figura a fin de delimitar qué se entiende por allegado respecto de otras figuras afines, así como analizar el derecho de relación con el menor y la extensión y duración de este derecho.

PALABRAS CLAVE: Allegado; menor; pariente, derecho de relación; régimen de visitas; régimen de comunicación.

ABSTRACT: *The profound process of transformation in customs and new ways of life has led to a continuous modification of our family law. The reconfiguration of the family institution leads us to a revision of its social, cultural and legal environment. The need to study the figure of the close friend and its adaptation to our legal system arises in this context. This related person may be a necessary element to take into account when regulating the right of relationship with the minor, always in the interests of favouring their interests and their right to the free development of their personality (art. 10.1 CE).*

Throughout this paper, a case law review of this figure is sought in order to delimit what is understood by close friend with respect to other related figures, as well as to analyse the right of relationship with the minor and the extension and duration of this right.

KEY WORDS: *Close friend; minor; relative; right of relationship; visiting arrangements; contact regime.*

SUMARIO.- I. EL ALLEGADO Y EL DERECHO DE RELACIÓN CON EL MENOR. - II. LA DOCTRINA DEL TEDH. - III. LA EXTENSIÓN DEL DERECHO DE RELACIÓN CON ABUELOS, PARIENTES Y OTROS ALLEGADOS. - IV. DIFERENCIACIÓN DE PARIENTES Y ALLEGADOS. - 1. Afines, allegados y fallecimiento del cónyuge. - 2. Afinidad en los tíos, familiares políticos, hermanastros y allegados. - 3. Afines, allegados y la disolución del matrimonio por divorcio. - 4. Afines, allegados y la disolución del matrimonio por fallecimiento. - 5. Filiación impugnada. - 6. Paternidad por complacencia. - 7. Anterior pareja de la madre biológica como allegado. - 8. La adopción abierta. - 9. El ex acogedor familiar. - 10. Familias reagrupadas. - V. MODIFICACIÓN O SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE RELACIÓN.

I. EL ALLEGADO Y EL DERECHO DE SU RELACIÓN CON EL MENOR.

La evolución de nuestro derecho de familia es resultado de los cambios en las costumbres y en las nuevas formas de vida. La propia concepción dinámica de la institución familiar ha llevado a replantearse una extensión de su entorno social y cultural y, por ende, también jurídico[1].

La figura del allegado y su encaje jurisprudencial es una muestra más de esta tendencia. Introducido por primera vez en nuestro ordenamiento a través de la Ley 11/81, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, ha ido creciendo en importancia en la práctica hasta el punto de ser un factor subjetivo necesario a tener en cuenta al regular el derecho de relación del menor, siempre con el fin de favorecer su interés y su derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En esa medida, esa relación aspira a salvaguardar el interés superior del menor de edad, tal y como explícitamente hoy proclama el art. 2 de la LO 1/1996, 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil., al reconocer a ese interés como prioritario y preferente en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público, como en la esfera privada.

Conocido es que, en el contexto social actual, se ha generado una multiplicidad de modelos de familia y es en este marco donde la figura del allegado puede jugar

1 En este sentido vid. Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Familia, sociedad y derecho"; en AA.VV.: *Curso de derecho civil (IV) Derecho de familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer Madrid, 2021, pp. 23-38. Se habla de una tendencia a la subjetivización del derecho de familia, dejando de ser contemplado como una realidad natural objetiva y virando hacia un determinismo subjetivo, conforme a la voluntad individual o público-social.

• Francisco Pérez del Amo
Doctorando, Alma Mater Studiorum Università di Bologna/Universidad de León.
E-mail: francisco.perez6@unibo.it

un rol activo, reconocible desde un punto de vista jurídico, más allá de un mero vínculo fáctico de afectividad[2].

La doctrina de nuestro Tribunal Supremos (TS) así lo ha ido reconociendo. Por ejemplo, en la STS 12 mayo 2011[3] se busca establecer y garantizar un régimen de visitas del menor de edad con aquellas personas que forman parte del ámbito social y afectivo del menor y que en un determinado momento dejaron de estarlo. Pero ese nexo puede llegar incluso a desempeñar un papel especial a la hora de evaluar la existencia de la exigida posesión de estado del art. 131 CC. Tal es el supuesto de la STS 5 diciembre 2013[4], donde se plantea una acción de reclamación de filiación por parte de la anterior conviviente de la madre biológica, al haberse acreditado su consentimiento previo al nacimiento del niño mediante técnicas de reproducción asistida, así como una manifestación de voluntad conjunta de la pareja de sus deseos de concebir un hijo.

Hemos de observar que la primera mención del término allegado, respecto al reconocimiento de un derecho de relación con el menor, tuvo lugar con la Ley 11/1981 (art. 161 CC). Desde un concepto de familia in extenso, se dota al allegado de una cierta función tuitiva respecto del menor en vista de los artículos 39 y 10.2. CE. De este modo, bajo la dicción anterior del art. 161 CC se realizaba una distinción entre el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos menores y la relación que pudiera mantener esos menores con sus parientes y allegados.

Bajo este marco legal, con las sucesivas modificaciones de los años 2003 y 2005, se buscaba ofrecer una garantía a los progenitores no guardianes del derecho de relación con sus hijos en virtud de los deberes derivados de la titularidad de la patria potestad (art. 154 CC y 39 CE). Tras la reforma del Código Civil por la Ley 42/2003, se extenderá explícitamente a los abuelos un derecho de comunicación y visitas (arts. 94.2 y 160 CC). Con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el art.160 CC hoy también reconoce expresamente ese derecho de relación con el menor a los hermanos, además de a otros parientes y allegados; lo que induce a pensar que, en este marco, prima no tanto una relación de estricto parentesco, cuanto de afectividad[5] en la que se busca la satisfacción del interés del menor.

Sin embargo, el aspecto especialmente relevante de la actual redacción del art. 160 CC es la inversión de la concepción anterior, pilar de este esquema de

2 De la Iglesia Monje, M.I.: *El Allegado. Su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor*, Dykinson, 2021, p. 22.

3 STS 12 mayo 2011 (RJ 2011, 3280).

4 STS 5 diciembre 2013 (RJ 2013, 7640).

5 Tamayo Haya, S.: *El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas,* Madrid, Reus, 2009, p. 1-216.

relaciones, pues, ahora, no es un derecho de los padres el relacionarse con sus hijos, ni un derecho de los parientes o de los allegados del menor el mantener un vínculo con él, sino un derecho del propio menor.

Con anterioridad a este cambio de paradigma normativo, podíamos observar que este derecho de relación con el menor se fundamentaba como un derecho-deber tuitivo propio de la relación paternofilial (art. 39.3. CE). No obstante, como señala DÍEZ GARCÍA[6], este derecho presentaba una problematicidad particular. En primer lugar, porque este derecho de relación era extensible a sujetos que carecían de la patria potestad, como los abuelos, parientes o allegados. En segundo lugar, porque este derecho de relación era reconocido también a aquellos progenitores que no ejercían la patria potestad. Y, en tercer lugar, debe señalarse que no existiría una motivación justificada para el reconocimiento de dicho derecho de relación al resto de parientes y, en mayor medida, a personas cuyo vínculo con el menor era exclusivamente afectivo, como era el caso de los allegados.

La inversión de este derecho relacional basado en el menor de edad encontraría una justificación más acorde al bien jurídico por el que se ha de velar con el reconocimiento de este derecho: el interés del menor. Así, se puede observar cómo el art. 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) reconoce el derecho del menor, separado de uno o ambos progenitores, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos regularmente, a excepción de que estas sean contrarias al interés superior del niño. Igualmente, el art. 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño (DOUE, nº C 241, de 21 de septiembre de 1992) dispone que, en los casos de separación de hecho, separación legal, divorcio o nulidad del matrimonio, el menor tiene derecho al contacto directo y permanente con sus padres, salvo que el órgano competente del Estado miembro lo estime incompatible para la salvaguarda de los intereses del niño.

De lo anterior se deduce que el derecho de relación del menor es un derecho del propio titular relacionado con el ejercicio de otros derechos, tales como, el derecho a la vida familiar, el derecho a ser educado en el propio entorno familiar y, en definitiva, con el derecho a disfrutar de su derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En esa medida, la Ley 26/2015 trajo consigo un cambio de modelo legislativo en la configuración de este derecho relacional, desvinculando al mismo de la esfera jurídica relativa a la patria potestad y dotándolo de un carácter prioritario, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 LO 1/1996.

6 Díez García, H.: "El régimen jurídico del derecho del menor a relacionarse con sus padres, abuelos, hermanos, parientes y allegados en el artículo 160 del Código Civil español", en AA.VV.: *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez: Perspectivas de derecho comparado* (ed. por N. González Martín), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, p. 47-84.

Teniendo presente lo anterior, este derecho a la vida familiar del menor abarcaría un plano más extenso que el del mero ámbito paternofilial. Con el mismo se busca salvaguardar el interés del menor, en su derecho a relacionarse con aquellos otras personas con los que mantiene un especial vínculo afectivo y de confianza. Como aduce el Tribunal Supremo en la citada STS 12 mayo 20211 [7], el menor no puede verse privado de la relación y comunicación con las personas que le son cercanas desde un punto de vista humano y afectivo. En consecuencia, el interés del niño "obliga a los Tribunales a decidir que el niño tiene derecho a relacionarse con los miembros de su familia, con independencia de que entre ellos existan o no lazos biológicos". Incluso en aquellos casos en los que se establece el derecho-deber de relación de los padres con los hijos sustentando en la filiación, éste también se observaría como una garantía para el desarrollo pleno de la personalidad del niño.

Así, el derecho de relación del menor con sus padres, abuelos, demás parientes y allegados presenta su fundamentación. Si bien, de conformidad con el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), este respeto a la vida familiar y a las relaciones con el menor ha de ser reconocido igualmente a estos últimos. Dicho derecho sería modulado en virtud del bien jurídico último por el que se ha de velar: el interés del menor y su derecho a su pleno desarrollo personal (art. 2 LO1/1996). De esta manera, no pueden entenderse como meros derechos subjetivos del titular. Concretamente, para padres, parientes y allegados, su función principal va encaminada, por tanto, a satisfacer el interés superior del menor. Es por ello por lo que podemos entender este derecho como un derecho-deber función con una finalidad altruista[8]. No obstante, en el supuesto de los allegados, nos encontraríamos ante un derecho-deber, no tanto en lo referente a la obligatoriedad de tener relaciones que el propio Código Civil restringe a los supuestos en que se dé el consentimiento, sino desde la perspectiva del interés primordial del menor y de la subordinación del régimen funcional de relaciones al beneficio inminente de este último[9]. En ese sentido, el art. 160 CC proyecta así un esquema de derechos-deberes, cuyo fin último no está dirigido a la satisfacción de los derechos de padres, parientes y allegados, sino que tiende a dar debido cumplimiento a las necesidades educativas y afectivas en pos de un desarrollo armónico y equilibrado[10] .

7 STS 12 mayo 20211 (RJ 2011, 3280).

8 Si bien otras interpretaciones doctrinales, vid. Díaz alabart, S. "El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados", *Revista de derecho privado*, 2003, vol. 87, núm. 3, p. 345-371, plantean éste como un derecho-deber exclusivamente para el caso los padres en atención de la patria potestad, siendo por tanto una obligación del deber de estar con los hijos y la protección de los mismos.

9 Ordás Alonso, M.: *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de* edad, Wolters Kluwer España, 2017, p. 27.

10 SAP Córdoba, 13 mayo 2004 (JUR 2004, 199432)

II. LA DOCTRINA DEL TEDH.

La doctrina del TEDH resulta de sumo interés a la hora de analizar la figura del allegado, dentro de esa relación de cuasi familiaridad que justifica el derecho-deber de su relación con el menor de edad.

El TEDH ha manifestado de forma reiterada que el ámbito de protección y defensa del derecho a la vida privada y familiar, recogida en el citado art. 8 CEDH, compele a las autoridades públicas a adoptar una serie de medidas que garanticen el derecho del menor de edad a reunirse con sus progenitores (STEDH 5 diciembre 2002 –caso Hoppe contra Alemania-[11]; STEDH 23 septiembre 2003– caso Hansen contra Turquía-[12]). Estas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas dirigidas a asegurar el respeto por la vida familiar, también en el ámbito de las relaciones entre individuos y así, entre ellas, estarían, tanto el diseño de un marco que regule el procedimiento de adjudicación y ejecución de las medidas de protección de los derechos individuales, como la puesta en marcha, donde fuera necesario, de medidas específicas (STEDH 23 junio 2005 –caso Zawadka contra Polonia-)[13].

El Tribunal de Estrasburgo no ha resultado ajeno al recurso a la figura del allegado. Por ejemplo, en la STEDH 14 junio 2007-Caso Hachette Filipacchi contra Francia-[14] se reconoce expresamente el derecho a preservar la intimidad y la vida privada, tanto de los familiares de un menor como, por extensión, de sus allegados. En este caso, se examinan los posibles daños producidos a la familia tras la publicación en un medio de comunicación de las fotografías de un prefecto de la República francesa asesinado, sin consentimiento de la misma, al haberse producido una violación del deber de protección de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH).

Pero tampoco faltan los casos en los que, partiendo de un concepto de familia in extenso, se ampara la relación del menor con otras personas a las que hubiera estado vinculado por un lazo de especial afecto y de confianza. Por ejemplo, la STEDH 17 enero 2012-caso Kopf and Liberda contra Austria-[15] estima que la denegación del régimen de comunicación de los padres de acogida del menor de edad supone una violación del art. 8 CEDH. Dispone que el derecho a la vida privada y familiar del menor no está limitada únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y que se deben tener en cuenta otras «familias» de facto. Los estrechos lazos de afecto que unen al niño con su familia de acogida,

11 STEDH 5 diciembre 2002 (TEDH 2002, 72).

12 STEDH 23 septiembre 2003 (TEDH 2003, 54).

13 STEDH 23 junio 2005 (TEDH 2005, 69).

14 STEDH 14 junio 2007 (JUR 2007, 141492).

15 STEDH 17 enero 2012 (JUR 2012, 14910).

la preocupación real de estos por su bienestar y el deseo de continuar con dicha relación nos conduce a situar a los padres de acogida dentro de ese concepto de familia extensa en condición de allegados.

Así mismo, en la STEDH 27 enero 2015-caso Paradiso y Campanelli contra Italia-[16] se ha reconocido que el derecho a vida privada incluye el derecho de la persona a desarrollar relaciones con sus semejantes. En el caso analizado se resuelve con relación al rechazo por parte del ordenamiento italiano del reconocimiento de la filiación de un hijo nacido por gestación subrogada. La ausencia de reconocimiento, por la existencia de datos claros que evidenciaran la vinculación genética con sus progenitores llevó a la retirada del menor de su entorno familiar. El TEDH estima el carácter extremo y lesivo de esta última medida dadas las circunstancias familiares, pues, pese a la ausencia elementos de reconocimiento de la filiación acordes a la ley italiana, se produce una situación en la que el menor presenta vínculos familiares de hecho con los demandantes. De este modo, se estima que el derecho a la vida privada y familiar del menor no había sido suficientemente ponderado, ni amparado, a la vez que se reconoce un vínculo de afectividad con la nueva familia de acogida.

Igualmente, en la STEDH 12 noviembre 2020-caso Honner contra Francia-[17], se resuelve sobre el régimen de visitas a un menor de la pareja de su madre biológica tras la ruptura de la relación. El Tribunal reconoce los vínculos de la anterior pareja de la madre con el niño en calidad de allegado. Determina, por tanto, en esa medida, que un allegado estaría inmerso en la esfera del concepto de familia extensa y que, por tanto, resultaría incluible en el ámbito del art. 8 CDH.

En consecuencia, se aprecia la figura del allegado en un contexto donde se generan lazos familiares de facto, en el que las partes pueden mantener relaciones similares a las propias de la institución matrimonial, pero también cohabitar fuera de cualquier relación marital o mantener una relación afectiva de suficiente constancia en la que se dan otros factores afectivos. Así, se reconoce la "existencia de una vida familiar de facto entre un adulto o adultos y un menor no existiendo vínculos biológicos o una relación reconocida judicialmente, siempre y cuando exista vínculo personal efectivo".

Con respecto al supuesto concreto, el TEDH reconoce, por tanto, la condición de allegado a la anterior pareja del cónyuge, fundamentado en ese lazo de afectividad que le unía con el menor. Si bien, en atención del deber de salvaguardar el interés superior del menor, no estima que la negativa de los tribunales franceses

16 STEDH 27 enero 2015 (TEDH 2015, 17).

17 STEDH 12 noviembre 2020 (TEDH 2020, 170).

a establecer un régimen de visitas al menor vulnere el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH).

El ámbito de aplicación del art. 8 CEDH abarcaría, por tanto, todas aquellas situaciones de relación con el menor desarrolladas en el marco de la vida privada y familiar con carácter extensivo. Los vínculos con abuelos, hermanos, tíos, etc., así como con aquellas personas de su entorno, desarrollados con vínculos afectivos, reales y profundos, que se han mantenido y/o se mantienen con el menor. Como apunta el Tribunal de Estrasburgo, el objeto fundamental del art. 8 CEDH está dirigido a la prevención de las injerencias arbitrarias de los poderes públicos en este estricto ámbito privado. No obstante, la mera ausencia de intervención del Estado no es suficiente, sino que de este precepto derivan unas obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada o familiar. De ahí se deriva adicionalmente el deber de los poderes públicos de garantizar un marco jurídico adecuado y suficiente destinado a proteger el cumplimiento de las obligaciones positivas del art. 8 CEDH (STEDH 22 noviembre 2005-caso Reigado Ramos contra Portugal-)[18].

III. LA EXTENSIÓN DEL DERECHO DE RELACIÓN CON ABUELOS, PARIENTES Y OTROS ALLEGADOS.

El fundamento teórico principal porque el que se reconoce el derecho de relación del menor con sus parientes y allegados es la salvaguarda del vínculo afectivo, emocional, e incluso, educativo, que puede haberse mantenido con ellos. Este interés ha de ser objeto de una valoración circunstanciada, en atención a la evaluación del interés del menor en el caso concreto (art. 2 LO 1/1996).

Ahora bien, como resulta posible intuir, el reconocimiento judicial de este derecho-deber de relación con el menor se materializa en los supuestos de quiebra de la normalidad familiar[19]. La ruptura de las relaciones de los progenitores con abuelos, parientes y otros allegados sería el elemento habilitante a la hora de reconocer y garantizar ese derecho de relación.

En los artículos 90 y 94 CC se destaca la figura de los abuelos en los casos de conflictos o crisis matrimoniales en aras de la protección y salvaguarda del interés del menor. En un plano social más alejado, pero de forma análoga, los allegados podrían incluso desarrollar dicha función. El propio art. 103 CC dispone que, en los supuestos de nulidad, separación o divorcio, se podría conferir funciones

18 STEDH 22 noviembre 2005 (TEDH 2005, 127).

19 Muñoz Rodrigo. G.: "El régimen de visitas, comunicación y estancia" en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. por J. R. de verda y beamonte), Tirant lo Blanch. Valencia, 2022, pp. 205-236.

tutelares a abuelos, parientes u "otras personas allegadas", siempre ejercidas bajo supervisión judicial.

Junto con los padres, son los abuelos las personas con las que, en la mayoría de los casos, el menor desarrolla un vínculo afectivo mayor. Con este entendimiento, nuestro Alto Tribunal vino reconociendo el legítimo derecho de los abuelos a mantener un cercano trato personal con sus nietos, en virtud de su próxima relación de parentesco (STS 27 julio 2009[20] y STS 19 noviembre 2013[21]), tal y como ahora expresamente reconoce el Código Civil en su art. 160 CC.

Pero el art. 160 CC también hace extensible ese derecho-deber de relación a otros parientes y allegados. El precepto introduce unos términos caracterizados por su indefinición, al igual que adolece de toda determinación su alusión a las "relaciones personales". Esta calculada indefinición permitirá, como aduce el TS, conferir una mayor flexibilidad al juez a la hora de realizar un juicio ponderado y prudente, teniendo presente las circunstancias particulares del caso y el interés del menor (STS 28 junio 2004[22]). Pero, al tiempo, esa premeditada indeterminación induce a no pocas dudas acerca de quién, en el supuesto concreto, verá posibilitada una relación con el menor en el marco habilitador del art. 160 CC.

Toda apunta a que, a la hora de determinar quién merece la cualidad de pariente o de allegado a tales efectos, lo determinante será apreciar, no la existencia de un determinado grado de parentesco, sino la presencia de una ligazón personal y emocional con el menor.

Bajo esta línea de pensamiento, tal y como así afirma Guilarte Martín-Calero[23], cabe reputar por allegado a aquella persona que carece de un vínculo de parentesco con el menor y que mantiene, o ha mantenido, una relación estrecha con él, con un grado de intensidad equivalente a la posición que ocupaba en el modelo de familia en el que se desarrollaban estas relaciones. El allegado será, por tanto, una persona ligada al menor por una especial relación de confianza y afectividad, pudiendo incluso haber sido conviviente de este. De este modo, cabría encuadrar, dentro de esta figura, al cónyuge del abuelo, al cónyuge viudo del progenitor, a la pareja de hecho del padre biológico, etc. [24].

20 STS 27 julio 2009 (RJ 2009, 4577).

21 STS 19 noviembre 2013 (RJ 2013, 7447).

22 STS 28 junio 2004 (RJ 2004, 4321).

23 Guilarte Martín-Calero, C.: *La concreción del interés del menor en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 113-116.

24 Como apunta Rivero Hernández, F.: *El interés del menor*, Dykinson, 2007, p. 119., las relaciones con abuelos, parientes o allegados no tienen que caracterizarse por su simetría, ni en su forma de presentación (visita, comunicación, etc.) ni en el alcance o duración de estas. Debiendo ser los padres los que delimiten este derecho de relación, en atención su propio derecho-deber de velar por el interés del menor.

Sin embargo, en el caso del conviviente del progenitor del menor, vemos cómo éste puede llegar a desempeñar un rol mayor por razón de su especial vínculo y confianza con el menor, tal y como así admitió la citada STS de 12-5-2011. En la misma se reconoció un lazo afectivo consolidado de naturaleza maternal entre el menor y la expareja conviviente de su madre biológica. De este modo, demostrado el carácter de cercanía de la relación y observado el beneficio que dicha relación conllevaba para el pleno desarrollo del menor, el problema era entonces determinar la extensión de dicha relación. Finalmente, se llegó a la consideración de que las medidas a adoptar deberían ser las más adecuadas a la edad del sujeto, al objeto de favorecer el desarrollo progresivo de su propio control y de su evolución futura, atendiendo a su formación integral y a su integración familiar y social (ATS 3 mayo 2000[25]).

Por tanto, a tal fin, se habrán de utilizar una serie de criterios o parámetros; pautas que hoy nos proporciona el art. 2 LO 1/1996 y que, antes, ya fijó nuestro Tribunal Supremo[26]:

En primer lugar, ha de atenderse a las conclusiones de los distintos informes psicológicos. Dicho instrumental permite conocer la percepción del menor sobre esta relación en particular en los casos en los que su grado de madurez no permita una expresión explícita, y posibilitará sopesar los beneficios (o los perjuicios) que se podrían derivar del régimen de comunicación y estancia.

En segundo lugar, deben valorarse las condiciones fácticas que favorecen el régimen de comunicación y estancia, la proximidad de domicilios, la coordinación de la vida escolar con la laboral, etc.

En tercer lugar, el grado de intensidad de lazos de afecto es un elemento esencial a la hora de conceder una mayor o menor extensión del régimen de estancia, comunicación y visitas. Especialmente resulta relevante en los supuestos de paternidad o de guarda de hecho. En estos casos, la extensión de la relación deberá ser mayor, por cuanto que, en tal hipótesis, se presupone la existencia de una convivencia con el menor, resultando garantes de los cuidados y atenciones más básicas para con el menor. De esto se deduce que lo esencial es el grado de afectividad de la relación y evaluar en qué medida ésta resulta positiva para su interés.

En cuarto lugar, debe evaluarse la no interferencia de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y/o ejerciente de su guarda y custodia. El régimen de visitas habría de tener en cuenta las circunstancias personales de

25 ATS 3 mayo 2000 (RJ 2000, 3573).

26 STS 12 mayo 2011 (RJ 2011, 3280).

ese guardián y/o ejerciente. De tal modo que el reconocimiento de un eventual régimen de visitas al menor por parte de un allegado no podría ser un elemento que entorpeciera el ejercicio de estos deberes. De ser así, existiría una causa justa que podría impedir esa relación, de acuerdo con el tenor del mismo art. 160 CC.

De conformidad con este criterio, la STS 20 febrero 2015[27] sostiene que la existencia de conflictos entre padres y abuelos no debería ser un obstáculo a las relaciones de estos últimos con el menor. No obstante, este régimen de relaciones deber ser positivo y favorecedor del desarrollo integral del menor[28]. Adicionalmente, el malestar que puede generar a sus progenitores, en términos físicos o psicológicos, tampoco es considerado como una justa causa para impedir la relación con el menor. Se reconoce el derecho a relacionarse de abuelo y nieto, por sus efectos beneficiosos para ambos dentro de ese derecho-deber de relación, por lo que la causa no debe relacionarse con el hecho de que las relaciones con los abuelos sean mejores o peores para la salud de los progenitores, sino con la primacía del interés del menor (STS 20 octubre 2011 [29]).

No obstante, se reconoce la posibilidad de limitar o suspender el derecho de relación del menor con los abuelos[30], caso de que la relación se instrumentalice para generar animadversión hacia el titular de la patria potestad o para agravar las dificultades propias de las relaciones familiares[31]. En todo caso, debe el titular del derecho de relación respetar los criterios y pautas educativas fijadas por el titular de la patria potestad.

En quinto, y último lugar, resultará preciso tener en cuenta todos aquellos factores circunstanciales que sean convenientes para evaluar la extensión del régimen de visita, comunicación y estancia, siempre en interés del menor, de acuerdo con las pautas que marca el art. 2 LO 1/1996.

Las relaciones que surgen en atención a la demanda por parte de los abuelos, parientes y allegados de ese derecho de relación pueden ser objeto de modificación en su alcance a tenor de un cambio en las circunstancias y en atención al interés del menor, tal y como se detallará más adelante. Además, el transcurso del tiempo puede influir de forma determinante en el mantenimiento de la relación. Se deberá

27 STS 20 febrero 2015 (RJ 2015, 583).

28 En la STS 25 noviembre de 2019 (RJ 2019, 4972), se rechaza el régimen de visitas del menor con los abuelos justificado en las malas relaciones con los progenitores y en el mero riesgo posible de que estas relaciones puedan ser perjudiciales para el menor. Es criterio de nuestro Alto Tribunal, se ha de atender al preeminente carácter benéfico de la relación con el menor, con independencia del vínculo de parentesco (STS 27 septiembre 2018 (RJ 2018, 4242), STS 5 noviembre 2019 (RJ 2019, 4631).

29 STS 20 octubre 2011 (RJ 2011, 6843).

30 SAP Sevilla 11 marzo 2003 (JUR 2003, 193717).

31 No obstante, será aquel que impide el ejercicio de este derecho de relación el que ha de argumentar la justa causa para impedir el contacto del niño con el pariente o allegado, como establece el art. 160.2 CC, siendo el Juez el que deberá ponderar en ese eventual conflicto de intereses.

entonces prestar particular atención al interés, deseos y voluntad del menor (STS 11 noviembre 2005[32]) tal y como resulta del art. 154 CC, así como del art. 9.1.a) LO 1/1996, y se habrá de ponderar la razonabilidad de su opinión, puesto que no cabe identificar la voluntad expresada con lo que es su interés (STS 28 junio 2004[33]). Al alcanzar el menor un grado de madurez suficiente, su voluntad puede erigirse en un criterio decisivo a la hora de continuar o extinguir la relación surgida en virtud de los dispuesto por el art. 160 CC.

En suma, el abuelo, pariente o allegado dispone de una vía para la obtención del reconocimiento del derecho de relación con el menor, previsto en el art. 160 CC, pero este reconocimiento no predetermina la extensión del régimen de comunicación y estancia. La intensidad de la relación previa mantenida con el menor será el elemento clave a la hora de un dotar de un mayor o menor alcance a este derecho de relación con el menor de edad.

IV. DIFERENCIACIÓN ENTRE PARIENTES Y ALLEGADOS.

Parece obvio que, para el legislador, el allegado carece de la condición de pariente. Ni siquiera por afinidad. Cabría apreciar así que la afinidad de parentesco requiere un vínculo de mayor graduación, situándose la figura del allegado en una posición de menor cercanía al entorno familiar del menor. Conviene, pues, detenerse en la búsqueda de las posibles características distintivas que pudieran existir entre ellos[34].

1. Afines, allegados y fallecimiento del cónyuge.

Cabría preguntarse si resulta posible calificar como allegados o como parientes a las personas vinculadas por una relación de parentesco con el cónyuge premuerto con relación al supérstite.

La única mención al respecto la encontramos en el ámbito del derecho tributario. De conformidad con la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (LISD), se puede apreciar la diferencia en relación con las distintas reducciones aplicables[35] a las transmisiones mortis causa, así como a las indemnizaciones resultantes de los seguros de vida contratados por el causante, según tenga su beneficiario la cualidad de pariente o de extraño, aunque este extraño pudiera ser muy allegado o aun cuando el pariente lo fuera en grado muy alejado.

32 STS 11 noviembre 2005 (RJ 2005, 9476).

33 STS 28 junio 2004 (RJ 2004, 4321).

34 De La Iglesia Monje, M.I.: "Concepto y naturaleza", cit., pp. 87-120.

35 Concretamente en el art. 20 de esta ley, vigente en la actualidad, se plantean esas diferencias en el cálculo de la base liquidable del impuesto.

Cabe pensar así en supuestos en los que puede surgir la duda. Por ejemplo, éstos serían los casos de los hijastros, yerno/nuera, sobrinos políticos o de los cuñados del finado.

Pues bien, la STS 18 de marzo 2003[36], Sala Tercera, consideró que la relación de afinidad no desaparece por el hecho de la muerte del cónyuge que generó el vínculo[37]. Para alcanzar esta conclusión, la Sala de lo Contencioso-Administrativo analizó el contenido del art. 20 LISD observando que el Grupo III del impuesto incluía expresamente a los parientes, pero únicamente se reservaba esta condición, en relación con los afines, a los ascendientes y descendientes del causante. En el Grupo IV, en cambio, se encuadraban ciertos parientes: los colaterales en segundo y en tercer grado, tanto por consanguinidad, como por afinidad. Bajo el principio de que "donde la Ley no distingue, no cabe distinguir" y teniendo en cuenta el cambio de criterio legislativo que resultaba de ese precepto respecto a su inmediato antecedente (el art. 54 del Reglamento del 1959) donde los colaterales por afinidad merecían la consideración de extraños, nuestro Alto Tribunal consideró que, a los efectos tributarios derivados del citado impuesto, los colaterales por afinidad debían ostentar la cualidad de parientes.

El Alto Tribunal, en referencia al caso concreto, se refiere a los sobrinos políticos, como colaterales de tercer grado por afinidad, del causante, de conformidad con el Código Civil. Sostuvo que el tratamiento de los afines en tercer grado como extraños (allegados) habría de venir exigido por una disposición legal; supuesto que no se daba en el citado art. 20 LISD, al no determinar ningún tipo de diferenciación entre los colaterales en tercer grado por consanguinidad y por afinidad. Ello demuestra que, a la postre, el legislador podría llegar a modular la misma cualidad de pariente (o de allegado).

Esta interpretación vendría a ser reiterada en la STS 14 julio 2011[38] y en la STS 12 diciembre 2011[39] afirmando que la "fictio iuris" de asimilar a los colaterales por afinidad con los extraños habría de venir explicitada en la LISD. En última instancia, vemos como la distinción de afines y allegados puede tener transcendencia incluso más allá de la estricta órbita civil. Pero también, tal y como se ha apuntado, acredita la naturaleza dinámica de estos mismos términos, susceptibles, en esa medida, de ser objeto de concreción o de adaptación legislativa al contexto sociofamiliar del que se quiera predicar el concepto.

36 STS 18 marzo 2003 (RJ 2003, 3773).

37 Si bien sí se perdería en el caso de segundas nupcias, convirtiéndose el anterior cónyuge en allegado de sus otrora parientes, mientras que en el caso de sus hijos dicha parentesco sí se mantendría.

38 STS 14 julio 2011 (RJ 2011, 6489).

39 STS 12 diciembre 2011 (RJ 2012, 2715).

2. Afinidad en los tíos, familiares políticos, hermanastros y allegados.

Nuestros Tribunales no han venido admitiendo la condición de parientes a ciertos "familiares políticos", tales como, concuñados o consuegros, a los que, en cambio, se les reconoce el estatus de allegados en aplicación del art. 160.2 CC. Tal es el caso contemplado en la SAP Málaga de 1-12-2011. En esta resolución judicial, se hace referencia al derecho del cónyuge de la abuela biológica y abuelo de facto del menor. Se interpreta, conforme al art. 160.2 CC, que el concepto de allegado sería superfluo si las disposiciones sólo se equipararan con los que están relacionados con el menor por un vínculo de consanguinidad. Personas que, pese a no tener un nexo biológico con el menor, presentan cierta cercanía y un vínculo afectivo con él estarían legitimadas a solicitar un régimen de visitas que permitiese el mantenimiento de esta relación, que habría de estar siempre supeditada al interés superior del menor.

Un supuesto diferente sería el de los tíos, que, tradicionalmente, junto con los abuelos, han podido ejercer una especial relación y una intervención en su desarrollo vital, lo que nos llevaría a considerarlos parientes afines cuando se trate de tíos políticos. No obstante, la SAP Barcelona 4 septiembre[40], nos presenta la reclamación del régimen de visitas por parte de la pareja de hecho del tío de una menor de edad. Nos encontramos por tanto ante supuesto donde éste no es tío político del menor, al no haber relación de parentesco por afinidad, aunque se comporte como tío de facto. La Audiencia Provincial observa la relación duradera de la pareja de hecho con el tío del menor de forma prolongada en el tiempo; lo que posibilitó el mantenimiento de una especial relación de afectividad con la menor, por lo que cabría atribuirla la condición de allegado del art. 160. 2 CC y, por tanto, no existiría justa causa que impidiese el mantenimiento de un régimen de visitas con la menor.

En relación con la casuística de los hermanastros, se observa una especial ligazón afectiva y emocional; especialmente, si ha habido un espacio de convivencia conjunto. La SAP Zaragoza 3 febrero 2016[41], resuelve el régimen de visitas de la hermanastra, quién había mantenido un régimen de convivencia en el domicilio familiar con los menores de edad, a pesar de que el contacto se había visto interrumpido cuando la actora se independizó y no obstante la negativa a la relación por parte del progenitor supérstite de los hijos. De conformidad con el art. 60.1 del Código de Derecho Foral de Aragón[42], en línea, pues, con el art. 160 CC, el hijo ha de mantener el derecho a relacionarse con otros parientes y allegados. Por otra parte, ese art. 60.2. afirma que los padres y guardadores no podrán impedir la

40 SAP Barcelona 4 septiembre 2009 (JUR 2007, 330868).

41 SAP Zaragoza 3 febrero 2016 (JUR 2016, 77183).

42 Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

relación personal del hijo con ninguna de las personas mencionadas en el apartado anterior, salvo cuando el interés del menor lo exija. A tenor de este precepto, atendiendo al especial vínculo afectivo que seguía manteniendo con los menores, así como al deseo manifestado de continuar la relación, se le reconoce un régimen de visitas a la hermanastra.

3. Afines, allegados y la disolución del matrimonio por divorcio.

Se ha venido considerando que el parentesco por afinidad se conserva tras la muerte de uno de los cónyuges, siendo el fallecimiento una causa ordinaria de la disolución del vínculo matrimonial ajeno a la voluntad de los miembros. No obstante, este parentesco por afinidad habría de perderse en los supuestos de divorcio o nulidad matrimonial.

La STSJ Madrid 31 mayo 2012[43], en una resolución recaída en el ámbito tributario con relación al tratamiento del Impuesto de Patrimonio, mantiene esta interpretación: el matrimonio se disuelve por causa del divorcio, de modo que, en el supuesto en que una de las personas contrajese matrimonio de nuevo, desparecerían los vínculos de afinidad anteriores derivados del previo vínculo matrimonial.

En virtud de lo dispuesto en el art. 85 CC, el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o por la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

La afinidad, se afirma, es el parentesco con los consanguíneos del consorte, lo que, por ende, requiere de la subsistencia de la persona que justifica ese nexo causal. Por tanto, el parentesco por afinidad se crea y se mantiene durante el mantenimiento del matrimonio. Una vez que se produce la disolución de este vínculo, se quebraría la relación de parentesco entre los cónyuges y, en consecuencia, también desaparecía el vínculo de afinidad con la familia del otro cónyuge.

4. Afines, allegados y la disolución del matrimonio por fallecimiento.

La disolución del régimen matrimonial en los supuestos de muerte presenta una mayor complejidad a la hora de reputar que, pese a ello, se mantiene el parentesco por afinidad con la familia del otro cónyuge. Así no faltan en nuestro ordenamiento algunas disposiciones que expresamente han previsto la subsistencia del vínculo. En esa línea puede verse el art. 12.7 de la Ley 30/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, que modifica

43 STSJ Madrid 31 mayo 2012 (JT 2012, 724).

el art. 133.4 TR 1/2005 del Gobierno de Aragón. Con relación al tratamiento fiscal en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, este precepto estipula que el parentesco por afinidad no se pierde por el fallecimiento del cónyuge que sirve de nexo, salvo que hubiese segundas nupcias. Un nuevo vínculo matrimonial sería generador de nuevas afinidades. En consecuencia, los anteriores parientes por afinidad serían considerados como allegados.

Por otra parte, el art. 85 del Código de Derecho Foral de Aragón, sostiene que, tras el fallecimiento del único titular de la autoridad familiar, su cónyuge podrá desempeñar el rol de autoridad familiar, manteniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargándose de su crianza; lo que podría habilitar al padrastro o la madrastra a ejercer estas funciones tutelares bajo su condición de allegado.

5. Filiación impugnada.

Otro supuesto sería el del padre, que ha actuado como tal, y que posteriormente ve impugnada su filiación con el menor, pasando por tanto a ser considerado como un allegado al ver visto anulada su relación de parentesco (STS 22 junio 1999[44]). Parece lógica la reconversión de la antigua figura paterna en un allegado, pero provisto también de una serie de derechos-deberes en relación con el menor. Tal es así que la marcada relación de afectividad y su tradicional deber de vela del menor, podría incluso extenderse a la guarda y custodia del mismo, en los casos en los que, por carencias del ámbito familiar, así lo hiciese necesario (STS 20 noviembre 2013[45]).

6. Paternidad por complacencia.

En estos supuestos, la ausencia de vínculos biológicos no es óbice para el mantenimiento de la filiación, si bien la posibilidad de revocación del reconocedor conduciría a su estatus de allegado. Sin embargo, como es bien sabido, tal posibilidad se encuentra hartamente restringida.

La STS 15 julio 2016[46] hace referencia al supuesto en el que, habiendo un progenitor reconocido a un hijo como suyo, pese a conocer la ausencia de todo vínculo biológico entre ellos, ese mismo padre decide impugnar ese reconocimiento alegando un vicio del consentimiento (artículos 138 y 141CC).

Para nuestro Tribunal Supremo, no existe incompatibilidad, ni diferencia alguna entre una filiación biológica y una filiación reconocida jurídicamente, aun no biológica, de conformidad con las exigencias de los artículos 121 a 126 CC. A juicio

44 STS 22 junio 1999 (RJ 1999, 5721).

45 STS 20 noviembre 2013 (RJ 2013, 7824).

46 STS 15 julio 2016 (RJ 2016, 3196).

de esta doctrina jurisprudencial, ninguno de los requisitos para reconocer la validez del reconocimiento busca asegurar que la filiación resultante se corresponda con la verdad biológica. La acción de impugnación del mismo reconocimiento está sujeta al plazo de caducidad de un año, computado conforme al art. 141 CC. En esa medida, el orden temporal de la celebración del matrimonio y de la determinación legal de la filiación es irrelevante en relación con el despliegue de todos los efectos derivados del reconocimiento de la filiación.

Por tanto, se descarta una posible revocación del reconocimiento por parte del reconocedor, tanto por los motivos sustantivos alegados (inexistente diferencia de la filiación biológica con la reconocida), como por el agotamiento de plazo para el ejercicio de la acción de impugnación por parte del mismo, por lo que la paternidad por complacencia no sería revocable en este caso concreto, no cambiando por tanto el estatus del reconocedor como padre.

No obstante, debe aclararse que el reconocimiento puede quedar sin efecto cuando judicialmente prosperara la acción de impugnación del reconocimiento, al resultar acreditada la existencia de un vicio del consentimiento (artículos 138 y 141 CC). En tal hipótesis, el reconocedor, hasta ese momento tenido como padre, se convertiría en un simple allegado del antaño hijo, pero qué duda cabe que, entre ellos, puede haberse desarrollado un vínculo afectivo justificativo de amparar un derecho de relación conforme a los términos previstos en el art. 160 CC.

7. Anterior pareja de la madre biológica como allegado.

En este supuesto, en principio, no existiría mayor problema para calificar a esa expareja, que ha convivido cierto tiempo con el menor y/o con el que ha desarrollado un vínculo afectivo, como un allegado a los efectos de seguir preservando entre ellos sus relaciones, si así se estima beneficioso para el interés de este menor (STS 12-5-2011)[47]. Pero serán los Tribunales quienes deberán enjuiciar ese interés (art. 2 LO 1/1996) de manera circunstanciada. Y, en esa apreciación o

47 A raíz de esta sentencia, no falta en la doctrina quien haya reflexionado sobre conceptos parejos al de allegado, como sería el caso de la maternidad social para así redefinir la posición de la pareja de la madre biológica de un menor con el que ha mantenido una relación de afectividad y de convivencia. En ese sentido, vid. Díaz Martínez, A.: "Comentario a la Sentencia de 12 de mayo de 2011", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88, pp. 425-450, quien aduce que una relación de maternidad socialmente reconocida por el menor otorga a la pareja un derecho de relación más cercano al de un progenitor que el de un allegado. Este análisis vendría a ser confirmado en la mencionada ut supra STS de 5 diciembre 2013 (RJ 2013, 7640) o en la STS 15 enero 2014 (RJ 2014, 1265), donde se considera acreditada la existencia de una posesión de estado como elemento de legitimación a la hora de admitir el reconocimiento de la filiación de la pareja de la madre biológica. Hemos de recordar que la ley vigente en el momento impedía esta posibilidad. Téngase en cuenta la reforma del art 7. 3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, a partir de la reforma efectuada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que reconoce en la actualidad la posibilidad a la mujer casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer de reconocer la filiación respecto del hijo biológico de su cónyuge.

en ese juicio de dicho interés, resultará relevante la voz del propio menor, tal y como ahora ordena el art. 9 LO 1/1996.

Si bien este derecho-deber de relación ha sido reconocido en supuestos particulares, como producto de un clima de relación y de confianza previa, éste no tiene por qué darse de manera generalizada y de manera igual al que correspondiese a un progenitor. Esto es, el allegado nunca puede pretender ejercer una patria potestad que solo corresponde a quien sea su titular. Y el allegado carece de ella. Por ejemplo, en la SAP Alicante 9 abril 2008[48] se deniega el régimen de visitas de la pareja de la madre biológica, a pesar de una cierta convivencia previa con la madre y con la menor de edad. A juicio de la Audiencia Provincial, la relativa vinculación afectiva a raíz de la convivencia durante un tiempo determinado no puede justificar el establecer un régimen de visitas para el allegado que sea absolutamente equivalente al que correspondiese a un progenitor. A mayor abundamiento, aunque creemos que aquí debía ser un argumento principal para denegar esa relación, observa el Tribunal que el menor de edad negaba la existencia de todo vínculo afectivo con la anterior pareja de la madre; lo que impedía justificar reanudar e imponer una relación que se reputaba, para el menor, del todo inexistente.

En cambio, en la SAP Madrid 5 julio 2010[49] se reconoce el derecho de relación de la anterior pareja del padre adoptivo del menor. El padre rechazaba la concesión de todo régimen de comunicación entre su anterior pareja y su hija alegando que dicha relación podría entorpecer el ejercicio de la patria potestad, a consecuencia de poder verse suplantado como padre o tener que compartir su rol como figura paterna. Sin embargo, la Audiencia Provincial interpretó como beneficioso, para la menor, los encuentros de la niña con la anterior pareja, a raíz de los informes psicológicos favorables en los que se apreciaba la voluntad de la menor de continuar la relación con quién mantenía vínculos de afectividad y de confianza. Además, se valoró positivamente la colaboración de esa expareja del progenitor en la adopción de la niña, así como el hecho de que ésta hubiera desempeñado posteriormente labores de cuidado de la menor, resultado de un buen clima de convivencia entre ellas, lo que serían elementos justificativos para preservar ese especial nexo emocional. De este modo, se reconoció la legitimidad de fijar un régimen de comunicación de la anterior pareja del padre en calidad de allegado, debiendo hacer un esfuerzo, tanto el padre como ésta, por mantener un clima de cordialidad y respeto a fin de facilitar las relaciones de ésta última con la menor.

48 SAP Alicante 9 abril 2008 (AC 2008, 1358).

49 SAP Madrid 5 julio 2010 (JUR 2010, 311383).

Asimismo, en la SAP Santa Cruz de Tenerife 21 julio 2008[50] se reconoce igualmente un régimen de comunicación entre un menor y la anterior pareja de la madre, quien, por la imposibilidad legal en ese momento existente, no había podido ver reconocida su filiación como madre del niño. En este caso, se reputó acreditada la existencia de una relación de convivencia prolongada en el tiempo con el menor por parte de la demandante. Pero, además, también se acreditó que, fruto de ella, existía un vínculo afectivo y de confianza entre la menor y la expareja de la madre. No obstante, también se tuvo en cuenta una relativa pérdida de relación, debido a la ausencia de contacto en la vida diaria que había facilitado el desarrollo de un nuevo vínculo afectivo entre la menor y la nueva pareja de la madre; circunstancia ésta que, a juicio del Tribunal, debería también tenerse en cuenta a la hora de fijar un régimen de visitas de la anterior pareja con la niña, ya que podrían generarse conflictos que desestabilizasen emocionalmente a la menor. A pesar de estas cautelas, la existencia de un vínculo emocional y afectivo de su anterior pareja con la menor justificaría ese régimen de visitas de la primera con la segunda como allegado, en virtud de lo expuesto en los informes psicosociales, y de conformidad con la necesidad de velar por un desarrollo integral de la menor de edad. En suma, de estas consideraciones se derivó que, al menos, quienes de hecho se habían tratado como madre-hijo sin serlo legalmente, debían ver preservadas sus relaciones, aunque para ello hubiera que recurrir a la figura del allegado del art. 160 CC.

Por contraposición, a pesar de la previa vinculación afectiva con el progenitor, la ausencia de una relación propia con la menor puede inhabilitar a la anterior pareja del primero para justificar su pretensión ex art. 160 CC, al poder afectar dicho régimen relacional a su propio desarrollo vital y emocional. Así, en la SAP Valencia 9 marzo 2012[51] se resuelve en este sentido denegando un régimen de comunicación con el menor, en calidad de allegado, de la anterior pareja de la madre biológica. De acuerdo con los informes psicosociales, se estima que el régimen de comunicaciones entre la menor y la anterior pareja de la madre puede ser negativo para su desarrollo emocional. Pese a la convivencia anterior de esta persona con la madre, no existía vínculo afectivo entre ellos. Se apreció el comportamiento de rechazo de la niña a esa relación y su posicionamiento favorable a la madre como único referente de afectividad. En esa medida, y ante las potenciales secuelas y sufrimiento que podrían generar esa relación, se estimó que existía una justa causa ex art. 160 CC, de conformidad con el interés superior del menor, a la hora de rechazar un régimen de visitas con el allegado.

50 SAP Santa Cruz de Tenerife 21 julio 2008 (JUR 2009, 108644).

51 SAP Valencia 9 marzo 2012 (JUR 2012, 226176).

8. La adopción abierta.

Un supuesto interesante en relación con la figura del allegado es el que nos ofrece el artículo 178 CC a partir de la reforma efectuada por la Ley 26/2015, con relación a la adopción abierta. Como es bien sabido, de forma general, la adopción conlleva la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior. Si bien "cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos" (art. 178.4 CC). Ergo, podemos observar cómo los familiares de origen, desvinculados de su relación de parentesco con el menor, podrían llegar a mantener un régimen de comunicación con el mismo. Este régimen relacional de los familiares de origen, justificado en su vínculo emocional y afectivo, únicamente se desarrollaría en su condición de allegados del menor.

9. El ex acogedor familiar.

Las personas que hubieran mantenido relaciones con el menor desempeñando las funciones de acogedor familiar también podrían ser calificados como allegados, llegado el caso. De conformidad con el art. 20 bis m) de la LO 1/1996, se posibilita a la persona encargada del acogimiento familiar a relacionarse con el menor tras el cese del acogimiento, "si la Entidad Pública entiende que conviniere a su interés superior y lo consintieren la familia de origen o, en su caso, la familia adoptiva o de acogimiento permanente, y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años". Esto es, el ex acogedor familiar, como allegado, mantendría un vínculo de afectivo y emocional con el menor que podría justificar un derecho de relación con este último.

10. Familias reagrupadas.

Por último, hemos de observar la casuística propia de las familias reagrupadas, sin desarrollar acciones relativas a la adopción para con los hijos[52]. Como declara nuestro Alto Tribunal[53], desde el punto de vista constitucional, la consideración de familia es extensible a aquellos grupos o núcleos de convivencia, con independencia del modo utilizado para su formación y el sexo de sus componentes, siempre que exista un respeto a los principios constitucionales.

52 No sería el caso del cónyuge que adopta a los hijos naturales del otro cónyuge, tras lo cual este último fallece, por cuanto la relación de parentesco se mantendría.

53 STS 12 mayo 2011(RJ 2011, 3280).

En los casos de familias donde el nuevo cónyuge adopta a los hijos que tuvo el otro progenitor, no existe ningún problema, ya que de la misma adopción surge un vínculo de filiación. Pero si la adopción no se produce y la nueva pareja del progenitor pasa a convivir con los hijos menores de éste y de esa convivencia surgen nexos de afectividad entre ellos, puede resultar necesario, bajo el prisma de garantizar el interés del menor, preservar esos lazos de unión cuando la pareja se rompa reconociendo a la ya expareja del progenitor la condición de allegado.

Especialmente interesante es la situación en la que puede verse inmerso la pareja o el cónyuge no progenitor supérstite respecto de los hijos menores del finado consorte o conviviente. En tal supuesto, y dejando de lado los casos en los que puede existir una guarda de hecho si aquél se hace cargo fácticamente del cuidado de los niños, en los que resultaría aplicable lo dispuesto en el art. 237 CC, por lo que incluso podría ese guardador llegar a ejercer funciones tutelares por decisión judicial hasta que se constituya la medida de protección adecuada[54], puede resultar igualmente conveniente para el interés de los menores reconocer a la pareja o cónyuge sobreviviente el estatus de allegado al fin de que pueda devenir aplicable el art. 160 CC y poder de este modo preservar sus relaciones.

V. MODIFICACIÓN O SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE RELACIÓN.

El régimen de visita, comunicación y estancia será susceptible de modificación o de suspensión ante cambios en las circunstancias que motivaron el reconocimiento de dicho régimen. Atendiendo a las condiciones cambiantes de las circunstancias y el entorno del menor, el juez podrá modificar el régimen previo y/o establecer un sistema de aproximación progresivo sujeto a un control periódico (STS de 22-5-1993); incluso en fase de ejecución de la sentencia (STS de 11 febrero 2002[55] y STS 9 julio 2002[56]).

La modificación puede tener un carácter extensivo o restrictivo, en el sentido de ampliar o de reducir el régimen de comunicación con el menor. Llegado el caso, también podría consistir en la restauración de un régimen previo de relación[57].

Conviene tener presente que el art. 160.2 CC alude a la existencia de justa causa para impedir las relaciones personales del menor con sus allegados. Esta restricción habría de fundarse en la existencia de un perjuicio para el menor de mantenerse la relación; el cual, debe ser cierto, no siendo suficiente la alusión a

54 Vid. el llamamiento a los allegados que realiza el art. 162.2 del Código de Derecho Foral de Aragón.

55 STS 11 febrero 2002 (RJ 2002, 3109).

56 STS 9 julio 2002 (RJ 2002, 5905).

57 Este caso se puede observar en la SAP Coruña, 15 enero 2016 (AC 2016, 377), en el que la pareja que había cuidado al menor en ausencia de los padres biológicos había solicitado el reconocimiento de un régimen de visitas atendiendo al estrecho vínculo y relación con el menor y lo beneficioso de esta relación.

una mera posibilidad. De esta forma, recordamos que los meros desencuentros o los conflictos entre los titulares de la patria potestad y los allegados no puede ser un elemento que impida este derecho de relación del menor (STS 20 febrero 2015[58]). Se debería, por tanto, atender a las condiciones particulares de cada caso concreto.

De forma análoga a lo dispuesto en relación con los abuelos, debe estimarse que el interés superior del menor ha de prevalecer en su derecho a relacionarse con otros parientes y allegados. Así, la alusión a los problemas y trastornos en la salud de los padres (depresión, ansiedad, etc.) no podría ser causa justa suficiente para impedir el régimen de comunicaciones con el menor, si se estima que el resultado de esta relación resulta beneficioso para el menor de edad.

No obstante, la instrumentalización de estas relaciones de los allegados con el fin de interferir en el ejercicio de la patria potestad, de generar un clima de desestabilización familiar o de acrecentar los conflictos en el seno del ámbito familiar podría ser considerada como justa causa que permitiría denegar o suspender el derecho de comunicación con el menor.

La naturaleza desestabilizadora de la relación, las secuelas que la misma puede generar en su desarrollo emocional[59], así como la voluntad expresada por el menor de rechazo -sea a través de informes psicosociales o personalmente alcanzado cierto grado de madurez- al mantenimiento de una relación con el allegado podrían devenir en justa causa para denegar o suspender un régimen de visita o comunicación. La restricción de este derecho tendría entonces una función legítima, al hallarse dirigida a la protección del interés del menor, por lo que no resultaría discriminatoria[60].

En ese sentido, en un marco de pluralismo ideológico y de amplia variedad de valores, creencias y modos de vida, la restricción de derechos del menor únicamente podría venir legitimada si la relación implicase una "alteración efectiva de la personalidad" del niño. Bajo esta premisa, la STC 141/2000 de 29 mayo[61] consideró que la transexualidad del padre no era motivo para justificar una restricción de las visitas a su hijo, sino los problemas psicológicos de ese progenitor en tanto en cuanto dichos problemas podrían provocar una "alteración efectiva de la personalidad" del menor. Posteriormente, el Tribunal de Estrasburgo confirmó la decisión de nuestro Tribunal Constitucional. En virtud de lo dispuesto en el art. 8 CEDH, se afirmó que la transexualidad del padre no sería el motivo fundante

58 STS 20 febrero 2015 (RJ 2015, 583).

59 SAP Valencia, 9 marzo 2012 (JUR 2012, 226176).

60 STC 141/2000 de 29 mayo (RTC 2000, 141)

61 STC 176/2008 de 22 diciembre de 2008 (RTC 2008, 176).

de la restricción del régimen de visitas, sino que esta se vería justificada con motivo de velar por la estabilidad emocional del menor (STEDH 30 noviembre 2010-caso P.V. contra España-[62]). De forma análoga para los allegados, se podría observar que, al emitir el necesario juicio de ponderación de los derechos en estos casos implicados, habrá de tenerse en cuenta la necesidad y proporcionalidad del derecho de relación y el interés del menor. La inestabilidad emocional del adulto podría justificar una restricción de visitas a fin de proteger al menor teniendo en cuenta su edad y su grado de madurez.

En relación con la suspensión de relaciones de los menores en situación de desamparo, el TS, tal y como ahora expresamente prevé el art. 161 CC, dictaminó que era la Entidad Pública la legitimada para decidir sobre el régimen de visitas conveniente para el menor, sin perjuicio de la función supervisora de la autoridad judicial (STS 18 junio 2015)[63]. Interpretación ésta que hoy acoge expresamente el art. 161 CC tras la Ley 26/2015, añadiendo ahora el legislador la necesidad de motivación de las decisiones acerca del régimen de visitas al menor acogido.

Cabría señalar la posible suspensión de este derecho de relación del allegado con el menor de edad o su misma extinción. Este derecho no tiene un carácter absoluto ni definitivo, sino que es un derecho dirigido en última a instancia a vehicular de forma eficaz el entorno familiar y social del menor, en favor de su pleno desarrollo personal.

En definitiva, la *ratio decidendi* a seguir cuando se busca restringir, suspender o suprimir las relaciones personales de los abuelos, parientes o allegados con el niño ha de fundamentarse única y exclusivamente en el derecho del menor y en su interés, tras realizarse un juicio ponderado y prudente con los derechos e intereses de los demás implicados, teniendo en cuenta, en su valoración, los criterios o pautas que hoy marca el tenor del art. 2 LO 1/1996.

62 STEDH 30 noviembre 2010 (TEDH 2010, 112).

63 STS 18 junio 2015 (RJ 2015, 2764).

BIBLIOGRAFÍA.

De la Iglesia Monje, M.I.: *El Allegado. Su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor*, Dykinson, 2021, p. 22.

Díaz alabart, S.: "El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados", *Revista de derecho privado*, 2003, vol. 87, núm. 3, p. 345-371.

Díez García, H.: "El régimen jurídico del derecho del menor a relacionarse con sus padres, abuelos, hermanos, parientes y allegados en el artículo 160 del Código Civil español", en AA.VV.: *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez: Perspectivas de derecho comparado* (ed. por N. González Martín), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, p. 47-84.

Díaz Martínez, A. "Comentario a la Sentencia de 12 de mayo de 2011", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88, pp. 425-450.

Guilarte martín-calero, C.: *La concreción del interés del menor en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2014. pp. 113-116.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Familia, sociedad y derecho"; en AA.VV.: *Curso de derecho civil (IV) Derecho de familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz) Edisofer, Madrid, 2021, pp. 23-38.

Muñoz Rodrigo, G.: "El régimen de visitas, comunicación y estancia" en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. por J.R. de Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch. Valencia, 2022, pp. 205-236.

Ordás Alonso, M.: *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Wolters Kluwer España, 2017, p. 27.

Rivero Hernández, F.: *El interés del menor*, Dykinson, 2007, p. 119.

Tamayo Haya, S.: *El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas,* Madrid, Reus, 2009, p. 1-216.



EL SISTEMA LEGITIMARIO ESPAÑOL. UNA NUEVA CONFIGURACIÓN EN ORDEN A LOS NUEVOS MODELOS FAMILIARES*

THE SPANISH LEGAL SYSTEM. A NEW CONFIGURATION TO THE NEW FAMILY MODELS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2404-2431

* "Un día hijo, todo esto será tuyo.
- ¿Las cortinas?
- No, las cortinas no. Todo lo que ves: colinas y valles de esta tierra. Ese será tu reino.
- Pero padre, yo no quiero nada de esto, prefería...
- ¿Preferirías qué?
- Preferiría, simplemente... cantar."
"Los caballeros de la mesa cuadrada y sus locos seguidores"
(1975)

María Elena
COBAS
COBIELLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Las legítimas dentro del derecho de sucesiones constituyen una de las cuestiones centrales a abordar en una futura reforma de la disciplina y del Código Civil. La reforma de las legítimas deberá partir de tres modelos a seguir, dos de los cuales mantienen la legítima, o bien reducida o bien como legítima- protección de la vulnerabilidad en sede de familia, mientras que el tercer modelo propugna una amplia libertad de testar. Cualquiera de ellos está sujeto a disquisiciones y una labor profunda de debate, dado que este tema afecta no sólo al patrimonio sino a las relaciones dentro de la familia.

PALABRAS CLAVE: Legítimas; familia; Derecho de sucesiones; libertad de testar; autonomía de la voluntad.

ABSTRACT: *Legitimate inheritance law is one of the central issues to be addressed in a future reform of the discipline and the Civil Code. The reform of the legitimate should be based on three models to follow, two of which maintain the legitimate, either reduced or as legitimate protection of vulnerability in the family, while the third model advocates wide freedom of test. Any of them is subject to disquisitions and labor-deep debate, given that this issue affects not only the heritage but to relationships within the family.*

KEY WORDS: *Legitimate; family, right of succession; freedom to test the autonomy of the will.*

SUMARIO.- ESTADO DE LA CUESTIÓN.- II. DERECHO DE SUCESIONES. NECESIDAD DE REFORMA.- III. EL SISTEMA LEGITIMARIO ESPAÑOL. UNA NUEVA CONFIGURACION EN RELACION A LA FAMILIA.- IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

El sistema legitimario español, así como las legítimas, núcleo central en la materia ha ocupado y ocupa interés legislativo, doctrinal y jurisprudencial, porque forman parte integrante del conjunto de normas imperativas que inciden en la autonomía de la voluntad, principio decisivo en el ámbito del derecho civil, pero no omnímodo.

Las legítimas suelen ser en sede de Derecho de Sucesiones uno de los temas más estudiados en la materia[1], pero a pesar de ello inacabables porque las razones que han mantenido la figura además de históricas, son de índole familiar y personal e impiden que el análisis pueda hacerse de una forma objetiva, sobre todo en el Derecho civil común, ya que en sede de legislaciones forales, como mínimo se han visto atenuadas cuantitativamente.

La relación que guardan con la libertad de testar, la autonomía de la voluntad, la familia, el matrimonio y la propiedad han conducido a innumerables debates en torno a futuras modificaciones, sin un consenso que permita un debate ajustado sobre todo a la sociedad actual, y la búsqueda de atemperar las legítimas a los modelos familiares actuales, a una propiedad más reducida, a una calidad de vida mayor, con una sociedad envejecida que matiza la sociedad y permea entre todos los grupos sociales.

Los debates en torno a la materia suelen agruparse en varias posiciones que a continuación se expondrán, pero todas parten del consenso mayoritario de que

1 Díaz Alabart, S.: "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad", *Aranzadi Civil N.* º 3, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2006, p. 2099 y ss., comenta en este sentido: "El sistema de legítimas establecido en nuestro Código Civil (LEG 1889, 27), es una de las cuestiones que vienen preocupando a la doctrina en los últimos tiempos. Frente a los distintos Derechos civiles españoles de origen foral que han optado por primar la libertad de testar, bien sea porque en su regulación las legítimas no tienen sino un contenido puramente formal (lo que ocurre en el Derecho de Navarra), o bien porque cuantitativamente suponen un porcentaje pequeño del patrimonio del causante (Así en el Código Sucesorio catalán [LCAT 1992, 46, 205] que determina que la legítima de los descendientes será un ¼ de ese patrimonio), en el Derecho común que siguen manteniendo unas legítimas de cuantía tan alta (en particular la de los descendientes, 2/3 del patrimonio del causante) que limitan en demasía la libertad del testador".

• María Elena Cobas Cobiella
María Elena Cobas Cobiella, Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: M.elena.cobas@uv.es

las legítimas deben reformarse, ese ha sido durante algunas décadas la posición constante por parte del mundo jurídico.

En este sentido destaca el Estudio "Derecho de Sucesiones. Presente y futuro" en las XII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil, la cuestión de la legítima es uno de los temas que se han abordado[2].

El estudio parte de dos premisas que no coinciden y que dan base al debate: la primera premisa es que es lógico que los hijos hereden la fortuna de los padres, la segunda premisa es que con los bienes que dejan los fallecidos hay que atender en primer lugar las necesidades de aquellos allegados que en vida dependían del mismo, "aquellos cuyo tenor de vida va a verse modificado a peor por su fallecimiento"[3].

Los estudios de la Asociación analizan desde varias puntos de vista la conveniencia o no de la supresión de las legítimas, entendiendo con buena lógica que la intervención del Estado y del Derecho en la sociedad actual frente a la lesión de las expectativas hereditarias de los descendientes invocado desde la protección de la familia, es un argumento que parece poco convincente, sobre todo porque no se está lesionando un bien especialmente valioso, porque en la sociedad actual, en que se pierden los padres con más de cincuenta años que de los treinta, cuando quien no tiene resuelta su vida, parece difícil que se logre con una fortuna familiar y es complejo encontrar argumentos para introducir una intervención del Estado correctora de las disposiciones de los particulares, ya que el interés público no está en juego[4].

En lo que concierne al interés de la familia, dice la doctrina de que es difícil proteger a la misma contra sí misma. El principio de protección a la familia debería pasar por proclamar la autonomía del grupo familiar también al momento en que hay que decidir sobre el destino de los bienes a la muerte de cada uno de los miembros[5].

No obstante, no significa ello que la familia quede desprotegida, pero el marco de regulación de la familia dependerá de cada modelo. Conviene precisar que el pluralismo como principio de ordenación de la sociedad actual no adopta plenamente y sanciona ningún modelo de vida familiar, sólo se establecen reglas directivas en mayor o menor medidas amplias dentro de las cuáles cada familia

2 *Cfr* Propuesta de Código Civil. Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Madrid, 2018, pp. 477 y ss.

3 *Vid.* Delgado Echeverria, J.: "Objetivos de una reforma del Derecho de Sucesiones"*, Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornada de la Asociación de profesores de Derecho Civil,* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, p. 124.

4 *Vid.* excelente análisis de Delgado Echeverria, J.: "Objetivos de" cit., pp. 124-125.

5 Delgado Echeverria, J.: "Objetivos de", cit., p. 127.

concreta puede ajustarse más a un esquema que a otro (familias más o menos autoritarias, patriarcales, asociativas, etc.)[6].

Esta amplitud facilita el desempeño con independencia de los distintos modelos de vida familiar.

En el estudio de la Asociación se señala que la premisa que los allegados del fallecido sean favorecidos a cargo de sus bienes en la medida en que la satisfacción de sus necesidades vitales haya quedado perjudicada por su muerte, sí es interés de la sociedad, porque lo que se encuentra en juego son intereses existenciales y no económicos. Revistiendo importancia los bienes, no por lo que valen en el mercado sino por la finalidad que cumplen, y porque si las necesidades vitales no pueden ser satisfechas con cargo a los bienes familiares deberán serlo de alguna forma por el Estado.

El estudio de la Asociación señaló que las legítimas existen desde tiempos históricos, por tanto, hay razones para su supresión y a manera de ensayo se exponen las siguientes.

En primer lugar, que la sociedad ha cambiado por lo que una limitación innecesaria de la libertad debe suprimirse, estos cambios pasan porque los proyectos de la vida de los hijos no dependen de los bienes que hereden de sus padres, el alargamiento de la vida es otro factor a tener en cuenta.

En segundo lugar, se dice que el sistema establecido en el Código Civil impide o dificulta la realización de deseos y satisfacción de intereses que la sociedad juzga como merecedores de la tutela del derecho, y en particular imposibilita a los cónyuges instituirse herederos recíprocamente y no facilita para nada, proveer al cónyuge supérstite de medios económicos que le permitan mantener un tenor de vida no muy alejado al anterior a la viudez.

La existencia de la cuota vidual es un tema que a todas luces unido a la inflexibilidad de las legítimas perjudica al que sobrevive.

En tercer lugar, los estudios convienen que el sistema legitimario dada su generalidad y abstracción dificulta a un conjunto de personas que por su grado más lejano al causante y por "la igualación mecánica entre parientes más próximos en línea y grado"[7], no les corresponde de forma legal suceder, quedando desprotegidos como puede ser el caso de hermanos con discapacidad, abuelos etc.

6 Díez Picazo, L y Gullón, A.: Sistema *de Derecho Civil,* Volumen IV, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, Décima Edición, Tecnos, Madrid, 2008, p. 40.

7 *Vid.* Delgado Echeverria, J.: "Objetivos de", cit., p. 128.

Los legisladores igualmente han tomado conciencia de la cuestión. Cabe mencionar dentro de estas ideas preliminares al estudio de las legítimas, la Orden de 4 de febrero de 2019, del Ministerio de Justicia que encomendó a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar[8].

La finalidad de la revisión es la adaptación de las normas no sólo exclusivamente a las relaciones familiares, sino también a las nuevas necesidades de la sociedad. Conviene tener en cuenta, además que el problema de las legítimas, como el del derecho de sucesiones en general no sólo puede ser tratado desde un enfoque jurídico, requiere un planteamiento como se ha señalado en epígrafes precedentes interdisciplinar, así como debe ponerse en contexto con la sociedad, avizorando además las consecuencias económicas y tributarias de las decisiones sucesorias y los valores ideológicos subyacentes[9].

En la Orden de 4 de febrero de 2019 se señala que el objetivo es afrontar una profunda reforma del sistema sucesorio quiere centrarse en dos grandes puntos fundamentales: la cuestión de las legítimas y la mejora del régimen de liquidación de las deudas hereditarias. Reapareciendo así un viejo debate, como bien reconoce la Orden y como expone la doctrina que constata como cierta la afirmación Ministerial[10].

La Orden reconoce que: "esta polémica entre legítimas y libertad de testar no es ni mucho menos reciente, pues ya en la época inmediatamente anterior a la publicación del Código civil fue una de las cuestiones más debatidas y sobre la que había mayor disenso, como bien dejó reflejado entre los autores de la época. Con todo, en las últimas décadas la polémica ha adquirido nuevos bríos, tanto en nuestro país como en los vecinos, precisamente al hilo de los cambios en la propia estructura familiar, al que la institución que nos ocupa está indisolublemente ligada".

Una reforma en el tema dependerá de la apuesta y exposición de criterios de la mayoría, pero sobre la constante de que la materia no se adapta a los requerimientos de los nuevos tiempos. Esta idea no es novedosa, ya ha sido expuesta por la doctrina[11], mientras que la jurisprudencia ha tenido que ir remodelando las instituciones para hacerlas no sólo más asequibles sino para dar

8 Madrid, 4 de febrero de 2019. Fdo. La Ministra de Justicia. Dolores Delgado García.

9 *Vid.* Verdera Server, R.: *Contra la legítima*. Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, publicado en Cuaderno 94, octubre 2021, p. 23.

10 *Vid.* Verdera Server, R.: *Contra la,* cit., p. 21.

11 Vid. Marín García de Leonardo, M.T.: "Derecho de Familia, Crisis económica y Mediación", en AA.VV.: *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de actualidad* (coord. A, Ortega Giménez, y M.E, Cobas COBiella), Economist& Jurist, Difusión Jurídica, 2013, p. 199 y ss.

soluciones a la problemática de las personas en la aplicación de la norma y del derecho civil.[12]

La finalidad del trabajo es abordar algunas aristas de la problemática del sistema legitimario, en el marco de una futura reforma del Derecho de sucesiones o de una actual modificación de las legítimas en el derecho positivo español. Tema que he abordado hace más de una década y que permanece todavía sujeto a debate.

II. DERECHO DE SUCESIONES. NECESIDAD DE REFORMA.

En España el Código Civil en materia de sucesiones no ha cambiado excesivamente, se ha mantenido bastante estable en cuanto a las instituciones, a pesar de los juristas, que creen que es una disciplina que debería flexibilizarse y remodelarse, por ejemplo, en sede de legítimas, en desheredación, o en orden a los vacíos legislativos que en materia de protección post mortem de los derechos de la personalidad, la sucesión en la empresa familiar, entre otros temas.

Un análisis a considerar en torno al modelo actual de herencia es que ya no constituye en la sociedad española el soporte económico principal para la vida de los individuos. A lo que se unen otras razones como pueden ser los cambios sociales en torno a la familia, a la riqueza, a la propiedad y sobre todo la necesidad de integración a un mundo cambiante, partiendo de otros contextos que han de tenerse en cuenta.

En este sentido no puedo estar menos que estar de acuerdo con el planteamiento de Badenas, que advertía al respecto: "como decía, poco parecen haberle importando a nuestro legislador los cambios acaecidos en la sociedad española durante las últimas décadas, cuando mantiene una regulación del Derecho de sucesiones que, salvo respecto de pequeños matices, sigue siendo la misma que fue introducida mediante la promulgación del Código civil en 1889. Como acabamos de ver, el linaje derivado del parentesco (preferentemente sanguíneo) y en especial de la filiación, se antepone a cualquier otra consideración a la hora de establecer la sucesión en los bienes del difunto. Poco parece haberle importado al legislador, por ejemplo, que la esperanza de vida de las personas se

12 *Vid.* Orduña Moreno, F.J.: "Hacia un necesario nuevo Código civil como instrumento de progreso y cambio social en el siglo XXI", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos* (dir. J.R. De Verda y Beamonte, coord. A. CArrión Vidal, G. Muñoz Rodrigo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 864-865. que advierte que la integración que se realiza a nivel jurisprudencial (como nuevo soporte o base) ya no responde a las claves que se derivan de nuestro viejo Código Civil, sino a nuevos valores, nuevas construcciones jurídicas y diferentes referentes (Constitución y Derecho de la Unión Europea". Sobre el papel de la jurisprudencia nos dice Clemente Meoro, que: "ha aclarado cuestiones que resultaban controvertidas o que ha abierto nuevas vías de interpretación y aplicación del Derecho de sucesiones". *Vid.* Clemente Meoro, M. E.: "Derecho de Sucesiones. Marco teórico y jurisprudencial", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Sucesiones* (dir. J. Alventosa del Río y M.E. Cobas Cobiella), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 89.

haya incrementado de forma más que evidente desde finales del siglo XIX hasta la segunda década del siglo XXI; poco parece haberle importado al legislador que el modelo de familia de finales del siglo XIX tenga muy poco que ver con el modelo vigente en la España del siglo XXI; poco parece haberle importado al legislador la manera en que actualmente se estructura una buena parte de las familias españolas, en las que pueden llegar a convivir y establecer una especie de "relación familiar compleja" matrimonios formados por personas divorciadas que han constituido un nuevo núcleo familiar en el que entran y salen, o permanecen juntos, descendientes comunes y no comunes de ambos cónyuges; poco parece importarle al legislador que, teniendo en cuenta lo anterior, el vínculo que une a las personas que forman parte del mismo núcleo familiar es mucho más afectivo que sanguíneo; poco parece importarle al legislador que la naturaleza unipersonal del testamento (art. 667 del CC) y su revocabilidad (art. 737 CC) lo convierten en un instrumento, en ocasiones, inadecuado para que se produzca una transmisión ordenada de la empresa familiar; y por último, tampoco parece haberle influido mucho al legislador que una buena parte de las necesidades de las personas son satisfechas al margen de la familia, por medio de organizaciones especializadas, que lo mismo proporcionan atención a los ancianos (residencias para las personas mayores), facilitan por igual a ambos progenitores la conciliación del trabajo y la familia (guarderías), proporcionan protección física y económica mediante subsidios, pensiones, etc. (el Estado), o facilitan asistencia para el bienestar a quienes, por algún tipo de razón, lo necesitan (v. gr., los trabajadores sociales)"[13].

La reforma del sistema legitimario español requiere que el análisis de produzca dentro del marco actual de regulación de la sucesión mortis causa y como parte de la necesaria remodelación del Derecho sucesorio español, hacerlo de otra forma sería abordar el tema sesgadamente.

La explicación más plausible es que los trabajos de revisión del sistema legitimario español se han incardinado dentro de los estudios de reforma de las bases de las sucesiones[14].

Téngase en cuenta y sobre ello me gustaría insistir es que la reforma de cualquier institución debe estar acompañada de la reforma de otras figuras que le son afines o como mínimo tienen su origen en la protección de las legítimas[15], de

13 Badenas Carpio, J.M.: "Derecho de Sucesiones. Marco teórico y jurisprudencial", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Sucesiones* (dir. J. Alventosa del Río y M.E. Cobas Cobiella), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 39-40.

14 En los estudios en torno a la figura en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, así como en la obra Derecho de Sucesiones. Presente y futuro en las XII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil, la cuestión de la legítima es uno de los temas tratados, consignado en el Objetivo II. pp. 477 y ss.

15 En este sentido figuras como la preterición, la acción de complemento, o la propia desheredación. *Vid.* Cobas Cobiella, M.E.: *Derecho de Sucesiones. Bases para una reforma*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur, Navarra, 2022, p. 194.

ahí que abordar la reforma de las legítimas, sin tener en cuenta las acciones que protegen la misma, restaría sistematicidad al Código Civil. Algunas reformas en general y sobre todo algunas actuales han carecido de la necesaria ordenación y sistemática requerida para la comprensión del sistema jurídico y que sigue siendo uno de los presupuestos de la seguridad jurídica.

La modernización del Derecho de sucesiones es sin dudas una necesidad, que no tiene por qué pasar por una reconstrucción total de las sucesiones.

El derecho es un organismo vivo, de ahí que las fórmulas que se empleen deben cumplir dos funciones, la primera dar solución a nuevos problemas que se presenten en el ejercicio del derecho y en segundo lugar mantener la seguridad jurídica y la estabilidad, teniendo en cuenta la necesaria adaptación a las realidades que se van dando, y más hoy en día con los continuos avances que hacen de nuestra sociedad la más compleja que ha habido hasta el momento[16].

El Código Civil español en materia de sucesiones es una obra de sistematización, que requiere una reforma, no total, sino de algunas instituciones que han de ser adaptadas a una nueva sociedad.

No estoy convencida de la necesidad de una reformulación completa, porque las instituciones jurídicas del Derecho de sucesiones están perfiladas, con una pureza jurídica y nitidez en general[17]. Sobre todo en materia de Derecho de sucesiones que ha mantenido con estabilidad sus figuras e instituciones, lo que no es óbice para que puedan reformarse algunas instituciones.

En cualquier caso es un tema que carece de consenso ya que un sector destacado de la doctrina considera la reforma total como una opción, dado el carácter vetusto del Código Civil, así como el alejamiento de la norma o pérdida de referencia a la hora de modernizar las figuras[18].

Ahora bien si le decisión fuera la reforma del Código Civil español, sería un buen momento para seguir el Plan Savigny en la materia, porque en la actual configuración de la norma, las sucesiones mortis causa siguen configuradas como

16 *Vid.* Cobas Cobiella, M.E. y De Joz Latorre, C.: "La modernización del Derecho de sucesiones. Algunas propuestas", *Cuestiones de Interés Jurídico*, IDIBE, julio 2017.

17 *Vid.* Cobas Cobiella, M.E.: *Derecho de,* cit., p. 105.

18 La doctrina apunta en relación a la necesidad de un nuevo Código Civil que no obstante el sentimiento de respeto y gratitud hacia éste, estamos en presencia de una norma obsoleta, y de escasa vitalidad para afrontar los nuevos retos y transformaciones que presentan en la actualidad la realidad social, económica y cultural, entendiendo finalmente que es una auténtica necesidad. *Vid.* Orduña Moreno, F.J.: "Hacia un", cit., pp. 864-865.

un modo de adquirir la propiedad, cuando realmente: "el fenómeno sucesorio no sólo se circunscribe a la propiedad"[19].

Es una magnífica oportunidad de dotar al Derecho de Sucesiones de la independencia y autonomía necesaria.

III. EL SISTEMA LEGITIMARIO ESPAÑOL. UNA NUEVA CONFIGURACION EN RELACION A LA FAMILIA.

La legítima tal como señala Royo Martínez es "una atribución patrimonial *mortis causa* impuesta por normas de ius cogens o derecho necesario, su observancia es garantizada por la ley, tanto si el causante testador respeta y cumple al ordenar su testamento los preceptos legales que la imponen, como si, por simple omisión o explícita contradicción, el testador no guarda lo dispuesto encontrando este propio autor el fundamento de las mismas en "la imposición legal de una simple asistencia pecuniaria a los más próximos parientes". Las legítimas se fundan en el *officium pietatis* o deber de amor entre los próximos consanguíneos, deber que se manifiesta, en vida, a través de la institución de los alimentos y *post mortem* en las legítimas"[20].

La legítima está regulada en el artículo 806 del Código Civil, como porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.

Recientemente el articulado en sede de legítimas ha sufrido una reforma en virtud de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica[21]. Pero el Derecho de sucesiones se ha mantenido bastante incólume este sentido y las reformas sólo se han ocupado de la persona.

Este ha sido el objetivo central de la norma, el acomodo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad[22] que ha marcado las pautas de la Ley 8/2021. Sin embargo, las instituciones sucesorias no han sufrido especiales modificaciones de contenido ni tampoco formales en el contexto de

19 *Vid.* Cobas Cobiella, M.E.: *Derecho de*, cit., p. 117. *Vid.* Rivas Martínez, J. J.: *Derecho de Sucesiones Común. Estudio sistemático y jurisprudencial*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 86.

20 *Vid.* Royo Martínez, M.: *Derecho Sucesorio mortis causa,* Editorial Edelce, Sevilla, 1951, pp. 181- 188.

21 *Cfr.* BOE núm. 132, de 03/06/2021.

22 *Cfr.* Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, BOE, núm. 96, de 21 de abril de 2008.

la Ley y tampoco han tenido en cuenta en algunos casos la realidad actual de las sucesiones[23].

De manera sucinta dado que ha abordado estas cuestiones de forma más extensa en otra publicación[24], cabe apuntar que se han reformado los artículos 782, 808 y 813 del Código Civil en orden a las legítimas, pero no el sistema legitimario que sigue manteniendo la figura y el citado sistema, pero que han atenuado la rigidez de la figura.

Téngase en cuenta que las reformas realizadas por la ley estaban dirigidas a la protección de la persona, no al ámbito sucesorio, con independencia que han modificado algunos artículos de la materia, pero no ha sido la finalidad ni el cometido principal. Las reformas no son de gran calado en la materia, ya que se centran en la persona dentro del derecho civil[25].

Los tres artículos se relación con las sustituciones fideicomisarias y la legítima.

Así el artículo 782 CC ha quedado de la forma siguiente:

"Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos en el artículo 808, en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad.

Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes"[26].

El artículo 808 del Código Civil también ha sido objeto de reforma. Quedando de la forma que sigue:

"Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores.

23 *Vid.* Cobas Cobiella, M.E.: ¿Es necesaria la reformulación del derecho de sucesiones?, en AA.VV.: *Sistemas jurídicos de Europa* e *Iberoamérica. Tendencias actuales* (dir. N. Febles Pozo y S. Pereira Puigvert (coord. F. Ordoñez Ponz), Editorial Diké, Colombia, 2022, p. 179. *Vid.* Cobas Cobiella, M.E.: *Derecho de*, cit., pp. 247 y ss.

24 *Vid.* Cobas Cobiella, M.E.: *Derecho de*, cit. pp. 284-288.

25 "Del mismo modo en el que la regulación de las medidas de apoyo se ha redactado en su integridad, esta labor no se ha cumplido en el resto de las materias retocadas del Código". *Vid.* De Amunategui Rodríguez, C.: "Artículo segundo". *Modificación del Código Civil, Comentarios a la Ley 8/2021, por la que* se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, (dir. C.Guilarte Martín- Calero), Serie derecho de la discapacidad, Volumen III, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 880.

26 Tras la actualización publicada el 03/06/2021 que entró en vigor el 03/09/2021, se modifica este artículo por el art. 2.38 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Anteriormente, decía lo siguiente:
"Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes".

Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

La tercera parte restante será de libre disposición.

Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*.

Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique"[27].

Las legítimas han sido objeto de una importante reformulación en este sentido. La cuestión que se debería debatir y si la misma ha acabado con la eterna inviolabilidad de la legítima históricamente configurada.

Con la reforma de la Ley 8/2021 el artículo queda la siguiente forma:

"El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.

Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808"[28].

La reforma de los citados artículos ha sustituido el término de incapacidad por situación de discapacidad atemperando el Código Civil al espíritu de la normativa actual en la materia, o por lo menos en cuanto al marco de categorías, dado que si lo que se pretende es potenciar a las personas con discapacidad en cuanto a la toma de decisiones, la idea central de dependencia de estas personas en el

27 Tras la actualización publicada el 03/06/2021 que entró en vigor el 03/09/2021, se modifica este artículo por el art. 2.39 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Anteriormente, decía lo siguiente: "Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos .La tercera parte restante será de libre disposición".

28 En la anterior redacción regulaba lo siguiente: "El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco se podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados".

entorno sucesorio permanece inalterable, dado que el articulado en su totalidad no ha sido modificado, manteniendo la regulación original.

Repasando de forma superficial la cuestión, no existe una adaptación al contexto en que se desarrolla la Ley 8/2021, porque la normativa del año 2003 tenía como finalidad en este punto el establecimiento por parte de terceros restricciones a la libre disposición de la persona con discapacidad, permitiendo "inmovilizaciones patrimoniales"[29], mientras que la Ley 8/2021 propugna un tratamiento de igualdad entre las personas y de pleno reconocimiento de la persona con discapacidad para suceder o heredar.

La Ley 8/2021, de 2 de junio desde mi parecer no ha casado la materia sucesoria plenamente al espíritu que emana de ella. Existen incongruencias, contradicciones, da la sensación de que había prisa y el derecho sucesorio quedó sin profundización y algunos artículos simplemente han cambiado incapacidad por discapacidad. Resulta además contradictorio que la ley tenga como fin el equilibrio e igualdad entre las personas, y dotar de autonomía a todos y se mantengan artículos que sigue ofreciendo un tratamiento en cierto sentido de desigualdad[30].

Evidentemente resulta fácil escribirlo doctrinalmente, pero resulta difícil en la práctica y en la letra de la ley ajustar la situación de personas que de hecho no gozan de capacidad total, o padecen de discapacidad bien total, parcial o tienen determinadas limitaciones a la libertad y autonomía que ofrece tener la llamada antiguamente capacidad de obrar.

La diversidad de problemas en torno a la legítima y al sistema legitimario confluye en la necesidad de una reforma. Muchos de estos problemas oscilan en lo económico, jurídico, social y ético dada la naturaleza jurídica de la legítima y ostentan peso en el debate sobre esta materia, incluso me atrevo a aventurar que el debate más que jurídico es ético y deberá tener en cuenta la interdisciplinariedad y transversalidad que estos temas revisten[31].

La reforma no trae causa sólo en los nuevos modelos familiares que tienen un peso fundamental en este tema[32], sino también por la propia ordenación de la propiedad en la actualidad, que a pesar de la relevancia que tiene como derecho real por excelencia, que sigue vigente tanto en el derecho positivo como en la sociedad, cede un poco el baluarte frente a un mundo distinto y que tiene influencia en el derecho sucesorio actual.

29 *Vid.* De Amunátegui Rodríguez, C.: "Artículo segundo", cit., p. 938.

30 *Vid.* Cobas Cobiella, M.E.: *Derecho de,* cit. p. 287 y ss.

31 *Vid.* Cobas Cobiella, M.E.: *Derecho de,* cit. p. 287 y ss.

32 *Vid.* Cobas Cobiella, M.E.: *Derecho de*, cit., p. 41.

Repasada la citada ley someramente. Afloran algunos interrogantes afloran en torno al tema.

¿Debemos reformar las legítimas y por qué? Si la respuesta es afirmativa, cabe añadir otra pregunta ¿Deben desaparecer las legítimas, a la par que se potencia una amplia libertad de testar? O si por el contrario ¿la legítima es absorbida por la figura de los alimentos y desaparece? O si contrario sensu ¿las legítimas se equiparan a los alimentos en cuanto a la función que cumplen pero vía mortis causa? ¿Debe perder la legítima su naturaleza sucesoria y ser vencida por el derecho de familia, a través de los alimentos?

El sistema de legítimas debe ser reformado. Este es un primer punto que no está sujeto a discusión, razón por la cual, en los estudios realizados sobre esta disciplina, la tendencia mayoritaria es proclive a ello, como se ha señalado anteriormente. Pero con una salvedad, cualquiera que sea la decisión de los codificadores y legisladores que son los que en definitiva tienen el poder de legislar, si se mantiene aunque sea de forma muy reducida o sujeta a la atención de personas vulnerables, que es probable sea una de las apuestas más seguras, deberá seguir considerándose una institución sucesoria, dado que y a pesar de la estrecha relación con los alimentos, son figuras diferentes y de aplicación en momentos distintos, con procedimientos diferenciados a saber.

La reforma del sistema legitimario debe partir del establecimiento de una amplia libertad de testar, absoluta y sin límites. Esta es otra posición a considerar[33].

Una tercera posición a considerar es que se establezca una amplia libertad de testar que está limitada solamente por la existencia de menores, personas con discapacidad y dependencia del testador e incluso el propio testador.

Sobre este parecer señala Delgado: "ya se entiende que la propuesta más de mi gusto sería suprimir las legítimas tal como las conocemos y sustituirlas por unas limitaciones a favor del cónyuge, determinado parientes e incluso otros allegados en razón de sus relaciones anteriores con el difunto, sus necesidades vitales y la forma en que quedan afectadas por el fallecimiento. En definitiva, un sistema de atribución necesarias a cargo de la herencia con función asistencial o retributiva que tuviera también en cuenta la función social de algunos bienes, señaladamente la vivienda"[34]. Pero seguidamente entiende, de la misma forma que pasa a muchos autores, "que la inercia es muy grande" y expone otras consideraciones que hacen tambalear la opinión expuesta y que han sido desarrolladas en epígrafe anterior.

33 *Vid.* Verdera Server, R.: *Contra la,* cit., pp. 305 y ss. Donde desarrolla los modelos en torno al mantenimiento del actual sistema de legítimas del Código Civil español: el sustancialmente conservador, un modelo prudentemente reformador y un modelo profundamente reformador.

34 *Vid.* Delgado Echeverría, J.: "Objetivos de", cit., p. 128.

La última posición es la que he sostenido y sigo sosteniendo, es que el sentido de la reforma al igual que su finalidad encaminada a la protección de determinadas personas vinculadas al causante por un vínculo de parentesco o por el matrimonio hacen aflorar la similitud que existe entre las legítimas y los alimentos ya que se encaminan sin lugar a dudas en garantizar a las personas con discapacidad o a los menos favorecidos o más necesitados una seguridad y estabilidad en el ámbito económico ya que las mismas sólo afectan el orden patrimonial, salvando por supuesto las diferencias que existen entre alimentos y sucesiones [35].

Este cambio sustancial en el tratamiento de las legítimas trata de alguna manera, aunque no haya sido intencional por parte de legislador, de vincular esta rancia institución con la protección a los más desprotegidos dentro del núcleo familiar, siguiendo la tendencia de algunos códigos civiles, como por ejemplo el Código Civil Francés, con la reforma del año 2001 que concede al cónyuge sobreviviente, que ocupe la vivienda efectivamente al tiempo de fallecimiento de su consorte, un derecho de habitación y uso del mobiliario hasta su fallecimiento[36].

Téngase además en cuenta la redacción que la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de los discapacitados dio en su momento al artículo 831 del Código Civil, en cuyo contenido ofrece nuevas vías al cónyuge para realizar a favor de sus hijos mejoras, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos que desde mi punto de vista ha producido un importante acercamiento a la idea de favorecer a los que menos lo son, bien por la edad o por situaciones determinadas[37].

La idea no resulta descabellada, así algún sector de la doctrina afirma que, dado que hay que reformar las legítimas, se puede optar entre varias opciones, como el que sistema de cuota de valor limitada, en el sentido que lo hace el Derecho Alemán o el Derecho Catalán, o bien por un sistema de alimentos en la

35 *Vid.* Cobas Cobiella, M.E.: "Hacia un enfoque de las legítimas", *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial,* N. º 17, 2006, pp. 49-65.

36 Comenta respecto a los cambios Torres García, T.F.: "que la actualidad de estos temas trasciende de los respectivos ámbitos nacionales al marco comunitario por la necesidad de proteger los intereses de los ciudadanos inmersos en una relación transnacional, partiendo el análisis de que las sucesiones se excluyen de las normas comunitarias, su referencia se centra además en los trabajos en relación al libro verde de Sucesiones y Testamentos. También hace hincapié a las modificaciones del Código Civil francés señalando en cuanto a ello: "De alcance diferente es la propuesta con la que los diversos ordenamientos están renovando su derecho de sucesiones. La ley 3 diciembre 2001 (derechos del cónyuge sobreviviente y de los hijos adulterinos en Francia da una nueva redacción al artículo 914.1 concediendo al cónyuge supérstite no divorciado un cuarto de la herencia en plena propiedad en defecto de descendientes y ascendientes –una reserva hereditaria– sin perjuicio de un derecho de disfrute sobre la vivienda habitual y su mobiliario, si bien limitado temporalmente al año siguiente al de la apertura de la sucesión, artículo 763", "Legítima y Legitimarios y Libertad de Testar (Síntesis de un Sistema)", XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Servicio de Publicaciones de Murcia, 2006, p. 177.

37 *Vid.* Cobas Cobiella, M.E.: "Hacia un", cit., pp. 49-65.

extensión necesaria a favor del cónyuge y los hijos, que lo precisen en los términos del Derecho Inglés[38].

Dicho esto, se abre el debate en torno a si con esta tesis, la legítima es absorbida por los alimentos, desaparece del entorno sucesorio perdiendo su naturaleza sucesoria y es vencida por el Derecho de familia. Es en este punto donde puede hacer retroceder a los más convencidos (minoría seguramente) de que las legítimas deben ser suprimidas.

Si resulta demasiado violento yuxtaponer la institución de los alimentos a las legítimas teniendo en cuenta los múltiples defensores que tiene la misma[39], así como el sentido arraigado que aún mantiene entre gran parte de la población, nada obsta para que estas personas, parientes y cónyuge que obligatoriamente son llamados por el testador, si en ellos concurren determinados presupuestos (dependencia, ineptitud para trabajar, etc.) lo sean siempre en concepto de herederos y la porción que les ha de ser atribuida es simplemente una legítima, sobre todo si parafraseando a Torres la legítima no responde a un presupuesto vital[40].

Retomando alguna de las ideas expuestas parece conveniente que el análisis de una futura reforma se centre en varias posiciones, aunque resulta complejo tomar partido por la desaparición de la legítima, apostando por la libertad de testar, pero a la vez es rígida la posición de mantener el sistema legitimario, tal como se estructura en la actualidad, porque no se ajusta a las necesidades sociales, a la familia moderna, ni a las tendencias de la sociedad española.

Téngase en consideración que la protección en la actualidad de la familia no depende exclusivamente del derecho legitimario ni del Derecho privado en general, ya que son varios los mecanismos para la protección social de las familias,

38 López Navarro, J.: "*Mecanismos sucesorios de protección del discapacitado",* en Jornadas sobre la nueva Ley de Protección patrimonial de discapacitados: Valencia, 12, 19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004, (coord.), M.A, Rueda Pérez, 2005, p. 11.

39 *Vid.* Torres que dice: " no creo que los alimentos como ha ido configurando en los diversos textos normativos a los que hemos aludido sea la solución idónea en un sistema que con la implantación de la libertad de testar, se intentara compensar los derechos de los descendientes, lo que supondría que si estos no tuvieran necesidades económicas la obligación de prestar alimentos no se originaría, lo que sin duda para aquellos autores que creen que el fundamento de la sucesión legítima es una especie de obligación alimentaria se encontrarían con un punto de inflexión: la legítima se debe en todo caso, en cambio, no siempre el presupuesto necesario en los alimentos es la necesidad del alimentista. El carácter eventual y temporal que los alimentos tienen ya que su función es la de satisfacer necesidades vitales en mayor o menor extensión se contrapone con el carácter permanente de la legítima la cual no responde a ningún presupuesto vital*", Vid.* Torres García, T.F.: "Legítima. Legitimarios", cit., p. 224.

40 Téngase en cuenta en este punto en el que no profundizamos por no ser objeto directo de estudio, las diversas teorías expuestas acerca de la naturaleza de la legítima. Pero en todo caso me inclino por señalar que el legitimario puede no ser necesariamente heredero ya que su cuota o parte que le corresponde la puede recibir por cualquier título. *Vid.* López Beltrán De Heredia, C.: "Doctrina Concepto y Naturaleza jurídica de la legítima". Doctrina, Título: *Derecho de Sucesiones,* Epígrafe 36-134/135. "*Concepto y naturaleza jurídica de la legítima",* Tomado www.tirantonline.com, *op. cit.,* pp. 1-11.

como pueden ser la pensión de viudedad y la pensión de orfandad. En los últimos años además hay que considerar las rentas como la renta mínima de inclusión o el ingreso vital mínimo[41]. Por tanto no corre el sustento de la familia en las legítimas, ni a cargo de una legítima futura, que como bien es sabido es una falacia, dado que hasta que no se produce la muerte de la persona es que se transmiten los derechos sucesorios y se produce la apertura de la sucesión.

A pesar de esta apreciación, varias pueden ser las opciones a tener en cuenta en el futuro tanto por los legisladores como por los estudiosos de la materia, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente. La opción primera es reducir la cuota de legítimas, una segunda opción a tener en cuenta es mantener la legítima a favor de parientes y cónyuge que estén inmersos en situación de dependencia o extrema vulnerabilidad y la tercera opción es establecer la libertad de testar absoluta.

Estas opciones darían paso a algunos modelos a seguir, en primer lugar un modelo de legítima estricta o reducida, en segundo lugar un modelo de legítima-protección, y un tercer modelo que se decanta por la libertad de testar.

El modelo de legítima reducida, en el cual la cuota se reduce, ampliando la libre disposición y con ello la libertad de testar, disminuyendo los 2/3 que integran la legítima amplia.

El segundo modelo cohabita entre la amplia libertad de testar y el sistema de protección a un determinado núcleo de parientes y cónyuge. Este modelo establece amplia libertad de testar con determinados límites los cuales sólo serían obligatorios de presentarse determinadas circunstancias que siempre estarían en relación a personas discapacitadas, incapacitados y menores, sin denominarlos alimentos, porque evidentemente son dos institutos diferentes.

El tercer modelo potencia la autonomía de la voluntad y establece una libertad de testar absoluta.

En cuanto a la primera de las propuestas el mayor problema serían los valores de reducción de la cuota que deberá someterse a estudio y análisis por la doctrina en la materia, pero en cualquier caso se establecería una cuota mayor de libre disposición.

En referencia a la segunda de las propuestas referida a una libertad de testar amplia se podrían establecer determinados presupuestos, que de darse en el supuesto de hecho harían necesaria la protección que ofrecen las legítimas. Es

41 *Vid.* Verdera Server, R.: *Contra la*, cit., pp. 133-134.

posible tomar como modelo en este sentido algún ordenamiento jurídico como el cubano, que ha suprimido el concepto de legítimas[42].

La norma debería establecer la existencia de requisitos específicos que obliguen al testador a respetar y atribuir una parte o porción de su herencia a estos herederos favorecidos o legitimarios, lo cual equivale en cierta manera a un derecho de alimentos a costa del caudal hereditario tal como señala alguna parte de la doctrina[43]. Pero con la distinción pertinente entre ambas figuras.

Estos requisitos pueden ceñirse a las atenciones debidas que reconoce el artículo 142 del Código Civil y que se conocen como alimentos, si el legitimario depende del causante en cuanto a sus necesidades básicas e imprescindibles para vivir tendrá derecho a la cuota legitimaria. También habría que tener en cuenta la no aptitud para trabajar del discapacitado o por ejemplo de un menor, ya que la legítima como derecho ha de ser reservado para mayores de edad con discapacidad o menores de edad.

Comparto plenamente la opinión de Valladares Rascón en cuanto a la supresión de la legítima: "no encuentro razón alguna por la que, una vez cumplidos sus deberes paternofiliales, los progenitores hayan de ver limitada su facultad de disponer, *mortis causa*, de sus bienes. Los hijos han de ver asegurado su derecho a recibir una educación acorde con la situación de sus padres, y de recibir alimentos hasta conseguir mantenerse por sí mismos. Pero, una vez cumplidos estos deberes, los padres no tienen por qué ver coartada su libertad de disponer, como lo demuestra la práctica desaparición del instituto de la prodigalidad"[44].

Téngase en cuenta reafirmando esta idea que durante la vida de los legitimarios, por ejemplo, los descendientes los padres han invertido en la educación, alimentación, así como en todo lo que ha de asumir un buen padre o madre, como una especie de anticipo de herencia. Conjuntamente con ello la calidad de vida, la

42 Como por ejemplo el Derecho Civil cubano con la figura de los llamados "herederos especialmente protegidos", que son llamados a la mitad de la herencia si no tienen aptitud para trabajar y dependen económicamente del causante. *Cfr.* Artículo 492 y 493 que regulan al respecto: artículo 492.1. "La libertad de testar se limita a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos. 2. El testador no puede imponer gravamen alguno a la porción de la herencia que corresponde a los herederos especialmente protegidos. Artículo 493.1. "Son herederos especialmente protegidos, siempre que no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante, los siguientes: a) Los descendientes; b) el cónyuge o el miembro sobreviviente de la pareja de hecho afectiva inscripta; y c) los ascendientes. 2. Si concurren a la herencia dos o más herederos especialmente protegidos, heredan por partes iguales. 3. La cuota deferida a favor de un heredero especialmente protegido y no adjudicada al fallecimiento de este, no se transmite a sus respectivos sucesores", *Cfr.* Gaceta Oficial de la República de Cuba. Ministerio de Justicia. Número 87, 17 agosto de 2022.

43 *Vid.* Valladares Rascón, E.: "Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil (LEG 1889, 27)", en AA.VV.: *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, t. II, 2004, p. 4902.

44 Valladares Rascón, E.: "Por una", cit. p. 4901.

protección de los mayores incide en que se viva más y mejor, por tanto esperar a las legítimas para disfrutar de los bienes de los padres es surrealista.

Ahora bien, hay que tener en cuenta las dificultades que en el orden práctico se pueden presentar en la aplicación de una norma que se base en la pertenencia o no a un colectivo. Así la doctrina comenta que: "son pasos en una dirección que algunos considerarán adecuada, pero que acentúa el carácter puramente instrumental de las legítimas. Desde esta perspectiva, las legítimas son la consecuencia sucesoria de unos mecanismos de protección de ciertos colectivos, con lo que las legítimas dejan de ser una institución central del Derecho sucesorio. Además, tampoco podemos olvidar que este enfoque, además de quebrar los criterios tradicionales del Código Civil español, plantea problemas aplicativos de cierta relevancia y que puede generar problemas en la identificación de los colectivos relevantes, y en las condiciones exigibles a cada uno de esos colectivos"[45].

Estamos en presencia de un riesgo que no podemos desdeñar a lo que se une que la legítima perdería su sustantividad sucesoria acercándose más al derecho de familia, así como la nota patrimonial que la dibuja cediendo a la protección de la vulnerabilidad incluso más que a la propiedad y a la familia en un concepto más clásico.

Igualmente habría que considerar algunas problemáticas, que aunque han sido expuestas las puntualizo, en primer orden tendríamos la delimitación de la persona o personas con derecho a la legítima, en segundo lugar los requisitos que han de reunir que tendrán que están señalados en la norma, y sin obviar finalmente las dificultades probatorias para demostrar el derecho a la legítima. También habría que modificar el derecho del cónyuge supérstite, en cuanto a la cuota vidual usufructuaria, porque tal como está considerada en la actualidad no se ajusta a estos parámetros, dado que la cuota se toma de uno de los tercios de la herencia (mejora art 834 CC) y en el caso de concurrir con ascendientes la mitad, art 837 CC).

El tercer sistema que potencia la libertad de testar, suprimiría las legítimas del entorno sucesorio. Téngase en cuenta en este modelo no ha sido usualmente una apuesta por parte de los estudiosos del tema. Así con Royo cuando dice que el principio de la libertad de disposición *mortis causa*, rara vez es reconocido de forma absoluta, los sistemas jurídicos positivos generalmente están sometidos a restricciones y limitaciones más o menos intensas, las cuales, si bien no le aniquilan,

45 *Vid.* Verdera Server, R.: *Contra la*, cit., p. 243. Hace referencia a los hijos de las víctimas de violencia de género respecto a los agresores a manera de ejemplo.

le atenúan y le coordinan con otros principios opuestos, en variadas fórmulas eclécticas[46].

Razón por la cual el *ius disponendi mortis causa* tiene tres clases de limitaciones: las genéricas de actuar de todo actuar jurídico, las limitaciones específicas de forma por la naturaleza del negocio jurídico, y las limitaciones específicas de contenido para evitar disposiciones incompatibles con la economía, la riqueza y la sociedad, prohibiendo sustituciones en número indefinido y para asegurar que determinados parientes puedan acudir a la herencia.

La legítima se ha tratado de forma habitual dentro de los límites a la libertad de testar, siendo una de las cortapisas a la autonomía de la voluntad de testador.

Las posiciones en relación a la libertad de testar están abordadas con maestría por la profesora Torres[47], con las tradicionales disquisiciones sobre el tema, pero en especial cabe destacar la cuestión de la constitucionalidad o no de las legítimas, resultando casi de referencia vital, porque opino que de la posición que se adopte se será más o menos conservador en este tema[48].

La legítima no está garantizada constitucionalmente, ya que el reconocimiento que se hace por la Constitución del derecho a la herencia no excluye ningún sistema por el cual se postule, es decir ni un sistema donde predomine la absoluta libertad de testar ni un sistema en que la participación de los familiares del causante aumente, de una forma mayor que la que previene el Código Civil. Pero no convierte en inconstitucionales ningún sistema, téngase en cuenta que cada sistema se diseña por el legislador.

En cambio, en criterio de Verdera Server: "si sería inconstitucional un sistema sucesorio que admitiera la sucesión *mortis causa*, pero sin dejar resquicio alguno a la voluntad del causante: sería difícil no apreciar su contradicción con una interpretación combinada del reconocimiento a la propiedad privada y al libre desarrollo de la personalidad"[49].

Los Estudios realizados por la Asociación de profesores de Derecho civil sirven de referencia, así como la propuesta de redacción de Código Civil, pero tomándola con mesura y ponderación, porque siguen manteniendo en general los principios que han informado la regulación actual de Código Civil, y en concreto

46 *Vid. Derecho Sucesorio*, cit., p. 177.

47 *Vid. Legítima. Legitimarios*, cit., pp. 214 y ss.

48 *Vid.* debate, cit., pp. 220 y ss.

49 *Vid.* Verdera Server, R.: *Contra la*, cit., p. 57.

la carga de la prueba sigue correspondiendo a los herederos del causante[50], por tanto el problema de la prueba se mantiene sin solución.

Las reformas propuestas en el Proyecto de Código Civil han mantenido los derechos legitimarios a los descendientes y ascendientes, pero han procedido a una reducción de éstas, siguiendo las regulaciones de las legislaciones autonómicas, señalando en la Exposición de Motivos que conforme a lo que constituye unánime tendencia actual, se ha procedido a una reducción significativa de las legítimas y a una consiguiente ampliación de la libertad dispositiva del causante, diciendo que una parte reservada tan amplia como la establecida por el Código carece hoy de sentido [51].

La legítima se preserva como *pars bonorum* pagadera en bienes relictos, aunque sentando algunas excepciones, destacando como más importante la posibilidad de que el causante autorice al heredero (legitimario o extraño) a que proceda a su pago con dinero ajeno a la herencia en condiciones y dentro de los plazos normativamente dispuestos. Además, resulta significativo que todas las acciones de protección de la legítima quedan sometidas, en ausencia de regulación especial, a la disciplina contenida en el Libro sexto, y consiguientemente, a los breves plazos de prescripción y caducidad allí previstos.

La propuesta además mantiene la legítima en usufructo del cónyuge viudo, con ciertas mejoras de regulación y una pequeña reducción, permitiéndose en forma expresa su ampliación a voluntad del causante y aun gravando la legítima de los descendientes.

En el artículo 467-1 definen las legítimas como la porción de bienes a que tienen derecho determinadas personas en la sucesión del causante, señalando además que puede atribuirse por cualquier título gratuito, pero que el causante no puede probar a los legitimarios de su derecho sino en los casos expresamente determinados por la ley.

El artículo 467-2 establece como propuesta entre los legitimarios, los mismos que en el Código civil vigente, descendientes, ascendientes y cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho. Lo que diferencia es la cuantía teniendo en cuenta que la propuesta considera que la cuantía de la legítima de los hijos y descendientes es la mitad del caudal, señalando que sin embargo el causante puede aplicar una cuarta parte del caudal como mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o incluso de los descendientes más alejados en grado. Si existe un solo descendiente, su legítima es un tercio.

50 *Cfr.* artículo 467-24.

51 Así lo reflejan en la Exposición de Motivos de la Propuesta, p. 192. *Vid.* citada Propuesta, pp. 193-194.

La propuesta del artículo 467-4 establece la cuantía de la legítima de los ascendientes o progenitores la tercera parte del caudal fijado conforme a las reglas contenidas en el artículo 467-6, salvo los casos en que concurra uno solo más próximo en grado o en que, existiendo varios, concurran con el cónyuge viudo del descendiente causante, supuestos en lo que es de un cuarto. La proposición señala que la legítima reservada a los progenitores se divide entre los dos por partes iguales. Si uno de ellos ha muerto, recae en el sobreviviente en la proporción señalada en el apartado anterior. Cuando el causante no deja progenitores, pero sí ascendientes en igual grado, de las líneas paternas y maternas se divide el derecho a la legítima por la mitad entre ambas líneas. Si los ascendientes son de grado diferente, corresponde por entero a los más próximos de una u otra línea.

Un punto que no se ha tenido en cuenta en el estudio, es la posibilidad de que los herederos con derecho a suceder sean indignos o incluso hayan sido desheredados por el causante, porque ser legitimarios no significa ser buenas personas, y sea prácticamente imposible probar, dada la complejidad de estos temas y las dificultades de la carga probatoria tal como está establecida en el Código Civil.

Recordemos que la figura de le desheredación se encuentra en relación directa con la legítima. Por ello si se establece una amplia libertad de testar como en otros ordenamientos jurídicos, que puede ser una solución como he expuesto sobre la materia al controvertido sistema legitimario español, esta institución carecería de sentido, si no hay legítimas no es necesario privar de la misma a ningún pariente. Si se mantiene las legítimas, flexibilizando o no la institución, el tratamiento que ofrece el Código Civil catalán en la materia es acertado, al regular en el artículo 451-17, e) que "el causante podrá privar a los legitimarios de su derecho a legítima si en la sucesión concurre alguna de las causas siguientes: la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario".

Al decir de un sector de la doctrina ello supone condicionar el derecho a la legítima a la relación entre causante y legitimario, dejando en un plano absolutamente subordinado los principios de solidaridad familiar y de protección de la familia, que suelen citarse como fundamento de tal derecho[52].

Para nadie es ajeno que probar las causas de desheredación suele ser un problema en el ejercicio de la práctica jurídica. Recordemos la macabra redacción del artículo 850 del Código Civil, que deja la carga de la prueba a los herederos del testador si el desheredado la negase.

52 *Vid.* Clemente Meoro, M.: "Derecho de", cit., p. 72.

Muy raro es ya en esta vida que las personas reconozcan su mal quehacer y las malas conductas hacia el prójimo, mucho menos se suele aceptar el desamor o la desatención de los padres o abuelos, ni reconocer que hemos sido malos hijos o malos padres. Al momento de suceder, sería un milagro que los herederos acepten la justa causa para ser desheredado o como mínimo que la nieguen. Consecuencia previsible, siguen heredando en base a los derechos legitimarios, personas que no se lo merecen, pero o bien no se incardinan en las causales de desheredación o bien la prueba es tan complicada que declinan la acción.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Reformular el Derecho de Sucesiones y modernizarlo es un reto por sí solo. Abordar un enfoque del sistema legitimario igualmente requiere una profunda labor, que considero que ya se ha estado haciendo durante años de reflexión de la doctrina y de labor jurisprudencial.

Desde mi apreciación son tres modelos en este tema a seguir dos de los cuales mantienen la legítima, o bien reducida o bien como legítima- protección de la vulnerabilidad en sede de familia, mientras que el tercer modelo propugna una amplia libertad de testar. Cualquiera de ellos está sujeto a disquisiciones y una labor profunda de debate, dado que este tema afecta no sólo al patrimonio sino a las relaciones dentro de la familia.

La problemática de las legítimas queda condicionada a la buena voluntad de los legisladores, al acercamiento a la situación de la sociedad y de la familia, pero no desde un punto de vista paternalista y protector, sino teniendo en cuenta que se legisla para todos y no para unos pocos. Así como habrá que tener en cuenta como se ha expuesto en el trabajo que el sistema legitimario no se integra sólo por las legítimas, sino por las acciones que la protegen, así como por otras instituciones que guardan relación con ella, como es por ejemplo la desheredación, las causales de indignidad o la cautela socini, por ejemplo.

Por tanto cuando hablamos de sistema legitimario estamos en presencia del núcleo esencial de las sucesiones, de ahí que cualquier reforma deberá tener en cuenta un conjunto de artículos subordinados al instituto. De ahí que la sistematización y coherencia en el momento de abordar las legítimas debe estar presente y ser tenidas en consideración por el legislador.

Queda en estos momentos conciliar posturas y acercar objetivos a una meta común, facilitar y proveer a las personas y a la sociedad soluciones que sean acordes a los tiempos actuales y a los intereses de las personas. En cualquier caso cualquier decisión que se tome, será objeto de posiciones contrarias. Es ineludible.

BIBLIOGRAFÍA.

Badenas Carpio, J.M.: "Derecho de Sucesiones. Marco teórico y jurisprudencial", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Sucesiones* (dir. J. Alventosa del Río y M.E. Cobas cobiella), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 38-64.

Briones, J.: "Las legítimas: una parcela de libertad por redimir", *Diario La Ley*, núm. 7460, 2010.

Cañizares Laso, A.: "Legítimas y libertad de testar", en AA.VV.: *Estudios de derecho de sucesiones: "Liber amicorum" T. F. Torres García*, (dir. A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio, coord. M. Herrero Oviedo), 2014, pp. 245-270.

Clemente Meoro, M. E.: "Derecho de Sucesiones. Marco teórico y jurisprudencial", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Sucesiones*, (dir. J. Alventosa del Río y M.E Cobas cobiella), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 pp. 38-56.

Cobas Cobiella, M.E.: "Hacia un enfoque de las legítimas", *Revista Aranzadi Derecho Patrimonial*, núm. 17, 2006, pp. 49-65.

Cobas Cobiella, M.E.: *Derecho de Sucesiones. Bases para una reforma*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp.17-299.

Cobas Cobiella, M.E. y De Joz Latorre, C.: "La modernización del Derecho de sucesiones. Algunas propuestas", *Cuestiones de Interés Jurídico*, IDIBE, julio 2017.

Cobas Cobiella, M.E.: ¿Es necesaria la reformulación del derecho de sucesiones?, en AA.VV.: *Sistemas jurídicos de Europa e Iberoamérica. Tendencias actuales* (dir. N. Febles Pozo y S. Pereira Puigvert, coord. F. Ordoñez, Ponz), Editorial Diké, Colombia, 2022, pp. 151-185.

De Fuenmayor, A.: "Intangibilidad de la legitima", *ADC*, Vol. 1, núm. 1, 1948, pp. 46-77.

Delgado Echeverría, J.: "La legítima", en Lacruz Berdejo y otros: *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, 5. ª ed., Bosch, Barcelona, 1993, pp. 347-449.

Delgado Echeverría, J.: "Objetivos de una reforma del Derecho de Sucesiones", *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornada de la Asociación de profesores de Derecho Civil,* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp.9-543.

De Amunategui Rodríguez, C.: "Artículo segundo". *Modificación del Código Civil, Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* (dir. C. Guilarte Martín-Calero), Serie derecho de la discapacidad, Volumen III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021, pp. 934-953.

Díaz Alabart, S.: "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad", *Revista Aranzadi Civil,* núm. 3, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2006, pp. 2099-2133.

Díez-Soto, C.M.: "Comentario al art. 812 CC", en AA.VV.: *Código civil comentado*, (dir. R. Valpuesta Fernández, A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, F.J. Orduña Moreno, (coord. A Cañizares Laso, S. Cámara Lapuente, C. Sánchez Hernández), Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad (artículos 609 a 1087), Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad (artículos 609 a 1087), Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 818-824.

Díez Picazo, L y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil,* Volumen IV, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, Décima Edición, Tecnos, Madrid, 2008.

Fernández Hierro, J.M.: *La sucesión forzosa: estudio sobre las legítimas y las reservas en derecho común y foral,* Editorial Comares, 2004.

Galicia Aizpurúa, G.H.: "Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2008: Reserva lineal: libertad de disposición del reservista entre los reservatarios", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N. º 79, 2009, pp. 157-170.

Galicia Aizpurúa, G.H.: "Negocios en fraude de legítima y reducción de donaciones inoficiosas (a propósito del caso Cela)", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 2, núm. 6, 2015, pp. 99-113.

Galicia Aizpurúa, G.H.: Legítimas y libertad de testar en el País Vasco, en AA.VV.: *Tratado de legítimas* (coord. T. F. Torres García), 2012, pp. 417-470.

Galicia Aizpurúa, G.H.: En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 4, 2017.

García Rubio, M.P, Nieto Alonso, A., Herrero Oviedo, M.: "Legítimas en la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia", en AA.VV.: *Tratado de legítimas* (coord. T. F. Torres García), 2012, pp. 203-290.

Garcías de España, E.: "Pago en metálico de la legítima. Aspectos sustantivos, procesales y registrales", en AA.VV.: *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un*

debate reformista (dir. F. LLedó Yagüe, M.P. Ferrer Vanrell, J.A. Torres Lana, coord. Ó. Monje Balmaceda), Dykinson, Madrid, 2014, pp. 837-860.

Garrido De Palma, V.M.: "Soluciones prácticas en materia de legítimas", *Revista jurídica del notariado*, núm. 104, 2017, pp. 317-337.

López Beltrán De Heredia, C.: *La conmutación de la legítima*, Tecnos, 1989.

López Beltrán De Heredia, C.: "El artículo 831 del Código civil", *Anuario de Derecho Civil,* abril, 2005, pp. 1115-1152.

López Beltrán De Heredia, C.: "Doctrina Concepto y Naturaleza jurídica de la legítima". Doctrina, Título: *Derecho de Sucesiones,* Epígrafe 36-134/135. *"Concepto y naturaleza jurídica de la legítima",* Tomado www.tirantonline.com

López Navarro, J.: *"Mecanismos sucesorios de protección del discapacitado",* En: Jornadas sobre la nueva Ley de Protección patrimonial de discapacitados: Valencia, 12, 19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004. (coord. M.A. Rueda Pérez), 2005.

López, A. M., Montes. V. L. y Roca, E.: *Derecho de Sucesiones,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Marín García de Leonardo, M.T.: "Derecho de Familia, Crisis económica y Mediación", en AA.VV.: *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de actualidad* (coord. A. Ortega Giménez y M.E. Cobas Cobiella), Economist& Jurist, Difusión Jurídica, 2013, pp.197-218.

Maside Miranda, J. E.: *Legítima del cónyuge supérstite,* Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios, D.L. 1989.

Menéndez Mato, J. C.: *El Legado de la Legítima Estricta en el Derecho Común Español*. Madrid: Dykinson, 2012.

Miquel González, J.M.: "Legítima material y legítima formal", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 49, 2009, pp. 493-560.

Orduña Moreno, F.J.: "Hacia un necesario nuevo Código civil como instrumento de progreso y cambio social en el siglo XXI", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos* (dir. J.R. De Verda y Beamonte, coord. A. Carrión Vidal, G. Muñoz Rodrigo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 864-865.

Parra Lucán, M.A.: "Legítimas, Libertad de Testar y transmisión de un Patrimonio", *AFDUDC*, 13, 2009, pp. 481-554.

Pou Ampuero, F.: "Legítimas", *Escritura pública,* N. º 89, 2014.

Propuesta de Código Civil. Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Madrid, 2018, pp. 7-884.

Puig Brutau, J.: *Fundamentos de Derecho Civil:* Tomo 5 - Vol. 3. Legítimas. Reservas. Sucesión intestada. Sucesión contractual. Partición de herencia, Editorial Bosch, S.A. (4 ed.).

Quesada Páez, A.:"Legítimas y desheredación"*, Revista Aranzadi Doctrinal*, N. º 3, 2015, pp.209-229.

Real Pérez, A.: *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Madrid: Cívitas, 1988.

Rivas Martínez, J. J.: *Derecho de Sucesiones Común. Estudio sistemático y jurisprudencial*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 79-1020.

Rodríguez Martínez, M. E.: "Legítimas y libertad de disposición del causante (I)", *Diario La Ley*, núm. 8865, 2016.

Royo Martínez, M.: *Derecho Sucesorio mortis causa,* Editorial Edelce, Sevilla, 1951, pp 1-371.

Torres García, T.F.: *Tratado de legítimas*, Atelier, 2012.

Torres García, T.F.: Legítima. Legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema) Derecho de Sucesiones. Presente y futuro, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Servicio de Publicaciones de Murcia, 2006, pp. 173- 227.

Valladares Rascón, E.: "Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil (LEG 1889, 27)*",* en AA.VV.: *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, t. II, 2004, pp. 4893-4902.

Vallet De Goytisolo, J.B.: "El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la preterición en los Derechos civiles", *ADC*, XX, 1967, pp. 3-115.

Vallet De Goytisolo, J.B.: "Aspecto cuantitativo de las legítimas", *ADC*, XXIV, 1971, pp. 3-147.

Vallet De Goytisolo, J.B.: "Los complementos de la legítima", *ADC*, XXVI, 1973, pp. 3-213.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, I, *Las legítimas*, 2 vols., INEJ, Madrid, 1974.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: "Cuándo y cómo son legitimarios los padres y demás ascendientes legítimos", *RDP*, LVIII, 1974, pp. 3-17.

VAQUER ALOY, A.: "La cuantía de la legitima y la determinación de la legítima global", en AA.VV.: *Estudios y Comentarios Legislativos* (Civitas), *Tratado de Derecho de Sucesiones* (Tomo I), 2011.

VAQUER ALOY, A.: "Acerca del fundamento de la legítima", *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2017.

VERDERA SERVER, R.: Contra *la legítima*. Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, publicado en Cuaderno 94, octubre 2021, pp.19-366.

LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA Y SU DESTINO EN EL ÁMBITO SUCESORIO*

PET ANIMALS AND THEIR FATE IN THE FIELD OF SUCCESSION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2432-2459

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i "Retos investigación" del Programa estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades RTI2018-097354-B-100 (2019-2022), Proyecto de I+D+i Retos MICINN PID2019-108710RB-I00, (2020-2022), y Grupo de Investigación de Excelencia Generalitat Valenciana (Proyecto Prometeu 2021/009, 2021-2024).

Francisca
RAMÓN
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Se analiza en la propuesta presentada el régimen aplicable tras la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, en la que se considerados como seres dotados de sensibilidad, se añade un artículo 914 bis sobre la disposición mortis causa de los animales de compañía.

PALABRAS CLAVE: Régimen jurídico animales; mortis causa; herencia.

ABSTRACT: *The proposal presented analyzes the applicable regime after Law 17/2021, of December 15, modifying the Civil Code, the Mortgage Law and the Law of Civil Procedure, on the legal regime of animals, in which they are considered as beings endowed with sensitivity, an article 914 bis is added on the disposition mortis causa of pet animals.*

KEY WORDS: *Legal regime; animals; mortis causa; inheritance.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, LA LEY DE HIPOTECARIA Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES.- III. LOS ANIMALES Y EL ÁMBITO SUCESORIO.- 1. Los animales como seres vivos dotados de sensibilidad.- 2. La disposición sucesoria de los animales. Diferenciación entre animales y animales de compañía. Los animales como herencia.- 3. La disposición por testamento.- 4. La disposición abintestato o intestada.- 5. Los animales como herederos.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Recientemente se ha aprobado la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales[1]. Esta norma afecta a distintos preceptos en relación con el tratamiento de los animales y que ha sido fruto de un propósito de considerar a los animales como seres dotados de sensibilidad, seres que sienten y que no era adecuado considerarlos como una cosa, como hasta ahora.

La diferenciación entre animal racional (el hombre), en la frase atribuida a Aristóteles, y animal irracional (los animales propiamente), se caracterizaba en estar dotados de razón, el ser humano, y carecer de ella, los animales. Sin embargo, más allá de la consideración del razonamiento, se encuentra la sensibilidad. Se considera como tal, según la Real Academia Española[2], la "facultad de sentir, propia de los seres animados". Y los animales sienten, son capaces de expresar sentimientos, y son capaces también de "experimentar sensaciones producidas por causas externas o internas", que corresponde al verbo sentir.[3]

Los animales domésticos son una especie que es altamente vulnerable y ha sido objeto de actos de crueldad y maltrato, es por ello que su consideración

1 BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 2021. Esta norma ya ha sido objeto de tratamiento por parte de la doctrina. Sin ánimo exhaustivo: Domínguez Luengo, A.: *La Ley 17/2021 sobre régimen jurídico de los animales. Comentario y aplicación práctica*, Reus, 2022; Fernández Benavides, M.: "La reforma del régimen jurídico de los animales. A propósito de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre", *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 101, 2022, pp. 78-82; Fuentes-Lojo Rius, A.: "Un nuevo estatuto jurídico para las mascotas: Familienmitglied", *Actualidad civil*, núm. 2, 2022; Bataller i Ruiz, E.: "La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, ¿hasta qué punto es trasunto de la frustrada Proposición de Ley de modificación del Código civil, la Ley hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento civil, sobre el régimen jurídico de los animales, presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Popular durante la Legislatura XII (2016-2019)?", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, pp. 716-731; Chaparro Matamoros, P.: "Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia", en AA.VV.: *Un nuevo derecho civil para los animales: comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (coord. M. García Mayo; dir. G. Cerdeira Bravo De Mansilla), Reus, Madrid, 2022, pp. 197-226.

2 Real Academia Española: Voz "sensibilidad", 2022.

3 Real Academia Española: Voz "sentir", 2022. Véase: De Torres Perea, J. M.: *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, Reus, Madrid, 2020.

• Francisca Ramón Fernández
Profesora titular de Derecho civil de la Universitat Politècnica de València. Correo electrónico: frarafer@urb.upv.es

como ser que tiene sentimientos, seres sintientes[4], *sentient beings*, y que es sensible a los afectos ha sido un logro que no ha estado exento de un largo camino jurídico. Los animales han tenido una gran importancia a lo largo del tiempo[5], no solo en el ámbito social, sino también en el religioso, considerándose como deidades, y también a través de su consideración sagrada[6]. Su protección en el ámbito jurídico se establecía a través de su consideración por su alto valor como propiedad, hasta la protección de determinadas especies bien por su utilización en la defensa, y con la creación de las asociaciones de defensa de los animales[7].

4 Giménez Candela, T.: "La descosificación de los animales (I)", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 8, núm. 2, 2017, pp. 1-4; "La descosificación de los animales (II)", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 8, núm. 3, 2017, pp. 1-5; "Dignidad, Sentiencia, Personalidad: relación jurídica humano-animal", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 9, núm. 2, 2018, pp. 5-28; "Persona y Animal: una aproximación sin prejuicios", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 10, núm. 1, 2019, pp. 8-20; "Animales en el Código civil español: una reforma interrumpida", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 10, núm. 2, 2019, pp. 7-18; "Estatuto jurídico de los animales en el Código civil. La esperada descosificación animal", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 12, núm. 2, 2021, pp. 7-22; "Derecho animal en Cataluña. Las pautas de Francia", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 12, núm. 3, 2021, pp. 6-16.

5 Del Valle Aramburu, R.: "¿Encontramos influencia romanística en las regulaciones jurídicas de los animales en el derecho actual?", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, vol. 15, núm. 48, 2018, pp. 941-962.; Gimeno Ruiz, A.: "Reforma de la legislación civil sobre el régimen jurídico de los animales y Derecho Internacional Privado", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 10, núm. 2, 2019, pp. 209-216.

6 Véase: Reyes Ortiz, A.: "Los animales de compañía como seres sintientes en la CPEUM. Una propuesta de protección legal", *Dikê: Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, núm. 30, 2021, p. 5 y ss.

7 Como señala: Reyes Ortiz, A.: "Los animales de compañía como seres sintientes en la CPEUM. Una propuesta de protección legal", cit., p. 7 y sigs., "La protección hacia los animales tiene sus orígenes en la antigüedad al existir leyes que protegían específicamente al perro; Egipto, Persia, Etiopía y Babilonia, fueron de los primeros que se preocuparon por protegerlos. En el año 2000 a.C. en el Código de Hammurabi se señalaba que al perro se le daba un alto valor como propiedad motivo por el cual fue protegido, en tanto que en la cultura persa se castigaba con 500 a 1000 latigazos a quien mataba a un perro. Teniendo con ello uno de los primeros antecedentes donde se establecía una sanción hacia cualquier persona que maltratara a un animal y evidenciando el interés de proteger a tales especies. Una de las especies más protegidas en la antigüedad fue el perro, los países musulmanes con el advenimiento de Mahoma establecieron leyes que prohibían matar a un perro al ser importante respetar su vida, en China imperial se prohibía utilizar a los perros para alimento sobre todo aquellos dedicados a la cacería, el perro pekinés al ser una raza que se asemejaba al león era considerado como símbolo de Buda y fue confinado en el palacio imperial. Motivo por el cual, es posible deducir que una de las primeras especies sujetas a protección fue el perro al cual se le daba un alto valor como propiedad y como símbolo de una deidad.
Posteriormente en Europa Napoleón I, decretó el cuidado de los perros que eran usados en el ejército; posteriormente, en los años sesenta las sociedades occidentales por primera vez aceptan criterios éticos y rechazan la crueldad hacia los animales y admiten que estas especies deben gozar de una buena vida, motivo por el cual comenzaron a plasmar tales exigencias en textos legales. En el siglo XIX los estados modernos promulgaron las primeras leyes de protección, un ejemplo de ello fue la Ley Grammont en el año de 1850 en Francia, que prohibía el maltrato a los animales domésticos en la vía pública; posteriormente, se dio paso a la protección de las especies salvajes con la Ley de Belga en 1929; así como la promulgación de leyes de protección a los animales en las comunidades autónomas españolas como Cataluña, Madrid, Murcia, Castilla-La Mancha, Canarias, Cantabria, Baleares, Galicia, etc. De tal forma, que el inicio de la protección hacia las especies animales se da por una cuestión ética para posteriormente abrir paso a la creación de leyes que protegieran a especies domésticas y silvestres.
En Inglaterra bajo el reinado de Jorge IV en 1822, se aprueba por primera vez una ley en defensa de los derechos de los animales en la cual se prohíben las peleas de perros; para el año de 1824 se crea la Sociedad para la Prevención de Crueldad para con los Animales (SPCA); en 1837, Victoria, reina de Gran Bretaña e Irlanda y emperatriz de la India (1819-1901), aceptó que se agregará a ese nombre la palabra real, el cual hasta la fecha se conoce como la Real Sociedad para la Prevención de la Crueldad para con los Animales. Tendiendo así uno de los primeros referentes de lo que hoy se conoce como Asociaciones Protectoras de Animales. En Estados Unidos se establecieron leyes de protección a los perros, cualquier persona que contraviniera la ley era arrestada y encarcelada; en California en el año de 1872, el Código Penal sancionaba el maltrato animal por un periodo no mayor a un año en las prisiones del estado o en

La consideración de los animales en el Código civil antes de esta Ley 17/2021 era la de ser una cosa, dentro de la condición de los denominados bienes muebles, en cuanto que se podían mover[8]. Es decir, que se equiparaban los animales a eso, a un mueble, un ordenador, un sillón. E incluso se habla de los semovientes, como objeto de una rifa en la que puede "ser un bien mueble, inmueble, semoviente o derechos ligados a los mismos", como es el caso de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego[9] y la Ley 8/2014, de 1 de agosto, del juego y las apuestas en las Illes Balears.[10]

Las referencias a los animales son diversas en el mencionado Código civil, como en el caso de los daños, artículos 1905 y 1906; frutos, artículos 355 y 357; posesión, artículo 465; usufructo, artículo 499, y vicios, artículos 1491 a 1499.

La cosificación de un ser vivo, el animal, resultaba del todo despectiva, y despojaba a un ser vivo de su consideración como tal, ya que las cosas de por sí ya son inanimadas, y el animal era un ser vivo animado, respiraba, en definitiva, estaba dotado de vida, de los que carecían las cosas. Era relegarlo a un categoría inferior y simplista[11].

El punto de partida del presente trabajo es el art*ículo 914 bis* del Código civil que se introduce por la Ley 17/2021. Sin embargo, vamos a ir mucho más allá de este precepto y los distintos problemas que suscita, ya que nos plantearemos si procede o no una aplicación analógica en el caso del régimen jurídico contemplado para las crisis familiares en el caso de la disposición por causa de muerte, en concreto un régimen compartido del tiempo de convivencia en el caso de varios herederos que reclamen, entre otras cuestiones.

las cárceles municipales, además de que el infractor no podía tener ningún animal doméstico durante tres años. Por lo cual, la defensa de los animales iba creciendo a través del establecimiento de normatividad que los protegía pero que a su vez sancionaba los actos crueles a través del Código Penal, figura que actualmente se encuentra tipificada en algunos Códigos Penales de los Estados".

8 Rogel Vide, C.: *Los animales en el Código civil*, Reus, Madrid, pp. 14 y sigs. También se puede consultar sobre el tratamiento de los animales antes de la Ley 17/2021: Roca Fernández-Castanys, Mª. L.: "Los animales domésticos y el Derecho: en particular, el régimen jurídico de los animales de compañía", en AA.VV.: *Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI: homenaje al profesor Eduardo Roca Roca* (coord. J. Rodríguez-Arana Muñoz, y I. Del Guayo Castiella), Boletín Oficial del Estado e Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, pp. 1207-1240; Pérez Monguió, J. Mª.: *El régimen jurídico de los animales de compañía*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005; *Animales de compañía: régimen jurídico en el derecho administrativo*, Bosch, Barcelona, 2005; Castro Álvarez, C.: *La protección y la utilización de los animales en el derecho administrativo español: regulación actual y metas pendientes*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018; Arribas Atienza, P.: "El nuevo tratamiento civil de los animales", *Diario La Ley*, núm. 9136, 2018; Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "Entre personas y cosas: ¿Un nuevo derecho para los animales?", *Diario La Ley*, núm. 9853, 2021.

9 BOE núm. 127, de 28 de mayo de 2011.

10 BOE núm. 205, de 23 de agosto de 2014.

11 Sobre ello: Menéndez De Llano Rodríguez, N.: "La modernización del estatuto del animal en la legislación civil española", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 9, núm. 3, 2018, pp. 56-71; Lecier, M.: "Welfare protection of the animal-athete in the sports company in light of the evolution of the legal regime for animals", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 10, núm. 1, 2019, pp. 59-75.

Hay que tener en cuenta que este precepto en el ámbito sucesorio es el único que se introduce y consideramos que el legislador ha desaprovechado una buena oportunidad de poder haber contemplado otros supuestos y también establecer su regulación. ¿Quién no ha leído alguna vez noticias en las que una persona deja su herencia a un animal?[12].

Respecto a la metodología que vamos a utilizar se va a utilizar la habitual en los estudios de cariz jurídico, en el que se analizará la doctrina más reciente, así como la doctrina previa sobre el tratamiento de los animales en el ámbito sucesorio, así como el análisis de la jurisprudencia. En este caso, se realizará también un estudio de derecho comparado con otras legislaciones que contemplan el régimen jurídico de los animales de forma distinta u análoga a la española. Con todo ello, podremos obtener unas conclusiones y realizar aportes propios para contribuir a la aplicación normativa.

II. LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, LA LEY HIPOTECARIA Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES.

El Código civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento civil eras las normas que todavía contemplaban a los animales como bienes, como cosas. Ya la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal diferenció los daños a animales domésticos de los daños a las cosas. El maltrato de los animales se configuraba como un delito cuando la conducta era grave, calificándose de falta en el caso de que fuera leve, y se introduce como falta el abandono de los animales. Afectaba la reforma al capítulo IV del título XVI del libro II, que pasa a denominarse "De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos". Los preceptos afectados fueron los artículos 337, 631 y 632.

Posteriormente, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, indicó que no se apreciaban razones suficientes para justificar el mantenimiento de las infracciones penales previstas en el artículo 630 y en el artículo 631.1, pudiendo aplicarse una sanción administrativa. Pero sí que se entendía adecuado mantener como infracción penal el abandono de animales domésticos contemplado en el artículo 631.2, que pasa a constituir un tipo atenuado del maltrato de animales del

12 Martín López, E.: "¿Puedo dejarle la herencia al gato?", *El comercio*, 28 de octubre de 2020, https://www.elcomercio.es/vivir/tendencias/puedo-dejar-herencia-mascota-20201028160613-ntrc.html, en el que indica que "Karl Lagerfeld, que dejó una fortuna de entre 200 y 300 millones de euros a su amada gata Choupette- un felino de raza birmana, ojos azules y pelaje blanco que fue su principal heredera". Y también menciona el testamento del cardenal Richelieu "uno de los hombres más poderosos de Francia en la primera mitad del siglo XVII. Él era dueño de catorce gatos y, antes de morir, se aseguró de legarles una vida acomodada, incluyendo casa, alimentos, dos cuidadores y una importante suma de dinero".

artículo 337 bis. Como indica el Preámbulo: "La reforma aprovecha, en este punto, para reforzar la protección de los animales mediante una definición de los que son objeto del delito que incrementa la seguridad en la aplicación de la norma, y una revisión de las conductas punibles, incluyendo la explotación sexual de animales, y de las sanciones aplicables a las mismas. Como novedad importante, además de las correspondientes penas de prisión o multa en función de la gravedad, se prevé la posibilidad de imponer las penas de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales".

Los artículos afectados son artículo 33, apartados 2, 3 y 4; artículo 39; artículo 83; artículo 325; artículo 326; artículo 326 bis; artículo 337; se añade un artículo 337 bis, un artículo 345, y se modifica un artículo 353.

Así, el estado de la regulación, y teniendo en cuenta que el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[13] que dispone: "Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional".

En el ámbito del derecho comparado[14], la Ley 17/2021 se hace eco de los distintos ordenamientos jurídicos que han modificado sus textos civiles y los han orientado hacia la sensibilidad de los animales. Así, el Preámbulo se expresa al indicar "la reforma austriaca de 10 de marzo de 1986; la reforma alemana de 20 de agosto de 1990, seguida de la elevación de la protección de los animales a rango constitucional en 2002 al introducir en su Constitución la protección de los animales y que modificó el Código Civil y el Código de las Obligaciones a este objeto; la reforma belga de 19 de mayo de 2009; y las dos más recientes: la reforma francesa de 16 de febrero de 2015 y, de manera muy especial por la proximidad con esta que ahora se presenta, la Ley portuguesa de 3 de marzo de 2017, que estableció un estatuto jurídico de los animales y modificó tanto su Código Civil como el Código Procesal Civil y el Código Penal".[15]

13 DOUE C 83/47, de 30 de marzo de 2010.

14 Se puede consultar: López de la Osa Escribano, P.: "Régimen jurídico del bienestar animal en Estados Unidos", *Anuario jurídico Villanueva*, núm. 6, 2012, pp. 157-166; Contreras López, C. A.: *Régimen jurídico de los animales en Chile, Colombia y Argentina (antecedentes, codificación y desarrollo legislativo)*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2014; De Sa Melo, A.: "De los animales en el Derecho portugués", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 2, 2021, pp. 315-337.

15 Aláez Corral, B.: "Algunas claves de la futura reforma del Estatuto Jurídico Civil del animal en España", "*dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 9, núm. 3, 2018, pp. 48-55, menciona las distintas normas de derecho comparado: § 285a Allgemeines Bürgeliches Gesetzbuch, introducido por la Bundesgesetz über die Rechtsstellung von Tieren, de 10 de marzo de 1988; § 90a Bürgerliches Gesetzbuch, introducido por la

La Ley 17/2021 introduce modificaciones en el artículo 90, apartado 1, una nueva letra bis, y se modifican los apartados 2 y 3 del citado precepto; el artículo 91, el artículo 92, se modifica el apartado 7; se introduce un nuevo artículo 94 bis; se introduce una nueva medida 1ª. bis en el artículo 103; se modifican las rúbricas del Libro Segundo y de su Título I, sustituyendo la rúbrica y añadiendo los artículos 333 y 333 bis; se suprime el contenido del numeral 6º del artículo 334. El contenido actual del artículo pasa a integrar su apartado 1 y se añade un apartado 2; se modifica el artículo 346, párrafo segundo; se modifica el artículo 348, se modifica el artículo 355, párrafo primero; se modifica el artículo 357, se añaden dos párrafos segundo y tercero al artículo 404, se modifica el artículo 430; se modifica el artículo 431, 432, 437, 438, 460, 465, 499, 610, y 611; Se suprime el párrafo tercero del artículo 612, se añade un nuevo artículo 914 bis; se modifica el numeral 1º del artículo 1346; el contenido actual del artículo 1484 se numera como apartado 1 y se añade un apartado 2 al precepto; se modifica el artículo 1485, 1492, 1493 y 1864.

El Decreto de 8 de febrero de 1946[16] por el que se aprueba la Ley Hipotecaria queda afectada al introducir un nuevo apartado primero en el artículo 111, pasando el actual apartado primero a ser el primero bis.

La modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil queda afectada en la introducción de un nuevo numeral 1º en el artículo 605, pasando el actual numeral 1º a ser 1º bis, se modifica el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 771, y se modifica el apartado 4 del artículo 774.

Esta norma, en diferentes ocasiones hace referencia a este principio "bienestar animal"[17], aunque no define de forma expresa qué se entiende por tal. También aludía a este principio la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio[18], siguiendo lo indicado en el Reglamento (CE) núm. 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre los controles oficiales efectuados para

Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht, de 25 de agosto de 1990; artículo 641a Zivilgesetzbuch, introducido por la Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Strafgesetzbuch, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Grundsatzartikel Tiere) de 4 de octubre de 2002, en vigor desde el 1 de abril de 2003; artículo 20a Sachenrecht Gesetzbuch, introducido por la Ley de modificación publicada en el Landesgesetzblatt núm. 155 de 2003. Véase también: Giménez Candela, T.: "Reforma del Cc. de Portugal: Los animales como seres sintientes", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 7, núm. 4, 2016, pp. 1-4; Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "¿Un nuevo Derecho civil para los animales?: Elogio (no exento de enmiendas) a la nueva Proposición de Ley sobre el régimen jurídico de los animales, en España", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 12, núm. 2, 2021, pp. 39-53; "Entre personas y cosas: animales y robots", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 14, 2021, pp. 14-53.

16 En la Ley 17/2021 por error se indicaba 1846. Véase Corrección de errores de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021).

17 Brufao Curiel, P.: "La influencia del régimen jurídico del bienestar y la sanidad animal en la caza y en la pesca comercial y recreativa", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 5, núm. 1, 2014, pp. 1-35.

18 BOE núm. 268, de 8 de noviembre de 2007.

garantizar la verificación del cumplimiento de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar animal[19], actualmente derogado por Reglamento (UE) 2017/625 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativo a los controles y otras actividades oficiales realizados para garantizar la aplicación de la legislación sobre alimentos y piensos, y de las normas sobre salud y bienestar de los animales, sanidad vegetal y productos fitosanitarios, y por el que se modifican los Reglamento (CE) núm. 999/2001, (CE) núm. 396/2005, (CE) núm. 1069/2009, (CE) núm. 1107/2009, (UE) 2016/429 y (UE) 2016/2031 del Parlamento Europeo y del Consejo, los Reglamentos (CE) núm. 1/2005 y (CE) núm. 1099/2009 del Consejo, y las Directivas 98/58/CE, 1999/74/CE, 2007/43/CE, 2008/119/CE y 2008/120/CE del Consejo, y por el que se derogan los Reglamentos (CE) núm. 854/2004 y (CE) núm. 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas 89/608/CEE, 96/23/CE, 96/93/CE y 97/78/CE del Consejo y la Decisión 92/438/CEE del Consejo (Reglamento sobre controles oficiales)[20], y el artículo 25 del Reglamento (CE) núm. 1/2005 del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, relativo a la protección de los animales durante el transporte y operaciones conexas, por el que se modifican las Directivas 64/432/CEE y 93/119/CE y el Reglamento (CE) nº 1255/1997, que deroga la Directiva 91/628/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1991[21].

También se pueden mencionar las siguientes normas siguiendo las anteriores obligaciones indicadas:

a) Real Decreto 1047/1994, de 20 de mayo, relativo a las normas mínimas para la protección de terneros[22];

b) Real Decreto 54/1995, de 20 de enero, sobre protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza[23];

c) Real Decreto 1041/1997, de 27 de junio, por el que se establecen las normas relativas a la protección de los animales durante su transporte[24];

19 DOUE núm.165, de 30 de abril de 2004.

20 DOUE núm. 95, de 7 de abril de 2017.

21 DOUE núm.3, de 5 de enero de 2005.

22 BOE núm. 161, de 7 de julio de 1994.

23 BOE núm. 39, de 15 de febrero de 1995. Se deroga por Real Decreto 37/2014, de 24 de enero, por el que se regulan aspectos relativos a la protección de los animales en el momento de la matanza (BOE núm. 28, de 1 de febrero de 2014).

24 BOE núm.163, de 9 de julio de 1997. Se deroga por Real Decreto 363/2009, de 20 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1559/2005, de 23 de diciembre, sobre condiciones básicas que deben cumplir los centros de limpieza y desinfección de los vehículos dedicados al transporte por carretera en el sector ganadero y el Real Decreto 751/2006, de 16 de junio, sobre autorización y registro de transportistas y medios de transporte de animales y por el que se crea el Comité español de bienestar y protección de los animales de producción (BOE núm. 74, de 27 de marzo de 2009).

d) Real Decreto 348/2000, de 10 de marzo, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico la Directiva 98/58/CE, relativa a la protección de los animales en las explotaciones ganaderas[25];

e) Real Decreto 3/2002, de 11 de enero, por el que se establecen las normas mínimas de protección de las gallinas ponedoras[26];

f) Real Decreto 1135/2002, de 31 de octubre, relativo a las normas mínimas para la protección de cerdos[27];

g) Real Decreto 751/2006, de 16 de junio, sobre autorización y registro de transportistas y medios de transporte de animales, por el que se crea el Comité español de bienestar y protección de los animales de producción[28];

h) Real Decreto 1201/2005, de 10 de octubre, sobre protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos[29].

La Ley 17/2021 sigue la estela que otros ordenamientos jurídicos ya habían adoptado respecto a la consideración de los animales como seres sensibles, en definitiva, seres vivos y no cosas en sintonía también con la consideración social en la actualidad. Como indica el Preámbulo de la Ley 17/2021, "aunque en las primeras reformas de los Códigos civiles europeos (Austria, Alemania y Suiza) se utilizaba la formulación "negativa", en el sentido de que los animales no son cosas o no son bienes, se ha optado por las fórmulas más recientes de los Códigos francés y portugués, que prefieren una descripción "positiva" de la esencia de estos seres que los diferencia, por un lado, de las personas y, por otro, de las cosas y otras formas de vida, típicamente de las plantas".

III. LOS ANIMALES Y EL ÁMBITO SUCESORIO.

1. Los animales como seres vivos dotados de sensibilidad.

Esta consideración como seres sensibles les aleja de estar categorizados para el derecho como una cosa, un bien, sin sentimientos, y sin vida. Ya se diferencia, pues,

25 BOE núm.61, de 11 de marzo de 2000.

26 BOE núm. 13, de 15 de enero de 2002.

27 BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2002.

28 BOE núm. 150, de 24 de junio de 2006. Derogado por Real Decreto 751/2006, de 16 de junio, sobre autorización y registro de transportistas y medios de transporte de animales y por el que se crea el Comité español de bienestar y protección de los animales de producción (BOE núm. 150, de 24 de junio de 2006), derogado a su vez por Real Decreto 542/2016, de 25 de noviembre, sobre normas de sanidad y protección animal durante el transporte (BOE núm. 297, de 9 de diciembre de 2016).

29 BOE núm. 252, de 21 de octubre de 2005. Derogada por Real Decreto 53/2013, de 1 de febrero, por el que se establecen las normas básicas aplicables para la protección de los animales utilizados en experimentación y otros fines científicos, incluyendo la docencia (BOE núm. 34, de 8 de febrero de 2013).

entre animales y cosas, que es precisamente la pretensión de la reforma, dotales de una naturaleza diferente. Cuando nos referimos a los animales, el Código civil no distingue entre que sea un animal de compañía, doméstico, silvestre o salvaje, para establecer alguna diferenciación. Todos se consideran como seres dotados de sensibilidad. Si bien, sí que incluye alguna precisión, por ejemplo, en los artículos 90 b) bis, 91, 94 bis, 103 1ª. bis, 404, párrafo segundo, 914 bis del Código civil, que se refiere a animales de compañía. Y se refiere a los animales salvajes o silvestres, en el artículo 465 del Código civil.

Sin embargo, la modificación del artículo 333 del Código civil que parece que hila muy fino, sin embargo, aparta a los animales de su cosificación. De este modo, el primer inciso del precepto queda igual a la redacción anterior[30], pero se añade un segundo inciso, que indica "también pueden ser objeto de apropiación los animales, con las limitaciones que se establezcan en las leyes".

Aunque se consideren como seres dotados de sensibilidad, no excluye que se les aplique de forma supletoria, en determinados casos, el régimen jurídico de los bienes o cosas, siempre que no existan normas específicas que se les pueda aplicar, y ello no vaya en contra de su consideración como ser vivo sensible. Nótese que en ningún caso se otorga y se les dota de personalidad a los animales, a fin de atribuirles derechos[31], no se pasa de la cosificación a la personalización del mismo, es por ello que no se contempla la posibilidad de que el animal pueda ser heredero, entre otros aspectos.

Su calificación como ser sensible, indica el Preámbulo, hace que relación entre la persona y el animal "ha de ser modulada por la cualidad de ser dotado de sensibilidad, de modo que los derechos y facultades sobre los animales han de ser ejercitados atendiendo al bienestar y la protección del animal, evitando el maltrato, el abandono y la provocación de una muerte cruel o innecesaria".

El artículo 333 bis que se introduce por la Ley 17/2021 dispone:

"1. Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección.

30 "Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles", con lo que se comprendían a los animales, y no como en la actual redacción que los nombra específicamente como objeto de apropiación, pero no cosificándolos, ni considerándolos como un bien.

31 Fernández Benavides, M.: "La reforma del régimen jurídico de los animales. A propósito de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre", *El Notario del siglo XXI*, núm. 102, 2022. Aquí podríamos mencionar la problemática acerca de la denominada "personalidad electrónica" respecto de los robots, tal y como indica la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)).

2. El propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él y sus deberes de cuidado respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en ésta y las demás normas vigentes.

3. Los gastos destinados a la curación y al cuidado de un animal herido o abandonado son recuperables por quien los haya pagado mediante el ejercicio de acción de repetición contra el propietario del animal o, en su caso, contra la persona a la que se le hubiera atribuido su cuidado en la medida en que hayan sido proporcionados y aun cuando hayan sido superiores al valor económico de éste.

4. En el caso de que la lesión a un animal de compañía haya provocado su muerte o un menoscabo grave de su salud física o psíquica, tanto su propietario como quienes convivan con el animal tienen derecho a que la indemnización comprenda la reparación del daño moral causado".[32]

2. La disposición sucesoria de los animales. Diferenciación entre animales y animales de compañía. Los animales como herencia.

Nótese que el precepto 914 bis que analizaremos en los puntos siguientes hace referencia a "animales de compañía", y lo que tenemos que preguntarnos es qué se entiende como tal. Si el concepto de animal de compañía es equivalente a mascota[33] (término que no utiliza en ningún momento la Ley 17/2021) o a animal doméstico[34].

32 Como señala Chaparro Matamoros, P.: "Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia", cit., p. 198, «La nueva redacción del art. 333 CC recuerda mucho a la redacción del art. 1302 del Código Civil Portugués, dada por la Lei nº 8/2017, de 3 de março. Dicho precepto, en su primer apartado, afirma que "As coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objeto do direito de propriedade regulado neste código", para añadir a continuación, en el numeral segundo, que "Podem ainda ser objeto do direito de propriedade os animais, nos termos regulados neste código e em legislação especial"».

33 Gallego Igea, M.: "Animal de compañía", *Cosumoteca*. https://www.consumoteca.com/animales/animal-de-compania/, "El término mascota proviene del francés *mascotte*, y se aplica a la persona o animal que por traer buena fortuna, sirve de talismán".

34 Como acertadamente advierte Chaparro Matamoros, P.: "Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia", cit., p. 201, «En relación con esta cuestión, y habiendo definido la ley el concepto de "animales" de una forma positiva, no deja de sorprender que, sin embargo, se deje sin aclarar el concepto de "animal de compañía", abocando seguramente con ello a cierta disparidad judicial en la interpretación del mismo y, en consecuencia, a la falta de seguridad jurídica. La cuestión no es baladí, porque el concepto dista mucho de ser pacífico, apreciándose diferencias en las definiciones ofrecidas por algunos instrumentos normativos de protección de los animales, como por ejemplo el Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía (hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987, y al que España se adhirió el 9 de octubre de 2015); el Reglamento (UE) nº 576/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo a los desplazamientos sin ánimo comercial de animales de compañía y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 998/2003, la Ley nº 4/2016, de 22 de julio, de Protección de los Animales de Compañía de la Comunidad de Madrid, o el Texto Refundido de la Ley de Protección de los Animales de Cataluña.
Con todo, y sin ser plenamente coincidentes las diversas definiciones proporcionadas por las normas mencionadas, sí que se observan dos caracteres, más o menos comunes, que conforman la noción de "animal de compañía": a) de un lado, la convivencia con su propietario en la vivienda u hogar de este; y, b) por otro, el hecho de que la tenencia del mismo obedece principalmente a una función de compañía, sin perjuicio de que aquél pueda generar rentas para su dueño. A nuestro juicio, y como tendremos ocasión

El término "compañía" se identifica con acompañamiento. La doctrina ha indicado que el término es amplio y subjetivo, y que, según el lenguaje popular, ese acompañamiento no se predica solo de un ser vivo, sino también de un aparato, por ejemplo, la televisión hace compañía o me acompaña la radio[35], o estoy en compañía de un buen libro. Es decir, que la compañía en el caso de los animales es algo más, y debe relacionarse con el vínculo afectivo que se genera entre el hombre y el animal, interactuando aunque sea mínimamente (por ejemplo, el caso de un pez) ya que incluso puede ser un gestor de afectos y ayudar emocionalmente al ser humano. Recuérdese la noticia que impactó en los medios de comunicación de una persona que quería subir a un avión acompañada de su pavo real, porque era un ave que tenía efectos terapéuticos para su afección, y era considerado como un animal de apoyo emocional[36].

Teniendo en cuenta que la reforma de la Ley 17/2021 hace mención en algunos preceptos a animales, y en otros a animales de compañía, pareciendo establecer una clara diferenciación.

En el Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987 y ratificado por España por Instrumento del año 2017[37] define al animal de compañía como: "todo aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía".

La Ley 8/1991, de 30 de abril, de protección de los animales de la Comunidad Autónoma de Canarias[38] distingue entre los animales domésticos, y dentro de estos los de compañía que son los mantenidos por el hombre, los alberga en su hogar, sin intención lucrativa alguna. Igual definición utiliza la Ley 1/1992, de 8 de abril, de protección de los animales que viven en el entorno humano de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares[39], en su artículo 12.

La Ley 3/1992, de 18 de marzo, de protección de los animales de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en su artículo 8, define a los animales de compañía como

de desarrollar más adelante, el elemento clave es la función: si el animal cumple fundamentalmente una función de compañía (lo cual presupone la convivencia con su propietario) y, por tanto, extrapatrimonial, será considerado de compañía. A *sensu contrario*, si el animal no cumple una función principal de compañía, sino una patrimonial, no podrá recibir la consideración de "animal de compañía", pese a que su género o especie pertenezca a alguno de los categorizados como "animales de compañía"».

35 Pérez Monguió, J. Mª.: "El concepto de animal de compañía: un necesario replanteamiento", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51, 2018.

36 Ecodiario.es: "Intenta colar un pavo real en un avión y se genera un debate absurdo en las redes", *El* Economista, 1 de febrero de 2018.

37 BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2017.

38 BOE núm. 152, de 26 de junio de 1991.

39 BOE núm. 145, de 17 de junio de 1992.

"los que se crían y reproducen con la finalidad de vivir con el hombre con fines educativos, lúdicos o sociales".

La Ley 6/1993, de 29 de octubre, de protección de los animales de la Comunidad Autónoma del País Vasco[40] se refiere a los animales domésticos (artículo 2), como "aquellos que dependen de la mano del hombre para su subsistencia", y animales domesticados "aquellos que, habiendo nacido silvestres y libres, son acostumbrados a la vista y compañía del hombre, dependiendo definitivamente de éste para su subsistencia".

La Ley 4/1994, de 8 de julio, de la Generalidad Valenciana, sobre Protección de los Animales de Compañía[41] mantiene la definición de la Ley 3/1992, e indica que se aplicará la norma "a todos los artrópodos, anfibios, peces, reptiles, aves y mamíferos de compañía cuya comercialización o tenencia no esté prohibida por la normativa vigente. Especialmente será de aplicación a las subespecies y variedades de perros ("canis familiaris") y gatos ("feliz catus")". Se excluyen los animales "de experimentación y los albergados en explotaciones ganaderas o en la lista anexa creada por el art. 26 de la ley 6/2003, de 4 de marzo, de la Generalitat, de Ganadería de la Comunitat Valenciana".

La Ley 5/1997, de 24 de abril, de protección de los animales de compañía de la Comunidad de Castilla y León[42] sigue la definición de la Ley 3/1992 y Ley 4/1994. En el caso de los perros y gatos se indica que es "independientemente del fin para el que se destinan o el lugar en el que habiten", según el artículo 2.

La Ley 5/2002, de 23 de mayo, de Protección de los Animales en la Comunidad Autónoma de Extremadura[43] sigue la misma definición de las normas anteriores: convivencia del animal con el hombre y sin finalidad lucrativa. En igual sentido, la Ley 13/2002, de 23 de diciembre, de tenencia, protección y derechos de los animales de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias[44], incide en el objetivo de obtener compañía del animal. Del mismo modo se expresa la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de protección de los animales[45], en su artículo 1.

El Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de los animales[46] de la Comunidad Autónoma

40 BOE núm. 35, de 10 de febrero de 2012.

41 BOE núm. 194, de 15 de agosto de 1994.

42 BOE núm. 156, de 1 de julio de 1997.

43 BOE núm. 201, de 22 de agosto de 2002.

44 BOE núm. 28, de 1 de febrero de 2003.

45 BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 2003.

46 DOGV núm. 5113 de 17 de abril de 2008

de Cataluña, modificado por Ley 22/2015, de 29 de julio[47] distingue entre animal doméstico, animal de compañía en el que incluye a los hurones, y animal de compañía exótico "animal de la fauna salvaje no autóctona que de manera individual depende de los humanos, convive con ellos y ha asumido la costumbre del cautiverio".

La Ley 4/2016, de 22 de julio, de protección de los animales de compañía de la Comunidad de Madrid[48], define como animales de compañía (artículo 4), "animales que viven con las personas, principalmente en el hogar, con fines fundamentalmente de compañía, ocio, educativos o sociales, independientemente de su especie. A los efectos de esta Ley se incluyen entre ellos todos los perros y gatos, independientemente de fin para el que se destinan o el lugar en el que habiten, y los équidos utilizados con fines de ocio o deportivo, siempre que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones, o no se lleve a cabo, en general, con fines comerciales o lucrativos".

La Ley 4/2017, de 3 de octubre, de protección y bienestar de los animales de compañía de Galicia[49], incluye, en su artículo 4, dentro de los animales de compañía a los de cualquier especie que tenga en su poder el ser humano, siempre que "su tenencia no suponga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones, o no se lleve a cabo, en general, con fines comerciales o lucrativos". Se incluye a los perros, gatos, hurones, "así como a los animales de las colecciones zoológicas de los parques o reservas zoológicas, independientemente del fin al que sean destinados o del lugar en el que habiten, además de todos aquellos ejemplares de animales silvestres mantenidos en cautividad con fines distintos de los productivos". Los diferencia de los animales domésticos, entendiendo como tales, "aquellos animales de compañía pertenecientes a especies que críe y posee tradicional y habitualmente el ser humano, con el fin de vivir en domesticidad en el entorno del hogar, así como los de acompañamiento, conducción y ayuda de personas con discapacidad reconocida".

La Ley 6/2017, de 8 de noviembre, de protección y defensa de los animales de compañía de la Región de Murcia[50] identifica los animales de compañía con los animales domésticos que se tienen con el fin de compañía, ocio, educativos o sociales, "por ser pertenecientes a especies que críe y posea tradicional y habitualmente el hombre, con el fin de vivir en domesticidad en el hogar". Se incluyen además de los que la legislación mencionada indica, los roedores, conejos,

47 BOE núm. 216, de 9 de septiembre de 2015.

48 BOE núm. 285, de 25 de noviembre de 2016.

49 BOE núm. 263, de 30 de octubre de 2017.

50 BOE núm. 310, de 22 de diciembre de 2017.

y las aves, con excepción de los destinados a la producción de alimentos, y las aves de corral (artículo 2).

Se exceptúan y no tendrán la consideración de animales de compañía, "los animales de aquellas especies que se encuentren incluidos en los distintos listados o catálogos estatales o autonómicos de especies con régimen de protección especial, de especies amenazadas o de especies exóticas invasoras, y cuya tenencia no esté legalmente permitida, ni tampoco los que se encuentren asilvestrados en el medio natural a los que resultará de aplicación la normativa sobre fauna silvestre sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación estatal".

La Ley 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales en la Comunidad Autónoma de La Rioja[51], índice en la condición de que se consideran como animales de compañía los que las personas mantienen principalmente en el hogar para disfrute de su compañía (artículo 5).

La Ley Foral 19/2019, de 4 de abril, de protección de los animales de compañía en Navarra[52] incluye, en su artículo 5, también a los mamíferos distintos de los destinados a la producción de alimentos, invertebrados "excepto las abejas, los abejorros, los moluscos y los crustáceos), animales acuáticos ornamentales, anfibios, reptiles, aves y cualquier otra especie animal, como los animales silvestres de origen legal o criados en cautividad mantenidos como animales de compañía". Esta norma excluye de su consideración como animales de compañía "aquellas especies que se encuentren incluidas en los listados o catálogos estatales o autonómicos de especies con régimen de protección especial, de especies amenazadas o de especies exóticas invasoras y cuya tenencia no esté legalmente permitida".

La Ley 7/2020, de 31 de agosto, de Bienestar, Protección y Defensa de los Animales de Castilla-La Mancha[53] distingue entre animal de compañía, para la que utiliza el mismo concepto que la Ley 4/2016, pero añadiendo a los hurones, y animal de compañía exótico "animal de la fauna salvaje no autóctona que de manera individual depende de los humanos, convive con ellas y ha asumido la costumbre del cautiverio".

3. La disposición por testamento.

Teniendo en cuenta lo que después veremos que indica el artículo 914 bis del Código civil, a *sensu contrario*, la disposición testamentaria puede contener indicaciones sobre el destino de los animales de compañía que sean propiedad del causante. Teniendo en cuenta lo indicado en el artículo 659 del Código civil

51 BOE núm. 301 de 14 de diciembre de 2018.

52 BOE núm. 110, de 8 de mayo de 2019.

53 BOE núm. 296, de 10 de noviembre de 2020.

la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por el fallecimiento, y el artículo 670 del Código civil por cuanto acto de carácter personalísimo. La condición de seres dotados de sensibilidad los aleja de su consideración como bien o cosa, pero como señala el mencionado artículo 333 bis del Código civil se le aplicará el régimen jurídico de los bienes y cosas en la medida que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección. Y es por ello que el testador podrá dejar en su testamento instrucciones sobre los animales de compañía, y también poder entregarlos a los herederos o legatarios[54].

Hay que tener en cuenta lo indicado en el artículo 763 del Código civil respecto de la institución de heredero, ya que el que no tuviere herederos forzosos (artículo 807 del Código civil), podrá disponer de todos o parte de sus bienes en favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos. En el caso de tener herederos forzosos sólo podrá disponer de ellos en la forma y con las limitaciones de la Sección Quinta del Capítulo II del Libro III, (artículo 806 a 822 del Código civil).

También se puede constituir una sustitución fideicomisaria y entregar el animal a un tercero según lo indicado el artículo 781 del Código civil. O también constituir un usufructo de conformidad con el artículo 787 del Código civil. O bien también establecer una condición que se imponga a herederos o legatarios según lo indicado en los artículos 790 y sigs. del Código civil.

También interesa hacer mención del albacea regulado en los artículos 892 y sigs. del Código civil respecto a que se cumpla la voluntad del testador.

También podrá indicar en su testamento que parte de su herencia sea para una institución benéfica o fundación que puedan encargarse del animal de compañía, su cuidado y alimento a cargo de los bienes de la herencia, según lo indicado en el artículo 746 del Código civil. Otra opción viable es la constitución de una fundación que sí que tienen capacidad para heredar, y a través del dinero o bienes dejados en herencia se destinen los mismos al cuidado y alimento de los animales

54 Como señala Giménez Candela, T.: "La herencia de los animales de compañía", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 1, núm. 1, 2010, p. 1: «En todo caso, la fórmula usada siempre se atiene a unas constantes: designación de una persona física o jurídica que se encargue de beneficiar al animal o animales, con el capital o los bienes que el testador destine a tal efecto. Es decir, el animal es beneficiario "indirecto" del capital que se destina a su manutención y cuidado». Esta autora también nos explica el "Pet Trust" de la normativa de Estados Unidos, que consiste en «un fideicomiso a favor del animal de compañía, en el que el disponente destina una cantidad de dinero o bienes y especifica la forma en que desea que se efectúen los desembolsos, a favor del animal de compañía. Para ello, se nombra a un responsable ("trustee") que debe atenerse a las previsiones que el fideicomitente especifique, relativas a alimentos, asistencia veterinaria, cuidados variose, incluso, de una eventual eutanasia, si el animal sufriera una enfermedad grave e irreversible. Algunos dueños dejan también previsto, a qué fines se destinará el remanente del fondo, si este no se hubiera gastado durante la vida del animal al que se desea beneficiar».

de compañía. Habrá que atender a la distinta normativa en materia de fundaciones como la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones[55].

También se podrá establecer una condición resolutoria en el testamento, de tal forma que el heredero se encargue del cuidado y alimento del animal de compañía hasta que fallezca como condición para heredar, o bien que pueda heredar una vez fallecido el animal de compañía y hubiera cumplido con la condición de su cuidado y alimento.

También se plantea el problema de qué sucede desde el fallecimiento hasta la apertura de la sucesión, ya que el animal de compañía necesita alimentos y cuidados y atención ya que es un ser vivo. En estos casos, lo más conveniente es que el causante ya haya comentado en vida su decisión con el heredero del animal de compañía su decisión de dejárselo en herencia, y que éste se pueda encargar del animal de compañía una vez fallecido el causante.

Consideramos que si en determinado supuesto no se pudiera hacer cargo del animal ninguna persona, se aplicaría, por analogía lo que indica el artículo 914 bis, respecto a la falta de disposición testamentaria de los animales de compañía, es decir, se entregaría al órgano administrativo o centro que tenga encomendada la recogida de animales abandonados hasta que se realizara la aceptación y adjudicación de la herencia. Entendemos que habría que abonar los gastos ocasionados por el animal respecto de su alimentación y cuidado a cargo de la herencia, a pesar de que no dispone nada respecto de ello el precepto referido.

4. La disposición abintestato o intestada.

La Ley 17/2021 añade un nuevo artículo 914 bis con el siguiente tenor literal:

"A falta de disposición testamentaria relativa a los animales de compañía propiedad del causahabiente, estos se entregarán a los herederos o legatarios que los reclamen de acuerdo con las leyes.

55 BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2002. También hay que atender a la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 1998); Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1998); Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana (BOE núm. 18, de 21 de enero de 1999), modificada por Ley 9/2008, de 3 de julio (BOE núm. 192, de 9 de agosto de 2008); Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León (BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2002), modificada por Ley 12/2003, de 3 de octubre (BOE núm. 252, de 21 de octubre de 2003); Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE núm. 156, de 1 de julio de 2005); Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2007); Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de La Comunidad Autónoma de La Rioja (BOE núm. 59, de 9 de marzo de 2007); Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública de la Comunidad Autónoma de Cataluña (BOE núm. 18, de 21 de enero de 2015); Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco (BOE núm. 151, de 23 de junio de 2016); Ley 6/2020, de 15 de julio, de Fundaciones de Cantabria (BOE núm. 225, de 21 de agosto de 2020), y Ley Foral 13/2021, de 30 de junio, de Fundaciones de Navarra (BOE núm. 181, de 30 de julio de 2021).

Si no fuera posible hacerlo de inmediato, para garantizar el cuidado del animal de compañía y solo cuando sea necesario por falta de previsiones sobre su atención, se entregará al órgano administrativo o centro que tenga encomendada la recogida de animales abandonados hasta que se resuelvan los correspondientes trámites por razón de sucesión.

Si ninguno de los sucesores quiere hacerse cargo del animal de compañía, el órgano administrativo competente podrá cederlo a un tercero para su cuidado y protección.

Si más de un heredero reclama el animal de compañía y no hay acuerdo unánime sobre el destino del mismo, la autoridad judicial decidirá su destino teniendo en cuenta el bienestar del animal".

Leemos el precepto y no lo llegamos a comprender de forma correcta. Y es por algo que desde luego es lo que nos llama la atención: que se hable de causahabiente[56], cuando en realidad es el causante, ya que se trata de un error del legislador confundir el heredero o legatario con el fallecido que "causa la herencia". Esto ya ha sido puesto de manifiesto por la doctrina[57] y cuyo origen de este error inadmisible se puede encontrar en la Proposición, que no contenía

56 Real Academia Española: Voz "causahabiente", 2022, "Heredero o persona que recibe bienes o derechos como consecuencia del fallecimiento del causante", y Voz "causante", 2022, "En el derecho de sucesiones, persona cuyo fallecimiento causa la apertura de la sucesión en su patrimonio y la conversión de este en herencia.
"La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia" (CC, art. 440)".

57 Carpio Fiestas, V. y Durán Rivacoba, R.: "«Causante», que no «causahabiente»", *Tribuna. Diario La Ley*, 17 de enero de 2022, nos indican que "Al margen de comentarios más extensos de que se hace acreedora la nueva disposición, por motivos de urgencia se impone un breve apunte sobre un aspecto del todo llamativo. Tanto, que requiere, a nuestro juicio, una reacción inmediata del legislador en su remedio.
El reproducido inciso primero del artículo 914 bis del Código Civil comete un error jurídico conceptual que, lamentablemente, cabe ser calificado de garrafal e insólito: emplea el término *causahabiente* cuando, sin ningún género de dudas, quiere y debería decir *causante*. El párrafo, tal y como queda, consagra un desatino equivalente a utilizar el término *empleado* en una ley laboral si se quiere aludir a *empleador*, o *arrendatario* por *arrendador* en una norma sobre alquileres; esto es, intercambia dos términos jurídicos íntimamente relacionados y conceptualmente opuestos. Ambos se corresponden mutuamente, pero en posturas antagónicas y complementarias. No es cuestión baladí, porque las nociones jurídicas *causahabiente* y *causante* son elementales en Derecho sucesorio y de uso cotidiano. El inaudito e inexplicable despropósito resultante, sin precedentes, es que designa como *heredero* al causante o *de cuius* dueño del animal de compañía, y nada menos que dentro de la norma que constituye la espina dorsal de nuestro común ordenamiento jurídico privado, en el Código Civil y que, por extensión, es aplicable a todo el resto del ordenamiento jurídico. Los términos *causahabiente* y *causante* no son en absoluto algo tangencial o anacrónico, a diferencia de otros del Código Civil, que resultan mero vestigio histórico e intrascendentes en la práctica, sino la propia raíz del Derecho de sucesiones. Confundirlos es un palmario error conceptual insostenible.
Pudiera pensarse que tamaña equivocación es percibida y corregible de inmediato por todos cuantos emprendan la lectura del precepto, pero acaso así no suceda. Quienes nos dedicamos a la docencia jurídica somos muy conscientes de que tal vez para el alumnado pase inadvertido el yerro y este dislate se incorpore hasta en el lenguaje común. Introduciría distorsiones sobre ideas de partida de nuestro ordenamiento jurídico, que nunca se han confundido ni deben confundirse, y hasta puede que incrementen el catálogo de su falible comprensión, incluso por la propia Administración Pública referida en la norma.
En cualquier caso, permitir que prospere una tacha tan profunda en una de las joyas de la producción legislativa española, como es el Código Civil, resulta un verdadero desatino, que no puede mantenerse por más tiempo del imprescindible para rectificarlo con la máxima urgencia".

ninguna modificación sucesoria, y que fue introducida a través de enmienda en el Congreso[58].

Pero no se trata de un "error" aislado, sino que en el propio Preámbulo se confunden también y nos habla de causahabiente cuando es lo correcto causante: "Asimismo, se incorporan disposiciones en materia de sucesiones, relativas al destino de los animales en caso de fallecimiento de su propietario, que, en ausencia de voluntad expresa del causahabiente, también deberán articular previsiones en base al criterio de bienestar de los animales".

Pues bien, precisamente ha sido la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)[59], en su disposición final primera, la que ha subsanado el error y el artículo 914 bis, en su primer párrafo, pasa a tener la redacción correcta referente a causante: "A falta de disposición testamentaria relativa a los animales de compañía propiedad del causante, estos se entregarán a los herederos o legatarios que los reclamen de acuerdo con las leyes".

En el último párrafo del artículo 914 bis se plantea el problema de que más de una persona con derecho a la herencia reclamare el animal de compañía, y no hay un acuerdo unánime sobre el destino del mismo. En este caso decide la autoridad judicial y se tendrá en cuenta el bienestar del animal. No encontramos con una situación que se puede asimilar, salvando las distancias, con lo que indica el

58 Carpio Fiestas, V. y Durán Rivacoba, R.: "«Causante», que no «causahabiente»", cit., "Dicha Proposición de Ley preveía diversas modificaciones en el Código Civil, pero ninguna en materia de sucesiones. Su ampliación a la disciplina hereditaria operó en el Congreso, vía enmienda, por diversos grupos parlamentarios. El texto definitivamente aprobado del artículo 914 bis del Código Civil (LA LEY 1/1889) y su reflejo en el Preámbulo constan en la versión refrendada por la Comisión de Justicia con competencia legislativa plena, luego aceptada por la Comisión de Justicia del Senado y finalmente por el Congreso.
A la vista de su resultado en la cuestión que aquí nos emplaza, la de los conceptos jurídicos correctos y adecuados, al margen incluso de la disciplina jurídica concreta, el juicio no puede ser más desalentador. No se trata ya solo de que la calidad legislativa sea ínfima y de que no funcione ningún sistema de detección y purga de los errores más palmarios, ni siquiera en la reforma del propio Código Civil, con ser todo ello cierto. El problema es que la equivocación es compartida por varios grupos parlamentarios y en dos legislaturas. Por tanto, es un defecto de que adolece nuestra cultura jurídica, degradada incluso en los custodios de su actualización y defensa. La desoladora conclusión es que cualquier cosa puede prosperar en una ley, lo que induce a no pocas reflexiones de fondo ante un asunto lacerante sobre nuestra producción legislativa y su porvenir".

59 BOE núm. 214, de 06 de septiembre de 2022.

artículo 90 letra b) bis que se introduce con la Ley 17/2021[60], y que hace referencia a la "custodia compartida", en palabras del precepto "tiempo de convivencia" del animal, para los supuestos de crisis familiar[61]:

"El destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuera necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal".

Con anterioridad a la Ley 17/2021, la jurisprudencia ya se había pronunciado sobre la cuestión. De interés resulta menciona la SJPI núm. 9 Barcelona 14 marzo 2018, sobre la perra de raza Pastor Alemán que respondía al nombre de "Luna", que se estableció un periodo de tenencia compartida por semanas alternas por ser ambos litigantes copropietarios del animal, y la SJPI núm. 7 Vilanova i la Geltrú, 6 noviembre 2019 respecto al perro raza Beagle llamado "Pirata", en el que también se estableció la tenencia por periodos iguales de quince días ya que ambos litigantes tenían título dominical sobre el animal[62].

Nos podemos encontrar con el supuesto de que sea una familia que tiene un animal de compañía, fallece, por ejemplo, el padre, sin otorgar testamento, y son varios de sus hijos los que reclaman el animal de compañía, porque han establecido un vínculo con el mismo. Una solución puede ser que la autoridad

60 Como indica el Preámbulo de la Ley 17/2021, "Esta reforma se hace precisa no sólo para adecuar el Código Civil a la verdadera naturaleza de los animales, sino también a la naturaleza de las relaciones particularmente las de convivencia, que se establecen entre estos y los seres humanos. En base a lo anterior, se introducen en las normas relativas a las crisis matrimoniales preceptos destinados a concretar el régimen de convivencia y cuidado de los animales de compañía, cuestión que ya ha sido objeto de controversia en nuestros tribunales. Para ello se contempla el pacto sobre los animales domésticos y se sientan los criterios sobre los que los tribunales deben tomar la decisión de a quién entregar el cuidado del animal, atendiendo a su bienestar". Véase: Gil Membrado, C.: *Régimen jurídico civil de los animales de compañía*, Dykinson, Madrid, 2014; García Presas, I.: "El nuevo tratamiento jurídico de los animales de compañía en los divorcios", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. Extra 8, 2, 2018, pp. 124-139.

61 Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: *Crisis familiares y animales domésticos*, Reus, Madrid, 2019; "Crisis de pareja y animales domésticos: ¿una «pertenencia de la vivienda familiar»?", en AA.VV.: *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones* (dir. M. García Mayo), Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 167-189; Fernández Chacón, I.: "El destino de los animales de compañía tras la crisis familiar: Marco normativo actual y perspectivas de reforma", en AA.VV.: *Cuestiones jurídicas relevantes sobre la economía conyugal* (coord. R. Durán Rivacoba), Aranzadi, Cizur Menor, 2021; Nevado Montero, J. J.: "Familia y crisis de pareja: el acuerdo sobre la tenencia de las mascotas o animales de compañía", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783, 2021, pp. 524-535; Vázquez Muiña, T.: "Animales y crisis de pareja. El régimen de la comunidad de bienes y el derecho de visita", *Actualidad civil*, núm. 12, 2021; Vázquez Muiña, T.: "Y Nietzsche ganó la batalla: por fin tenemos una Ley estatal que reconoce a los animales como seres sensibles. Crisis familiares y animales de compañía a propósito de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, pp. 732-763.

62 Citadas por Olivera Oliva, M.: "Crisis de pareja de hecho y animales de compañía. Sentencias en Cataluña, anteriores a la propuesta de reforma del Código civil de 20 de abril de 2021", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 12, núm. 2, 2021, pp. 190-198. Véase también la jurisprudencia citada por Del Campo Álvarez, B.: "El nuevo estatus jurídico de los animales y su incidencia en los casos de separación y divorcio", *Diario La Ley*, núm. 9207, 2018; y Vivas Tesón, I.: "Los animales en el ordenamiento jurídico español y la necesidad de una reforma", *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, núm. 21, 2019, pp. 1-23, y López Tur, T.: "La guarda y custodia de los animales de compañía", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núms. 18-19, 2021, pp. 73-94.

judicial establezca un periodo de convivencia, con la finalidad de contribuir al bienestar del animal, que puede verse privado del cariño y atención de las personas que habitualmente convivían con él.

El precepto se refiere a que los animales de compañía sean propiedad del causante. Precisamente también la modificación de la Ley 17/2021 contempla que los animales sean objeto de propiedad, diferenciándolo de las cosas, ya que el artículo 348 del Código civil se modifica, en el primer párrafo, al indicar: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes". Y de posesión diferenciándolo también de las cosas, al modificarse el artículo 430 del Código civil, al establecer: "Posesión natural es la tenencia de una cosa o animal, o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa, animal o derecho como suyos". Y al ejercicio de la posesión, con la modificación de los artículos 432, 437, 438 y 460 del Código civil.

La mencionada Ley 6/2017, respecto a la consideración de propietario de un animal de compañía lo considera al que "acredite la titularidad y dominio del animal por cualquier medio admitido en derecho".

5. Los animales como herederos.

Como hemos indicado anteriormente, hemos conocido casos en los que un perro, un gato, en definitiva, una mascota ha sido heredero/a de una gran fortuna. Pero, la pregunta que nos podríamos formular, si un animal no tan común, como por ejemplo, un caballo, una oveja o un cerdo, podrían serlo. Parece que la razón de ser en los ordenamientos jurídicos en los que se permite sea el vínculo afectivo del dueño con el animal, por lo que nada impediría que ese vínculo se haya establecido con un animal no tan habitual para ser una mascota como los anteriormente mencionados. Disquisiciones aparte, hay que indicar que tal y como está establecido el régimen sucesorio actual, en nuestro país, en puridad, el animal no es heredero, Pero, ojo, eso no quita que se puedan destinar los bienes de la herencia al mantenimiento del animal, que es otra cosa. Siempre, claro está, que no haya herederos forzosos (artículo 807 Código civil), ya que como indica el artículo 806 Código civil está sujeto a la legítima siendo esta la porción de bienes que no puede disponer por la reserva legal a determinados herederos), con lo que sí que podría disponer del tercio de libre disposición. O bien si los tiene los haya desheredado o sean indignos para suceder. Es decir, una persona que no tiene herederos forzosos podría disponer de sus bienes para beneficio del animal, pero no designarlo como heredero, el animal como ser no puede ser heredero, ya que no tiene capacidad, ni se contempla dicha opción en la legislación española.

IV. CONCLUSIONES.

La modificación operada por la Ley 17/2021 resulta de gran interés y supone la descosificación de los animales. Era una modificación esperada y deseada para que los animales sean considerados seres sensibles y adecuar los textos legales a la sociedad en que vivimos. Nos hemos centrado en este trabajo en el único precepto que se añade en sede de sucesiones y que sigue la estela de los anteriores preceptos en cuanto a la consideración y cuidado de los animales, en este caso incide en los de compañía. Término que también hemos indicado que es discutible por tanto en cuanto se puede vincular con un afecto o sentimiento recíproco persona-animal.

Como seres vivos que necesitan atención y dedicación el testador puede dejar en su testamento a quién se le entregará el animal de compañía, una vez que aquél fallezca. Es lógico que elija a un heredero que tenga predisposición a cuidarlo y mantenerlo, o bien también puede optar por otras soluciones que el ordenamiento jurídico pone a su disposición como es la constitución de una fundación, un fidecomiso, un legado, o bien imponer una condición.

Sin embargo, el único precepto que se introduce, el artículo 914 bis, se orienta a qué sucede cuando no se ha otorgado testamento, y también se contempla que el animal quede bajo el cuidado de un órgano o centro de animales abandonados hasta que se resuelva la sucesión. También se contempla la opción de cesión a una tercera persona, pero no se especifica los criterios, ni el tiempo para dicha cesión, si es permanente o por tiempo determinado.

Mencionar también que prima el bienestar animal, en el caso de que varias personas con derecho a la herencia reclamen el mismo, y será el criterio que la autoridad judicial utilizará para el destino del animal. En este se incluiría, por ejemplo, el vínculo afectivo con el animal, el espacio, así como el tiempo que dicha persona podría dedicar al animal, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA.

Aláez Corral, B.: "Algunas claves de la futura reforma del Estatuto Jurídico Civil del animal en España", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 9, núm. 3, 2018, pp. 48-55.

Arribas Atienza, P.: "El nuevo tratamiento civil de los animales", *Diario La Ley*, núm. 9136, 2018.

Bataller I Ruiz, E.: "La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, ¿hasta qué punto es trasunto de la frustrada Proposición de Ley de modificación del Código civil, la Ley hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento civil, sobre el régimen jurídico de los animales, presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Popular durante la Legislatura XII (2016-2019)?", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, pp. 716-731.

Brufao Curiel, P.: "La influencia del régimen jurídico del bienestar y la sanidad animal en la caza y en la pesca comercial y recreativa", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 5, núm. 1, 2014, pp. 1-35.

Carpio Fiestas, V. y Durán Rivacoba, R.: "«Causante», que no «causahabiente»", *Tribuna. Diario La Ley*, 17 de enero de 2022.

Castro Álvarez, C.: *La protección y la utilización de los animales en el derecho administrativo español: regulación actual y metas pendientes*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: *Crisis familiares y animales domésticos*, Reus, Madrid, 2019.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "¿Un nuevo Derecho civil para los animales?: Elogio (no exento de enmiendas) a la nueva Proposición de Ley sobre el régimen jurídico de los animales, en España", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 12, núm. 2, 2021, pp. 39-53.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "Entre personas y cosas: ¿Un nuevo derecho para los animales?", *Diario La Ley*, núm. 9853, 2021.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "Entre personas y cosas: animales y robots", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 14, 2021, pp. 14-53.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "Crisis de pareja y animales domésticos: ¿una «pertenencia de la vivienda familiar»?", en AA.VV.: *Cuestiones actuales en materia*

de mediación, familia y sucesiones (dir. M. García Mayo), Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 167-189.

Contreras López, C. A.: *Régimen jurídico de los animales en Chile, Colombia y Argentina (antecedentes, codificación y desarrollo legislativo)*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2014. https://www.tdx.cat/handle/10803/284872#page=1

Chaparro Matamoros, P.: "Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia", en AA.VV.: *Un nuevo derecho civil para los animales: comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (coord. M. García Mayo; dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2022, pp. 197-226.

De Torres Perea, J. M.: *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, Reus, Madrid, 2020.

De Sa Melo, A.: "De los animales en el Derecho portugués", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 2, 2021, pp. 315-337.

Del Campo Álvarez, B.: "El nuevo estatus jurídico de los animales y su incidencia en los casos de separación y divorcio", *Diario La Ley*, núm. 9207, 2018.

Del Valle Aramburu, R.: "¿Encontramos influencia romanística en las regulaciones jurídicas de los animales en el derecho actual?", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, vol. 15, núm. 48, 2018, pp. 941-962.

Domínguez Luengo, A.: *La Ley 17/2021 sobre régimen jurídico de los animales. Comentario y aplicación práctica*, Reus, 2022.

Ecodiario.es: "Intenta colar un pavo real en un avión y se genera un debate absurdo en las redes", *El* Economista, 1 de febrero de 2018. https://ecodiario.eleconomista.es/viralplus/noticias/8908220/02/18/Intenta-colar-un-pavo-real-en-un-avion-y-se-genera-un-debate-absurdo-en-las-redes.html

Fernández Benavides, M.: "La reforma del régimen jurídico de los animales. A propósito de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre", *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 101, 2022, pp. 78-82.

Fernández Chacón, I.: "El destino de los animales de compañía tras la crisis familiar: Marco normativo actual y perspectivas de reforma", en AA.VV.: *Cuestiones jurídicas relevantes sobre la economía conyugal* (coord. R. Durán Rivacoba), Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Fernández Benavides, M.: "La reforma del régimen jurídico de los animales. A propósito de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre", *El Notario del siglo XXI*, núm. 102, 2022.

Fuentes-Lojo Rius, A.: "Un nuevo estatuto jurídico para las mascotas: Familienmitglied", *Actualidad civil*, núm. 2, 2022.

Gallego Igea, M.: "Animal de compañía", *Cosumoteca*. https://www.consumoteca.com/animales/animal-de-compania/

García Presas, I.: "El nuevo tratamiento jurídico de los animales de compañía en los divorcios", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. Extra 8, 2, 2018, pp. 124-139. http://www.revista-aji.com/articulos/2018/8/bis/124-139.pdf

Gil Membrado, C.: *Régimen jurídico civil de los animales de compañía*, Dykinson, Madrid, 2014.

Giménez Candela, T.: "La herencia de los animales de compañía", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 1, núm. 1, 2010, pp. 1-3.

Giménez Candela, T.: "Reforma del Cc. de Portugal: Los animales como seres sintientes", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 7, núm. 4, 2016, pp. 1-4.

Giménez Candela, T.: "La descosificación de los animales (I)", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 8, núm. 2, 2017, pp. 1-4.

Giménez Candela, T.: "La descosificación de los animales (II)", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 8, núm. 3, 2017, pp. 1-5.

Giménez Candela, T.: "Dignidad, Sentiencia, Personalidad: relación jurídica humano-animal", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 9, núm. 2, 2018, pp. 5-28.

Giménez Candela, T.: "Persona y Animal: una aproximación sin prejuicios", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 10, núm. 1, 2019, pp. 8-20.

Giménez Candela, T.: "Animales en el Código civil español: una reforma interrumpida", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 10, núm. 2, 2019, pp. 7-18.

Giménez Candela, T.: "Estatuto jurídico de los animales en el Código civil. La esperada descosificación animal", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 12, núm. 2, 2021, pp. 7-22.

Giménez Candela, T.: "Derecho animal en Cataluña. Las pautas de Francia", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 12, núm. 3, 2021, pp. 6-16.

Gimeno Ruiz, A.: "Reforma de la legislación civil sobre el régimen jurídico de los animales y Derecho Internacional Privado", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 10, núm. 2, 2019.

Lecier, M.: "Welfare protection of the animal-athete in the sports company in light of the evolution of the legal regime for animals", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 10, núm. 1, 2019, pp. 59-75.

López de la Osa Escribano, P.: "Régimen jurídico del bienestar animal en Estados Unidos", *Anuario jurídico Villanueva*, núm. 6, 2012, pp. 157-166.

López Tur, T.: "La guarda y custodia de los animales de compañía", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núms. 18-19, 2021, pp. 73-94.

Martín López, E.: "¿Puedo dejarle la herencia al gato?", *El comercio*, 28 de octubre de 2020, https://www.elcomercio.es/vivir/tendencias/puedo-dejar-herencia-mascota-20201028160613-ntrc.html,

Menéndez De Llano Rodríguez, N.: "La modernización del estatuto del animal en la legislación civil española", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 9, núm. 3, 2018, pp. 56-71.

Nevado Montero, J. J.: "Familia y crisis de pareja: el acuerdo sobre la tenencia de las mascotas o animales de compañía", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783, 2021, pp. 524-535.

Olivera Oliva, M.: "Crisis de pareja de hecho y animales de compañía. Sentencias en Cataluña, anteriores a la propuesta de reforma del Código civil de 20 de abril de 2021", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 12, núm. 2, 2021, pp. 190-198.

Pérez Monguió, J. Mª.: *El régimen jurídico de los animales de compañía*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005.

Pérez Monguió, J. Mª.: *Animales de compañía: régimen jurídico en el derecho administrativo*, Bosch, Barcelona, 2005.

Pérez Monguió, J. Mª.: "El concepto de animal de compañía: un necesario replanteamiento", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51, 2018, pp. 244-280.

Real Academia Española: Voz "causante", 2022.

Real Academia Española: Voz "causahabiente", 2022.

Real Academia Española: Voz "sensibilidad", 2022.

Real Academia Española: Voz "sentir", 2022.

Reyes Ortiz, A.: "Los animales de compañía como seres sintientes en la CPEUM. Una propuesta de protección legal", *Dikê: Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, núm. 30, 2021, pp. 1-31.

Roca Fernández-Castanys, Mª. L.: "Los animales domésticos y el Derecho: en particular, el régimen jurídico de los animales de compañía", en AA.VV.: *Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI: homenaje al profesor Eduardo Roca Roca* (coord. J. Rodríguez-Arana Muñoz, y I. Del Guayo Castiella), Boletín Oficial del Estado e Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, pp. 1207-1240.

Rogel Vide, C.: *Los animales en el Código civil*, Reus, Madrid.

Vázquez Muiña, T.: "Animales y crisis de pareja. El régimen de la comunidad de bienes y el derecho de visita", *Actualidad civil*, núm. 12, 2021.

Vázquez Muiña, T.: "Y Nietzsche ganó la batalla: por fin tenemos una Ley estatal que reconoce a los animales como seres sensibles. Crisis familiares y animales de compañía a propósito de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, pp. 732-763.

Vivas Tesón, I.: "Los animales en el ordenamiento jurídico español y la necesidad de una reforma", *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, núm. 21, 2019, pp. 1-23.

MALTRATO PSICOLÓGICO Y ABANDONO AFECTIVO COMO CAUSA DE DESHEREDACIÓN

PSYCHOLOGICAL ABUSE AND EMOTIONAL NEGLECT AS GROUNDS FOR DISINHERITANCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2460-2509

Begoña RIBERA BLANES

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: En este trabajo se analiza con especial atención la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2022, dado que con ella el TS ha venido a perfilar su doctrina sobre la falta de relación y de afecto familiar como causa de desheredación de hijos y descendientes. Desde hace ya años, se trata de una causa que está siendo invocada por padres y abuelos para privar a sus hijos y nietos de la legítima, y que ha encontrado apoyo en la doctrina emanada de algunos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, entre los que destaca la sentencia de 27 de junio de 2018. El propio TS reconoce que, aunque sigue siendo necesario expresar una justa causa de desheredación para privar de la legítima a los legitimarios, la sala ha admitido una interpretación flexible de las causas de desheredación para adaptarlas a la realidad social del momento en que vivimos. No obstante, nuestro derecho vigente no permite configurar una nueva causa autónoma de desheredación por vía interpretativa. Ahora bien, el TS reconoce que la falta de relación familiar continuada e imputable al legitimario desheredado, en la medida que haya provocado daños en la salud física o psicológica del causante, puede reconducirse a la causa legal del "maltrato de obra" prevista en el art. 853.2ª CC.

PALABRAS CLAVE: Desheredación; maltrato psicológico; falta de relación; distanciamiento familiar; abandono emocional.

ABSTRACT: *This paper analyses with special attention the Supreme Court Judgement of 24 May 2022, given that with it the Supreme Court has come to outline its doctrine on the lack of relationship and family affection as a cause for disinheritance of children and descendants. For years now, this has been a cause that is being invoked by parents and grandparents to deprive their children and grandchildren of their legitimate share, and which has found support in the doctrine emanating from some pronouncements of our High Court, among which the judgment of 27 June 2018 stands out. The Suprem Court itself recognises that, although it is still necessary to express a just cause for disinheritance in order to deprive the legitimated beneficiaries of their legitimate share, the court has admitted a flexible interpretation of the causes for disinheritance in order to adapt them to the social reality of the times in which we live. However, our current law does not allow a new autonomous cause of disinheritance to be configured by way of interpretation. However, the Supreme Court recognises that the lack of a continuous family relationship attributable to the disinherited legitimated beneficiary, insofar as it has caused damage to the physical or psychological health of the deceased, can be brought back to the legal cause of "mistreatment by deed" provided for in Art. 853.2ª CC.*

KEY WORDS: *Disinheritance; psychological abuse; lack of relationship; family estrangement; emotional neglect.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. AUSENCIA DE RELACIÓN FAMILIAR Y LEGÍTIMA.- 1. Punto de partida.- 2. El Derecho civil catalán.- III. EL MALTRATO PSICOLÓGICO COMO CAUSA DE DESHEREDACIÓN.- 1. La interpretación restrictiva del art. 853.2ª CC.- 2. Hacia la consideración del maltrato psicológico como causa de desheredación.- IV. LA FALTA DE RELACIÓN FAMILIAR SE DESVINCULA DEL MALTRATO: LA CONTROVERTIDA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE FEBRERO DE 2019.- V. EL TRIBUNAL SUPREMO DA UN PASO ATRÁS Y REITERA SU DOCTRINA ANTERIOR: LA STS DE 24 DE MAYO DE 2022.- VI. REQUISITOS PARA QUE LA AUSENCIA DE RELACIÓN FAMILIAR PUEDA PROSPERAR COMO CAUSA DE DESHEREDACIÓN.- 1. Falta absoluta de relación o trato familiar entre el causante y el legitimario desheredado.- 2. La falta de relación familiar ha de ser continuada en el tiempo.- 3. La falta de relación familiar ha de ser imputable al desheredado.- 4. La falta de relación familiar ha de causar daño físico o psicológico.- VII. LA FALTA DE RELACIÓN FAMILIAR COMO CAUSA DE INDIGNIDAD PARA SUCEDER.-VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Hace unas décadas era inimaginable la soledad y abandono a la que se enfrentan actualmente las personas mayores en los últimos años de su vida[1]. En nuestra sociedad ha cambiado la forma en que vivimos y nos relacionamos con los demás, lo que indudablemente ha producido efectos directos en las relaciones personales que se producen en el entorno familiar, repercutiendo de forma directa en todos aquellos que lo componen. Del estudio de la jurisprudencia reciente se desprende que en muchas ocasiones la falta de relación entre familiares se produce como consecuencia de las crisis matrimoniales[2]. Las circunstancias que pueden haber dado lugar a esa situación de falta de contacto pueden ser muy variadas y dependerán de cada caso concreto. Desde que ya la relación con los hijos fuera tensa, distante o agresiva cuando aún convivían juntos por la actitud del propio padre o por el carácter de los hijos, a que el cónyuge custodio haya generado cierta animadversión contra su excónyuge o que el progenitor no custodio se haya distanciado porque haya formado una nueva familia, sin importar que haya

1 Afirma De La Iglesia Monje que hace unos años era impensable que hubiera un desapego intergeneracional, o que los ancianos viviesen (y muriesen) en soledad sin contacto familiar, o que la existencia de malos tratos psicológicos hacia nuestros mayores no fuera algo inaudito, "La nula atención de los hijos hacia sus padres ¿excusa para extinguir el derecho de alimentos de padres a hijos?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 2019, p. 2988.

2 Como ejemplo de la falta de relación familiar provocada por el divorcio pueden verse: STS 28 junio 1993 (RJ 1993, 4792), STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 3100), STS 19 febrero 2019 (RJ 2019, 497), STS 24 mayo 2022 (*TOL* 8.996.156), SAP Barcelona 23 enero 2020 (JUR 2020, 58332), SAP Badajoz 5 septiembre 2014 (ROJ 2014, 838). También la doctrina científica pone el acento en las crisis familiares como causa de la ausencia de relación entre padres, hijos y nietos. *Vid.* González Hernández, R.: "La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISNN 0210-0444, año núm. 95, núm. 775, 2019, p. 2605; Ribera Blanes, B.: "La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, p. 519-520.

• Begoña Ribera Blanes
Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Alicante. Correo electrónico: bribera@ua.es

contraído un posterior matrimonio o no, o incluso, que haya tenido más hijos con su nueva pareja, o simplemente que al ostentar un mero derecho de visitas que no ejercitó puntualmente, se haya convertido en un extraño para sus propios hijos, lo que se puede resumir utilizando el conocido refrán "el roce hace el cariño". No es difícil imaginar que cualquiera de estas situaciones se haya podido producir, pues es algo bastante común en nuestra realidad diaria[3].

El Tribunal Supremo es consciente de esta situación al reconocer que las modernas estructuras familiares propician estas situaciones de pérdida de contacto o de mala relación entre los progenitores y alguno o todos sus hijos y advierte que "estas tensiones no son nuevas, pero hoy día pueden haberse incrementado, pues, con frecuencia, existen sucesivos matrimonios, que conllevan sucesivos núcleos familiares, con hijos de un vínculo anterior y otros del posterior, con intereses no siempre uniformes"[4].

En otros casos simplemente lo que ocurre es que los hijos y nietos de las personas mayores se niegan a cuidar y atender a sus padres y abuelos en la última etapa de su vida, lo que provoca que, aunque hubieran tenido buena relación con ellos hasta ese momento, producido el conflicto porque no quieren atenderlos, este desemboque en una falta absoluta de relación que se prolongue hasta el momento del fallecimiento[5]. Hoy en día nadie duda que estas situaciones, que se han generalizado como consecuencia del aumento de la esperanza de vida y de la mayor longevidad, pueden provocar daños psicológicos a una o ambas partes a los que el Derecho debe dar respuesta.

Ciertamente cuando el deterioro de las relaciones afectivas se produce como consecuencia de la conducta activa (insultos, falta de respeto) o pasiva (abandono) de los hijos, a los padres no les basta verse obligados a aceptar la situación y que los hechos tengan consecuencia solamente en el ámbito de la moral y la ética de cada persona[6], sino que normalmente se pretende que el abandono afectivo y la soledad familiar a la que se ven expuestos tenga también consecuencias jurídicas en diferentes ámbitos, dependiendo del momento en que se produce la falta de relación. Es lógico pretender buscar en el ordenamiento jurídico, y más concretamente en el derecho de familia y en el derecho de sucesiones, instrumentos

3 Es bastante habitual que los progenitores sufran una crisis matrimonial cuando sus hijos todavía son menores de edad y decidan divorciarse. Como consecuencia de ello, uno de los progenitores, al que se le otorga la custodia unilateral, sigue conviviendo con los menores, mientras al otro se le concede un régimen de visitas para mantener el contacto con sus hijos y se le impone la obligación de satisfacer la pensión de alimentos, entre otras medidas que puede imponer el Juez o puedan acordar las partes, como consecuencia de la patria potestad que, al ser sus hijos menores, ostenta sobre los mismos. Tampoco es extraño que, a pesar de ese régimen de visitas concedido al cónyuge no custodio, el progenitor pierda el contacto con sus hijos menores y que esa falta de relación se siga manteniendo cuando los hijos alcancen la mayoría de edad.

4 STS 19 febrero 2019 (RJ 2019, 497).

5 Sirva de ejemplo la SAP Barcelona 18 febrero 2020 (*Tol* 7814264).

6 STS de 28 de junio de 1993 (RJ 1993, 4792).

legales eficaces para lograr dar respuesta a las actitudes de desatención, desapego, abandono y maltrato de los hijos hacia sus padres.

No obstante, no podemos desconocer que el Código civil vigente data de 1889 y fue elaborado teniendo en cuenta una sociedad, un modelo de familia y una esperanza de vida que poco tienen que ver con lo que vivimos hoy. Nuestro Código Civil no está adaptado a nuestra realidad social, en la que son frecuentes las familias desestructuradas y los conflictos familiares intergeneracionales, no solo entre padres e hijos, sino también entre padres, hijos y nietos[7], porque nuestro legislador veía la familia como un núcleo estable y permanente y consideró que la esperanza media de vida giraba en torno a los 40 años, de ahí que regulase las instituciones familiares básicas, como los alimentos, las legítimas y las donaciones, con el propósito principal de asegurar en la medida de lo posible el sustento patrimonial de los hijos durante y después de la vida de sus padres. Ciertamente puede afirmarse que el problema entonces era sobrevivir y ahora es existir, sin conflictos y sin sufrimiento.

Al surgir problemas en las relaciones entre padres, hijos y nietos, los ascendientes pretenden negar cualquier tipo de soporte económico a quienes, a pesar de ser sus descendientes, manifiestan una conducta totalmente inaceptable que les provoca sufrimiento, pero no siempre estas actitudes tienen encaje normativo en las causas que el ordenamiento prevé para poder extinguir los alimentos, desheredar o revocar las donaciones *inter vivos* recibidas por los hijos.

Ante la pasividad del legislador y mientras la ansiada reforma legislativa demandada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia se produce[8], ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que, con la doctrina emanada de sus últimos pronunciamientos, ha intentado paliar los problemas generados por la falta de adecuación normativa de las instituciones jurídicas a la realidad social del momento en que las nulas o malas relaciones en el seno familiar acontecen. En efecto, el esfuerzo del TS por realizar una interpretación flexible del ordenamiento jurídico que sirva para adaptarlo a la realidad social del momento en que las normas jurídicas han de ser aplicadas (art. 3.1 CC) ha provocado que las conductas que un principio solo podían tener consecuencias en el ámbito de la conciencia y la moral de cada persona[9], ahora puedan para valorarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto para poder ser reprochables en términos jurídicos.

7 De las nulas o malas relaciones entre abuelos y nietos dan fe: STS de 2 julio de 2019 (*Tol* 7387266), STS 24 mayo 2022 (*Tol* 8996156), SAP Barcelona 10 octubre 2019 (JUR 2019, 296264) SAP Cádiz 25 noviembre 2019 (JUR 2019, 158684), SAP Barcelona 18 febrero 2020 (*Tol* 7814264), SAP Álava 2 septiembre 2021 (*Tol* 8774977).

8 Magro Servet, V.: "El Código Civil ante la extinción de la obligación de alimentos y desheredación de padres a hijos por maltrato", *Diario La Ley*, núm. 9466, 2019, p. 1; De La Iglesia Monje, M. I.: "La nula", cit., p. 2989.

9 Como en su momento aseveró la STS de 28 junio 1993 (RJ 1993, 4792).

En esta línea de adaptar nuestra legislación a la realidad social y a los valores del momento y dar una respuesta jurídica adecuada a los problemas familiares, son muy conocidos algunos pronunciamientos del TS de los últimos años que han marcado un antes y un después en la forma de entender aquellas instituciones que están íntimamente ligadas con las relaciones paternofiliales. El punto de partida se produce con la sentencia del TS de 3 de junio 2014 que calificó el maltrato psicológico como justa causa de desheredación, al entender que se trata de una acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima que debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, que sí se prevé expresamente en el art. 853.2 CC como causa de desheredación[10]. La siguiente sentencia del TS que sigue esta tendencia de adaptación a la realidad social del momento es la de 20 de julio de 2015 referida a un supuesto de revocación de donación por ingratitud y que fijó como doctrina jurisprudencial de la sala que "el maltrato, de obra o psicológico, por parte del donatario hacia el donante queda calificado como un hecho integrado en la causa de ingratitud contemplada en el artículo 648.1 del Código Civil"[11]. A partir de estos pronunciamientos han surgido otros posteriores en los que se reitera la idea de integrar la falta de relación familiar como causa de desheredación si desemboca en un maltrato psicológico.

Con estos pronunciamientos el TS da una visión más moderna de dos instituciones, la legítima y la donación, que pueden servir para modular la conducta de los hijos en una fase que podríamos calificar de más tardía, ya que seguramente en esos casos nos encontremos con un progenitor de avanzada edad que pretender privar de la legítima o de una donación realizada en una etapa anterior de su vida a sus hijos, al comprobar que éstos no han actuado como se esperaba. Mientras que a través de la institución de los alimentos, al darse estos cuando los hijos son menores de edad o mayores de edad, pero que se encuentran en proceso de formación, se podría corregir una conducta incorrecta en una etapa más temprana. En definitiva, se trataría de lograr que la conducta

10 STS 3 junio 2014 (RJ 2014, 3900). Se consideró maltrato psicológico la conducta de menosprecio y abandono familiar de los hijos hacia el padre enfermo, que no se interesaron por él durante los últimos siete años de vida. La jurisprudencia valoró que esa actitud de los hijos frente al padre era incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que han de derivarse de la filiación. Esta doctrina fue confirmada por la STS de 30 de enero de 2015 (RJ 2015, 639), en la que el maltrato psicológico que provocó el hijo en la madre al forzarla a donarle la mayoría de su patrimonio se consideró como causa de desheredación, dado que el hijo desheredado arrebató dolosamente a la madre todos sus bienes y le dejó sin patrimonio para afrontar dignamente la última etapa de su vida, lo que causó a la testadora un estado de zozobra y afectación profunda que le acompañó los últimos años de su vida.

11 STS 20 julio 2015 (RJ 2015, 4460). En este caso la donataria había protagonizado varios episodios de trato despectivo y humillante que culminaron en una bofetada a su padre y en insultos e injurias graves a su madre. Con estos pronunciamientos el Alto Tribunal supera la interpretación literalista, acudiendo a una exégesis ajustada al principio constitucional de dignidad de la persona (art. 10 CE), así como a una lectura finalista y sociológica del artículo 853.2° CC, Hijas Cid, E.: "Repercusiones del maltrato psicológico en la desheredación un lustro después", *El Notario del siglo XXI*, núm. 89, enero-febrero 2020 disponible en https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-89/9887-repercusiones-del-maltrato-psicologico-en-la-desheredacion-un-lustro-despues

injustificada de los hijos respecto a los padres pudiera tener consecuencias jurídicas a modo de sanción civil con contenido económico una vez alcanzada la mayoría de edad, con lo que implícitamente se pudiera conseguir cierta corrección en los comportamientos y las lealtades debidas de los hijos hacia los padres en una etapa más temprana.

No cabe duda de que todos los cambios que tanto la doctrina científica, como la jurisprudencia han abordado para actualizar las instituciones más vinculadas a la familia merecen ser tenidos en cuenta por el legislador para servir de base a una futura reforma legislativa que se está haciendo esperar.

II. AUSENCIA DE RELACIÓN FAMILIAR Y LEGÍTIMA.

1. Planteamiento y punto de partida.

Nuestro sistema jurídico actual limita la libertad testamentaria del causante a través de la legítima, definida en el art. 806 CC como la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos. Aun así, es posible sortear el sistema legitimario vigente a través de la figura de la desheredación, regulada en el Libro III, Capítulo II, Sección 9ª del CC, en la que se contienen los arts. 848 a 857. La desheredación es aquella disposición testamentaria expresa por la que el testador priva a un legitimario de participar en su herencia cuando concurra alguna de las causas que, con carácter taxativo, enuncian los arts. 852 a 855 CC. El propio Tribunal Supremo ofrece una definición de esta institución jurídica al considerarla como aquella declaración voluntaria en el testamento en el que, quien goza de la facultad de testar, priva a sus herederos forzosos del derecho a la legítima cuando concurra en ellos cualquiera de las causas legales que recoja el Código Civil de la que sean responsables[12].

Para que la desheredación sea válida y eficaz deben darse algunos requisitos: en primer lugar, la desheredación debe hacerse en testamento (art. 849 CC); en segundo lugar, debe expresarse la causa por la que se deshereda y que esta sea una de las que admite la ley (art. 848 CC), sin que sea necesaria la descripción de los hechos constitutivos[13], por lo tanto, estas cláusulas constituyen un *numerus clausus*, no siendo posible una interpretación extensiva de las mismas[14], ni una

12 STS 15 junio 1990 (RJ 1990, 4760).

13 Ahora bien, al testador, en previsión de futuras dificultades probatorias de sus herederos, le interesa ir más allá de la expresión de la causa legal de la desheredación y preconstituir la prueba, Barceló Doménech, J.: "Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, p. 298.

14 STS 4 noviembre 1997 (RJ 1997, 7930).

aplicación analógica, y ni siquiera la argumentación *minoris ad maiorem*[15]; en tercer lugar, la causa ha de ser cierta, de manera que los herederos tendrán que probarla en juicio si el desheredado la niega y, en cuarto lugar, no debe haber mediado reconciliación entre ofensor y ofendido en los términos del art. 856 CC, dado que esto dejaría sin efecto la desheredación hecha, pudiendo el causante volver a desheredar si se diera una causa nueva o se reiterase la anterior.

Las causas por las que el testador puede privar de la legítima a los legitimarios están previstas en los arts. 852 a 855 del CC, pero en virtud de la temática del presente trabajo, solo nos interesan aquellas que sirven para privar de la legítima a los hijos y descendientes que se encuentran en el art. 853 CC, entre las que se incluyen como causas específicas: haber negado sin motivo legítimo alimentos al padre o ascendiente que le deshereda (art. 853.1º CC) y haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra (art. 853.2º CC). A juicio de la doctrina más autorizada, es precisamente en la causa segunda de este artículo donde encontramos uno de los mejores ejemplos de la rigidez con que los Jueces y Tribunales han interpretado tradicionalmente las razones en las que el testador puede basar su decisión de privar de la legítima. Lo que el legislador trataba de sancionar con esta causa eran conductas de agresión o violencia física llevadas a cabo contra el causante. De hecho, antecedentes históricos muestran tal tendencia en el texto de Las Partidas (Ley VI, Título VIII, Partida VI), en el que la causa de desheredación se da cuando "el hijo pone las manos sobre su ascendiente"[16].

Como puede observarse, la falta de relación familiar entre padres e hijos no se prevé expresamente como justa causa de desheredación de hijos y descendientes, ni tampoco como causa de extinción de la pensión alimenticia, a la que hacemos referencia debido al nexo de unión que existe entre la desheredación y la prestación alimenticia, ya que el apartado cuarto del art. 152 CC establece que "cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación" cesa la obligación de dar alimentos.

Tradicionalmente se ha considerado que las causas de desheredación, al tener naturaleza sancionatoria se han de interpretar y aplicar de forma restrictiva. En esta línea, en un primer momento el TS consolidó doctrina en el sentido que considerar que las situaciones de ausencia de relación afectiva entre padres e hijos, al no estar contempladas expresamente como causas de desheredación, no se tenían en cuenta a los efectos de privar de la legítima a los hijos, ya que la falta de comunicación, de trato o de afecto se consideraban circunstancias que

15 STS 28 junio 1993 (RJ 1993, 4792).

16 Barceló Doménech, J.: "La desheredación de hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, 2004, p. 478.

correspondían al ámbito de la moral y no debían ser objeto de apreciación y valoración jurídica.

En definitiva, la falta de relación afectiva no bastaba por sí sola para privar de la legítima a los hijos y, en consecuencia, tampoco para declarar extinguida la pensión alimenticia que estos recibían, pues la ausencia de relación familiar tenía que acompañarse de algo más para que la actuación del hijo pudiera considerarse maltrato de obra y así provocar la desheredación.

Con posterioridad tendremos ocasión de analizar los esfuerzos de la jurisprudencia por adaptar la causa segunda del art. 853 CC a la realidad social del tiempo que vivimos.

2. El Derecho civil catalán.

Si comparamos el Derecho civil catalán con el Derecho común, la diferencia que se advierte entre ambos textos legales es que el Código civil catalán sí que prevé expresamente la falta de relación afectiva como causa de desheredación, tal y como vamos a explicar a continuación. En lo que se parecen es que, como ocurre en el derecho común con los arts. 152.4 y 853 CC, también en el CCCat encontramos un precepto que sirve de engarce entre la legítima y los alimentos, ya que el art. 237-13 al prever las causas por las que se extingue la obligación de prestar alimentos se remite en su apartado e) a la figura de la desheredación al establecer que se extingue la prestación por "el hecho de que el alimentado, aunque no tenga la condición de legitimario, incurra en alguna de las causas de desheredación establecidas por el artículo 451-17".

Tanto en el Derecho civil catalán como en el Derecho común la desheredación es una sanción civil que permite la privación de la legítima y está sometida a ciertos requisitos, así, habrá de constar en un acto de disposición por causa de muerte; ha de contener la designación nominativa del legitimario desheredado, que además ha de ostentar esa cualidad; igualmente, habrá de expresarse la causa legal en la que se fundamenta, y, por último, ésta deberá ser probada cuando el legitimario impugne el testamento negando la realidad de la causa alegada, la prueba de cuya existencia corresponde al heredero (art. 451.20 CCCat), pues como señala el art. 451.2 del mismo cuerpo legal, el desheredamiento injusto, esto es, sin la concurrencia de estos requisitos, permite al legitimario exigir lo que por legítima le corresponda.

A tenor de lo dispuesto en el art. 451.17 del Código Civil de Cataluña, el causante puede privar a los legitimarios de su derecho a la legítima si en la sucesión concurre alguna causa de desheredación. A continuación, en el párrafo segundo del precepto se enumeran de forma exhaustiva las causas de desheredamiento,

sin que sea posible su interpretación de modo amplio o analógico, puesto que, al contener una sanción civil, se exige su constatación estricta. La jurisprudencia catalana ha reconocido que la legítima, como derecho de determinadas personas a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial, es una institución de derecho sucesorio fundada en la solidaridad intergeneracional de la familia, por lo que la privación de este derecho debe fundarse en la concurrencia de alguna de las causas previstas en la ley demostrativas de un comportamiento contrario a los principios de respeto, asistencia recíproca y solidaridad que caracterizan a la familia en sentido amplio[17].

Del análisis del texto del precepto se desprende que el legislador catalán se ha hecho eco de las voces que desde hace tiempo propugnan la revisión de la institución de la legítima y la actualización de las causas legales de desheredación. En esta línea observamos que aparecen como causas de desheredación autónomas e independientes las referentes al maltrato grave tanto físico como psíquico ("el maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador") y a la falta de relación familiar ("la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario"), causas c y e, respectivamente del art. 451-17.2 CCCat.

La propia jurisprudencia ha considerado que el fundamento de la falta de relación familiar como causa de desheredación obedece "a la realidad social en la que muchos hijos carecen de relación con sus padres durante mucho tiempo y en la correlativa voluntad, observada en la práctica real al otorgar testamentos, de padres que desean privar de su legítima a los hijos porque no ha habido relación con ellos y prefieren dar los bienes a otros familiares"[18].

Del Derecho civil catalán interesa destacar dos ideas: por un lado, no se vincula la falta de relación familiar entre padres e hijos al maltrato, lo que quiere decir que la ausencia de relación familiar se ha consolidado como causa autónoma e independiente de la del maltrato grave, por tanto, exenta de un juicio de valor sobre si esa falta de relación ha provocado un daño en el progenitor que es quien puede hacerla valer como causa de desheredación y, por otro lado, el legislador catalán exige para apreciar la causa de ausencia de relación paternofilial la concurrencia de tres requisitos: a) que la falta de relación sea manifiesta, esto es, conocida por todos; b) que la falta de relación sea continuada y constante en

17 TSJ Cataluña 8 enero 2018 (RJ 2018, 1503) y SAP Barcelona 10 octubre 2019 (JUR 2019, 296264).

18 SAP Barcelona 30 abril 2014 (ROJ 2014, 3359).

el tiempo, esto es, que no se trate de un acontecimiento, hecho o enfado puntual concretado en el tiempo[19] y c) que sea imputable exclusivamente al legitimario[20].

De la jurisprudencia emanada de los tribunales catalanes se obtiene que la viabilidad de esta causa requiere, en primer lugar, que no haya ningún tipo de relación ni trato entre el progenitor y el hijo (SAP Tarragona 28 enero 2014[21]) que se hayan dejado de ver, discurriendo sus vidas por caminos diferentes o que mantengan una relación solamente mercantil o profesional (SAP Barcelona 18 febrero 2020[22]), pues si hay un mero alejamiento o enfriamiento en la relación no será suficiente para privar de alimentos y/o desheredar al hijo (SAP Barcelona 10 octubre 2019)[23]. Para tener derecho a reclamar la legítima o a la prestación alimenticia no hace falta que la relación entre el progenitor y el hijo sea excelente, pero sí que exista al menos una "mínima relación" entre ellos, a modo de contraprestación o reconocimiento del hijo por el esfuerzo que hace el padre al entregarle la cuantía alimenticia o la herencia porque el legislador no espera que el padre profese un amor incondicional al hijo que le imponga seguir cumpliendo con sus obligaciones sin tener ninguna respuesta por parte de éste[24]. La Ley no exige un tiempo mínimo de ausencia de contacto, pero deberá ser significativo atendiendo a las circunstancias[25].

En segundo lugar, la ausencia de relación debe ser continuada y manifiesta. Continuada, en el sentido de sucesiva en el tiempo, no bastando una mera interrupción temporal por razones profesionales, educativas o de índole análoga. Asimismo, esa falta de relación debe ser manifiesta, lo cual exige que se trate de una ausencia evidente y, por lo tanto, que sea conocida por terceras personas próximas al ambiente familiar de las partes[26].

No es difícil imaginar que la mayor dificultad probatoria recaerá precisamente en el último requisito, en demostrar que la falta de relación familiar únicamente

19 Así lo exigen, la SAP Barcelona 15 marzo 2012 (JUR 2012, 195522) y la SAP Barcelona 23 enero 2020 (JUR 2020, 58332). Ha de ser una situación que, de existir, ha de durar y reiterarse en el tiempo.

20 En este sentido, SAP Tarragona 28 enero 2014 (JUR 2014, 46676).

21 SAP Tarragona 28 enero 2014 (JUR 2014, 46676).

22 SAP Barcelona 30 abril 2014 (ROJ 2014, 3359) y SAP Barcelona 18 febrero 2020 (*Tol* 7814264).

23 SAP Barcelona 10 octubre 2019 (JUR 2019, 296264).

24 SAP Lleida 24 septiembre 2014 (JUR 2014, 299298). Se actúa desde el convencimiento de que el pagador debería ser relevado de dicho deber si no encuentra en su descendencia un mínimo agradecimiento por el sacrificio que realiza proveyendo sus necesidades, Cabezuelo Arenas, A.L.: "La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del progenitor no conviviente y la relevación de pago de los alimentos", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 49, 2019, p. 2.

25 En la SAP Barcelona 18 febrero 2020 (*Tol* 7814264) se pone de manifiesto que madre e hija no habían tenido relación desde junio de 2014, momento en que la madre tenía escasa movilidad y precisaba silla de ruedas y la hija se negó a cuidarla, hasta el fallecimiento de la madre en septiembre de 2015. Aunque el tiempo transcurrido fueron quince meses se estimó suficiente por la Audiencia para validar la desheredación de la hija hecha en testamento por su madre.

26 SAP Barcelona 30 abril 2014 (ROJ 2014, 3359) y SAP Barcelona 18 febrero 2020 (*Tol* 7814264).

puede atribuirse al legitimario desheredado[27], sin que haya habido intervención alguna del progenitor[28]. Si no se tiene certeza de la culpa exclusiva del legitimario, la conclusión será que no concurre justa causa de desheredación y, por ende, de extinción de alimentos, pues impera una interpretación restrictiva[29]. En un caso que tuvo ocasión de enjuiciar la Audiencia Provincial de Barcelona[30] el padre había alegado esta causa en el testamento para desheredar al hijo, concretando esta ausencia de relación en el alejamiento voluntario del legitimario, en su desatención personal y de asistencia médica, en la prohibición de relación con sus nietos y en la interposición de una demanda civil contra el mismo; situación provocada por el desacuerdo con el segundo matrimonio del testador. Sin embargo, la Audiencia, a la vista de la prueba practicada en primera instancia, concluye que no existe justa causa de desheredación al advertir que "el panorama descrito por familiares, amigos y vecinos atribuyen al testador el alejamiento referido tras el fallecimiento de la madre y el inicio de una nueva relación sentimental e igualmente muestran al testador como una persona de difícil trato, poco familiar, con escasa simpatía por los niños en general y por la familia de su hijo en particular".

De los hechos acreditados en primera instancia se deduce que no se ha producido una ruptura de las relaciones entre padre e hijo, sino más bien un enfriamiento o alejamiento en dichas relaciones provocada por la discrepancia con la nueva relación sentimental emprendida por el testador, lo que se considera normal debido a la intimidad y cercanía propia de las relaciones entre hijos y padres, por lo que concluye que el clima de desavenencia descrito no cumple los requisitos legales para constituir causa de desheredación en base al art. 451-17.2 e) y califica a la desheredación de injusta.

Se deduce de la sentencia que la jurisprudencia opta por realizar una interpretación restrictiva de las causas de desheredación y de los concretos

27 En el Proyecto de Código civil de Cataluña se exigía que la falta de relación no se debiese a causa imputable exclusivamente al causante, pero en el texto definitivo se cambió el criterio exigiendo que la ausencia de relación sea siempre imputable exclusivamente al legitimario, lo que exige la prueba de esa imputabilidad que deberá acreditarse por medio de las pruebas admisibles en derecho. No pueden sentarse criterios generales sobre la admisibilidad de esta prueba, sino que hay que analizar cada caso concreto. En el Preámbulo de la ley el propio legislador auguraba que dicha causa tendría un coste elevado de aplicación por la "dificultad probatoria sobre el origen de las desavenencias familiares", pero a continuación afirmaba que estas dificultades tenían que ceder ante el indudable valor de la norma como "reflejo del cimiento familiar de la institución" y "el sentido elemental de justicia que está subyacente".

28 SAP Tarragona 28 enero 2014 (JUR 2014, 46676). En la SAP Lleida 24 septiembre 2014 se deniega la extinción de la obligación de alimentos a la hija mayor de edad (20 años) porque no se pudo responsabilizar únicamente a la hija de la falta de relación paternofilial que podría estar directa o indirectamente relacionada con la propia actuación del padre.

29 Por ejemplo, en el caso que tuvo ocasión de resolver la Audiencia Provincial de Lleida, aunque se denotó la falta de interés de la hija en relacionarse con el padre, el tribunal valoró que se había partido de una situación previa negativa mantenida en el tiempo e iniciada cuando la hija era menor de edad, pues el padre visitó el domicilio familiar en estado de embriaguez, profiriendo insultos y gritos en varias ocasiones, lo que llevó al tribunal a entender que no solo se atribuye única y exclusivamente a la hija la ausencia de relación, sino que la situación bien podría estar directa o indirectamente relacionada con la propia actuación del padre, SAP Lleida 24 septiembre 2014 (JUR 2014, 299298).

30 SAP Barcelona 10 octubre 2019 (JUR 2019, 296264).

requisitos que integran cada causa. Además, no califica la situación de ruptura de relaciones entre padre e hijo, sino de alejamiento o enfriamiento de las mismas, y sobre todo, no ha quedado constancia de que esa situación haya sido provocada en exclusiva por el hijo.

Aunque el Derecho civil catalán acoja la falta de relación familiar como causa para desheredar al legitimario y, por remisión, como causa para extinguir los alimentos, la jurisprudencia realiza una interpretación restrictiva de esta causa[31], de modo que no podrá hacerse valerse para desheredar ni para privar de alimentos si no puede constatarse que la ruptura de la relación se pueda atribuir en exclusiva al hijo, situación que resulta bastante complicada de probar en la práctica.

Ahora bien, el hecho de que la prueba sea difícil tampoco debe llevarnos a entender que ésta devenga imposible y que nunca proceda la desheredación por esta causa[32]. Sirva como ejemplo el supuesto que tuvo ocasión de juzgar la SAP Barcelona 18 febrero 2020[33]. La causante siempre se había llevado bien con su hija hasta que en 2014 los tres hijos de la testadora pactaron ayudarle económicamente para completar la pensión que recibía y turnarse por meses para cuidarla porque necesitaba ayuda, ya que iba en silla de ruedas. Cuando le tocó el turno a la hija, madre e hija discutieron porque esta se negó a cuidarla, de modo que fueron los otros dos hijos de la causante los que la cuidaron hasta que falleció en septiembre de 2015. En primera instancia se acreditó que desde la discusión, la hija no volvió a visitar a la madre, comportamiento que justifica que la causante la desheredara en testamento otorgado en fecha de 27 de junio de 2015. La Audiencia confirmó ser justa la causa de desheredación establecida por la causante en su testamento respecto a su hija[34], pues la ausencia de relación entre madre e hija solamente era imputable a esta última.

31 El derecho de alimentos nace con vocación de temporalidad, en tanto sean necesarios y se cumplan otros requisitos que prevé la ley, y se extinguen cuando concurre una de las causas previstas en el art. 237-13 CCCat, entre las que aparece la causa novedosa incluida en el Libro II CCCat, referida a la conducta del alimentado para con el alimentante prevista en el art. 451-17 CCCat como causas de desheredación, y entre ellas la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar por causa exclusivamente imputable al legitimario. Se trata de una norma de carácter sancionador, la extinción del derecho a ser alimentado por uno de los progenitores, por lo que debe ser interpretada restrictivamente (SAP Barcelona 23 julio 2013, JUR 2013, 334928; SAP Tarragona 28 enero 2014, JUR 2014, 46676; SAP Lleida 24 septiembre 2014, JUR 2014, 299298).

32 Por lo que respecta a los alimentos, se consideró que la ausencia total de relación familiar continuada y reiterada era imputable solamente al hijo en las SSAP Barcelona 15 marzo 2012 (JUR 2012, 195522) y 23 enero 2020 (JUR 2020, 58332). Un análisis pormenorizado de estas sentencias puede verse en Ribera Blanes, B.: "La falta", pp. 501-502.

33 SAP Barcelona 18 febrero 2020 (*Tol* 7814264).

34 No así respecto a sus nietos, hijos de la hija desheredada, ya que estos habían seguido visitando a su abuela, aunque las visitas se limitaban al día de Navidad.

III. EL MALTRATO PSICOLÓGICO COMO CAUSA DE DESHEREDACIÓN.

1. La interpretación restrictiva del art. 853.2ª CC.

Las causas por las que el testador puede privar de la legítima a los legitimarios están previstas en los arts. 852 a 855 del CC, entre las que se incluyen como causas específicas que afectan a hijos y descendientes: haber negado sin motivo legítimo alimentos al padre o ascendiente que le deshereda (art. 853.1º CC) y haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra (art. 853.2º CC). Al ser causas que se han de interpretar y aplicar de forma restrictiva, hasta junio de 2014 fue imposible encajar en la segunda causa los casos en los que se produce un maltrato psicológico de los padres como consecuencia del sufrimiento generado por la falta de relación afectiva y el abandono sentimental de sus hijos y descendientes[35].

En la STS 28 junio 1993[36] la causa de desheredación del art. 853.2 se basaba en el contenido de la declaración que prestó la hija en el procedimiento judicial de divorcio de los padres cuando, al ser preguntada sobre la condición única de empleada de cierta señorita, contestó "no es cierto, puesto que la tal señorita es una empleada, y además, la amante de mi padre". El Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada por la Audiencia que declara la no concurrencia de la causa de desheredación y lo hace en los siguientes términos: "el contenido de la declaración que prestó la actora en el procedimiento de divorcio, como bien dice el Tribunal *a quo*, vino forzada por el contenido de la pregunta y la obligación de decir la verdad, y de cualquier modo, estuvo ausente el *animus injuriandi*, indispensable en estos casos". Lo realmente relevante del caso es que surgió la cuestión de la falta de comunicación y afecto entre el padre y la hija, cuestión sobre la que se pronuncia el Tribunal Supremo, sentando una doctrina que repetirían muchas sentencias posteriores de Audiencias, en los siguientes términos: "hasta aquí la interpretación puramente jurídica de los preceptos que regulan la institución; la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc., son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva sólo están sometidos al Tribunal de la conciencia".

Con estas palabras el Tribunal Supremo limita la posibilidad de desheredar por esta causa a la agresión física y al insulto, esto es, se niega a valorar las circunstancias del caso concreto que rodean a la relación entre padre e hija y,

35 Barceló Doménech, J.: "Abandono", cit., p. 292.

36 STS 28 junio 1993 (RJ 1993, 4792).

en concreto, a indagar sobre si la falta de relación afectiva entre las partes ha podido generar un sufrimiento en el padre susceptible de ser considerado como maltrato psicológico comprendido en la causa segunda del art. 853.2 CC. A juicio de la doctrina, se trata de un planteamiento radicalmente contrario a la esencia del Derecho civil y al espíritu y finalidad de la institución de la desheredación[37]. Según Barceló Doménech [38], no se trata de que todo abandono sentimental y falta de relación afectiva sea considerado como causa de desheredación; se trata de permitir el análisis y valoración de las circunstancias del caso concreto, de ponderar adecuadamente a quién es imputable y de si esos actos de desprecio, de actitud hostil, de burla, de abandono afectivo, de ausencia de interés en relación con los asuntos del padre, de no permitir la relación con otros familiares –nietos, en particular-, de no asistencia a la última enfermedad y entierro, etc., han originado en el padre un sufrimiento capaz de constituir un maltrato psicológico. En caso de constatarse el maltrato psicológico, no debería haber impedimento alguno para entenderlo comprendido en el maltrato de obra regulado en la segunda causa del art. 853 CC.

2. Hacia la consideración del maltrato psicológico como causa de desheredación.

El inicio del cambio de la doctrina jurisprudencial para incluir el maltrato psicológico como causa de desheredación se produce con ocasión de la STS 26 junio 1995[39]. La sentencia se dicta en resolución de un caso en que la mujer del desheredado expulsa a la madre de este de la casa en la que vivían los tres, sin que el hijo adoptase ninguna medida para remediar el hecho, lo que supuso que la madre tuviera que ocupar una vivienda cercana en estado ruinoso y con la única atención de su sobrina, lo que le generó, a juicio del tribunal, un evidente menoscabo hacia su dignidad. En este caso, el tribunal consideró que la situación voluntaria a la que el hijo sometió a su madre a través de su conducta, a la que obligó a vivir en condiciones precarias hasta su muerte, no prestándole la más mínima atención, constituía una forma de maltrato de obra, siendo justa la desheredación realizada por la madre. No fue necesario que la expulsión del domicilio por la esposa del hijo fuera con el empleo de la fuerza física o con el empleo de violencia directa para considerar que había habido maltrato de obra por parte del hijo. En este supuesto lo que había realmente era un maltrato psicológico.

No obstante, dos años más tarde, el Tribunal Supremo volvía a adoptar una posición similar a la defendida con ocasión de la sentencia de 1993 en la STS 4

37 Lasarte Álvarez, C.: "Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea", en AA.VV.: *La protección de las personas mayores* (coord. por C. Lasarte Álvarez, M. Moretón Sanz y P. López Peláez), Madrid, 2007, p. 368.

38 Barceló Doménech, J.: "Abandono", cit., p. 293.

39 STS 26 junio 1995 (RJ 1995, 5117).

noviembre 1997[40]. En este caso consta acreditado que los hijos no convivieron con el padre ni mantuvieron relación con él, le privaron de su presencia en vida para confortarle en sus dolencias mortales y ni siquiera acudieron a su entierro. Sin embargo, el tribunal considera que los hechos no son subsumibles en el art. 853 CC, dado que la jurisprudencia que interpreta el precepto, por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previstos por la ley. En definitiva, el TS considera que la falta de relación de los hijos con el padre no puede integrarse dentro del contenido de la causa porque no hubo maltrato de obra o de palabra al padre[41].

A pesar de este retroceso interpretativo en el camino iniciado por la STS 26 junio 1995[42], los efectos de la doctrina jurisprudencial que se desprende de ella se atisban en pronunciamientos posteriores de órganos judiciales inferiores. En este sentido, es relevante destacar que la Audiencia Provincial de Palencia, en su sentencia de 20 de abril de 2001[43], otorga un concepto de maltrato de obra que acoge el maltrato psicológico, considerándose como tal "toda aquella acción u omisión tendente a causar un menoscabo físico o psíquico, en este caso, al progenitor y testador, con el consiguiente menoscabo o sufrimiento en el que lo recibe, sin justificación inmediata en la propia actitud del testador". En similares términos la Audiencia Provincial de Cantabria en la sentencia de 31 de enero de 2012[44] parte de la citada resolución del Alto Tribunal para comprender en el maltrato de obra "aquellas acciones y omisiones, decididas o consentidas por el legitimario, que objetivamente colocan al causante en una situación de malestar físico o psíquico permanente e intenso"[45].

La rigidez que caracterizaba la interpretación de las causas de desheredación por parte de los tribunales se vio seriamente amenazada con la STS 3 junio 2014[46]. Se trataba del primer pronunciamiento en el que el TS admitía abiertamente la desheredación de los hijos por maltrato psicológico hacia el padre. En el presente caso el testamento del causante contenía en su cláusula primera la desheredación expresa de sus hijos por las siguientes causas: en el caso de Sonsoles, por la causa primera del art. 853 CC, al haber negado injustificadamente a su padre asistencia

40 STS 4 noviembre 1997 (RJ 1997, 7930).

41 Este criterio desigual seguido por el Tribunal Supremo desembocó en una jurisprudencia contradictoria de las Audiencias y llevó a la doctrina a entender que el "maltrato de obra" incluido en el art. 853.2 CC era un concepto jurídico indeterminado dado el contenido impreciso que tales términos contienen. *Vid.* Algaba Ros, S.: "Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación", *InDret*, núm. 2, 2015, p. 11.

42 STS 26 junio 1995 (RJ 1995, 5117).

43 SAP Palencia 20 abril 2001 (AC 2001, 932).

44 SAP Cantabria 31 enero 2012 (AC 2012, 272).

45 Ya por entonces la doctrina se planteaba la oportunidad de introducir la falta de relación familiar como causa para desheredar a hijos y descendientes como puede verse en De Almansa Moreno Barreda, L.: "Debe introducirse", cit., p. 33.

46 STS 3 junio 2014 (RJ 2014, 3900).

y cuidados y además por la causa segunda del citado artículo al haberle injuriado gravemente de palabra; en el caso de Roberto, por la causa segunda del mismo artículo citado, al haber injuriado gravemente de palabra al testador y además maltrato gravemente de obra.

El padre desheredó a sus hijos porque no querían saber nada de él y dejó todos sus bienes a su hermana, que es quien le cuidó durante los últimos siete años de vida en los que se encontraba enfermo. Tras el fallecimiento del padre, los hijos interpusieron demanda contra su tía para que se declarase que habían sido injustamente desheredados por su padre, se declarase nula la cláusula de desheredación y se anulase la institución de heredera a favor de su tía en cuanto perjudicase a su derecho a recibir la legítima. En primera instancia y apelación se desestimó la demanda de los hijos al considerar probado que el padre había sido objeto de insultos y menosprecios reiterados y, sobre todo, de un maltrato psíquico voluntariamente causado por los actores que supuso un auténtico abandono familiar.

El recurrente en casación alega la infracción de los arts. 850, 851 y 853 CC, dado que los hechos imputados no son subsumibles en el art. 853, pues las injurias o insultos, dada la interpretación restrictiva de la institución, no tienen entidad suficiente para provocar la desheredación y, a su vez, la falta de relación afectiva o el abandono sentimental con los padres son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral y no a la apreciación o valoración jurídica, con cita de la STS 28 junio 1993.

El Tribunal Supremo entiende que el motivo del recurso debe ser desestimado y fundamenta su decisión en tres argumentos.

En primer lugar, señala que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (art. 848 CC) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo.

Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación (art. 853.2 CC), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen.

En segundo lugar, y en orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, en la línea de lo anteriormente expuesto, hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como

acción que determina un menoscabo en la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea un obstáculo para ello la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto, caso de las sentencias de esta Sala de 26 de junio de 1995 y 28 de junio de 1993, esta última expresamente citada en el recurso de la parte recurrente. En efecto, en este sentido la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (art. 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce del reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como del propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004.

Como tercer argumento para incluir el maltrato psicológico como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, esto es, de privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma, alude el tribunal al criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que la Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 15 enero 2013)[47] con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de *favor testamenti*, entre otras, STS 30 octubre 2012.

Por último, advierte el tribunal que "en el presente caso, y conforme a la prueba practicada, debe puntualizarse que, fuera de un pretendido abandono emocional, como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios".

Con estos argumentos el tribunal permite ahora apartarse de una interpretación literal de la norma para hacer una lectura finalista y sociológica de la causa segunda

47 Según la STS 15 enero 2013 (ROJ 2013, 1153), "el principio no solo se ha consolidado como un canon hermenéutico que informa a nuestro ordenamiento jurídico, con múltiples manifestaciones al respecto (…), sino que se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica".

del art. 853 CC[48], conforme a la realidad social del tiempo en que la misma ha de ser aplicada[49], lo que a su vez comporta poder atender a las circunstancias del caso concreto para valorar la existencia de la causa que se alega. De modo que si los hechos pueden ser considerados maltrato psicológico se incluirán en el maltrato de obra, sin que ello suponga la necesidad de arbitrar una nueva causa autónoma e independiente de desheredación que vulneraría el art. 848 CC, sino que se trata de una mera interpretación de la causa prevista en el art. 853.2 CC. Resulta, sobre todo del último argumento expuesto, que la importancia de la sentencia reside en que el Tribunal considera que cuando la falta de relación familiar y el abandono emocional tienen suficiente entidad para ser considerados maltrato psicológico, como lo demuestran los hechos considerados probados en este caso, esta conducta de los descendientes podrá tener cabida en la causa segunda del art. 853.2º CC y fundamentar la desheredación[50]. Así, pues la ruptura de relaciones no será suficiente para provocar desheredación si esta no va acompañada de un sufrimiento tal que sea considerado maltrato psicológico[51].

Meses después de la STS 3 junio 2014, se dicta una segunda sentencia por el mismo Magistrado Ponente (Francisco Javier Orduña Moreno) el 30 de enero de 2015[52]. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda interpuesta por el hijo de la causante, al considerar que concurre la causa de desheredación del art. 853.2º, al poderse entender comprendida dentro de la expresión que el legislador ha utilizado en ese precepto de "maltrato de obra", la situación existente entre hijo y madre que había llevado a esta a desheredarlo, ya que no sólo le había arrebatado dolosamente todos sus bienes, sino que le dejó sin ingresos con los que poder afrontar dignamente la etapa final de su vida. El Juzgado entendió que no sólo debe considerarse comprendido en dicha causa de desheredación el maltrato físico, sino que igualmente se está refiriendo al maltrato psicológico y que el actor, no ofrece duda, que maltrató psíquicamente y de manera permanente e intensa a su madre desde el 31 de diciembre de 2003, en que le arrebató su

48 Hijas Cid, E.: "Repercusiones", cit., p. 78.

49 Carrau Carbonell, J.: "La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, p. 558.

50 González Carrasco, M.C.: "Desheredación por maltrato psicológico: sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 3 de junio de 2014 (RJ 2014, 3900)", *CCJC*, núm. 97, enero-abril 2015, p. 282.

51 En la SAP Badajoz 5 septiembre 2014 (ROJ 2014, 838), dictada solo unos meses después de la STS de 3 de junio de 2014, se observa la influencia de la doctrina emanada del TS, ya que se procede a un análisis pormenorizado de las causas y motivos de la falta de relación. Se acredita que el distanciamiento entre padre e hijas se produce como consecuencia de la separación de los padres y que el padre llegó a echar a una de las hijas de casa porque le reprochó que tenía una relación extramarital. La Audiencia considera que la conducta del padre en aquel momento no fue muy acorde con los valores de respeto y consideración a los hijos, lo que le lleva a la conclusión, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, que "las actitudes llevadas a cabo por las hijas desheredadas, no son equivalente al maltrato psicológico en los términos expresados por el Tribunal Supremo", en el entendimiento de que no toda ausencia de relación familiar puede ser considerada maltrato psicológico. Sin embargo, Algaba Ros no coincide con la tesis mantenida en la sentencia al considerar que el abandono emocional en sí mismo, sí es relevante a efectos de considerarlo como causa de desheredación, "Maltrato", cit., p. 10.

52 STS 30 enero 2015 (RJ, 2015, 639).

patrimonio, hasta que la misma falleció el 28 de abril de 2009, sin intención ninguna de devolvérselo, más bien al contrario.

La sentencia de la Audiencia estimó parcialmente el recurso y revocó parcialmente la sentencia de instancia en el sentido de declarar la nulidad de la cláusula de desheredación, con la consiguiente reducción de la institución de heredero en cuanto perjudique a la legítima estricta del demandante. Aunque reconoce el grave daño psicológico causado por el hijo a la testadora, fundamenta su decisión en la aplicación restrictiva de este instituto y en la integridad de la legítima, de forma que el daño psicológico no entra en la literalidad de la fórmula empleada por el art. 853.2º CC. Esta sentencia desconoce la doctrina jurisprudencial derivada de la STS 3 de junio 2014 porque fue dictada con anterioridad, en concreto, el 24 de julio de 2013 y siguió el criterio expuesto en la sentencia de 1993.

La hija de la causante recurre en casación y alega infracción del art. 853.2º CC y de su jurisprudencia, al considerar que el maltrato psicológico que se ha considerado probado es de tal entidad que debe entenderse incluido en el concepto de maltrato de obra reseñado en el Código civil, ya que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala, no es necesario el empleo de la violencia física para configurar la situación de maltrato de obra que da pie a entender aplicable la aludida causa de desheredación.

El Tribunal Supremo recuerda su reciente jurisprudencia sobre la interpretación del concepto de maltrato de obra que contempla el art. 853.2º CC y reproduce los argumentos utilizados en la STS junio 2014. A diferencia de la Audiencia, el TS considera que nada impide la estimación del recurso planteado, ya que la realidad del maltrato psicológico resulta reconocida en ambas instancias de forma clara y sin matices. En efecto, solo de este modo se puede calificar el estado de zozobra y afectación profunda que acompañó los últimos años de vida de la causante, tras la maquinación dolosa de su hija para forzarla, a finales del año 2003, a otorgar donaciones en favor suyo, y de sus hijos, que representaban la práctica totalidad de su patrimonio personal. Comportamiento doloso y conflicto emocional de la testadora que ya apreció la Sala en sentencia de 28 de septiembre de 2011[53], al declarar la nulidad de las citadas donaciones; pero que en nada pudo reparar su estado de afectación, ya que su muerte aconteció el 28 de abril de 2009, año y medio antes de la citada sentencia.

Con esta segunda sentencia en la que se reitera la doctrina favorable a considerar el maltrato psicológico como conducta constitutiva del maltrato recogido en la causa segunda del art. 853.2º CC se sienta jurisprudencia a tenor de los requisitos

53 STS 28 septiembre 2011 (RJ 2011, 6586).

previstos para ello en el art. 1.6 CC[54]. A partir de estos dos pronunciamientos jurisprudenciales se puede advertir un cierto periodo de confusión en las sentencias de las Audiencias provinciales que se dictaron a continuación. Algunas de ellas, siguiendo el criterio establecido por las sentencias de 3 de junio de 2014 y de 30 enero de 2015, analizan las circunstancias del caso concreto para valorar si la conducta del desheredado tiene la suficiente entidad para apreciar la existencia de maltrato psicológico[55]; mientras que otras siguen todavía la doctrina tradicional mantenida por la sentencia de 28 de junio de 1993[56].

Tres años después, el Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse sobre la cuestión. En este supuesto la Magistrada Ponente fue Mª Angeles Parra Lucán. La historia de base de la STS 27 junio 2018[57] puede resumirse en los siguientes hechos: el padre deshereda a su hija en testamento sin mencionar de manera expresa la causa de desheredación, pero incorporando al testamento abierto copia de dos documentos de los que puede inferirse la causa: una carta que dirigió a su hija con el deseo de iniciar un contacto con ella que perdió desde que era una niña y la copia de una denuncia por agresión que él había interpuesto unos años antes contra su hija. El testador deja sus bienes a su cónyuge y al hijo menor que ambos habían tenido fruto de su relación matrimonial. Tras el fallecimiento del padre, la hija interpone demanda para que se declare nula la cláusula de desheredación y la nulidad de atribuciones a la esposa e hijo en cuanto perjudiquen su legítima.

En primera instancia se considera acreditado que las malas relaciones entre el causante y su primera mujer se extendieron a su hija que, por aquel entonces, era menor de edad, quien a su vez consta que no mantenía buenas relaciones con la pareja de su padre, lo que provocó que se acordase la suspensión de las visitas fijadas en sentencia de separación. El Juzgado considera que la desheredación de la hija es nula por injusta y lo fundamenta en que, en primer lugar, en el testamento abierto el testador no especificó la causa de desheredación, sino que se limitó a aportar una carta dirigida a su hija en 2008 y una denuncia de malos tratos (2009) de fecha anterior a la reconciliación (2012) acreditada por la hija, por lo que las injurias imputadas a la hija tendrían que haberse producido a partir de ese día, y, en segundo lugar, tras normalizar la situación, el padre se retrotrae de lo dicho y

54 Esta sentencia nos permite afirmar que nos encontramos ante verdadera jurisprudencia, ante doctrina legal del TS, al existir al menos dos fallos idénticos (art. 1.6 CC), hasta el punto de copiar los fundamentos jurídicos de la primera en la segunda, lo que nos permite eliminar opiniones basadas en que en la primera sentencia el Tribunal trataba de aplicar justicia en un caso concreto, pero sin vocación de permanencia, Carrau Carbonell, J.: "La desheredación", cit., p. 557.

55 En este sentido encontramos las SSAP Badajoz 5 septiembre 2014 (ROJ 2014, 838) y Castellón 14 enero 2015 (ROJ 2015, 115), que consideran que la conducta de los desheredados no constituye maltrato psicológico, mientras que las SSAP Las Palmas de Gran Canaria 13 enero 2015 (ROJ 2015, 92) y Santa Cruz de Tenerife 10 marzo 2015 (ROJ 2015, 255) aprecian la existencia de maltrato y declaran justa la desheredación.

56 Es el caso de la SAP Granada 19 septiembre 2014 (ROJ 2014, 1321).

57 STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 3100).

deshereda a la hija, pero no por maltrato de obra, sino por razones genéricas que más tenían que ver con la falta de comunicación y entendimiento, razones que no son causa de desheredación, máxime cuando en el presente caso, de haberse producido, no pueden achacarse a la hija, ya que habrían tenido lugar durante su minoría de edad. Del mismo modo, la Audiencia desestimó el recurso de apelación presentado por la parte demandada, basando su decisión en la reconciliación que había habido entre padre e hija, hecho que impedía al padre desheredar.

En lo que aquí interesa, debe señalarse que la recurrente en casación alega la infracción del art. 853.2º CC y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, dado que los hechos son subsumibles en el maltrato psicológico como causa de desheredación, ya que la hija no cesó en mostrar desprecio a su padre a través de redes sociales. El Tribunal Supremo desestima el motivo, por varias razones. En primer lugar, porque recuerda que para privar de la legítima el testador ha de expresar la causa de desheredación en que se basa, extremo este no cumplido por su padre, y, en segundo lugar, porque, tras valorar las circunstancias del caso, considera que de los hechos acreditados no se desprende maltrato psicológico. En particular, por lo que se refiere a la dureza de las opiniones sobre el padre vertidas en redes sociales, considera que "se trata de un hecho puntual que no integra un maltrato reiterado y su eficacia como causa desheredatoria queda desvirtuada por las alegaciones de la demandante relativa al posterior intercambio de mensajes familiares con su padre". Además, el Tribunal recuerda que "solo una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos", lo que no puede apreciarse en este caso porque la falta de relación se inició cuando la hija tenía 9 años y se suspendió el régimen de visitas por ser contrario a su interés dada la relación conflictiva entre ellos y, sobre todo, entre la menor y la pareja del padre. Evidentemente, el origen de esa falta de relación familiar no puede imputarse a la hija, dado que se trataba de una niña.

Como segundo motivo del recurso, la recurrente alega la infracción del art. 856 en relación con el art. 757 CC, al considerar que se justifica la nulidad de la cláusula de desheredación en el perdón otorgado por el causante, pero que en la carta remitida por el padre a la hija, él le ofrece el perdón pero no hubo reconciliación, lo que explica que después el padre desheredara a la hija. Al respecto, el Tribunal Supremo procede a dar respuesta a la cuestión planteada indicando que en primera instancia se considera acreditado que hubo reconciliación y que, en todo caso, la alusión del art. 856 CC a la reconciliación no puede impedir el juego del perdón de la ofensa concreta que fuera causa de desheredación (lo que no se ha acreditado en este caso), pues quien puede hacer valer la causa de desheredación también puede remitirla eficazmente. Por esta razón el Tribunal desestima el segundo motivo de casación.

Como puede apreciarse, esta sentencia sigue la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS 3 junio 2014 en torno a la consideración del maltrato psicológico como justa causa para desheredar, ya que de ella se desprende que la mera falta de relación familiar afectiva no tiene la suficiente entidad para ser causa de desheredación si no va acompañada de ciertos requisitos, como son la reiteración en el tiempo, la imputación al desheredado[58] y la causación de daños psicológicos, requisitos cuyo cumplimiento podría provocar que los hechos fueran calificados de maltrato psicológico y se pudieran comprender en la causa segunda del art. 853.2º CC.

Por último, haremos referencia a la STS 13 mayo 2019[59], pronunciamiento que sigue la doctrina sentada por las sentencias analizadas anteriormente en relación con el maltrato psicológico como causa de desheredación. La sentencia tiene su origen en el testamento otorgado por la madre en el que deshereda por la causa segunda del art. 853 CC a sus dos hijos; a Raimundo por haberla dejado sola y abandonada, a pesar de padecer una enfermedad crónica desde hace más de diez años que le ha causado una movilidad muy reducida y le ha obligado a desplazarse mediante silla de ruedas y a Lázaro por haberle negado formal y expresamente su condición de madre y haber imposibilitado interlocución con ella. Los hermanos, disconformes con el testamento de su madre, presentaron una demanda para solicitar la nulidad de la cláusula de desheredación y de la institución de heredero único y universal a favor de su hermano Luis Pedro.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al considerar acreditado que "los demandantes habían incurrido en "un maltrato psíquico contra su madre a lo largo de los años, particularmente en los últimos años de su vida cuando ya estaba enferma, con una conducta de menosprecio y abandono", así como que no había habido reconciliación con su hijo Raimundo, que residió en

58 Precisamente el incumplimiento del requisito de la imputabilidad al desheredado determinó que no se apreciara la validez de la cláusula de desheredación en algunos pronunciamientos de Audiencias provinciales. Es el caso de la SAP Pontevedra 18 febrero 2019 (ROJ 2019, 282) en que el testador deshereda a sus seis hijos por la falta de afectividad e interés que habían mostrado respecto a él durante las últimas décadas. El padre había llegado a concurrir incluso a un programa de televisión para intentar un reencuentro con sus hijos, pero estos no acudieron. Ahora bien, de los hechos declarados probados pudo acreditarse que los hijos fueron criados por la abuela y la tía, dado el desinterés del padre durante su infancia, quien no quiso contactar con ellos. En similares términos, la SAP La Coruña 7 marzo 2019 (ROJ 2019, 327) concluyó que la hija desheredada había sido previamente rechazada por el testador, quien además había sido condenado en sentencia firme por agresión sexual a su hija por un tribunal suizo. También la SAP A Coruña 16 mayo 2019 (JUR 2020, 16648) consideró nula la desheredación de los hijos al haberse acreditado que el distanciamiento afectivo y material había sido impuesto en realidad por el propio testador, habiendo sido en realidad los hijos víctimas de la conducta agresiva y de menosprecio de su padre. En la SAP Murcia 27 mayo 2019 (*Tol* 7358548) el testador deshereda a sus hijos mediante una genérica referencia a su mal comportamiento sin que durante el procedimiento se pudiera aportar prueba para acreditar el maltrato psicológico o la afectación derivada de ese trato indebido, por lo que la Audiencia declara nula la cláusula testamentaria de desheredación y considera que lo único que se ha acreditado es la falta de relación familiar sin que exista prueba que permita imputar tal pérdida de contacto a la actitud de los hijos desheredados.

59 STS 13 mayo 2019 (RJ 2019, 2212).

casa de su madre durante los últimos meses de su vida por razones económicas y no de cuidados y asistencia respecto a ella.

Recurrida en apelación por ambas partes, la sentencia de la Audiencia desestimó los recursos y confirmó la sentencia de primera instancia al considerar la concurrencia de maltrato psicológico como justa causa de desheredación de los demandantes en el testamento de su madre.

Frente a lo fallado en instancias anteriores, se formula recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal. El recurso de casación se basa en ocho motivos, pero lo que aquí interesa es centrar la atención únicamente en dos de ellos: el motivo quinto del recurso, en cuanto que se fundamenta en la infracción del art. 853.2ª CC y de la jurisprudencia sobre el maltrato psicológico y las injurias como causas de desheredación y el motivo octavo, en el que se denuncia la infracción del art. 856 CC y de la jurisprudencia sobre la reconciliación como causa que deja sin efecto la desheredación testamentaria, ya que el hijo Raimundo convivió con su madre en sus últimos meses de vida.

El Tribunal Supremo desestima los motivos al constatar que, en contra de lo alegado por los recurrentes, la sentencia recurrida sustenta su fundamentación jurídica expresamente en el concepto de maltrato psicológico dado por la sala en sus sentencias de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015. En dichas sentencias, el maltrato psicológico se configura como una injustificada actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión de la salud mental del testador, de forma que debe considerarse comprendida en la expresión que encierra el maltrato de obra en el art. 853.2 CC. En el presente caso, la sentencia recurrida considera acreditado que ambos hermanos incurrieron en una conducta de menosprecio y abandono familiar respecto de su madre, sin justificación alguna y sólo imputable a los mismos. Por último, en lo que respecta a la reconciliación, considera el tribunal que no hubo reconciliación de la madre con su hijo Raimundo, ya que el acercamiento de este hijo fue por motivos económicos y no para cuidar y asistir a su madre.

IV. LA FALTA DE RELACIÓN FAMILIAR SE DESVINCULA DEL MALTRATO: LA CONTROVERTIDA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE FEBRERO DE 2019.

Tres meses antes de dictarse la STS 13 mayo 2019[60], el TS se pronunció por primera vez sobre la posibilidad de extinguir la pensión alimenticia de hijos mayores

60 STS 13 mayo 2019 (RJ 2019, 2212).

de edad por falta de relación con su progenitor. Dada la conexión existente entre la legítima y la obligación alimenticia, debemos prestar atención a esta sentencia.

Hemos de partir de la premisa de que los alimentos no se extinguen al llegar a la mayoría de edad, salvo que exista causa para ello, por lo tanto, el progenitor tendrá que seguir satisfaciendo la deuda alimenticia mientras se den los requisitos de convivencia y necesidad por parte de los hijos, salvo que pueda ampararse en alguna de las causas de extinción del art. 152 del CC. En el caso que vamos a analizar a continuación, el padre alegó tres motivos para la extinción: en primer lugar, por disminución de la capacidad económica del obligado (art.152.2 CC); en segundo lugar, por falta de aprovechamiento en los estudios de los hijos (art. 152.5 CC) y, en tercer lugar, por la nula relación personal entre los alimentistas y el alimentante (art. 152.4 CC).

La sentencia interesa porque, aunque la falta de relación familiar se había intentado hacer valer en instancias inferiores como causa para extinguir los alimentos, nunca había llegado ningún caso al TS, por lo que interesaba conocer su opinión al respecto. El propio TS, en el fundamento jurídico segundo de la sentencia, afirma que "a criterio de la sala, se encuentra justificada la necesidad de establecer jurisprudencia sobre el problema jurídico planteado por mor de la evolución de la realidad social". El *quid* de la cuestión se centra en determinar si la negativa de los hijos mayores de edad a relacionarse con el progenitor alimentante es causa de extinción de la pensión alimenticia y qué requisitos deberían cumplirse para que así fuera.

La historia base de la STS 19 febrero 2019[61] se refiere a un divorcio entre cónyuges acontecido en 2007. El matrimonio había tenido dos hijos y al padre se le impuso la obligación de satisfacer pensión alimenticia para sus hijos en la sentencia de divorcio. En 2016, el padre interpuso demanda de modificación de medidas definitivas dictadas en sentencia de divorcio para solicitar la extinción de la pensión de alimentos que pagaba a sus hijos que, por aquel entonces, ya eran mayores de edad y se encontraban estudiando. Basó su demanda en tres razones: la disminución de su capacidad económica para hacer frente a los alimentos, la falta de aprovechamiento en los estudios de los hijos y la nula relación personal existente entre él y sus hijos.

El Juzgado, en sentencia de 25 de noviembre de 2016, descarta los dos primeros motivos alegados por el demandante y apuesta por considerar que "la nula relación personal de los alimentistas con el alimentante y la absoluta desafección entre los hijos y el padre" es causa para que el cese del deber de prestar alimentos se produzca, dado que "las circunstancias a las que se refieren los arts. 90 y 91 del

61 STS 19 febrero 2019 (RJ 2019, 497).

Código civil y el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pueden ser diversas y de distinta naturaleza, sin que de ningún modo constituyan *numerus clausus*" y añade en su pronunciamiento final que "la mayoría de edad de los hijos y su manifiesto y continuado rechazo a su padre puede y debe calificarse como una alteración de las circunstancias de verdadera trascendencia por sus repercusiones en el ámbito personal de los implicados".

Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación, pero la SAP Madrid 23 enero 2018, en similares términos a los expresados por la de primera instancia, estima que la mayoría de edad de los hijos, la nula relación afectiva y la negativa a relacionarse con su padre debe considerarse "una alteración y modificación sustancial de las circunstancias (…) que justifica que dentro del procedimiento matrimonial se deje sin efecto el deber de contribución del progenitor no custodio". Por este motivo, desestimó el recurso y confirmó íntegramente la resolución de primera instancia.

Ante tales hechos, la madre interpuso recurso de casación en el que alegó infracción de los arts. 142 y 152 CC, este último en relación con los arts. 90 y 91 CC e infracción de la doctrina jurisprudencial del TS sobre la cesación de la obligación de prestar alimentos a los hijos mayores de edad. El TS estimó el recurso de casación y casó la sentencia recurrida al apreciar que no concurría causa para la extinción de la pensión alimenticia que los hijos mayores de edad recibían de su padre, ya que la falta de relación manifiesta entre ellos ha de ser de modo principal y relevante imputable a estos y esto no se ha conseguido probar en primera instancia. El padre se limita a afirmar que no existe relación con sus hijos, aspecto este que queda constatado durante el procedimiento, pero no alega ni prueba que esa situación solamente es atribuible a los hijos y que él no ha tenido nada que ver.

En la sentencia el TS reconoce la necesidad de modernizar los casos legales de desheredación de los legitimarios para resolver las tensiones cotidianas que existen con frecuencia en las relaciones entre padres e hijos y pone como ejemplo de actualización legislativa la nueva causa introducida en el CCCat que precisamente prevé la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar como causa para desheredar. A partir de ahí, el TS reconoce que la jurisprudencia ha hecho un esfuerzo por adaptar las causas de desheredación de nuestro CC a la realidad social actual. En este contexto cita la STS 3 junio 2014 y la STS 30 enero 2015. Además, advierte que no hay contradicción en que, por un lado, las causas se hayan de interpretar de forma restrictiva y, por otro lado, que se extiendan las causas legales a acciones no específicamente previstas en el CC.

A continuación, el TS examina si la falta de relación continuada entre padre e hijo puede integrarse en el art. 853 CC, esto es, si podría constituir justa causa

para desheredar a hijos y descendientes haciendo una interpretación flexible de la causa segunda del precepto. Llegados a este punto el TS se decanta hacia un lado inesperado, ya que prescinde del maltrato, tanto físico como psicológico, para hacer una interpretación flexible del art. 853.2º CC en base al principio de solidaridad familiar que sirve de base al derecho de alimentos y de las afirmaciones expresadas por la jurisprudencia menor en el sentido de entender que "no resulta equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que estas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente en los vínculos parentales".

Seguidamente el tribunal reconoce que esta doctrina jurisprudencial de audiencias provinciales que ha surgido al aplicar la normativa del CCCat es perfectamente extrapolable al Derecho común para interpretar flexiblemente la causa de extinción de la pensión alimenticia que es objeto de estudio porque la solidaridad familiar e intergeneracional es la que late como fundamento de la pensión alimenticia a favor de los hijos mayores de edad. En definitiva, el TS hace una interpretación flexible de las causas de desheredación para admitir la falta de relación manifiesta como una causa más siempre que sea, de forma principal y relevante imputable al hijo porque la solidaridad familiar e intergeneracional que sirve de fundamento a la legítima y a la pensión alimenticia ha desaparecido[62].

El razonamiento del Alto Tribunal es criticable en varios aspectos.

En primer lugar, si estamos haciendo una interpretación flexible de la causa segunda del art. 853 CC habrá que subsumir los hechos en esa causa, no se entiende que se prescinda totalmente de ella. En el derecho común la ausencia de relación no está prevista como causa ni de desheredación ni de extinción de la pensión alimenticia, así que la única forma de que esta situación pueda provocar la extinción de la pensión, es que en la actuación del hijo concurra el hecho objetivo que constituya la causa de desheredación, esto es, que se pueda calificar de maltrato o injuria grave; de este modo, si el hijo incurre objetivamente en causa de desheredación, podrá ser privado de la prestación alimenticia que le presta el progenitor por la conexión existente entre el art. 853.2 y el art. 152.4 CC.

La interpretación flexible no puede valer para crear una causa de desheredación nueva y que no tenga ninguna conexión con las específicamente previstas por el legislador porque ello supondría sustituir al legislador en su función de elaborar

62 Parece que el Alto Tribunal se olvida de requerir que la falta de relación sea continuada. Aunque el TS olvide mencionar este requisito en el fallo de la sentencia, la doctrina ha entendido sí que es exigible que la falta de relación sea continuada. *Vid.* por todos Méndez Tojo, R.: "Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero", *Actualidad civil*, ISNN 0213-7100, núm. 6, 2019, p. 16.

normas[63]. Por lo tanto, en el derecho común la ruptura de la relación familiar no basta para privar de la legítima y de los alimentos al hijo; es necesario que la actuación del hijo sea considerada maltrato de obra o psicológico. De la existencia de la nula relación afectiva entre padre e hijo no cabe deducir el maltrato psicológico o de otro tipo, igual que tampoco cabe deducir que la falta de relación sea únicamente imputable al hijo. La actuación del hijo ha de causar daño psicológico o emocional, ha de provocar sufrimiento en el padre. Si hay maltrato psicológico originado en los hijos y dirigido causal y dolosamente a producir un menoscabo en la salud mental de su víctima (progenitor), ello es precisamente lo que originaría una causa de extinción de la obligación de satisfacer alimentos[64] y causa de desheredación.

En segundo lugar, es cierto que la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar, pero también lo es que este principio quiebra *cuando concurre alguna de la causas contempladas en la ley como causas de desheredación*, que se configura como una excepción al deber de legítima, y por lo que hace a los alimentos, como una excepción a la obligación legal que los impone, constituyendo un castigo o sanción a la persona que ha manifestado una conducta que dentro del seno familiar se considera atentatoria de la dignidad, reprochable y que merece censura jurídica. Según esta doctrina jurisprudencial, lo que provoca la quiebra del principio de solidaridad familiar es la concurrencia de una causa de desheredación, por lo tanto, si el hijo no incurre objetivamente en causa de desheredación, su conducta podrá merecer otro tipo de reproche, pero no podrá provocar la privación de la legítima ni la de la pensión alimenticia.

Llama la atención el hecho de que la jurisprudencia menor que cita el TS, y en la que se apoya para hacer valer que la interpretación flexible de las causas pueda servir para acoger como causa la falta de relación entre padre e hijo, porque esta doctrina jurisprudencial también conecta la desaparición de la solidaridad intergeneracional con "haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprochables previstas en la ley", con lo cual, en realidad el TS se contradice al utilizar este argumento porque no puede servir para privar de derechos a los hijos cuando éstos han tenido comportamientos o conductas que se han considerado simplemente como socialmente reprochables, al no estar específicamente previstos como causas de desheredación o causas de extinción de la pensión alimenticia.

63 Ribera Blanes, B.: "Hijos que no quieren saber nada de sus padres, ¿una nueva causa de desheredación?", *Pensar*, Vol. 26, núm. 4, 2021, p.12, disponible en https://orcid.org/0000-0002-4887-9013 Quizá podría defenderse la oportunidad de legislar en el mismo sentido que el Código civil catalán para incorporar esta causa al listado de causas de desheredación, pero propuestas de *lege ferenda* aparte, lo cierto es que esta causa no existe en el derecho común, lo que nos impide actuar como si existiera. Sobre la conveniencia de que se convierta en una causa autónoma de desheredación en el Código civil, *vid*. Barceló Doménech, J.: "Abandono", cit., p. 301 y Echevarría De Rada, T.: "La ausencia de relación familiar como causa autónoma de desheredación de hijos y descendientes", *La Ley Derecho de Familia Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 22, 2019.

64 En este sentido *vid*. De La Iglesia Monje, M.I.: "La nula", cit., p. 2992.

En tercer lugar, el TS afirma que la doctrina jurisprudencial surgida al tener que aplicar el CCCat es "perfectamente extrapolable al derecho común" y en base a este argumento, "crea" una causa prácticamente idéntica a la del art. 451-17.2 e). Pues bien, parece que el Alto Tribunal olvida que en el Derecho catalán el maltrato grave y la ausencia de relación familiar son dos causas de desheredación independientes y autónomas y que no están vinculadas entre sí. Por esta razón, para que la ausencia de relación entre padre e hijo pueda provocar la extinción de la pensión de alimentos es suficiente con que se impute en exclusiva al hijo, no siendo necesario probar, además, que la conducta del hijo ha supuesto un maltrato para el padre porque se han configurado como dos causas diferentes. Es un error utilizar este argumento para el derecho común porque, al no existir la ausencia de relación familiar como causa autónoma de desheredación, no basta con que la falta de relación sea imputable al hijo; es necesario que la conducta del hijo incurra objetivamente en causa de desheredación para que merezca el reproche jurídico pretendido.

En definitiva, la influencia del derecho catalán en el pronunciamiento del TS en la sentencia de 19 de febrero de 2019 es evidente porque, por un lado, admite que la falta de relación familiar en sí misma considerada sea suficiente para desheredar, y en consecuencia, extinguir, los alimentos que el padre debe prestar al hijo, y, por otro lado, porque el TS exige prácticamente los mismos requisitos que el legislador catalán, esto es, que la falta de relación sea manifiesta (se olvida de mencionar que sea continuada) e imputable de forma principal y relevante al hijo. El propio TS alude a esta interpretación restrictiva de la concurrencia y prueba de la causa que hace la jurisprudencia catalana para justificar que esta forma de proceder se aplique también en los procedimientos que tengan que resolverse conforme al derecho común. Con este pronunciamiento el TS se aparta de la doctrina jurisprudencial que se desprende de sus anteriores sentencias y que exige que la ausencia de relación haya provocado maltrato físico o psicológico para que pueda provocar la desheredación.

V. EL TRIBUNAL SUPREMO DA UN PASO ATRÁS Y REITERA SU DOCTRINA ANTERIOR: LA STS DE 24 DE MAYO DE 2022.

Ante la confusión generada por la STS 19 de febrero de 2019 acerca de los efectos que la mera ausencia de relación familiar puede provocar tanto en la legítima como en la obligación alimenticia, el TS dicta una nueva sentencia que da un paso atrás y vuelve a poner el acento en la necesidad de vincular la falta de relación familiar con el maltrato para poder operar como causa de desheredación. El recurso de casación que se plantea ante el TS tiene su origen en una demanda

interpuesta por las nietas desheredadas para que se declare que no concurre la causa de desheredación invocada por su abuela en el testamento[65].

El TS toma como punto de partida los hechos declarados probados en el primer fundamento de derecho de la sentencia que se relatan a continuación. Marta falleció en Aranda de Duero (Burgos) el día 24 de febrero de 2016, en estado de viuda y habiendo otorgado testamento notarial el 3 de noviembre de 2014, en el que manifestaba tener tres hijos de su único matrimonio con Sabino, llamados Serafín, Víctor Manuel y Piedad. También manifestó que su otro hijo, Luis Andrés, había fallecido el día 31 de mayo de 2014, en estado de separado de Rosana, de cuyo matrimonio nacieron dos hijas, Zaira y Vanesa.

En el testamento, Marta instituyó heredera a su hija Piedad y realizó diversos legados a favor de sus hijos Serafín y Víctor Manuel. Además, en la cláusula primera del testamento incluyó un párrafo en el que manifestó que "desheredaba a sus nietas D.ª Zaira y D.ª Vanesa, por haberla maltratado de obra según lo establecido en la causa 2.ª del art. 853 CC". Añadió que, para el caso de que no se hiciera efectiva la desheredación de las nietas, les legaba lo que por legítima estricta les corresponda, facultando expresamente a la heredera para su pago en metálico.

Tras fallecer la abuela, el 9 de marzo de 2017, las hermanas Vanesa y Zaira interpusieron demanda contra sus tíos paternos, los hermanos Serafín, Víctor Manuel y Piedad con la finalidad de negar la existencia de la causa de desheredación invocada por la testadora. Las demandantes alegaron que, si su abuela había invocado el maltrato de obra como causa de desheredación con la intención de referirse en realidad al maltrato psicológico, no debía prosperar la causa porque ellas no habían contribuido a ese hipotético padecimiento que hubiera sufrido la abuela por la ausencia de relación familiar, ya que el distanciamiento en la relación entre la testadora y sus nietas se habría debido a la exclusiva voluntad de dicha causante. Además, las nietas añadieron que habían heredado a su padre, por quien no habían sido desheredadas.

Por su parte, los demandados contestaron la demanda alegando que la causa de desheredación era verídica y cierta en su vertiente de maltrato psicológico, al haberse producido un completo abandono, desafecto y desatención por parte de las actoras hacia su abuela y hacia su padre, cortándose toda relación con los mismos desde el año dos mil, año en que se produjo la separación matrimonial de sus padres. Según los demandados, a partir de ese momento, las demandantes iniciaron un paulatino alejamiento, cuyo detonante probablemente fue el conflicto entre los padres acerca de la liquidación de la sociedad de gananciales y la compensación pretendida por la madre en relación con el negocio familiar

65 Se trata de la STS 24 mayo 2022 (*Tol* 8996156).

de camping, distanciamiento que se mantuvo hasta las fechas de sus respectivos fallecimientos, producidos el 31 de mayo de 2014, en el caso del padre y 24 de febrero de 2016, en el caso de la abuela. Frente al argumento de las demandantes de que su padre no les había desheredado, los tíos alegaron que su hermano había fallecido repentinamente al sufrir un ictus, por lo que murió intestado y las hijas no acudieron al hospital ni al entierro.

El Juzgado de Primera Instancia de Aranda de Duero dictó sentencia de fecha 13 de mayo de 2018 por la que estimó la demanda y declaró la nulidad de la cláusula del testamento notarial otorgado por Marta por la que desheredaba a sus nietas. En consecuencia, el juzgado declaró nula la institución de heredero en cuanto perjudicara a las actoras y declaró también su derecho a percibir la parte que como herederas legitimarias les correspondiera de la herencia de su abuela. El juzgado fundamenta su fallo en que no ha existido por parte de las actoras hacia su abuela ni maltrato de obra en sentido jurídico, ni maltrato psicológico, ya que las relaciones familiares distantes o enrarecidas por sí mismas no constituyen la causa de desheredación segunda del art. 853 CC.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de los demandados. La Audiencia Provincial de Burgos dictó sentencia en fecha de 5 de diciembre de 2018 por la que desestimó los recursos de apelación interpuestos y confirmó la sentencia de primera instancia.

La Audiencia consideró que la causante otorgó testamento tras el fallecimiento de su hijo desheredando a sus nietas porque indudablemente le debió afectar la última falta de afecto de las actoras respecto a su padre, pero añadió que esa muestra de desinterés y desafecto no se produce sin una historia previa de desencuentros que determinaron una situación de falta absoluta de relación de las actoras con su padre y con la familia de este. A estos efectos la Audiencia tiene en cuenta que la separación de los padres tuvo lugar en el año 2000, que las últimas Navidades que pasaron con su padre fueron las de 1999 y que vivieron en una casa situada en el camping familiar hasta que su abuela ejercitó una acción de desahucio en 2004 para que abandonaran la casa. Más tarde, las nietas se fueron de Aranda de Duero a estudiar, aunque una de ellas volvió a vivir en esa población.

Además, la Audiencia niega la existencia de la causa de maltrato del art. 853.2ª CC con apoyo en las siguientes consideraciones.

En primer lugar, hay que reconocer que la jurisprudencia extiende el ámbito de aplicación de la causa segunda del art. 853 CC a situaciones nuevas que no son constitutivas de maltrato de obra y que se denominan "maltrato psicológico", no obstante, el TS y la mayor parte de la jurisprudencia menor no han incluido dentro del maltrato psicológico lo que puede calificarse como ausencia

manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa exclusivamente imputable a este último[66]; motivo este que sí es causa de desheredación en el derecho catalán tras la aprobación del Libro cuarto CC de Cataluña, relativo a las sucesiones por la Ley 10/2008. En el preámbulo de la Ley el legislador catalán presenta la falta de relación como una causa nueva no incluida en las ya existentes, entre las que se encuentra el maltrato. De este modo, en el Derecho civil catalán el maltrato grave y la ausencia de relación familiar son dos causas de desheredación independientes y autónomas y que no están vinculadas entre sí.

En segundo lugar, la Audiencia reconoce que la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa exclusivamente imputable a este último puede causar en el primero la desazón y el sufrimiento que la parte apelante dice que sufrió Marta con el distanciamiento de sus nietas. Sin embargo, por mucho dolor que cause en una persona el alejamiento de sus parientes más próximos, no es maltrato de obra, y esta es la causa de privación de la legítima que permanece en el Código civil.

Por último, la Audiencia compara los hechos declarados probados en primera instancia con los que tuvo ocasión de juzgar el TS en las sentencias previas de 3 de junio de 2014 y de 30 de enero de 2015. En ellas se advierte que los hechos que fueron calificados de "maltrato psicológico" eran notablemente más graves que los debían ser enjuiciados en esta ocasión, ya que, en la primera sentencia, el testador estuvo enfermo durante siete años y tuvo que ser cuidado por una de sus hermanas (STS 3 junio 2014[67]), mientras que, en la segunda, se había forzado a la causante a que realizara donaciones a favor del heredero, quedando sin patrimonio en la última etapa de su vida (STS 30 enero 2015[68]). Sin embargo, en el presente caso, la Audiencia considera que lo que hay es "una falta de relación de las actoras con su padre y con su abuela, sin ningún episodio de maltrato de obra ni de palabra", por lo que en el Código civil no procede incluir el mero distanciamiento familiar dentro del maltrato psicológico constitutivo de maltrato de obra.

En síntesis, parece que la Audiencia considera importante no basar su decisión únicamente en la falta de relación existente en el momento del fallecimiento de la abuela, sino en averiguar cuál es el origen del distanciamiento de los miembros de la familia paterna que parece iniciarse mucho tiempo antes, en concreto, en el momento en que se separan los padres de las desheredadas. En esos años no parece que la conducta de la abuela contribuyó a mejorar la relación con sus nietas, ya que ejercitó una acción de desahucio para que estas abandonaran la casa

66 En esta afirmación la Audiencia se olvida de la STS 19 febrero 2019 (RJ 2019, 497).

67 STS 3 junio 2014 (RJ 2014, 3900).

68 STS 30 enero 2015 (RJ 2015, 639).

que había sido la vivienda habitual de la familia propiedad de la demandante[69]. Se inició así un distanciamiento que se prolongó hasta el momento de las muertes respectivas del padre y de la abuela y que, a juicio de la Audiencia, no es susceptible de catalogarse ni como maltrato de obra, ni como maltrato psicológico, ya que no se alega la concurrencia de ningún episodio en ese sentido. Se trata, en definitiva, de una pérdida de relación sin más provocada por un conjunto de circunstancias familiares que no pueden ser imputables única y exclusivamente a las desheredadas, en las que influyen las conductas de todos los integrantes de la familia paterna y que se prolonga hasta el momento de la muerte de la causante.

Tras la sentencia de la Audiencia, la heredera Piedad interpone recurso de casación en el que denuncia la infracción del art. 853.2ª CC, al considerar que la sentencia no ha hecho una interpretación correcta del precepto al no incluir la falta de relación y distanciamiento familiar dentro del maltrato psicológico constitutivo del maltrato de obra. La recurrente alega que el interés casacional se basa en la existencia de jurisprudencia contradictoria en torno a si la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa imputable a este último debe considerarse maltrato psicológico constitutivo de maltrato de obra incardinable en la causa de desheredación segunda del art. 853 CC. Además, añade que de la STS 27 junio 2018[70] resulta que el distanciamiento familiar puede valorarse como causante de daños psicológicos. Por su parte, las nietas alegan que no consideran que haya quedado acreditada la lesión en la salud mental de la testadora a consecuencia de la falta de relación afectiva con sus nietas.

Ante tales argumentos, el TS procede a dar solución al recurso de casación planteado, no sin antes recordar dos cuestiones previas que deben tenerse en cuenta antes de dirimir el conflicto familiar existente entre las partes. En primer lugar, el Alto Tribunal reconoce que en el sistema jurídico vigente la legítima se configura como un derecho del que solo puede privarse al legitimario de manera excepcional cuando concurra causa de desheredación. El testador debe expresar alguna de las causas que de manera tasada ha fijado el legislador en los arts. 852 y ss CC y al legitimario le bastará con negar su veracidad para que se desplace la carga de la prueba al heredero (art. 851 CC). En segundo lugar, el TS admite que la jurisprudencia de la sala ha llevado a cabo durante los últimos años una interpretación flexible del art. 853.2º CC, que establece como justa causa para desheredar a hijos y descendientes haber "maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra" al padre o ascendiente, atendiendo a la realidad social del momento en que la norma ha de ser aplicada y con la intención de dar

69 Puede consultarse Arnau Moya, F.: "Desahucio por precario y atribución de la vivienda en las crisis familiares", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17, 2022, pp. 642-689, sobre los problemas que conlleva que los progenitores de uno de los cónyuges le cedan un inmueble a título gratuito para que se convierta en vivienda habitual de la familia cuando se produce una crisis familiar.

70 STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 3100).

respuesta a las situaciones de abandono y menosprecio a las que se enfrentan las personas vulnerables de edad avanzada. En este sentido la sala ha declarado que "el maltrato psicológico se configura como una injustificada actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión de la salud mental del testador o testadora, de forma que debe considerarse comprendido en la expresión que encierra el maltrato de obra en el art. 853.2ª CC" en varias sentencias entre las que menciona la de 3 de junio de 2014[71], la de 30 de enero de 2015[72] y la de 13 de mayo de 2019[73]. En este último caso en relación con dos hermanos que incurrieron en una conducta de menosprecio y abandono familiar respecto de su madre, sin justificación alguna y solo imputable a los mismos. En definitiva, considera el TS que el maltrato psicológico reiterado queda comprendido dentro de la causa de desheredación de maltrato de obra del art. 853.2ª CC, al entender que es un comportamiento que puede lesionar la salud mental de la víctima.

A partir de estas consideraciones previas, el TS da un paso más y es aquí donde entra de lleno a considerar la apreciación de la falta de relación familiar como causa de desheredación. La propia sala recuerda la doctrina que se desprende de la sentencia de 27 de junio de 2018[74] en la que el propio tribunal afirmó que "la falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de daños psicológicos y, en consecuencia, podría configurarse como una causa de privación de la legítima". De lo que se deduce que la ausencia de relación familiar no conlleva automáticamente a entender que ha habido maltrato psicológico, sino que habrá que valorar si efectivamente el daño psicológico se ha producido.

Por esta razón, el TS advierte de que en el sistema legal vigente "no toda falta de relación afectiva o de trato familiar puede ser enmarcada, por vía interpretativa, en las causas de desheredación establecidas de modo tasado por el legislador" y que "habrá que ponderar si, en atención a las circunstancias del caso, el distanciamiento y la falta de relación son imputables al legitimario y además han causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad como para poder reconducirlos a la causa legal del "maltrato de obra" prevista en el art. 853.2ª CC".

De este modo, el TS establece los dos requisitos que deben cumplirse para que la ausencia de relaciones familiares pueda considerarse comprendida dentro de la causa de desheredación de maltrato de obra. En primer lugar, la falta de relación afectiva ha de imputarse única y exclusivamente al legitimario y, en segundo lugar, ha de haber provocado un daño en la salud física o psicológica del causante.

71 STS 3 junio 2014 (RJ 2014, 3900).

72 STS 30 enero 2015 (RJ 2015, 639).

73 STS 13 mayo 2019 (RJ 2019, 2212).

74 STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 3100).

Una vez hechas estas puntualizaciones, el tribunal procede a examinar los hechos del caso. De los que han resultado probados por la sentencia de apelación se desprende que la abuela otorgó testamento notarial en el que desheredó a las nietas "por haberla maltratado de obra", sin embargo, en primera instancia no ha quedado acreditado ni el maltrato de obra invocado por la testadora, ni tampoco la causación de un menoscabo psicológico derivado del comportamiento de las nietas. Lo que sí ha quedado acreditado, tal y como manifiesta la Audiencia, es que existía una falta de relación familiar y afecto que se produce tras una historia previa de desencuentros familiares que desemboca en una falta absoluta de relación de las actoras con su padre y con la familia de este. El propio Tribunal reconoce que "en esa historia es destacable que fuera la misma abuela quien, en 2004, tras la separación de los padres de las actoras, desahuciara judicialmente a la madre y a las nietas de la vivienda situada en el camping familiar y que habían venido ocupando desde su nacimiento". Sobre esta base el recurso de casación se desestima y se confirma la sentencia recurrida.

A modo de recapitulación, la sentencia expone que el legislador sigue manteniendo como límite a la voluntad del causante la necesidad de expresar una "justa causa" de desheredación para privar de la legítima a los legitimarios, de lo que se desprende que la mera voluntad de desheredar no es suficiente para poder privar de la legítima a los que por ley tienen derecho a ella. Aunque también reconoce que se ha permitido que los tribunales interpreten las causas legales de desheredación con arreglo a la realidad social. En concreto, en la sentencia de 27 de junio de 2018[75] se afirmó que una falta de relación continuada e imputable al desheredado, ponderando las circunstancias del caso, podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos y, en consecuencia, podría encuadrarse en una de las causas de privación de la legítima establecidas por el legislador. A continuación, el TS también expone claramente que "la aplicación del sistema vigente no permite configurar por vía interpretativa una nueva causa autónoma de desheredación basada exclusivamente, sin más requisitos, en la indiferencia y en la falta de relación familiar, puesto que el legislador no la contempla". Con estas palabras zanja la cuestión de si la falta de relación familiar en sí misma considerada puede considerarse causa de desheredación y lo fundamenta en que lo contrario, en la práctica, equivaldría a dejar en manos del testador la exigibilidad de la legítima, privando de ella a los legitimarios con los que hubiera perdido la relación con independencia del origen y los motivos de esa situación y de la influencia que la misma hubiera provocado en la salud física o psicológica del causante.

A continuación, procede analizar pormenorizadamente los requisitos que exige nuestro tribunal para que la falta de relación familiar pueda operar como causa de desheredación y privar de la legítima a los legitimarios.

75 STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 3100).

VI. REQUISITOS PARA QUE LA AUSENCIA DE RELACIÓN FAMILIAR PUEDA PROSPERAR COMO CAUSA DE DESHEREDACIÓN.

Debemos partir de la idea de que por regla general la falta de relación familiar por sí misma no constituye causa de desheredación en el derecho común porque no hay ningún precepto que expresamente la prevea, ni tampoco se puede subsumir de forma automática en la causa de desheredación segunda del art. 853 CC. En este sentido, la mera falta de relación familiar entre legitimarios no podría ser tomada en cuenta para privar de la legítima a quien por ley tiene derecho a ella. La interpretación flexible que ha venido avalada por el TS en sus sentencias no permite crear nuevas causas de desheredación, sino interpretar con arreglo a la realidad social las causas legales de desheredación existentes. En esta línea, tampoco procede entender que la ausencia de relaciones familiares constituya *per se* un supuesto de maltrato de obra o maltrato psicológico incardinable en la causa segunda del art. 853 CC.

Ahora bien, según la doctrina jurisprudencial que se desprende de la sentencia más reciente (24 de mayo de 2022[76]) y de los pronunciamientos anteriores del TS, en la medida en que esa falta de relación vaya acompañada de ciertos requisitos que el TS ha considerado exigibles, podría valorarse, atendiendo a las circunstancias del caso, que pudiera prosperar como causa de desheredación. En el Derecho civil común la falta de relación tiene que vincularse al maltrato para poder operar como causa de desheredación, ya que no tiene una existencia autónoma e independiente como ocurre con el Derecho civil catalán.

La flexibilidad en torno a la admisibilidad de la causa no debe extenderse también a la apreciación de los requisitos que la conforman. De modo que, si respecto a las causas expresamente previstas por el legislador se impone una interpretación rigurosa y restrictiva de la concurrencia y prueba de la causa, en mayor medida procede aquí ser exhaustivos en la apreciación de una causa que no está específicamente prevista, como es el caso de la ausencia de relación familiar, ya que se trata de privar a una persona del derecho a recibir la legítima. Por todas estas razones entendemos que procede hacer una valoración restrictiva de los requisitos jurisprudenciales que integran la causa. De la doctrina jurisprudencial del TS se desprende que la apreciación de la causa exige la concurrencia de los requisitos que pasamos a analizar seguidamente.

76 STS 24 mayo 2022 (*Tol* 8996156).

1. Falta absoluta de relación o trato familiar entre el causante y el legitimario desheredado.

El primer requisito que debe darse para que la ausencia de relación familiar pueda conllevar la pérdida de la legítima es que quede acreditado que se ha llegado a una situación de falta absoluta de relación entre causante y desheredado. La rigurosidad con la que debe interpretarse cada uno de los requisitos que conforman la causa exige entender que no debe haber ningún tipo de relación o trato entre familiares, por lo que un mero distanciamiento, alejamiento, desapego o enfriamiento de la relación no se consideran suficientes para que la causa se aprecie[77]. Si existe relación familiar, por mínima que esta sea, e incluso, aun siendo hostil o distante, será suficiente para que la desheredación no proceda y que los legitimarios tengan derecho a recibir la parte de la herencia del causante que les corresponda[78].

Para apreciarse la concurrencia de este requisito ha de haber una falta de contacto entre el testador y el desheredado, que se hayan dejado de ver y de hablar, en definitiva, que sus vidas hayan discurrido por caminos diferentes. El hecho de que entre ellos haya habido una relación profesional o mercantil no impide que se aprecie la falta de relación familiar[79]. No parece que haya de tenerse en cuenta para apreciar la falta de relación personal entre familiares la convivencia o la falta de la misma, pues parece que lo normal es que en el momento en que nazca el derecho a la legítima los familiares no convivan, pues dadas las actuales condiciones de vida, los hijos del causante ya estarán dentro o cerca de alcanzar la tercera edad[80]. Respecto a esta cuestión considera la STS 13 mayo 2019[81] que la convivencia entre madre e hijo no es indicio de la existencia de relación entre los mismos, dado que esta se debe simplemente a motivos económicos y de la misma no puede inferirse la existencia de una reconciliación[82].

En este sentido, en el caso enjuiciado por el TS de 24 de mayo de 2022[83] la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia aprecia que hay una falta total de relación de las nietas con la abuela que se inicia en el año 2000, como consecuencia de la separación de sus padres y se mantiene hasta el fallecimiento de la abuela que se produce en el año 2016. También la sentencia que resolvió

77 SAP Barcelona 10 octubre 2019 (JUR 2019, 296264).

78 STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 3100).

79 Así lo observa la SAP Barcelona 18 febrero 2020 (*Tol* 7814264).

80 En este sentido *vid*. Arroyo Amayuelas, E y Farnós Amorós, E.: "Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado: ¿a quién prefieren los tribunales?, *Indret*, núm. 2, 2015, p. 16.

81 STS 13 mayo 2019 (ROJ 2019, 1523).

82 Sin embargo, Arroyo Amayuelas, E y Farnós Amorós, E consideran que la relación no estará rota si por muchas desavenencias que existan entre testador y legitimario estos conviven bajo el mismo techo, "Entre el testador", cit., p. 16.

83 STS 24 mayo 2022 (*Tol* 8996156).

el recurso de casación se plantea si la desheredación es justa sobre la base de entender que "ha quedado acreditada la falta absoluta de relación de las actoras con su padre y con la familia de este"[84].

En similares términos, la sentencia del TS de 2 de julio de 2019[85] aprecia la validez de la causa de desheredación de la hija en los testamentos de sus padres al quedar acreditado que estos se encontraban en situación de dependencia y necesitaban ayuda de terceras personas para cubrir las necesidades de la vida diaria desde el año 2000, en que ya contaban con 78 y 79 años de edad respectivamente y que, a partir del año 2004 y a raíz de una discusión, la hija cortó toda relación con ellos y no se preocupó en absoluto de los mismos hasta el punto de que se enteró de su fallecimiento mucho tiempo después de haberse producido, en 2005 y 2011 respectivamente. Desde aquella discusión y hasta su muerte la relación entre los causantes y la desheredada había sido nula.

De igual modo se advierte la inexistencia absoluta de relación familiar entre los abuelos y el nieto en el caso sometido a consideración en la SAP Cádiz 25 noviembre de 2019[86]. Según consta acreditado, en diciembre de 2014 fallece repentinamente el hijo de los causantes, cuando el nieto ya tenía 21 años. En aquel momento los dos abuelos estaban enfermos de cáncer y necesitaban ayuda de terceros para sus necesidades diarias. Desde entonces hasta el fallecimiento de los dos abuelos en 2016, el nieto no se relacionó con sus abuelos, ni acudió a visitarlos al hospital ni a su domicilio. Incluso, en una ocasión, la abuela vio a su nieto en la calle en compañía de su madre y pasaron de largo sin saludarla. Por todo ello, la Audiencia considera que procede la desheredación del nieto "por la dejación de la relación afectiva entre abuela y nieto, dejando de relacionarse con ella de forma total y absoluta hasta el punto de no acercarse a saludarla ni mirarla al verla en la calle y no haber acudido a visitarla pese a conocer su edad y grave enfermedad ni en su domicilio ni en el tiempo que permaneció hospitalizada durante el último año de su vida".

En el supuesto que tuvo ocasión de juzgar la Audiencia provincial de Barcelona el 18 de febrero de 2020[87] la causante había desheredado a su hija y a los dos hijos de esta por falta de relación. De las pruebas practicadas en la instancia se acredita que en el año 2014, como la causante tenía escasa movilidad y precisaba de silla de ruedas, los tres hijos pactaron entregarle 200 € a la madre para completar su pensión y que tuviera suficiente para sus gastos, así como cuidarla cada uno un mes. Cuando le tocó el turno a la hija, esta se destendió de su madre e incluso

84 STS 24 mayo 2022 (*Tol* 8996156).

85 STS 2 julio 2019 (*Tol* 7387266).

86 SAP Cádiz 25 noviembre 2019 (JUR 2019, 158684).

87 SAP Barcelona 18 febrero 2020 (*Tol* 7814264).

discutieron. Desde entonces se inició una falta de relación manifiesta y continua que se prolongó hasta la fecha del fallecimiento de la causante el día 8 de septiembre de 2015. En síntesis, se acreditó que desde julio de 2014 se produjo una ausencia manifiesta de relación entre la madre y la hija, cuya causa fue la negativa de esta a cuidar de su madre, de modo que tuvieron que ser los demás hermanos quienes se hicieron cargo de la madre, comportamiento que justifica que la causante desheredara a su hija en testamento otorgado en fecha de 27 de junio de 2015, esto es, después de un tiempo de haberse producido la discusión y del inicio de la falta de relación. Ahora bien, la abuela no solo desheredó a su hija, sino también a los descendientes de esta, sus nietos Leovigildo y Erica. Sin embargo, respecto a ellos entiende el tribunal que no se considera probado que la desheredación sea justa porque la ausencia manifiesta y reiterada temporalmente desde que se produjo el evento determinante (la discusión) es imputable a la conducta de la madre, pero no al comportamiento de los nietos, puesto que estos habían seguido visitando a la abuela por Navidad. Por este motivo la Audiencia entiende que pueden representar a su madre en la herencia de su abuela y obtener la parte de legítima que les corresponda.

Como puede observarse, para apreciar el cumplimiento del primer requisito que conlleva esta causa no ha de haber ningún tipo de relación ni trato entre el causante y el desheredado, pues si hay un mero alejamiento o enfriamiento en la relación no será suficiente para privar de la legítima. Lo que no se determina es el tiempo mínimo de esa ausencia de contacto aunque se entiende que deberá ser significativo atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Para tener derecho a reclamar la legítima no hace falta que la relación con el descendiente sea excelente, pero sí que exista una mínima relación, aunque esta se limite, como hemos visto, a visitar al causante el día de Navidad.

Aunque finalmente la falta de relación no prospere como causa de desheredación por no cumplirse el resto de requisitos que exige el TS, la premisa de la que se parte para que la relación personal pueda ser valorada judicialmente es la inexistencia de cualquier tipo de relación o contacto entre los familiares[88]. Así pues, la SAP Asturias 25 octubre 2021[89] advierte una falta de relación entre el padre y sus hijos que se había prolongado durante más de 25 años y que había provocado que estos no acudieran ni siquiera a su funeral, aunque finalmente consideró que la conducta de los hijos era consecuencia de lo ocurrido en el pasado y que no les era imputable. En similares términos la sentencia dictada por la Audiencia provincial de Las Palmas el 4 de abril de 2018[90] consideró que el causante había perdido voluntariamente toda relación con sus hijos tras separarse

88 En este sentido *vid*. SAP Murcia 27 mayo 2019 (*Tol* 7358548).

89 SAP Asturias 25 octubre 2021(*Tol* 8756214).

90 SAP Las Palmas 4 abril 2018 (JUR 2018, 203599).

de su esposa, pues debió reprochar a estos que apoyaran a su madre, por lo que decidió cortar toda relación en ellos, relación que sí mantuvo con otros familiares. Esta falta absoluta de relación provocó que el causante los desheredase en testamento otorgado el 7 de enero de 2015 y no tuviera relación con ellos hasta su fallecimiento.

Si, como se ha mantenido, la falta de relación familiar por sí misma no es suficiente, veamos qué otros requisitos deben valorarse para que pueda considerarse suficiente para desheredar.

2. La falta de relación familiar ha de ser continuada en el tiempo91.

La exigencia de este requisito trae causa de la STS 3 junio 2014[92], en la que se manifiesta que los hijos habían incurrido en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre por haberle menospreciado y abandonado durante los últimos siete años de vida. En esta línea, la STS 30 enero 2015[93] consideró que las maquinaciones dolosas del hijo durante los últimos seis años de vida de su madre para privarle de su patrimonio personal merecían calificarse de maltrato psicológico. Este requisito lo exige también la STS 27 junio 2018[94]. La sentencia no calificó de maltrato psicológico el hecho de que la hija había publicado en redes sociales duras opiniones contra el padre, lo que se consideró como un hecho puntual "que no integra un maltrato reiterado", a lo que añade que "solo una falta de relación continuada podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos". Del mismo modo, la STS 13 mayo 2019 hace alusión a que cuando la madre enferma deshereda a sus dos hijos en testamento ya llevaba diez años de abandono por parte de los mismos[95]. También en la STS 24 mayo 2022[96] se constata que la falta de relación se inició en el año 2000 y se prolonga hasta la muerte de la abuela que se produjo en 2016.

3. La falta de relación familiar ha de ser imputable al desheredado.

Tras los pronunciamientos del TS se obtiene una máxima clara: la falta de relación ha de ser imputable al legitimario. Ello conlleva atender a las circunstancias del caso y hacer averiguaciones sobre el origen de la falta de relación. No basta

91 Recordemos que en el Derecho civil catalán se ha exigido que la ausencia de relación sea continuada y manifiesta. Este segundo requisito conlleva que se trate de una ausencia evidente y notoria que sea conocida por terceras personas próximas al ambiente familiar de las partes. Así lo ha venido exigiendo también la jurisprudencia catalana. *Vid.* SSAP Barcelona 15 marzo 2012 (JUR 2012, 195522), 30 abril 2014 (ROJ 2014, 3359), 23 enero 2020 (JUR 2020, 58332) y 18 febrero 2020 (*Tol* 7814264).

92 STS 3 junio 2014 (RJ 2014, 3900).

93 STS 30 enero 2015 (RJ, 2015, 639).

94 STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 3100).

95 En la STS 19 febrero 2019 (RJ 2019, 497) también se pone de manifiesto que la falta de relación se había originado con el divorcio de sus padres y que hacía diez años que no tenían relación con él.

96 STS 24 mayo 2022 (*Tol* 8996156).

con constatar que existía falta de relación en el momento en que el causante otorga testamento para desheredar a sus descendientes, situación que se habrá mantenido hasta el momento de la muerte, pues de lo contrario se entenderá que ha habido reconciliación, sino que hay que retroceder en el tiempo hasta situarse en el punto en que se inicia la falta de relación para valorar cuál fue la causa que provocó la ruptura de las relaciones entre ellos y qué comportamientos o conductas han mostrado tanto el causante como los desheredados durante todo el tiempo en que duró la falta de relación, prestando atención especial a la edad en que tenían unos y otros en el momento en que se produce la ruptura de las relaciones personales entre ellos. Para acreditar la imputabilidad exclusiva del desheredado se podrá utilizar cualquier medio de prueba admitido en derecho.

Tal y como se desprende de las sentencias analizadas en este trabajo suele ser habitual que la falta de relación familiar se inicie como consecuencia de una crisis familiar. En estos casos resulta de especial relevancia atender a la edad que tenían los desheredados en aquel momento porque si eran menores no será posible imputarles la falta de relación. Se trata de un dato importante que no debe pasarse por alto. En algunas sentencias se ha incidido en este aspecto para negar la responsabilidad de los hijos si cuando se inició la falta de relación se encontraban en su niñez. Como es el caso de la STS 27 junio 2018[97], en el que el tribunal admite que la falta de relación continuada no puede ser imputable a la hija porque esta situación se inició cuando ella solamente tenía 9 años y que incluso se acordó judicialmente la suspensión de las visitas entre el padre y la hija por ser contrarias a su interés, dada la relación conflictiva entre la menor y el padre y, sobre todo, entre la menor y la pareja del padre. Al tratarse de una niña, el tribunal reconoce que el origen de la falta de relación familiar no puede imputarse a la hija.

A efectos de imputabilidad no solo es importante tener en cuenta el comportamiento del desheredado, sino que la conducta del testador también debe examinarse. Es perfectamente posible que el desapego de los descendientes sea consecuencia de la conducta previa del testador y que no consten esfuerzos por parte de este para retomar la relación perdida. Prueba de ello es la STS 24 mayo 2022[98] en la que el tribunal, tras constatar que ha quedado acreditada la falta de relación familiar y afecto que se produce tras una historia previa de desencuentros que determinaron una situación de falta absoluta de relación de las actoras con su padre y con la familia de este, pone el acento en que tras la separación de los padres fue la misma abuela quien desahució a la madre y a las nietas de la vivienda situada en el camping familiar y que habían venido ocupando desde su nacimiento, por lo que el distanciamiento familiar no era imputable a las nietas.

97 En la STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 3100) el padre perdió contacto con su hija cuando ésta solo tenía 9 años.

98 STS 24 mayo 2022 (*Tol* 8996156).

En definitiva, la historia previa de desencuentros que desemboca en la falta de relación y afecto entre parientes es importante para determinar la causa. Hay que analizar los comportamientos de las dos partes implicadas, tanto del causante como del legitimario e incluso la intervención de terceros que hayan podido influir en esa falta de relación[99]. El hecho de que la falta de relación no sea imputable al testador no determina que sea imputable automáticamente al desheredado. La pasividad del testador también debe tenerse en cuenta[100]. Si no se tiene certeza de la culpa exclusiva del legitimario, la conclusión será que no concurre justa causa de desheredación, pues impera una interpretación rigurosa y restrictiva. La prueba de la imputabilidad de la falta de relación se reputa difícil pero no imposible, como ya se tuvo ocasión de apreciar al exponer este requisito en el Derecho civil catalán.

4. La falta de relación familiar ha de causar daño físico o psicológico.

Según la doctrina jurisprudencial que se desprende de la STS 24 mayo 2022[101], "el distanciamiento y la falta de relación han de haber causado un menoscabo físico o psíquico al testador *con entidad* (la cursiva es mía) como para poder reconducirlos a la causa legal del "maltrato de obra" prevista en el art. 853.2ª CC". En este caso la testadora había desheredado a sus nietas "por haberla maltratado de obra", pero el TS advierte que de los hechos acreditados en la instancia no ha quedado acreditado ni el maltrato de obra invocado por la testadora, ni tampoco un menoscabo psicológico derivado del comportamiento de las nietas. Por lo tanto, la desazón y el sufrimiento moral provocado por el distanciamiento o alejamiento de los parientes más próximos por mucho dolor que cause en una persona no es maltrato de obra ni físico ni psíquico. La sentencia recuerda la doctrina emanada de las sentencias anteriores (3 de junio de 2014, 30 de enero de 2015, 27 de junio de 2018 y 13 de mayo de 2019) según la cual, "el maltrato psicológico se configura como una injustificada actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión de la salud mental del testador o testadora, de forma que debe considerarse comprendida en la expresión que encierra el maltrato de obra en el art. 853.2ª CC". Entendemos que esa "actuación" del heredero también puede ser una omisión, como se ha tenido oportunidad de apreciar, por ejemplo, en la STS 13 mayo 2019[102].

99 La nueva pareja o el nuevo cónyuge de los progenitores. *Vid*. STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 3100).

100 En los procedimientos en los que se ha pretendido hacer valer la falta de relación familiar para extinguir la pensión alimenticia de los hijos se ha valorado especialmente si el padre ha hecho esfuerzos por recuperar la relación, por ejemplo, si les ha llamado regularmente, si se ha interesado por sus estudios y actividades, si ha intentado visitarles; en definitiva, si ha utilizado todos los recursos que tenía a su disposición para recuperar la relación familiar con su hijo. *Vid*. SAP Barcelona 23 julio 2013, (JUR 2013, 334928) y SAP Lleida 24 septiembre 2014 (JUR 2014, 299298).

101 STS 24 mayo 2022 (*Tol* 8996156).

102 STS 13 mayo 2019 (RJ 2019, 2212). También en la STS 2 julio 2019 (*Tol* 7387266).

El maltrato psicológico ha de basarse en hechos relevantes, graves y que tengan cierta entidad, como los que tuvieron ocasión de juzgar las sentencias 3 de junio 2014 y 30 de enero de 2015. La falta de relación sin más no es maltrato psicológico. Por lo tanto, habrá que examinar la influencia que la falta de relación ha provocado en la salud física o psicológica del causante[103].

En principio se presume, salvo que se pruebe lo contrario, que la ausencia de relación afectiva debe ser muy dolorosa para todos los parientes que la sufren, pues nada hace suponer que sea más doloroso para unos que para otros[104]. Si el daño psicológico ni se ha alegado ni se ha probado, no se puede presumir. Presumir que sólo el testador sufre es arriesgado, aunque sea así en un elevado porcentaje de casos, pues no hay ninguna garantía de que este sufrimiento unilateral sea experimentado única y exclusivamente por él.

Hay que tener en cuenta que si no exige una prueba rigurosa de que la situación a la que se ha llegado no está justificada, se imputa en exclusiva al desheredado y ha generado un perjuicio en la salud física o mental del testador, el alegato de la nula relación entre parientes puede convertirse en argumento fácil que sirva de excusa a los ascendientes para privar de la legítima a sus hijos y descendientes. Casi siempre se parte de la idea de que son los hijos y nietos los que tienen comportamientos reprochables frente a padres y abuelos, pero en los casos jurisprudenciales analizados hemos podido comprobar que también hay padres y abuelos que no se han ocupado de sus hijos y nietos cuando eran menores, que no han fomentado ni el roce, ni el buen clima familiar. Pensemos también en esos hijos y nietos, en los que sufrieron la ignorancia de su progenitor mientras fueron menores, que crecieron sin recuerdos de vivencias con ellos y con la frustración de no tener una situación familiar de normalidad. Sería injusto que además del abandono emocional que sufrieron en el pasado se vieran abocados a perder la legítima en la herencia de su ascendiente por falta de relación familiar.

VII. LA FALTA DE RELACIÓN FAMILIAR COMO CAUSA DE INDIGNIDAD PARA SUCEDER.

Cabe preguntarse si la ausencia de relación familiar podría impedir al heredero recibir la herencia por entender que es indigno para suceder al causante. La duda se plantea a raíz de un caso que tuvo ocasión de juzgar el TS[105].

103 SAP Albacete 14 julio 2016 (JUR 2016, 200963).

104 Así lo reconoce la SAP de Albacete de 14 de julio de 2016 (JUR 2016, 200963) en un caso en que el padre simplemente alega la negativa por parte de su hija a mantener cualquier tipo de relación con él. Como en el procedimiento no se practicó prueba para averiguar el motivo de la nula relación entre padre e hija, la Audiencia Provincial sostuvo que "no se desconoce que tal situación debe ser muy dolorosa para el padre, y es de suponer que también lo será para la hija", de manera que sitúa a ambos parientes en un plano de igualdad.

105 STS de 2 julio de 2019 (*Tol* 7387266).

En primera instancia se declaró probado que Benito e Irene eran dos personas dependientes, no ya en el momento de la muerte, sino también con anterioridad, situación de dependencia que, si buen fue declarada expresamente con respecto a Irene en 2009, ya se daba en ambos en el año 2000, en que contaban con 78 y 79 años y precisaban ayuda para la casa, higiene personal, etc., teniendo limitaciones por razón de la edad y que culminaron con el ingreso de ambos en una residencia de ancianos en el año 2005. También consta como hecho acreditado que la hija de los causantes había abandonado y desatendido totalmente a sus padres y les había injuriado grave y reiteradamente de palabra. Estos hechos provocaron que, a partir del año 2004, sus tres hijas, nietas de los causantes, a resultas de una discusión que su madre tuvo con sus padres, cortaran toda relación con sus abuelos. Desde entonces no volvieron a tener contacto o comunicación con sus abuelos Benito e Irene y no se preocuparon en absoluto de los mismos hasta el punto de que, como su madre, tomaron conocimiento de la muerte de cada uno de ellos mucho después de haberse producido, respectivamente en diciembre de 2005, la de Benito, y agosto de 2011, la de Irene. Los causantes, Benito e Irene desheredaron a su hija en sus respectivos testamentos a tenor del art. 853.2º CC, pero no mencionaron a sus nietas.

Tras el fallecimiento de Benito e Irene, su hija María Milagros y sus tres nietas presentaron demanda para que se declare nula de pleno derecho la cláusula de desheredación de la hija que figura en los testamentos de ambos padres, y en caso de estimarse cierta la causa, que fueran nombradas sus hijas, nietas de los causantes, como herederas forzosas. El Juzgado apreció la validez de la desheredación de la hija y declaró herederas a las nietas en sustitución de su madre en la parte de la legítima.

Cuando se plantea el recurso de apelación, la Audiencia no duda de que la conducta de las nietas, que califica de abandono emocional y/o maltrato psicológico, bien hubiera podido ser merecedora de la desheredación porque también cortaron de modo definitivo toda relación con la abuela, pero lo cierto es que los abuelos no hicieron lo propio con las nietas y no las desheredaron. Por ello, se considera que, aunque la conducta de las nietas sea reprobable, no puede entenderse como una negación de alimentos, que es la causa de indignidad para suceder que contempla el art. 756.7º CC. Esta nueva causa de indignidad se introduce como consecuencia de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de personas con discapacidad con el siguiente texto: "tratándose de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no hubieran prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los arts. 142 y 146 del Código Civil". Al respecto, entiende la Audiencia que la causa se contrae a no prestar alimentos, entendiendo por tales los que resulten indispensables para "el sustento, habitación, vestido y asistencia médica", conforme a los arts. 142 a 146

CC. Cierto es que no aparece probado que los abuelos necesitasen tales alimentos ni los reclamasen y que los causantes, al otorgar testamento y desheredar a su hija, pudieron también desheredar a las nietas y, sin embargo, no lo hicieron; de lo que se colige que si obraron así sería porque no quisieron hacerlo. Por todas estas razones la Audiencia desestima el recurso.

A continuación, el heredero testamentario plantea el recurso de casación por infracción del art. 756.7ª, al entender que se ha interpretado erróneamente el precepto en oposición a la jurisprudencia del TS, pues la interpretación de esta causa ha de ser flexible conforme a la realidad social del tiempo presente y de acuerdo con el espíritu y finalidad de la norma. El recurrente considera que concurre el mismo motivo en la hija desheredada que en las nietas, por lo que se justifica la desheredación de la hija y la indignidad para suceder de las nietas.

Antes de entrar en el fondo del asunto, el TS advierte que no hay que confundir la indignidad para suceder, cuyas causas prevé el art. 756 CC, con la desheredación (arts. 848 a 857 CC). Aunque ambas instituciones coinciden en que privan de la sucesión del causante, difieren en cuanto a sus presupuestos y formas. Por ello, se refiere el tribunal a que la jurisprudencia que se cita para fundamentar el interés casacional se ha dictado en supuestos de desheredación, supuestos que difieren del que es objeto de recurso que se refiere a un caso de indignad para suceder, no de desheredación. Pero antes de esclarecer si lo decidido para la desheredación es aplicable también a la indignidad, la sentencia se centra en determinar el contenido de la causa de indignidad.

La propia causa de indignidad se remite al art. 142 CC. En este punto la doctrina científica ha establecido que las atenciones debidas a que hace mención el art. 750.7ª CC son exclusivamente de carácter patrimonial, esto es, que el contenido de la obligación alimenticia es estrictamente patrimonial, económico y, por ende, desligado de toda obligación de carácter personal, como sería el cuidado de la persona del alimentado.

A partir de esta forma de entender los alimentos avalada por el TS, la sentencia pasa a tratar la cuestión de la posibilidad de trasladar lo decidido para la desheredación a la indignidad para suceder. Al respecto, entiende la sala que lo mantenido para el maltrato de obra como causa de desheredación, integrando en él el maltrato psicológico y emocional, no puede trasladarse a la causa de incapacidad para suceder por indignidad que es objeto de debate.

Recordemos que esta causa se introduce por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, en respuesta a una demanda social de los valores del momento respecto de estas personas, por lo tanto, la realidad social, cultural y los valores del momento no son otros que los que contempla la propia Ley y a estos, y

no a otros, como los que permiten una interpretación flexible del maltrato de obra a efectos de desheredación, es a los que hay que acudir para interpretar la causa de indignidad de que se trata. Además, cuando se reformó el art. 756 CC por la Ley de Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2025), la Exposición de Motivos afirmó que "se introduce por considerarse necesario su adaptación a la nueva realidad social y desarrollo legislativo en el ámbito penal, una nueva regulación de las causas de indignidad para suceder". Por lo tanto, si se hubieran querido incluir las obligaciones de contenido personal en las "atenciones debidas" era la ocasión propicia para hacerlo, pero no se hizo, por lo que, como sostiene la sentencia de la Audiencia, el maltrato psicológico o emocional no puede considerarse como una negación de alimentos, que es en lo que se concretan las atenciones debidas.

Tal y como se desprende del art. 853 CC, no cabe confundir unas y otras atenciones, ya que constituyen causas de desheredación diferentes. En efecto, mientras las atenciones de contenido patrimonial quedarían integradas en la causa que contempla la negación de alimentos (art. 853.1 CC), las atenciones de carácter personal quedarían integradas en el maltrato de obra, en el que jurisprudencialmente queda abarcado el emocional o psicológico, contemplado en la causa segunda del art. 853 CC. Aunque haya algún sector de la doctrina científica que opine que se debería haber incluido el cuidado y la atención personal en la causa 7ª del art. 756 CC, lo cierto es que no se ha hecho, por lo que el incumplimiento de ese deber debe encuadrarse en el maltrato psicológico o emocional como causa de desheredación, aunque esto solo sea posible cuando la persona con discapacidad lo sea en un grado que le permita testar.

El razonamiento de la sala es impecable. Queda muy claro que la falta de relación familiar acompañada de la no prestación del cuidado y la atención personal del causante sin que se le hayan negado a este los alimentos correspondientes, bien porque no los necesitó o porque no los demandó, no puede ampararse en la causa del art. 756 CC, y, por lo tanto, no puede ser causa de incapacidad para suceder por indignidad. Por todos estos motivos, el TS desestima el recurso de casación y confirma la sentencia recurrida, de modo que nombra herederas en sustitución de su madre a las nietas.

Conviene en este punto recordar lo que hace unos años atrás apuntó la doctrina científica de cara a una posible reforma legislativa del régimen de la desheredación[106]. No deja de ser llamativo que los hijos del desheredado ocupen su lugar (art. 857 CC) cuando no hayan sido totalmente ajenos a la situación de maltrato que ha provocado la desheredación de su ascendiente. El desheredado, aun considerándose la desheredación justa, podrá disfrutar indirectamente de los bienes heredados por sus hijos al ocupar estos su lugar en la herencia del causante.

106 Barceló Doménech, J.: "Abandono", cit., p. 300.

El criterio expuesto por el Tribunal Supremo a la hora de interpretar lo que debe entenderse por alimentos ha sido seguido también en instancias inferiores. Sirva de ejemplo el caso que tuvo ocasión de juzgar la sentencia de la Audiencia provincial de Álava de 2 de septiembre de 2021[107]. En esta ocasión se declaró nula la cláusula del testamento otorgado por la abuela en 2009 mediante la que desheredó expresamente a sus nietos al entender que no concurría en ellos la justa causa legal del art. 853.1º CC que les imputaba. Las hijas, instituidas herederas por partes iguales, no lograron acreditar que la causa fuera cierta, ya que no pudieron probar que la abuela pidiera a sus nietos alimentos del art. 142 CC ni, por tanto, que estos se los negaran, con o sin motivo legítimo. Siquiera han acreditado que la abuela hubiera estado en situación de necesitar y pedir a sus nietos alimentos del art. 142 CC. Hasta marzo de 2016 la causante se valió por sí misma sin necesidad de una tercera persona. Desde marzo de 2016 se empezó a poner de manifiesto que necesitaba a una tercera persona. En esos momentos disponía de la pensión de viudedad, la pequeña renta anual y una suma de cierta importancia en la cuenta, además de su casa en propiedad y de la titularidad de parte de otra vivienda. No consta que en ese momento hiciera petición alguna a sus nietos, ya que cuando empezó a estar más mayor optó por aceptar la propuesta de sus hijas de ir a vivir con ellas, de modo que estuvo cuidada y atendida hasta el momento de su fallecimiento.

A partir de estas consideraciones la Audiencia señala que si desde que murió el padre de los desheredados, los hijos de aquel, nietos de la causante dejaron de prestar el cariño y atención personal con que venían tratando a su abuela paterna o si esta esperaba de ellos más cariño y atención personal de la que le prestaban, visto todo lo expuesto y razonado, no merece ni justifica desde el punto de vista jurídico mantener como justa la desheredación sin causa legal, por más que fuera la voluntad de la abuela que sus nietos no recibieran nada de ella. Con estas palabras, siguiendo el criterio del TS en la sentencia comentada, la Audiencia pone de manifiesto que esa falta de relación familiar entre la abuela y los nietos no había derivado en incumplimiento de la obligación de prestar alimentos, que era la causa alegada por la abuela en el testamento, ya que ni la abuela los había pedido ni los nietos se los habían negado. Lo único que se acredita es una falta de relación entre la abuela y los nietos que se produce a partir del momento del fallecimiento de su padre, hijo de la causante. Pero en este caso el tribunal no procede a estudiar si la ausencia de trato y afecto ha comportado maltrato psicológico porque la causa que alega la abuela para desheredar es la de la negación de alimentos por parte de sus nietos.

107 SAP Álava 2 septiembre 2021 (*Tol* 8774977).

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

La doctrina está dividida en cuanto a la oportunidad de legislar para crear una nueva causa de desheredación en el CC que contemple la ausencia de relación familiar entre el causante y sus legitimarios con independencia del maltrato en la línea de la tipificada por el CCCat en el art. 451-17.2.e)[108]. Considero que nuestra sociedad actual está reclamando tener mayor libertad para premiar las conductas de aquellos familiares que han estado presentes a lo largo de nuestras vidas y nos han acompañado siempre y para privar de la legítima a aquellos familiares que nunca estuvieron y que aparecen después del fallecimiento. En mi opinión, sería ventajoso que nuestro CC recogiera expresamente una causa de desheredación basada en la ausencia de relación familiar continuada e imputable al legitimario, pues se evitarían los problemas de tener que encajar estas situaciones en las causas de desheredación ya existentes y se lograría una mayor seguridad jurídica.

108 A favor de la inclusión, De Barrón Arniches, P.: "Ponderación de la desheredación como instrumento al servicio de la libertad de testar. El sistema de legítimas desde la perspectiva de las personas mayores", en *La libertad de testar y sus límites*, Madrid, 2018, p. 141; Echevarría De Rada, T.: *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*, Reus, Madrid, 2018, p.11; González Hernández, R.: "La ausencia", cit., p. 2610; Romero Coloma, A.M.: "El maltrato de obra como causa de desheredación de hijos y demás descendientes", *Aranzadi Doctrinal*, núm.3, 2014, p. 9; Ordás Alonso, M.: *La desheredación y sus causas*, Madrid, 2021, p. 386. En contra Galicia Aizpurua, G. y Castellanos Cámara, S.: "Últimas reformas y propuestas de reforma en derecho de sucesiones", *Revista doctrinal Aranzadi Mercantil*, núm. 3, 2018.

BIBLIOGRAFÍA

Algaba Ros, S.: "Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación", *InDret*, núm. 2, 2015, pp. 1-26.

Arnau Moya, F.: "Desahucio por precario y atribución de la vivienda en las crisis familiares", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17, 2022, pp. 642-689.

Arroyo Amayuelas, E y Farnós Amorós, E.: "Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado: ¿a quién prefieren los tribunales?, *Indret*, núm. 2, 2015, pp. 1-32.

Barceló Doménech, J.: "La desheredación de hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, 2004, pp. 473-520.

Barceló Doménech, J.: "Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, pp. 289-302.

Cabezuelo Arenas, A.L.: "La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del progenitor no conviviente y la relevación de pago de los alimentos", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 49, 2019, pp. 1-33.

Carrau Carbonell, J.: "La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, pp. 555-564.

De Almansa Moreno Barreda, L.: "Debe introducirse en el Derecho Civil Común la "falta de relación familiar" como causa para desheredar a los hijos y otros descendientes?", *Alethia: Cuadernos críticos del Derecho*, núm. 1, 2011, pp. 26-37.

De Barrón Arniches, P.: "Ponderación de la desheredación como instrumento al servicio de la libertad de testar. El sistema de legítimas desde la perspectiva de las personas mayores", en *La libertad de testar y sus límites*, Madrid, 2018.

De La Iglesia Monje, M.I.: "La nula atención de los hijos hacia sus padres ¿excusa para extinguir el derecho de alimentos de padres a hijos?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 2019, pp. 2987-2998.

Echevarría De Rada, T.: *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*, Madrid, 2018.

Echevarría De Rada, T.: "La ausencia de relación familiar como causa autónoma de desheredación de hijos y descendientes", *La Ley Derecho de Familia Revista jurídica sobre familia y menore*s, núm. 22, 2019, pp. 123-146.

Galicia Aizpurua, G. y Castellanos Cámara, S.: "Últimas reformas y propuestas de reforma en derecho de sucesiones", *Revista doctrinal Aranzadi Mercantil*, núm. 3, 2018.

González Carrasco, M.C.: "Desheredación por maltrato psicológico: sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 3 de junio de 2014 (RJ 2014, 3900)", *CCJC*, núm. 97, enero-abril 2015, pp. 289-298.

González Hernández, R.: "La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISNN 0210-0444, año núm. 95, núm. 775, 2019, pp. 2603-2624.

Hijas Cid, E.: "Repercusiones del maltrato psicológico en la desheredación un lustro después", *El Notario del siglo XXI*, núm. 89, enero-febrero 2020.

Lasarte Álvarez, C.: "Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea", en A.A.V.V.: *La protección de las personas mayore*s (coord. por C. Lasarte Álvarez, M. Moretón Sanz y P. López Peláez), Madrid, 2007.

Magro Servet, V.: "El Código Civil ante la extinción de la obligación de alimentos y desheredación de padres a hijos por maltrato", *Diario La Ley*, ISNN 1989-6913, núm. 9466, 2019.

Méndez Tojo, R.: "Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero", *Actualidad civil*, ISNN 0213-7100, núm. 6, 2019.

Ordás Alonso, M.: *La desheredación y sus causa*s, Madrid, 2021.

Ribera Blanes, B.: "La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, pp. 482-529.

Ribera Blanes, B.: "Hijos que no quieren saber nada de sus padres, ¿una nueva causa de desheredación?", *Pensar*, Vol. 26, núm. 4, 2021, pp. 1-15, disponible en https://orcid.org/0000-0002-4887-9013.

Romero Coloma, A.M.: "El maltrato de obra como causa de desheredación de hijos y demás descendientes", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2014.

CONCRECIÓN DEL MALTRATO PSICOLÓGICO COMO CAUSA DE DESHEREDACIÓN: LA FALTA DE RELACIÓN FAMILIAR CONTINUADA

SPECIFYING PSYCHOLOGICAL ABUSE AS A CAUSE FOR DISINHERITANCE: THE LACK OF A CONTINUOUS FAMILY RELATIONSHIP

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2510-2533

Alejandro
ARAQUE
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Dentro del régimen sucesorio español, la institución de la desheredación se ha visto recientemente actualizada, por vía interpretativa, por nuestro Tribunal Supremo, acogiendo la concienciación que nuestra sociedad tiene para con los mayores, al incluir en la causa del art. 853.2 CC el maltrato psicológico y abriendo la puerta a subsumir en la misma causa la falta de relación familiar continuada, poniendo el acento en la siempre necesaria prueba.

PALABRAS CLAVE: Legítima; desheredación; falta de relación familiar; maltrato.

ABSTRACT: *Within the Spanish inheritance system, the institution of disinheritance has recently been updated, by way of interpretation, by our Supreme Court, accepting our society's awareness towards the elderly, by including psychological abuse in the basis of art. 853.2 CC and opening the door to subsume there the lack of a continuous family relationship too, placing the emphasis on the always necessary proof.*

KEY WORDS: *Legitimate; disinheritance; lack of family relationship; mistreatment.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA DESHEREDACIÓN. - III. CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.- 1.- La sucesión y sus restricciones: la libertad de testar.- 2- La desheredación y sus causas.- 3.- Evolución del concepto de "maltrato de obra": maltrato psicológico.- A) La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en particular las SSTS 3 junio 2014 y 30 enero 2015.- B) Concretando más esta causa: STS 24 mayo 2022; y matiz de la STS 27 junio 2018- C.- Reforma del CCCatalán: una vía alternativa.- IV. CONCLUSIONES.

I INTRODUCCIÓN.

El sistema sucesorio regulado en nuestro ordenamiento jurídico (Código Civil, fundamentalmente, con la salvedad de alguna norma de derecho internacional privado) tiene algunas peculiaridades, entre las que sobresalen las instituciones de la legítima y la desheredación.

En este trabajo, abordaré la reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (TS) referida a la desheredación, que ha supuesto un cambio favorable a una mayor flexibilidad en la interpretación de la dicción literal del Código, especialmente tasada y restrictiva en esta materia (arts. 848 y ss. CC).

El trabajo podríamos dividirlo en dos partes, aun no correspondiéndose con la división de epígrafes que he realizado para la mejor coherencia y cohesión del mismo.

En primer lugar, para contextualizar la institución de la desheredación, analizaré someramente la evolución desde la Antigua Roma, para proceder a desarrollar su actual regulación en el Código Civil y sus causas tasadas.

En segundo lugar, profundizaremos en la jurisprudencia más reciente (desde 2014 y 2015) que ha cambiado la entonces consolidada doctrina desde 1993, permitiendo ahondar en la causa del art. 853.2 CC, esto es, los malos tratos, incluyendo el maltrato psicológico. Recientemente, con varias sentencias desde 2018, el TS ha podido perfilar más esta causa, especialmente en lo que al distanciamiento familiar se refiere, circunstancia esta que, lamentablemente, parece darse cada vez más frecuentemente en nuestra sociedad; y que, en materia sucesoria, parece abordarse a través de la desheredación.

Desheredación, por tanto, como medio que permita una mayor libertad de disponer de su patrimonio al testador y de castigar a descendientes, ascendientes o cónyuge por las circunstancias recogidas en el Código.

• Alejandro Araque García
Estudiante predoctoral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, aaraque@uma.es.

Desheredación, en fin, como una consecuencia de la falta de solidaridad que parece haber hoy por hoy; y que, adelantándome al análisis de las siguientes páginas, puede ser una vía intermedia entre la modificación propuesta desde un sector doctrinal del sistema de legítimas en uno u otro sentido, esto es, bien agravándolo o reduciéndolo; bien eliminándolo.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA DESHEREDACIÓN.

En primer lugar, considero necesario contextualizar la institución de la desheredación para, posteriormente ir ahondando en el desarrollo legal y jurisprudencial de las siguientes páginas.

Resulta muy interesante el capítulo que la profesora Represa Polo dedica a los antecedentes históricos de esta figura, si bien, por motivos de concreción, en este apartado me limitaré a seguir su esquema, recogiendo algunos puntos relevantes que permitan entender la idiosincrasia de la desheredación, especialmente cuando la figura de las legítimas está tan cuestionada en la doctrina, en favor de la libertad total del testador para decidir sobre su patrimonio[1].

Citando a D'Ors, sitúa el inicio de esta institución con la "querella inoficiosi testamenti" a finales de la República, que permitía al heredero desheredado o preterido impugnar el testamento para obtener la nulidad del mismo o el reconocimiento del derecho a una porción de la herencia, por entender que el causante no estaba en su cabal juicio[2]. No obstante, Vallet, por su parte, identifica su origen aún más atrás en el tiempo, concretamente en el Código de Hammurabi (2.300 a 2.000 a.C.), "como facultad del padre sometida a confirmación por el Juez después de comprobada la indignidad del desheredado"[3].

Más adelante, con la "Lex duodecim tabularum" (Ley de las XII Tablas, 450 a. C.), se observan algunos cambios, pues configuraba una sucesión personal, incluso familiar o religiosa, más que patrimonial: "el heredero era el continuador de la personalidad del causante". Será más adelante, en la República (siglo III a. C.), cuando la balanza se decante hacia ese último elemento, el patrimonial y, como

1 Represa Polo, M. P.: *La desheredación en el Código Civil*, Editorial Reus, Madrid, 2016, pp. 7 y ss. En palabras de esta autora, "la desheredación en cuanto privación de la legítima ordenada por el testador únicamente tiene sentido en un sistema sucesorio en el que existen herederos forzosos". En nuestro sistema, heredero de la época codificadora, Cañizares Laso explica que la decantación por el sistema de legítimas se une, sin duda, a la supresión de los mayorazgos, al suponer una distribución de la riqueza, la igualdad de los hijos y el rechazo a la vinculación de los bienes en manos de uno solo de los herederos.

2 Previamente, según señala González López, R.: "Precedentes romanos de la regulación de las legítimas en el Código Civil Español y en la vigente Compilación de Derecho Civil de Galicia", Universidad de Vigo, 2012, p.145, existía una "concepción liberal basada en la absoluta libertad de testar del "paterfamilias" para instituir o desheredar a los herederos".

3 Vallet De Goytisolo, J.: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Tomo I: las legítimas*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, p.653.

consecuencia más inmediata, parece favorecerse la libertad absoluta de testar, si bien paulatinamente modulada por la exigencia de que el testador instituyera "necesariamente a los "heres sui" o bien [los] desheredar[a] expresamente". Como afirma la autora, aquí se establece la legítima formal[4].

Finalmente, en la última parte de la República se plasmará la evolución hacia una legítima material, que, aunque permitía dejar el patrimonio del testador a un tercero ("extranneus") del núcleo familiar, servía de "freno para evitar los abusos que podía causar en perjuicio de la familia próxima un ejercicio abusivo de la libertad de testar por parte del pater familiae"[5]. Entre las leyes que permitieron consolidar esta limitación destaca la Ley Falcidia (40 a. C.), que establece la "Quarta Falcidia", que obligaba a reservar al causante, cuanto menos, una cuarta parte de su patrimonio a favor de los "sui heredes"[6].

La exclusión del testamento no exigía causa concreta, a diferencia, como veremos, de nuestro sistema sucesorio, por cuanto "se partía de la idea de que la voluntad del testador era correcta y quien excluía a sus familiares de su sucesión tenía fundada causa, que no debía expresar", si bien, cuando se comprobó la posibilidad de que se cometieran abusos que implicaran un grave perjuicio patrimonial a la familia del testador, se le concede al heredero la "querella inoficiosi testamenti", surgiendo, por tanto, la desheredación en determinados casos justificados, que debían ser admitidos por el Pretor, para excluir de la sucesión al heredero[7]. De prosperar la acción, al reconocerse que el testador no estaba en su cabal juicio ("color insaniae"), se anulaba el testamento y el impugnante recibía aquello que le correspondería en la sucesión abintestato[8].

Posteriormente, Justiniano, en la Novela 115 recoge la posible desheredación por justa causa, que debía, además, recogerse en la Ley, manteniendo la querella como medio para que los desheredados demostraran haber guardado el respeto debido al testador que los desheredó. Regulación esta que se mantuvo, en lo

4 Con cita de Ulpiano, "ex suis heedibus filius quidem neque heres institutus nominatim exheredatus non patitur valere testamentum" (Regl., 22, 14-16).

5 Represa Polo, M. P.: *La desheredación*, cit., p.11.

6 Como curiosidad, en el Derecho Civil catalán, sigue reconociendo la cuarta falcidia o cuota mínima hereditaria para sucesiones testamentarias (art. 427-20 CCCat), diferente de la legítima, y con un claro ánimo de proteger al heredero, asegurándole esa cuota mínima en caso de que el testador hubiere dispuesto la distribución de su patrimonio en forma de legados superando las tres cuartas partes. En el caso de que heredero y legitimario coincidan, tendrá derecho tanto a la legítima como a la cuarta falcidia. Para más información sobre requisitos, determinación, acción y pérdida del derecho, cfr. https://abogadosherencias.cat/es/cuarta-falcidia-cataluna/ [última consulta, 19/septiembre/2022].

7 Vallet De Goytisolo, J.: *Limitaciones de*, cit., p.657, sitúa la consolidación de esta querella en época trajana, si bien reconoce su gestación en los últimos años de la República. Volvemos, por tanto, a lo que Represa Polo afirmaba al principio de su desarrollo argumental.

8 Represa Polo, M. P.: *La desheredación*, cit., p.14. También advierte que, ante las consecuencias que produciría la declaración de nulidad total, se optó por la rescisión testamentaria.

esencial, en las Partidas, como afirma García Goyena[9], que consideraba que el origen de la legítima actual se encuentra en la ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, añadiendo el "cometido de la desheredación por justas causas, y [designando] como tales, todas las injurias o ultra[j]es graves de hecho, y la acusación criminal contra aquel cuyos bienes se pretendía la legítima: las leyes 4,5,6 y 7, título 7, Partida 6, copiaron las mismas catorce causas que señaló Justiniano". Dichas leyes de Partidas, continúa diciendo el autor, llaman a la legítima "debitum jure naturae" (deuda natural), y, precisamente por eso, admiten la desheredación al implicar una violación de todos los derechos por parte del desheredado[10].

III. CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

Nuestro Código recoge un complejo sistema de sucesión, fruto de la rica herencia histórica que apenas hemos tenido ocasión de analizar en uno de sus múltiples aspectos. En este apartado procedemos a introducir brevemente este sistema, con la libertad de testar y sus restricciones, por su intrínseca relación con las causas tasadas de desheredación, que también desarrollaremos. Así, será más fácil abordar en el último punto la jurisprudencia del TS, que recientemente ha dado un giro de ciento ochenta grados respecto a la interpretación del art. 853.2 CC, así como una muy reciente sentencia que sigue puliendo esa causa, de acuerdo con la realidad social actual. Finalmente, analizaré la reforma del CCCat, que viene a dar una solución legal concreta y expresa a este supuesto analizado: el maltrato psicológico y, más concretamente, el abandono familiar o las relaciones familiares distantes.

1. La sucesión y sus restricciones: libertad de testar.

Antes de abordar el análisis interno del sistema común de sucesiones español, me gustaría introducir unas consideraciones de Vallet para entender esta institución sucesoria, tan discutida en algunos de sus puntos definitorios, como las legítimas o la desheredación[11].

9 García Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*: *Tomo I*. Barcelona, 1971, p.546 y ss. Este autor considera la institución de la desheredación como necesaria para excluir la absoluta libertad de disposición de los padres, respecto a sus bienes, en favor de extraños. Opina, además, "que debe conservarse en manos del padre altamente ofendido esta arma, terrible si se quiere, pero que la impiedad del hijo hace en algunos pocos casos necesaria", por cuanto, considera, puede haber casos donde no permitir la desheredación haría de la ley no solo algo inmoral sino inhumano. Afirma también el reducido número de casos de desheredación que se daba en la práctica jurídica, indicando que "el número de los hijos ingratos es mucho mayor que el de los padres injustos, cuyo corazón siempre está abierto al perdón del hijo arrepentido, y lleva muchas veces hasta la tumba su silencio sobre los extravíos del incorregible".

10 Mucho se ha debatido sobre el posible origen natural o positivo de las legítimas, siendo conocido el brocardo latino "legitima quoad substantiam naturale debitum est, sed quantum ad quantitatem est iuris civilis", que recoge la tradición natural, pero exige del derecho positivo la concreción de un mínimo inderogable (Barrio Gallardo, A.: *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012).

11 Vallet De Goytisolo, J.: *Limitaciones de*, cit., pp. 17 y ss.

Este autor señala como concreción del aspecto social de la sucesión "la consideración de la familia como un órgano de duración o conservación de las adquisiciones humanas de orden material y moral". Va más allá y, delimitando claramente la diferencia de las personas con los animales, identifica una diferencia cualitativa fundamental en esta materia: el hecho de que aquellos no aprovechan prácticamente nada de sus sucesores. Es "el hombre, en cambio, [quien] deja a sus herederos una auténtica "herencia", y un "capital" acumulado en cultura de hechos y de cosas apropiadas ("aprivoisées"). Por eso hay en el hombre una tendencia natural a partir de lo anteriormente elaborado por otros hombres; a guardar memoria de sus experiencias y adelantamientos: es la tendencia a la tradición, a entregar y recibir bienes".

Para Vallet[12], "lo fundamental en el régimen sucesorio […] es la adecuación del sistema al fin pretendido y al objeto de que se trate. Por esto, en nuestro tema hay que valorar el clima moral social de la época y lugar, las costumbres y los usos vividos, e incluso el mismo objeto o contenido de la herencia en cuestión". Aludiendo al conocido jurista Alonso Martínez, recoge su pronóstico de "la extensión del régimen de legítimas por la disminución de la moralidad"[13]. Por ello, concluye que la libertad de testar puede ser útil o perjudicial según el uso que de la misma se haga, conveniencia que deberá juzgarse según el clima social o moral al que se aplica[14]. Además, respecto a las costumbres, advierte de la necesidad de que enseñen a los causantes testadores a usar la libertad de testar para lograr justicia; o, de lo contrario, poco sentido tendría su reconocimiento.

Habiendo establecido el marco que considero bastante acertado para definir y exponer el sistema sucesorio, pasamos a la herencia, como concreción del mismo. Herencia que tiene dos concepciones que suelen darse en mayor o medida en cada ordenamiento jurídico y que Rodríguez-Rosado sintetiza. Por un lado, la tesis clásica, deudora del Derecho romano y que, consagrada por Justiniano, pasó a la mayor parte de ordenamientos europeos occidentales. Por otro, la tesis extendida por la pandectística, más moderna en el tiempo. Aquella, con la sustitución personal como esencial del fenómeno hereditario, de forma que "el heredero se coloca en la situación del de 'cuius', [siendo] continuador de la personalidad del causante" y no solo de su patrimonio. Esta, con una concepción de la herencia centrada

12 "Ibid", pp. 49 y ss.

13 Y, en idéntico sentido remite a la Novela XVIII, capítulo III, de Justiniano; o la ley "dum inlicita" de Chindasvinto.

14 "Si un contingente considerable de padres usara de ella para despojar a sus deudos en beneficio de sus amantes, necesariamente debería abolirse. También habría que abrogarla si los hijos preferidos dilapidaran su caudal o guardaran avaramente su haber mientras sus hermanos se vieran condenados a poblar los barracones de los suburbios" ("íd", p.50).

en su objeto que concibe al heredero como adquirente de la masa patrimonial, prescindiendo de los elementos personales[15].

En nuestro ordenamiento, el Título III del Libro tercero del Código Civil recoge la regulación de las sucesiones, concretamente los arts. 657 a 1087 CC, aunque no exclusivamente, puesto que debemos acudir al Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, con un claro propósito de "adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, en particular en aquellos casos en que sea necesario para el buen funcionamiento del mercado interior"[16].

Dentro de este sistema, distinguimos los siguientes tipos de sucesión: testamentaria, intestada o legítima y forzosa[17]. La última puede coexistir con las anteriores (art. 806 CC), sin perjuicio de que la primera pueda también con la segunda (art. 912.2 CC).

No obstante, el Código recoge una serie de causas que provocan la indignidad (incapacidad) para suceder (art. 756 CC), aplicables tanto a la sucesión testada como la intestada (art. 914 CC[18]), atendiendo "al tiempo de la muerte de la

15 Rodríguez-Rosado, B.: *Heredero y legitimario*, Thomson Reuters-Arazadi, Madrid, 2017, pp.33-34. Este autor considera que la tesis clásica es la que mejor encuadra en nuestro ordenamiento, de manera que "concibe al heredero como un sucesor del causante que ocupa su posición respecto a las relaciones que no se extinguen con su muerte" (cfr. SSTS 22 mayo 1950 y, en menor medida, por la 10 noviembre 1981; y arts. 659 y 660 CC).

16 Considerando primero, que debemos completar con el séptimo, que afirma la necesidad de "facilitar [su] buen funcionamiento suprimiendo los obstáculos a la libre circulación de aquellas personas que actualmente encuentran dificultades a la hora de ejercer sus derechos en situaciones de sucesión mortis causa con repercusiones transfronterizas". No obstante, como advierte el art. 2 del Reglamento, esta regulación no afectará a las competencias de las autoridades de los Estados miembros en materia de sucesiones.

17 En el Código Civil se excluye la sucesión contractual (1271.2 CC), pero en las legislaciones forales se admite. Cfr. los pactos o contratos sucesorios de la Ley 172 y ss. de la Compilación Navarra, los pactos sucesorios del art.431 CCCat, etc.

18 1.º El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. 2.º El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. Asimismo el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada. También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo. 3.º El que hubiese acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa. 4.º El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio. Cesará esta prohibición en los casos en que, según la Ley, no hay la obligación de acusar. 5.º El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo. 6.º El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior. 7.º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas

persona cuya sucesión se trate" (art. 758.1 CC)[19], sin perjuicio de que dejarán de surtir efecto "si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público" (art. 757 CC).

Solo tiene sentido hablar de desheredación en la sucesión testada ("vid. infra"), regulada en el Capítulo I del Título III del Libro III del CC (arts. 662-743 CC), entendiendo por testamento "el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos" (art. 667 CC), bien a título de herencia o de legado (art. 668.1 CC). Respecto a quiénes pueden testar, "a priori" pueden todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente (art. 662 CC), es decir, todos salvo los menores de catorce años y los que en el momento de testar no puedan conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello (art. 663 CC)[20].

2. La desheredación y sus causas[21].

La institución de la desheredación Algaba Ros la concibe como "un acto formal y una sanción civil por la que el legitimario es privado de la condición de heredero, de la totalidad de la herencia, salvo que expresamente el testador haya dispuesto de otra cosa, y de la posibilidad de solicitar lo que por legítima le corresponda, conservando, sin embargo, para determinados efectos la condición de legitimario"[22]. Vallet, por su parte, la define como "el acto formal por el cual el testador, invocando una causa legal y cierta, excluye de su derecho a un legitimario"[23].

La desheredación surge, por tanto, como un medio para privar de todo bien o derecho del testador a los herederos forzosos que existan (arts. 848-857 CC), en estrecha vinculación con la indignidad para suceder, que se erige como causa

con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil.

19 No obstante, para las causas de los apartados 2° y 3° se esperará a que se dicte sentencia firme y, para el del 4°, a que transcurra el mes señalado para la denuncia.

20 En consecuencia, de otorgar testamento una de estas personas, el testamento será nulo, al igual que en los casos en que existan vicios en la declaración de voluntad (violencia, dolo y fraude, "ex" art. 673 CC), se incumplan los requisitos formales legales "ad solemnitatem" (art. 687 CC) o, por ejemplo, por otorgarlo mancomunadamente (art. 669 CC).

21 Sería interesante confrontar la desheredación con la preterición, es decir, la omisión en el testamento de un legitimario o heredero forzoso (art. 814.2° CC) ya que su origen está unido, como explica Serrano Fernández, M.: "La sucesión forzosa", en López y López, Valpuesta Fernández, R., Pérez Velázquez, J. P., Pizarro Moreno, E., & Aguilar Ruiz, L., *Derecho de sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p.151, a través del resumen histórico de ambas figuras, ya que en el Derecho Romano la primera limitación a la libertad de testar era la obligación de mencionar a los herederos forzosos, bien para instituirlos herederos, bien para desheredarlos y, de no mencionárseles, podía anularse el testamento por el heredero omitido, procediendo a abrirse la sucesión intestada. No obstante, por la concreción del presente estudio, nos limitaremos a apuntar esta parte histórica.

22 Algaba Ros, S.: "Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación", *InDret*, 2015, pp.5.

23 Vallet De Goytisolo, J.: *Limitaciones* de, cit., p.653.

justa para desheredar[24]. Concretamente, sus apartados primero, segundo, tercero, quinto y sexto, según si sean hijos y descendientes, padres y ascendientes o el cónyuge a quien se quiere desheredar.

Sin embargo, encontramos varias diferencias significativas, que favorecen la distinción de figuras. En primer lugar, como indica Busto Lago, el efecto "ope legis" de la indignidad para suceder, frente a la necesidad de expresar en testamento la causa legal por la que se le deshereda, bien prevista en el texto del Código, bien fruto de la interpretación de la jurisprudencia, pero con la base sólida de dicho texto (art. 813 en relación con los arts. 848 y 849 CC)[25].

En segundo lugar, identificamos la diferencia temporal y personal (Serrano Fernández[26]). Respecto a aquella, acertadamente señala que las causas de desheredación son previas a la redacción del testamento, mientras que las de indignidad son anteriores a la muerte del causante. Respecto a la personal, distingue entre la posibilidad de desheredar exclusivamente a los legitimarios (herederos forzosos), frente a la posibilidad de aplicación de la indignidad a toda clase de herederos.

Por otro lado, y, en estrecha vinculación con la desheredación, hay que recoger algunas reticencias doctrinales para seguir manteniendo el sistema de legítimas de nuestro Código ya que, como afirman Arroyo Amayuelas y Farnós Amorós, "hace ya tiempo que viene siendo cuestionada la necesidad de mantener el instituto, tanto en España, como, en general, en Europa. Entre nosotros, últimamente se discute sobre la necesidad de liberalizar las causas de privación y, en este tema, los tribunales ya han actuado 'avant la lettre' "[27]. Estas autoras son muy críticas con la excesiva apertura en la redacción de las causas legales de desheredación (su liberalización), al considerar que "la inseguridad jurídica y la dificultad de resolver en justicia [será] el precio que habrá que pagar si, [...] es el juez quien en cada caso debe decidir cuándo existe causa de privación[...]. La liberalización de las causas de desheredación, dando paso a cláusulas abiertas y más flexibles, no solo incrementa

24 Lacruz, J.L.: *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de sucesiones*, Librería Bosch, Barcelona, 1988, p.556, señala que tal es la relación estrecha entre ambas figuras que en Códigos como el francés o el italiano se ha sustituido la desheredación por la indignidad para suceder, si bien en nuestro Derecho la distinción subsiste, al no ser las mismas causas que permiten apreciar una u otra, además de que encontramos claras diferencias entre una y otra, que procedo a desarrollar en este apartado. En palabras de García Goyena, F.: *Concordancias, motivos*, cit., p. 109 (apéndices), "desterrada [la desheredación] del Código francés, admitida en el Romano, en los nuestros desde el Fuero Juzgo, en el Sardo, Napolitano, Bávaro, Austríaco, en el de Vaud y de la Luisiana, fue aceptada por la Comisión como base".

25 Busto Lago, J. M.: "Comentarios a los arts. 848 y ss. del Código Civil", en AA. VV.: *Comentarios al Código civil* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021. El mismo autor recoge una cita interesante de Royo, afirmando que "si el testamento revocante fuese, a su vez, revocado y, conforme al art. 739. II, recobrase su validez el primeramente revocado, se mantendría, sin embargo, la revocación de la desheredación puesto que la remisión de la desheredación es irrevocable".

26 Serrano Fernández, M.: "La sucesión", cit., pp. 154 y 155.

27 Arroyo Amayuelas, E. & Farnós Amorós, E.: "Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado, ¿a quién prefieren los tribunales?, *InDret*, 2015, p.4.

la litigiosidad, sino que tampoco se traduce necesariamente en resultados más equitativos" (en idéntico sentido, Barceló Doménech[28]), a diferencia de lo que se indica en el Preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, donde se afirma que "a pesar de que, ciertamente, el precepto puede ser fuente de litigios por la dificultad probatoria de su supuesto de hecho, que puede conducir al juzgador a tener que hacer suposiciones sobre el origen de desavenencias familiares, se ha contrapesado este coste elevado de aplicación de la norma con el valor que tiene como reflejo del fundamento familiar de la institución y el sentido elemental de justicia que es subyacente".

La ampliación de las causas de desheredación es ciertamente, o, al menos, considero que puede ser, una posibilidad a tomar en cuenta en esta discusión sobre el actual sistema sucesorio, si bien en este apartado me limitaré a introducir las causas actuales, que, para ser eficaces, deben ser legales (art. 848 CC), expresas (art. 849 CC) y ciertas (art. 850 CC[29])[30].

En primer lugar encontramos las causas generales, que, como he señalado antes, se corresponden con apartados del art. 756 CC que recoge las causas de indignidad para suceder[31].

En segundo lugar, respecto a los descendientes, el art. 853 CC permite la desheredación a quienes hayan negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que deshereda; o a quienes les hayan maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra[32].

28 Barceló Doménech, J.: "Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm.4, 2016, p. 300.

29 Dispone este art. 850 CC que la prueba de certeza de la causa de desheredación "corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare". Resulta muy interesante la reflexión que hace Barceló Doménech, J.: "Abandono de las", cit., p.298, cuando recomienda al testador, "en previsión de futuras dificultades probatorias de sus herederos, […] ir más allá de la causa legal de la desheredación y preconstituir la prueba", apoyándose en el principio del "favor testamenti" al que se refiere, por todas, la STS 3 junio 2014 (RJ 2014, 3900). Va más allá, remitiendo al art. 209 del Reglamento Notarial para que el causante solicite del Notario el otorgamiento de un acta de notoriedad que acredite la inexistencia de relación con el desheredado o el abandono y/o maltrato psicológico sufrido por el mismo.

30 Además, por la naturaleza de estas causas de desheredación y dado que nos encontramos ante un "numerus clausus" sería plenamente aplicable la segunda parte del brocardo latino "favoralia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda", tal y como viene haciendo el TS en su jurisprudencia referida a esta materia, con el inconveniente de la lentitud a la hora de modular las causas conforme al desarrollo de la sociedad, tal y como ocurre con el caso que analizaré en el siguiente apartado, sin perjuicio de que, como señala Cabezuelo Arenas, A. L.: *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC) análisis crítico y propuesta de reforma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 59 y 60, "ello se ha compatibilizado perfectamente con el desarrollo de una hermenéutica finalista a la que se acudió en ocasiones para hacer frente a la parquedad de los términos empleados en las normas", como la interpretación del término "abandono" (art. 756.1 CC) por la STS 3 diciembre 1946.

31 "Vid. supra".

32 No obstante, como afirma el profesor Busto Lago, J.M.: "Comentarios a los", cit., si bien es clara la omisión del apartado primero del art. 756 CC, es "un lamentable lapsus" la omisión del apartado cuarto, referido al heredero mayor que, aun conociendo la muerte violenta del testador, no denuncia este hecho ante la justicia, cuando esta no hubiera procedido de oficio. No obstante, considera integrado este apartado por vía analógica.

En tercer lugar, los ascendientes podrán desheredarse "ex" art. 854 CC si han perdido la patria potestad por las causas del art. 170 CC[33], si han negado alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo o si ha atentado uno de los padres contra la vida del otro y no hubiera habido reconciliación[34].

Por último, respecto del cónyuge (art. 855 CC), puede desheredársele si ha incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales, si ha perdido la patria potestad (art. 170 CC), por negar alimentos a los hijos o al otro cónyuge y por haber atentado contra la vida del cónyuge testador y no hubiere mediado reconciliación.

Los efectos de la desheredación dependerán de si es justa o injusta, si bien no perderá, en ningún caso, su carácter personal (art. 857 CC en relación con el art. 929 CC)[35]. La primera priva al heredero de la legítima, aunque si también es causa de indignidad, le privará de sus derechos abintestato. La segunda, si bien anula la institución de heredero, hace subsistir la validez de los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen la legítima (art. 851 CC). No obstante, el art. 856 CC prevé la posibilidad de reconciliación posterior a la desheredación, dejando sin efecto la ya hecha o privándole al causante de su derecho a desheredar.

Respecto al origen de este artículo, García Goyena, F.: *Concordancias, motivos*, cit., p. 115 y ss., lo ubica en la Novela 115, capítulo 3, que afirmaba "si quis parentibus suis manus intuterit" (párrafo 1) y "si gravem et inhonestam injuriam eis ingesserit". También recoge los textos de la ley 4, título 7, Partida 6; ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo: y ley 2, título 9, libro 3 del Fuero Real, que vienen a afirmar lo mismo. Vallet, comentando el desarrollo de aquel autor, apunta acertadamente que estamos ante "un criterio flexible, con necesario arbitrio judicial, para el cual no debe tratarse de asimilar rígidamente las expresiones del precepto civil con figuras delictuales tipificadas en el Código Penal, sino que todo debe resolverse teniendo en cuenta el tono de la familia, la conducta filial en general y, desde luego, el signo de la cultura social en el momento en que se produce la ofensa". Como veremos seguidamente, esta última parte parece asumirla el TS en sus sentencias de 2014 y 2015.

33 Es idéntica causa a la recogida en el art. 756.2º. III CC.

34 En idéntico sentido a la nota al pie anterior, el art. 756.1º CC ya recoge esta circunstancia.

35 Parece que hubo controversia en la época de preparación del Código, por cuanto García Goyena, F.: *Concordancias, motivos*, cit., p.548, recoge argumentos sólidos a favor de que los descendientes del desheredado ocuparan su lugar. En contra del entonces Derecho vigente y el Romano, que permitía que este castigo de la desheredación alcanzara a los descendientes del desheredado, García Goyena propone "fingir que el hijo justamente desheredado es muerto para el solo efecto de que en este caso entren en su lugar y derecho los nietos inocentes del testador, es decir, propone una modificación que quite a la desheredación "todo lo que tiene de duro, o de injusto, y desvanece la sola objeción fundada o especiosa que puede hacerse contra ella". Continúa diciendo: "los abuelos son también padres de sus nietos, y generalmente su cariño hacia estos es mayor que hacia los hijos en primer grado: este cariño del abuelo se avivará en favor de los nietos cuanto más desgraciados sean, y no es pequeña desgracia para un hijo el tener un mal padre". De lo contrario, es decir, de no aceptar esta modificación con clara finalidad tuitiva de los nietos, "el abuelo a trueque de no perjudicar al nieto inocente y desgraciado, dejará impune al padre criminal; y la ley no le dará en la desheredación [más] que una arma embotada por los sentimientos de la naturaleza". Al final, según recoge el autor, su propuesta fue aprobada el 17 de diciembre de 1843 por la Sección del Código Civil. Y, sin embargo, me parece sorprendente que los juristas que defendían esta postura y el legislador que la aprobó no consideraran la posibilidad real del disfrute indirecto por el desheredado de esos bienes que el testador quiso privarle (cfr. art. 857 CC, lógicamente si el desheredado conserva relación con sus hijos o descendientes, que pasan a ocupar su lugar respecto a la legítima del causante)

Por tanto, resumiendo lo desarrollado hasta ahora, nuestro Código Civil recoge un sistema tasado de causas, unas generales y otras específicas, que permiten desheredar a los descendientes, ascendientes o al cónyuge, respectivamente, si bien, debemos contar con que la redacción de estos artículos (modificados, en su mayoría, antes de 1996, salvo el art. 756 CC) se enfrenta a la realidad social cambiante, debiendo afrontarse judicialmente casos como el que analizo en el siguiente apartado y que parecen ser cada vez más frecuentes: el maltrato psicológico, el abandono familiar o las relaciones familiares distantes.

3. Evolución del concepto "maltrato de obra": maltrato psicológico.

Nuestro TS ha interpretado con rigor las causas tasadas de desheredación, como exige el texto del Código, así como su misma naturaleza, sin permitir que una interpretación flexible y autónoma de las mismas pueda traducirse en inseguridad jurídica que permita al testador eliminar la eficacia de la legítima.

No obstante, en 2014 se inició una visión, a mi juicio, más conforme con la realidad social actual, en la que el maltrato psicológico parece estar, desgraciadamente, más presente que nunca en nuestra sociedad, y el abandono familiar y las relaciones distanciadas de familia son cada vez más comunes[36]. En este apartado abordaremos la base de esta jurisprudencia, así como dos recientes sentencias que han permitido acoger y plasmar esa concienciación actual para con los mayores en otros ámbitos, definiendo y concretando el maltrato psicológico.

A) La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en particular las SSTS 3 junio 2014 y 30 enero 2015.

Desde la STS 28 junio 1993[37], el TS acogió un criterio tan restrictivo respecto a la interpretación del apartado segundo del art. 853 CC, que algún autor ha calificado esta doctrina como "errónea, […] que limitaba la posibilidad de desheredar a los cauces estrechos de la agresión física y el insulto"[38].

El TS dividía su argumentación en dos. Por un lado, respecto a la causa alegada para desheredar a la hija, remarca que solo se cuenta como hecho probado la declaración que la hija prestó en el procedimiento de divorcio de los padres acerca de la condición única de empleada de cierta señorita, cuando afirmó que "no es cierto, puesto que la tal señorita es una empleada, y además la amante de mi padre". Afirma que esto supone una manifestación de la obligación de decir la

36 Martínez, A.: "El 62,5% de las familias creen que la comunicación ha empeorado entre padres e hijos", *20Minutos*, disponible en https://www.20minutos.es/noticia/2929356/0/familias-creen-comunicacion-empeora-padres-hijos/ [última consulta 20/septiembre/2022].

37 STS 28 junio 1993 (RJ 1993,4792).

38 Barceló Doménech, J.: "Abandono de las", cit., p. 291.

verdad en dicho procedimiento, subrayando la ausencia del indispensable "animus injuriandi". Por otro lado, enumera una serie de circunstancias y hechos que, considera, "corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva sólo están sometidos al Tribunal de la conciencia", razón por la cual, sumada a la anterior, procede a desestimar el recurso de casación.

Por tanto, podemos decir que esta primera fase de la jurisprudencia del TS es restrictiva en cuanto a la interpretación del maltrato de obra del art. 853.2 CC. Y será, tras más de veinte años, cuando el TS dé un giro a esta doctrina en sus sentencias de 3 junio 2014 y 30 enero 2015, permitiendo entender incluido en este concepto el maltrato psicológico[39].

La STS 3 junio 2014[40] desestima el recurso de casación de un caso de desheredación de hijos por negativa injustificada de asistencia y cuidados al testador e injuriarle gravemente de palabra, así como maltratarlo gravemente de obra.

El TS, en el FJ 2º, hace una muy importante distinción entre la ya sentada doctrina e interpretación doctrinal de que en las causas de desheredación no hay posibilidad de aplicar la analogía, ni de hacer una interpretación extensiva, y que la interpretación o valoración de una causa previamente admitida por la ley deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo. Distinción tan importante porque permite afirmar que, para los malos tratos o injurias graves, "de acuerdo con su naturaleza, deb[a]n ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen".

Por tanto, dentro del maltrato de obra y como "expresión o dinamismo conceptual que encierra, debe considerarse comprendido el maltrato psicológico como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima […] sin que sea obstáculo para ello la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto, caso de las Sentencias de esta Sala de 26 de junio de 1995[41] y 28 de junio de 1993". Apoyaría, a juicio del TS, esta argumentación

39 Estas dos sentencias permiten configurar esa jurisprudencia que, *ex* art. 1.6 CC, "complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho". Por tanto, dos sentencias que permiten este cambio de perspectiva en esta materia, marcando un antes y un después en la concreción de las causas de desheredación.

40 STS 3 junio 2014 (RJ 2014, 3900).

41 Esta sentencia, explica Algaba Ros, S.: "Comentario al art. 853 CC", en AA. VV.: *Código civil comentado* (coord. por A. Cañizares Laso), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016, p. 989, pareció admitir que no era necesario el maltrato físico para que se apreciara la causa del art. 853.2 CC, por lo que nos encontramos ante una jurisprudencia sin consolidar, al decantarse los tribunales por la aplicación restrictiva de 1993, al menos hasta la nueva jurisprudencia de 2014 y 2015.

la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales del art. 10 CE y su proyección en el Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, así como el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que viene reconociéndose como canon interpretativo y principio general del derecho, con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de "favor testamenti" entre otras[42].

Ahora, bien, como apunta Cabezuelo Arenas[43], el TS deja, al menos, tres cuestiones sin resolver que, citando a Carrasco Perera, serían una "zona de nadie": (1) ¿es necesaria que la ruptura de relaciones sea traumática o violenta para que sea apta para desheredar? (2) ¿es necesario que implique injurias para el testador? y, (3) ¿puede el solo paso del tiempo ser hábil para permitir una desheredación? La autora considera que, *de lege data*, es factible defender que para desheredar por ausencia de relación familiar, más que optar por un enfoque meramente objetivo, sería necesario que se originara por "una serie de acontecimientos susceptibles de reportar sufrimiento al testador". No obstante, apunta a que "de lege ferenda" debiera acogerse el llamado *sistema fáctico* que sancione el corte de relaciones estrictamente, como parece defender un sector de la doctrina (Algaba Ros, entre otros), en paralelo a la reforma del CCCat, que desarrollaré en el último subapartado.

Por su parte, la STS 30 enero 2015[44] trata de la desheredación de un hijo por su madre por haberle arrebatado dolosamente todos sus bienes, dejándola, además, sin ingresos con los que poder afrontar dignamente su etapa final de vida[45].

En instancia hubo pronunciamientos desiguales ya que, aunque en la primera se desestimó la demanda por considerar incluidas las circunstancias en el art. 853.2 CC, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso al entender que pesaba más la aplicación restrictiva del instituto de la desheredación (art. 848 CC) y la integridad de la legítima, que el daño psicológico que había quedado probado.

42 En este caso, el TS confirma que los hijos -los recurrentes- "incurrieron en maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante, donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios".

43 Cabezuelo Arenas, A. L.: *Maltrato psicológico*, cit., pp. 89 y ss.

44 STS 30 enero 2015 (RJ 639, 2015).

45 Circunstancia esta, concreta el TS, que fue reconocida en su sentencia de 28 septiembre 2011, al declarar la nulidad de unas donaciones que representaban casi todo el patrimonio de su madre y que, fruto de una maquinación dolosa del hijo, ella le hizo en vida a favor suyo y de sus hijos. Sin embargo, al fallecer la causante dos años antes, como reconoce el mismo Tribunal, esta sentencia en nada pudo reparar su estado de afectación.

Por su parte, el TS, citando extensamente la sentencia anteriormente comentada, descarta en consecuencia la interpretación restrictiva de la Audiencia, reconociendo que "nada empece la estimación del recurso planteado, pues la realidad del maltrato psicológico, en el presente caso, resulta conocida por ambas instancias de forma clara y sin matices". Por tanto, considera plenamente subsumible en el apartado segundo del art. 853 CC "el estado de zozobra y afectación profunda que acompañó los últimos años de vida de la causante", fallando a favor de la cláusula de desheredación.

B) Concretando más esta causa: STS 24 mayo 2022; y matiz de la STS 27 junio 2018.

Recapitulando lo visto hasta ahora, en la jurisprudencia del TS relativa a la causa del maltrato de obra como desheredación se distinguen dos momentos claros, con 2014 como eje que los separa. Hasta ese año, con una postura restrictiva y estrictamente literal de la causa del apartado segundo del art. 853 CC. Después, con una interpretación que parece más conforme no solo al texto del Código, sino también a la realidad social de nuestro tiempo, en el que la concienciación para con los mayores está en auge. No obstante, se abre la cuestión de si puede encuadrar la falta de relación familiar continuada dentro del maltrato de obra, ante los casos que han ido llegando a los tribunales.

La STS 27 junio 2018[46] sienta un inicio importante para su encuadramiento, al tratar de un caso en el que, sin que el causante expresara la causa expresa de desheredación, sí que incorpora al testamento dos documentos de los que podrían inferirse la causa legal de desheredación: la copia de una carta que el causante (padre) dirigió a su hija, manifestándole su deseo de iniciar un contacto que no había existido desde que ella era niña y la copia de una denuncia por agresión interpuesta años antes contra la hija y que fue archivada.

Las instancias coinciden en que, si bien no es un hecho controvertido las malas relaciones existentes entre el causante y su primera mujer, madre de la demandante, y, por extensión, con su hija, la cláusula es nula por injusta.

El TS, además de señalar que bastaría para desestimar el recurso el hecho de que en la contestación no se afirmara que los documentos mencionados, a los que habría que añadir las publicaciones de la hija en redes sociales sobre su padre, son expresión del maltrato o injurias necesarios para apreciar la causa de desheredación, procede a desarrollar algunos argumentos para concretar la doctrina referida a este tipo de casos.

46 STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 3100).

En primer lugar, apunta a las SSTS, ya desarrolladas, de 2014 y 2015 como instrumentos para introducir el maltrato psicológico reiterado dentro de la causa de desheredación de maltrato de obra, al entender que es una acción que puede lesionar la salud mental de la víctima[47]. En este caso, falta el elemento de la reiteración del maltrato, al entender que un hecho puntual, como las manifestaciones sobre alguien en la red, no integra esa nota de reiteración que permitiría aceptar la causa de desheredación. Además, esto queda desvirtuado por el intercambio posterior de mensajes familiares entre padre e hija y a que, tras el suicidio del padre al día siguiente de otorgar testamento, no hizo mención alguna a esta causa de desheredación, sino, de forma genérica, a la ausencia de comunicación.

El TS es claro al afirmar que solo "una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos", pero, en el caso, este hecho no puede imputarse a su hija ya que fue cuando ella tenía nueve años cuando se inició esta ausencia de relación, llegándose a suspender judicialmente las visitas del padre por considerarse contrarias al interés de la entonces menor, dada su mala relación, especialmente con la pareja del padre.

En segundo lugar, el TS hace referencia al perdón, que aparece en la instancia y en las alegaciones de las partes, referido a las ofensas que hubiera podido hacerle la hija al causante, pero "sin modificar los hechos probados por la sentencia de primera instancia, que considera acreditado que hubo reconciliación. El art. 856 CC solo menciona la reconciliación como causa que impide desheredar o que priva de eficacia a la desheredación ya hecha, [lo] que no podría impedir la eficacia del perdón de la ofensa concreta que, de haber quedado acreditada, lo que no ha sucedido en el caso, fuera causa de desheredación, pues quien puede hacer[la] valer, también puede remitirla eficazmente"[48]. Por tanto, aunque la reconciliación "ex" art. 856 CC impide desheredar o elimina la causa ya expresada en testamento expresamente, la cuestión está, volviendo a lo anterior, en la prueba, ya que, por ejemplo, la denuncia por agresión del año 2009 fue archivada, motivo suficiente, según el TS, para desestimar el recurso.

En suma, esta sentencia es relevante porque indica que una falta de relación continuada imputable al desheredado puede valorarse como causante de daños psicológicos que encuadrarían en el maltrato de obra del art. 853.2 CC, pero será necesaria una prueba de cargo para demostrarlo. Sin embargo, no toda ausencia relación continuada será hábil para desheredar, sino aquella que incida en ese

47 Esta definición de maltrato psicológico se reiterará en sentencias posteriores, por todas, la STS 13 mayo 2019 (RJ 2019, 2212).

48 FJ 2º.

maltrato psicológico del desheredado hacia el causante, encuadrado en el maltrato de obra de dicho artículo.

Por su parte, la reciente STS 24 mayo 2022[49], se refiere a la desheredación de unas chicas por su abuela, habiendo fallecido previamente uno de los hijos de esta, padre de aquellas. En primera instancia se estima la demanda por no encuadrar en la causa segunda del art. 853 CC las "relaciones familiares distantes o enrarecidas"[50]. La AP también desestima los recursos de apelación, si bien señala algunas dudas de derecho relativas a las circunstancias del caso de las demandantes, que evitan la imposición de las costas. Por un lado, reiterando el argumento de la primera instancia, aunque ya apunta al entonces reciente cambio del derecho civil catalán[51]. Por otro, distinguiendo la desazón y sufrimiento moral que en el causante de la desheredación puede causarse por el legitimario ante la ausencia manifiesta y continuada de relación, respecto del maltrato de obra, que es la verdadera causa de privación de la legítima. Concluye lapidariamente al afirmar que "en el Código Civil no procede incluir el mero distanciamiento familiar dentro del maltrato psicológico constitutivo del maltrato de obra".

El TS desestima el recurso de casación al concretar que "en el sistema legal vigente, no toda relación afectiva o de trato familiar puede ser enmarcada, por vía interpretativa, en las causas de desheredación establecidas de modo tasado por el legislador. Es preciso ponderar y valorar si, en atención a las circunstancias del caso, el distanciamiento y la falta de relación son imputables al legitimario y además han causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad como para poder reconducirlos a la causa legal del maltrato de obra"[52].

El problema de este caso está en la falta de prueba en instancia del maltrato de obra o menoscabo psicológico derivados del comportamiento de las nietas. Una cosa es permitir a los tribunales la interpretación de las causas legales de desheredación (anteriormente desarrolladas) de acuerdo a la realidad social, y, otra distinta, es permitir configurar nuevas causas autónomas, equivaliendo, "en la práctica, a dejar en manos del testador la exigibilidad de la legítima, privando de ella a los legitimarios con los que hubiera perdido la relación con independencia del origen o los motivos de esa situación y la influencia que la misma hubiera provocado en la salud física o psíquica del causante".

49 STS 24 mayo 2022 (RJ 2022, 2747).

50 Tras sufrir la separación de sus padres el año 2000, las chicas permanecieron viviendo en una casa del camping familiar hasta que su abuela ejercitó un desahucio para que la abandonaran; a lo que hay que añadir la situación de falta absoluta de relación de ellas con su padre y la familia de este.

51 La Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, introduce en el art. 451-17.2 CCCat, en su apartado quinto, como causa de desheredación la *ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario*. "Vid. infra".

52 FJ 3º.

C) Reforma del CCCatalán: una vía alternativa.

La legítima en el derecho civil catalán "en relación con la regulación del Código Civil resulta una institución más frágil, lo que entronca con la tradición del derecho romano, a diferencia de la regulación del Código Civil que entronca más con la tradición de derecho germánico" (SAP Barcelona 30 septiembre 2019)[53].

La Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, vino a concretar directamente como causa de desheredación la "ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario", provocando, según la misma sentencia citada, acentuar "la tendencia a debilitar [la legítima] y a restringir su reclamación".

Además, según Cabezuelo Arenas, se ha producido un incremento en la litigiosidad, esencialmente por dos razones: uso generalizado en supuestos de divorciados y vueltos a casar, para privilegiar al segundo cónyuge o a los hijos nacidos de uniones ulteriores en detrimento de los de la primera; y extraordinaria dificultad para probar que la falta de trato familiar era exclusivamente imputable al legitimario[54].

Tres son los requisitos que el legislador catalán previó para que concurriera esta causa, evitando una redacción excesivamente amplia, en detrimento de la seguridad jurídica y con el peligro de un hipotético aumento en la litigiosidad: ausencia de relación familiar, con el carácter de manifiesta y continuada; y su imputación exclusiva al legitimario.

Respecto a las tres se han ido suscitando casos en las sentencias del TSJ, AAPP y Juzgados de primera instancia de Cataluña, quienes se han encargado de delimitarlos porque, como explica la STSJ Cataluña 11 marzo 2019[55], "afirmar que la interpretación o valoración de la concreta causa no puede ser interpretada con un carácter restrictivo no significa que deba aplicarse a dicha causa un contenido distinto y diferente de su significado. […] La enumeración de las causas de desheredación es taxativa, son "numerus clausus", sin posibilidad de analogía ni de interpretación extensiva, ni siquiera de interpretación "de minores ad maiorem"; […] en caso contrario, tergiversar una causa de desheredación, incluso aunque sea

53 SAP Barcelona, Sección 4ª, 30 septiembre 2019 (JUR 2019, 277649).

54 Cabezuelo Arenas, A. L.: *Maltrato psicológico*, cit., p. 88. Por su parte, Arroyo Amayuelas, E. & Farnós Amorós, E.: "Entre el", cit., p.15, resaltan que debería ser el legitimario, y no el heredero, quien probara que existió relación familiar con el causante o que no tuvo la culpa exclusiva de la ruptura, de la misma manera que debe probar el perdón o reconciliación "ex" art. 451-20.2 CCCat.

55 STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 11 marzo 2019 (RJ2019, 2022).

de mayor gravedad o social o moralmente pueda considerarse como reprochable sería infringir el carácter taxativo de las causas de desheredación[56].

Así pues, la ausencia de relación familiar debe significar una pérdida completa de cualquier tipo de contacto, una ruptura estrictamente (SAP Barcelona 10 octubre 2019)[57], sin que pueda identificarse con situaciones como falta de convivencia o un mero enfriamiento de las relaciones[58]. Además, debe ser "manifiesta y continuada", lo que necesariamente requiere de la apreciación judicial, por cuanto el legislador no concreta un período mínimo de referencia, siendo esta una de las críticas que desde la doctrina se hace[59].

Por tanto, para que se dé esta causa, no debe haber existido contacto alguno entre testador y desheredado, se deben haber dejado de ver, transcurriendo sus vidas por caminos diferentes, y sin importar que concurra una relación no familiar mercantil o profesional (SAP Lleida 19 mayo 2020)[60].

Por último, se requiere la imputación exclusiva de la ruptura al legitimario, hecho este de difícil prueba, como afirma la doctrina, según veíamos anteriormente. Además, los Tribunales advierten que "admitir como prueba bastante de la culpa de la persona desheredada la explicación de la causante sería tanto como limitar la exigencia de prueba a que la testadora indicara los motivos que, a su entender, constituyen la causa de la falta de relación" (SAP Lleida 19 mayo 2020[61]).

En suma, en el CCCat, a diferencia del CC, ya hay una causa de desheredación que parece responder a la actual situación social de carencia de solidaridad intrafamiliar, permitiendo la desheredación de no mediar relación familiar manifiesta y continuada, si bien contando como elemento clave la prueba de dichas circunstancias, fallando (o debiendo fallar), en caso de duda, a favor del desheredado. No obstante, desde finales de septiembre, la prensa nacional y

56 STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 20/2019, de 11 de marzo (RJ 2019, 2022).

57 SAP Barcelona, Sección 19ª, 10 octubre 2019 (JUR 2019, 296264).

58 En la sentencia, el Tribunal argumenta la desestimación del recurso porque familiares, amigos y vecinos atribuían al testador el alejamiento, tras el fallecimiento de su mujer y el inicio de una nueva relación sentimental, describiéndolo como alguien de difícil trato, poco familiar, con escasa simpatía por los niños en general y por la familia de su hijo en particular. Además, apoyándose en la vecindad existente entre causante y legitimario, en lugar de considerarlo como ruptura de relaciones, reconduce el supuesto de hecho al enfriamiento de relaciones, aun cuando podría haberse decantado por su imputación, es decir, el tercer elemento de la causa de desheredación.

59 Arroyo Amayuelas, E. & Farnós Amorós, E.: "Entre el", cit., p.17 proponen un período de diez años como "más que razonable para considerar que podría concurrir esta causa de desheredación".

60 SAP Lleida, Sección 2ª, 19 mayo 2020 (AC, 2020, 1179). Por su parte, La SAP Barcelona, Sección 14ª, 13 febrero 2014 (JUR 2014, 85318), anula la cláusula que desheredaba a la hija de la causante por tratarse de una desatención ocasional, señalando que no es suficiente que la causante se sintiera desatendida, por cuanto la hija pasaba largas temporadas de convivencia con su madre, con quien se demostró mantenía una relación cordial y pacífica, según los testigos propuestos por la hija.

61 SAP Lleida, Sección 2ª, 19 mayo 2020 (AC 2020, 1179). En el caso, el único testigo propuesto por los herederos demandados fue el marido de una de las hijas, que se limitó a exponer lo que les había manifestado la causante sobre la causa de desheredación, siendo un testigo de referencia.

autonómica catalana se ha hecho eco de la reforma que el Govern está ultimando para finales de año, pretendiendo facilitar la desheredación de hijos y nietos con los que no se tenga relación alguna. Esta modificación parece orientarse fundamentalmente a tres frentes. En primer lugar, concretando el "carácter psicológico grave" del maltrato grave como causa de desheredación. En segundo lugar, invirtiendo la carga de la prueba, debiendo el desheredado, y no el resto de herederos, probar que sí había relación con el causante y que esta era buena. Por último, el plazo de prescripción para reclamar la legítima pretende acortarse a cuatro años, igualando también el de la cuarta viudal[62].

III. CONCLUSIONES.

Visto el panorama de la desheredación española, especialmente en cuanto al maltrato psicológico, concretado en la falta de relaciones familiares continuadas, se abre nuevamente la duda de si, "de lege ferenda", inclinarnos hacia una mayor libertad de testar o mantener el actual sistema, con o sin propuestas de mejora. Aquel, como sistema defendido por los despachos notariales[63]; este, como sistema defendido por una parte de la doctrina preocupada por el posible empeoramiento de la situación (o, al menos, no mejora) por la modificación del Código, teniendo como referencia el CCCat que, pese a prever una causa concreta de desheredación por falta de relación familiar, no ha impedido que se susciten más casos en los Tribunales, y ello por la actual situación social en la que las relaciones familiares se ven generalmente marcadas por cierto distanciamiento físico y afectivo, que termina en la soledad y abandono de los padres, en muchos casos[64].

Ciertamente considero que el testador debe tener libertad para disponer de su patrimonio pero, sin entrar en la institución de las legítimas, que no considero esté anquilosado, me parece que la vía de ampliar las causas de desheredación es acertada como término medio para abordar este tema cada vez más controvertido, siendo necesario un cierto margen en la redacción, que evite el encorsamiento de jueces y tribunales en el texto del Código. Efectivamente, los legitimarios deben verse protegidos ante la discrecionalidad, a veces arbitraria, de los testadores influidos en su vida por razones exógenas a su familia original (ruptura, nuevas nupcias o hijos, etc.). Pero también los testadores deben poder proteger su

62 Algunas de las noticias disponibles en: https://www.eleconomista.es/legal/noticias/11949128/09/22/La-reforma-del-Codigo-Civil-catalan-facilitara-desheredar-a-hijos.html; https://www.lavanguardia.com/vida/20220915/8524404/catalunya-hara-mas-facil-desheredar-hijos-nietos-mala-nula-relacion.html; y https://www.elnacional.cat/es/sociedad/catalunya-facilitara-desheredar-a-los-hijos-si-no-hay-relacion_889308_102.html (última consulta 14/octubre/2022).

63 Cañizares Laso, A.: "Legítimas y libertad de testar", en AA. VV.: *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García* (coord. por A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio, M. Herrero Oviedo, A. Aguilera Rull, & T. F. Torres García), La Ley, Madrid, 2014, pp. 257.

64 "Id.".

patrimonio, evitando dejarlo a sus legitimarios que los han abandonado o nada quieren saber de ellos hasta después de su muerte.

Son muchas las propuestas doctrinales "de lege ferenda"[65], pero para esta materia en que el derecho sucesorio choca con el Derecho de Familia, a mi juicio la vía de la desheredación es adecuada, actualizando, eso sí, las causas que protejan al causante de la herencia, conforme a las circunstancias sociales, y procurando que provengan del legislador, más que de los tribunales, como las SSTS de 2014 y 2015 que incluyeron el maltrato psicológico, sin perjuicio de que la realidad material y sus múltiples problemas lleguen antes a estos, permitiendo detectar las lagunas que, en ocasiones, se hacen inevitables en el texto positivo.

65 Cañizares Laso, A., "Legítima", cit., pp. 260 y ss. sintetiza algunas de ellas: supresión de la legítima de los ascendientes cuando concurran con el cónyuge viudo, disminución de la legítima de los descendientes en una tendencia que conduce a su aumento en favor del cónyuge, en especial respecto de la vivienda familiar, sustitución de la legítima in natura por un derecho de crédito, la flexibilidad de la desheredación, una mayor protección de las donaciones frente a las pretensiones de los legitimarios y una limitación temporal de su computación para el cálculo de la legítima.

BIBLIOGRAFÍA.

Algaba Ros, S.: "Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación", *InDret*, 2015, pp.1-26.

Algaba Ros, S.: "Comentario al art. 853 CC", en AA. VV.: *Código civil comentado* (coord. por A. Cañizares Laso), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016, pp. 986-990.

Arroyo Amayuelas, E. & Farnós Amorós, E.: "Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado, ¿a quién prefieren los tribunales?, *InDret*, 2015, pp. 1-32.

Barceló Doménech, J.: "Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm.4, 2016, pp. 289-302.

Barrio Gallardo, A.: *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012.

Busto Lago, J. M.: "Comentarios a los arts. 848 y ss. del Código Civil", en AA. VV.: *Comentarios al Código civil* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021.

Cabezuelo Arenas, A. L., *Maltrato psicológico y abandono efectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC) análisis crítico y propuesta de reforma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Cañizares Laso, A.: "Legítimas y libertad de testar", en AA. VV.: *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García* (coord. por A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio, M. Herrero Oviedo, A. Aguilera Rull, & T. F. Torres García), La Ley, Madrid, 2014, pp. 245-270.

García Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*: *Tomo I*. Barcelona, 1971.

González López, R.: "Precedentes romanos de la regulación de las legítimas en el Código Civil Español y en la vigente Compilación de Derecho Civil de Galicia", Universidad de Vigo, 2012.

Lacruz, J.L.: *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de sucesiones*, Librería Bosch, Barcelona, 1988.

Represa Polo, M. P.: *La desheredación en el Código Civil*, Editorial Reus, Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: *Heredero y legitimario*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2017.

SERRANO FERNÁNDEZ, M.: "La sucesión forzosa", en AA. VV.: *Derecho de sucesiones* (coord. por Á. LÓPEZ Y LÓPEZ, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, J. P. PÉREZ VELÁZQUEZ, E. PIZARRO MORENO, & L. AGUILAR RUIZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp.128-161.

VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Tomo I: las legítimas*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.

IL PATTO DI NON PUBBLICAZIONE DEL TESTAMENTO OLOGRAFO: IPOTESI DI AMMISSIBILITA'

THE NON-PUBLICATION PACT OF THE HOLOGRAPHIC WILL: HYPOTHESIS OF ADMISSIBILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2534-2557

Giovanna DI
BENEDETTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il patto di non pubblicazione del testamento olografo è da sempre al centro, nell'ordinamento giuridico italiano, di un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Un siffatto patto deve ritenersi ammissibile, in un delicato equilibrio tra obblighi del Notaio (pubblico ufficiale istituzionalmente deputato alla pubblicazione del testamento) ed esercizio dell'autonomia negoziale degli interessati alla successione, ove garantisca comunque la piena attuazione della volontà del de cuius. Viceversa, in tutti i casi in cui la scelta di non pubblicare violi la sacralità della volontà testamentaria, un siffatto patto deve ritenersi non ammissibile.

PALABRAS CLAVE: Testamento olografo; pubblicazione della scheda testamentaria; ministero notarile; autonomia negoziale; contratto atipico.

ABSTRACT: *The non-publication agreement of handwritten wills has always been at the center of a heated doctrinal and jurisprudential debate in the Italian legal system.*

An agreement of this type must be considered admissible, in a delicate balance between the obligations of the Notary (public official institutionally in charge of the publication of the will) and the exercise of the negotiating autonomy of those interested in the succession, where it guarantees in any case the full implementation of the will of the deceased. Conversely, in all cases in which the choice not to publish violates the sacredness of the will, this agreement must be considered inadmissible.

KEY WORDS: *Holographic will; publication of the testamentary card; notary office; negotiating autonomy; atypical contract.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. IL TESTAMENTO OLOGRAFO.- III. IL RUOLO DEL NOTAIO NELLA PUBBLICAZIONE DEL TESTAMENTO OLOGRAFO.- IV. LE FINALITA' SOTTESE ALLA PUBBLICAZIONE DEL TESTAMENTO OLOGRAFO.- V. IL PATTO DI NON PUBBLICAZIONE DEL TESTAMENTO OLOGRAFO.- VI. CONCLUSIONI.

I. INTRODUZIONE.

Nella prassi con sempre maggiore frequenza sono stipulati, all'apertura di una successione, contratti tra successibili con i quali si conviene di non pubblicare il testamento olografo.

Si tratta del patto di non pubblicazione della scheda testamentaria olografa concluso tra soggetti interessati alla successione del testatore, al tempo dell'apertura della successione di questi, con il quale si conviene di non presentare ad un notaio la scheda testamentaria per la pubblicazione.

Un siffatto accordo deve ritenersi ammissibile, purchè entro rigorosi limiti e solo in un ristretto numero di ipotesi.

Si tratta, invero, di ipotesi di ammissibilità "marginali" come già sottolineato dalla dottrina[1] e che purtuttavia, sono sempre più frequenti nella pratica.

Va precisato, in tal senso, che il patto di non pubblicazione non può avere indistintamente ad oggetto qualsiasi scheda testamentaria, sia essa vergata per atto pubblico o per scrittura privata.

Le forme testamentarie diverse dal testamento olografo richiedono per la redazione delle stesse il necessario ministero notarile o, in alternativa, l'assistenza di persone che rivestono determinate cariche, nelle sole circostanze eccezionali tassativamente previste dalla legge e nelle quali non è consentito o non è agevole ricorrere al ministero notarile.

In siffatte ipotesi la volontà testamentaria sarà ridotta per iscritto non già a personale cura e mano del testatore, come nel caso del testamento olografo, ma a cura del pubblico ufficiale a ciò deputato. Questi sarà, altresì, tenuto alla conservazione dell'atto di ultima volontà.

1 Mascheroni, A.: "La non pubblicazione del testamento olografo per il patto tra eredi o per divieto del de cuius", *Notariato*, 2011, n. 2, p. 182.

• Giovanna Di Benedetto
Ph. D. Student in Legal and social sciences, Università di Camerino. Email: giovanna.dibenedetto@unicam.it

La scheda testamentaria, quindi, nelle citate ipotesi non rimarrà materialmente alla libera disponibilità del testatore ma sarà affidata alla cura e conservazione, secondo norme di legge, del pubblico ufficiale.

La scheda testamentaria redatta secondo le forme del testamento pubblico, pertanto, all'apertura della successione del testatore, non potrà essere oggetto di un patto di non pubblicazione o in altri termini, di non presentazione al notaio ai fini della pubblicazione, poiché già materialmente presente nella disponibilità, ai fini della conservazione, del pubblico ufficiale richiesto per la redazione.

Una riflessione in ordine al patto di non pubblicazione del testamento non può che avere ad oggetto il solo testamento olografo.

Si tratta dell'unica ipotesi di testamento vergato nell'intimità e nella solitudine della propria coscienza, al di fuori della presenza di terze persone e conservato dal testatore stesso o da chi per lui.

L'ammissibilità del citato contratto atipico passa attraverso l'analisi degli obblighi in capo al notaio (pubblico ufficiale istituzionalmente deputato alla pubblicazione del testamento) nell'ottica di garanzia dell'attuazione delle ultime volontà del *de cuius*.

Appare opportuno precisare che il patto di non pubblicazione deve ritenersi non ammissibile nell'ipotesi in cui la scheda testamentaria olografa sia stata affidata in deposito al notaio.

Il notaio in possesso della scheda testamentaria è tenuto a redigere il verbale di pubblicazione a prescindere da una richiesta di parte, trattandosi di attività che costituisce oggetto di un obbligo *ex lege* a suo carico.

Anche in siffatta ipotesi, nonostante si tratti di una scrittura privata e quindi redatta senza l'assistenza del pubblico ufficiale, il patto di non pubblicazione si deve ritenere non ammissibile, poiché la pubblicazione avverrebbe a prescindere dalla volontà delle parti ed in assenza della richiesta delle stesse, in adempimento di un obbligo a carico del notaio *ex lege*.

Altresì, il patto di non pubblicazione del testamento olografo si deve ritenere non ammissibile in tutte le fattispecie in cui, mediante la scelta di non pubblicare la scheda testamentaria olografa, si violi la sacralità delle ultime volontà *de cuius*.

In talune ipotesi, innanzi descritte, si dovrà, invece, riconoscere l'ammissibilità del patto di non pubblicazione della scheda testamentaria, attraverso un attento processo di valutazione degli interessi in gioco nel caso concreto.

II. IL TESTAMENTO OLOGRAFO.

Il testamento[2] è l'atto, *rectius*, il negozio giuridico unilaterale non recettizio, a mezzo del quale il testatore dispone delle proprie sostanze per il tempo in cui avrà cessato di vivere.

In altri termini, mediante tale negozio il testatore non fa altro che "veicolare" la distribuzione dei propri beni al tempo dell'apertura della successione, impedendo l'operare delle norme che regolano la successione *ex lege*.

Principio fondamentale in materia successoria è quello della sacralità delle ultime volontà di cui è espressione la libertà di testare[3].

La libertà di testare si concretizza innanzi tutto nella libertà di determinare la forma testamentaria del proprio atto di ultima volontà.

Ulteriore espressione della libertà testamentaria è costituita dalla libertà per il testatore di determinare il contenuto delle disposizioni *mortis causa*[4], con l'unico limite operativo rappresentato dalle norme che disciplinano la successione dei legittimari[5].

Alla volontà del testatore viene, quindi, attribuita la massima rilevanza.

A conferma si consideri che, per quanto concerne determinati aspetti del negozio testamentario, il legislatore prevede una normativa diversa a quella prevista in materia contrattuale.

2 Si v. tra gli altri Cicu, A.: *Il testamento*, Giuffrè, Milano, 1945; Bigliazzi Geri, L.: *Il testamento*, Giuffrè, Milano, 1976; Criscuoli, G.: *Il testamento*, Giuffrè, Milano, 1970; Gangi, C.: *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1952; Giampiccolo, G.: *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà,* Giuffrè, Milano, 1954; Bonilini, G.: *Il testamento. Lineamenti*, Cedam, Padova, 1995.

3 Cfr. Lipari, N.: *Autonomia privata e testamento*, Giuffrè, Milano, 1966; Trabucchi, A.: "L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative", *Rivista di diritto civile*, 1970, n. 1, p. 41, il quale sottolinea che in materia testamentaria l'autonomia può esprimersi in due modi diversi "con riferimento alla scelta dei successibili - che è il principale – ma anche con riferimento al contenuto, cioè al regolamento del fenomeno che si apre alla morte del testatore"; Carresi, F.: "Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici", *Rivista di diritto civile*, 1957, p. 265.

4 Cariota Ferrara, L.: *Le successioni per causa di morte*, Esi, Napoli, 1962, p. 40, il quale riconduce a facoltà di testare all'autonomia privata indipendentemente dalla costruzione sistematica accolta in tema di negozio giuridico. *Contra* si v. Carresi, F.: "Autonomia privata", cit., p. 265, il quale sottolinea che in materia testamentaria il concetto di autonomia privata assume un significato diverso e più ristretto rispetto alla materia contrattuale dato che "al privato, per disporre dei propri beni per il periodo in cui avrà cessato di vivere, è concesso di avvalersi non solo di un solo atto, il testamento, ma, nella determinazione del contenuto di questo atto, esclusivamente dei due schemi dell'istituzione di erede e del legato".

5 Mengoni, L.: *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 45: "Nella successione necessaria le disposizioni in favore dei legittimari costituiscono un limite all'autonomia privata"; Gabrielli, G.: "Rapporti familiari e libertà di testare", *Familia*, 2001, p. 11; Delle Monache, S.: *Successione necessaria e tutela dei legittimari*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 4.

Si segnala, in tal senso, la norma di cui all'art. 590 cod. civ., la quale eccezionalmente ammette la conferma del testamento nullo mediate la volontaria esecuzione da parte del soggetto legittimato a far valere la nullità[6].

Al contrario, la disciplina sul contratto in generale non ammette la sanatoria del negozio nullo, ma solo la ripetizione dello stesso epurato dalla causa di nullità.

Il testamento olografo costituisce la forma testamentaria più frequente nella prassi, in quanto costituisce la forma più semplice e riservata di espressione delle ultime volontà del testatore.

Si tratta, in altri termini, della forma testamentaria maggiormente adottata e che sovente, più di qualsiasi altra forma testamentaria, può dar luogo a controversie.

Ai sensi dell'art. 602, co. 1, cod. civ., il testamento olografo deve essere, *ad substantiam actus*, scritto per intero, datato e sottoscritto di pugno del testatore[7].

La scheda testamentaria olografa ha, allora, natura di scrittura privata dotata di particolari requisiti formali, vergata per mano del testatore e conservata, nella maggioranza delle ipotesi, a cura dello stesso o da chi per lui.

Tuttavia, del patto di non pubblicazione non si può fare oggetto indiscriminatamente qualsiasi testamento purchè olografo.

Si deve ritenere ammissibile un patto di non pubblicazione solo nell'ipotesi in cui questo abbia ad oggetto la sola scheda testamentaria olografa non depositata presso un notaio, per quanto appresso si dirà.

III. IL RUOLO DEL NOTAIO NELLA PUBBLICAZIONE DEL TESTAMENTO OLOGRAFO.

Il testamento viene tenuto riservato, sino al tempo dell'apertura della successione del testatore.

Tuttavia, al verificatasi della morte del disponente, è possibile procedere, previo deposito del testamento presso un notaio, alle formalità di pubblicazione della scheda testamentaria stessa.

6 Gabrielli, G.: "L'oggetto della conferma ex art 590 c.c.", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,* 1964, p. 1421; Pasetti, G.: *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Cedam, Padova, 1953.

7 La richiesta forma autografo è prevista, al fine di garantire l'autenticità dell'espressione di ultima volontà.

Va precisato che è possibile procedere a pubblicazione dei soli testamenti che pubblici non sono per loro intrinseca natura, ovvero i testamenti olografi ed i testamenti segreti[8]

Il notaio richiesto procederà alla redazione di un verbale di pubblicazione, alla presenza di due testimoni.

All'interno del verbale sarà descritto lo stato materiale della scheda e se ne riprodurrà il contenuto.

La scheda testamentaria stessa verrà allegata al verbale, unitamente all'atto di morte del testatore. Infine, il notaio trasmetterà copia del verbale ai beneficiari delle disposizioni testamentarie ed alla Cancelleria del Tribunale del luogo ove si è aperta la successione.

E', pertanto, cruciale il ruolo del notaio ai fini della "manifestazione" delle volontà del *de cuius* contenute nella scheda testamentaria olografa.

In questo senso, va riconosciuto l'esistenza in capo al notaio di un vero e proprio obbligo fondato su di un interesse pubblico alla pubblicazione del testamento olografo.

Tuttavia, una siffatta soluzione non pare essere pacifica, soprattutto nel caso in cui il testamento olografo sia dal testatore o chi per lui affidato al notaio in deposito.

In altri termini, si tratta dell'ipotesi in cui il notaio si trovi già in possesso della scheda testamentaria olografa, al tempo dell'apertura della successione del testatore.

La dottrina, infatti, si è da sempre interrogata circa la configurabilità a carico del notaio di un obbligo di pubblicazione, per effetto del deposito del testamento presso il medesimo.

Per meglio comprendere i termini della questione, è opportuno svolgere alcune brevi considerazioni sulla genesi della norma di cui all'art. 620 cod. civ., attraverso l'analisi della sua evoluzione storica, individuando la *ratio* posta a fondamento della pubblicazione.

La pubblicazione del testamento è stata al centro di un acceso dibattuto nel corso dei lavori preparatori del codice civile.

8 Per i testamenti pubblici (i quali si trovano già nella disponibilità, ai fini della custodia e conservazione, del notaio), invece, si procederà al passaggio dal repertorio degli atti di ultima volontà al repertorio degli atti tra vivi. Di un siffatto passaggio, il pubblico ufficiale darà conto mediante la redazione di apposito verbale.

Infatti, nella formulazione originaria della norma di cui all'art. 912 cod. civ.[9], era previsto solo il deposito del testamento olografo presso un notaio per chiunque si trovasse in possesso di detto documento. L'obbligo non riguardava, dunque, la pubblicazione della scheda testamentaria ma il solo deposito presso il pubblico ufficiale.

Questa opinione venne sostenuta anche in seno alla commissione parlamentare. Entro la quale, in un primo momento, era prevalsa l'idea di mantenere invariato il testo dell'art. 912 cod. civ. del 1865, poiché nella pratica la pubblicazione della scheda testamentaria, con riferimento ad alcune fattispecie particolari, poteva effettivamente risultare inopportuna[10].

Tuttavia, successivamente tale opinione è stata disattesa nell'approvazione del testo definitivo del codice. Infatti, nell'attuale formulazione dell'art. 620 cod. civ. è previsto non solo la possibilità di procedere a deposito della scheda testamentaria presso un notaio ma anche la pubblicazione della stessa che il notaio deve fare avuta notizia dell'apertura della successione del testatore.

Analizzata l'evoluzione storica della norma, è necessario accertare se effettivamente esiste a carico del notaio un obbligo di procedere alla pubblicazione per il semplice fatto di possedere la scheda testamentaria.

L'argomento è stato al centro di un intenso dibattito in dottrina dal quale sono scaturite diverse soluzioni.

E' stato osservato che elemento necessario per potere procedere alla pubblicazione del testamento olografo è la richiesta del soggetto interessato, poiché nella pratica tale adempimento comporta delle spese notevoli.

Invero, in mancanza di un richiedente risulta complesso individuare quale sia il soggetto tenuto al pagamento di dette spese, le quali, si ritiene, non possano gravare sul pubblico ufficiale depositario della scheda testamentaria.

Inoltre, una siffatta tesi viene supportata anche da ragioni di economia dei mezzi giuridici.

Secondo questa tesi, se il notaio fosse obbligato a procedere alla pubblicazione della scheda per il solo fatto di esserne in possesso al tempo dell'apertura della successione, a prescindere da una espressa richiesta di parte, si potrebbe assistere

9 Il testo dell'art. 912 del codice civile del 1965 così recitava: "Il testamento olografo, sull'istanza di chiunque creda di avervi interesse, sarà depositato presso un Notaio".

10 Cfr. Cicu, A.: *Il testamento*, cit., p. 71.

ad una pubblicazione indiscriminata di testamenti, tavola persino revocati, con un enorme aggravio di spese[11].

Un'ulteriore conferma della tesi, secondo la quale non sia rinvenibile in capo al notaio un obbligo di pubblicazione della scheda testamentaria presso lo stesso depositata, è stata rinvenuta nella formulazione letterale dell'art. 61, co. 4, della Legge 16 Febbraio 1913, n. 89, (c.d. legge notarile). Secondo la norma da ultimo citata e dettata in materia di pubblicazione di testamento pubblico, il passaggio dal repertorio speciale degli atti di ultima volontà a quello generale degli atti tra vivi avviene sulla base di una richiesta formulata da un soggetto interessato.

Da tale disposizione, la quale fa riferimento al solo testamento pubblico, si è ricavato un principio generale da valere anche per il testamento olografo.

Da tale ragionamento si fa discendere che la presentazione e la successiva fase di pubblicazione sarebbero momenti autonomi e distinti. Ne deriverebbe che, in seguito al deposito della scheda testamentaria, presso un notaio, il pubblico ufficiale possessore del testamento olografo non sarebbe tenuto ad alcun altro adempimento, poiché l'onere della richiesta di pubblicazione sarebbe a carico del solo soggetto "interessato" alla successione del *de cuius*.

Tuttavia, una siffatta lettura della disposizione di cui all'art. 61, co. 4, della legge notarile da estendersi analogicamente al testamento olografo non pare potersi ritenere condivisibile, poiché pare essere incompatibile con la disposizione di cui all'art. 620 cod. civ., la quale configura la pubblicazione della scheda testamentaria come un obbligo a carico del notaio.

Infatti, la presentazione della scheda non può ritenersi attività fine a sé stessa. Questa è da ritenersi, piuttosto, un adempimento strettamente collegato alla pubblicazione del testamento olografo.

È certamente corretto affermare che la presentazione avviene in vista della pubblicazione e dunque, costituisce un primo segmento di una fattispecie a formazione progressiva che si conclude con la redazione da parte del notaio del relativo verbale di pubblicazione del testamento olografo.

Infatti, nel caso in cui venga attivata la procedura mediante la presentazione della scheda al notaio senza formulare contestualmente la richiesta di pubblicazione, non appare possibile interrompere la fattispecie, ma sarà compito del pubblico ufficiale richiesto provvedere alla pubblicazione.

11 Navarra, C.: *La pubblicazione del testamento*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 48.

Del resto, lo stesso avviene nel caso di testamento depositato al notaio direttamente dal testatore, prima della sua morte. Qui è proprio il notaio che funge da presentatore[12].

Non è da ritenersi fondata neanche l'affermazione secondo la quale l'esistenza di un obbligo di pubblicazione a carico del notaio determinerebbe un'ingiustificata moltiplicazione delle spese in presenza di una pluralità di testamenti.

Invero, il fatto che il testatore abbia redatto più testamenti olografi in tempi diversi e successivi non consente di affermare che tutte le disposizioni contenute nei testamenti precedenti siano state necessariamente caducate per effetto della redazione di una nuova scheda testamentaria successiva.

Di conseguenza, non è possibile sostenere l'inutilità della pubblicazione di tutte le schede testamentarie riferibili al *de cuius*.

Al contrario, la pubblicazione della scheda è da ritenersi necessaria e ciò al fine di stabilire quali disposizioni siano pienamente espressione di una attuale volontà testamentaria e quali, invece, debbano intendersi caducate per effetto di una espressa o implicita revoca.

Per ciò che concerne le spese per la pubblicazione del testamento olografo, queste sono poste a carico dell'erede, come del resto accade per le passività ereditarie, tra le quali rientrano, ad esempio, anche i debiti assunti in occasione del decesso. Invero, non pare esistere controindicazione al porre a carico dell'erede una spesa direttamente riconducibile alla devoluzione del patrimonio ereditario.

Infine, ad avviso di chi scrive, non è condivisibile neanche il richiamo alle disposizioni di cui all'art. 61, della citata legge notarile. Poiché, tale norma disciplina una fattispecie differente, riguardante il verbale di passaggio del testamento pubblico dal repertorio speciale degli atti di ultima volontà al repertorio degli atti tra vivi.

Trattasi, pertanto, di procedimento diverso rispetto alla pubblicazione del testamento olografo, non equivalente dal punto di vista sostanziale, considerato che il testamento pubblico – è di tutta evidenza – non necessita di essere pubblicato.

Va osservato, infine, che non è effettivamente prevista una sanzione a carico del notaio in possesso del testamento olografo per il caso di omessa pubblicazione della scheda testamentaria.

12 Bianca, G.: *Dei testamenti speciali. Della pubblicazione dei testamenti olografi e dei testamenti segreti,* Zanichelli, Bologna, 1988, p. 128, nota 8, il quale evidenzia che, nel caso in cui il testamento sia depositato presso il Notaio, il presentatore sarà egli, il quale sottoscriverà l'atto come notaio e non già come presentatore. Ciò purché verbalizzi questa sua posizione.

Tuttavia, le disposizioni da considerare al riguardo sono le norme di cui agli artt. 27 e 138, co. 2, della legge notarile. Si trattata di norme loro funzionalmente collegate e ciò in quanto la norma da ultimo citata prevede la sospensione da sei mesi ad un anno a carico del notaio che violi le disposizioni di cui all'art. 27 della legge notarile e cioè, in altri termini, si rifiuti di prestare il proprio ministero su "richiesta" di parte.

Nel caso di specie, il notaio è tenuto a redigere il verbale di pubblicazione a prescindere da una richiesta di parte, trattandosi di attività che costituisce oggetto di un obbligo *ex lege* a suo carico. Sarebbe, infatti, assurdo ritenere il notaio responsabile solo nel caso in cui non adempia al suo ministero su richiesta di parte e non anche quando la richiesta provenga dalla legge[13].

IV. LE FINALITA' SOTTESE ALLA PUBBLICAZIONE DEL TESTAMENTO OLOGRAFO.

Si discute in dottrina in ordine alla *ratio* delle disposizioni relative alla pubblicazione del testamento olografo ed alle finalità ad essa sottese.

In particolare, occorre stabilire se con la formalità in oggetto il legislatore abbia inteso realizzare e quindi, soddisfare un interesse pubblico o, al contrario, interessi di natura privatistica[14].

Tale indagine non ha un rilievo solo teorico ma è determinante per stabilire se la pubblicazione possa o meno essere omessa dalle parti interessate alla successione del testatore.

La pubblicazione[15] ha come effetto quello di consentire l'esecuzione[16] delle disposizioni contenute nella scheda testamentaria. In tal senso deporrebbe la disposizione di cui all'art 620, co. 5, cod. civ., secondo la quale "avvenuta la pubblicazione, il testamento olografo ha esecuzione".

13 Ragazzini, L.: "Obbligo di pubblicazione e nullità dell'olografo", *Vita notarile*, 2001, p. 1517, il quale acutamente osserva che "non pare azzardato supporre che, siccome il notaio ha l'obbligo di prestare il proprio ministero quando ne sia richiesto, a maggior ragione deve prestarlo quando, come è nel caso di pubblicazione, questa richiesta provenga dalla legge".

14 Cfr. Relazione al Re (n. 301) che ben evidenzia l'esistenza di "un preminente interesse pubblico di garantire tutti gli interessati dall'occultamento e dalla soppressione del testamento, e di assicurare, per quanto sia possibile, il rispetto della volontà testamentaria".

15 Cfr. Giuliani, A.: "Questioni in tema di pubblicazione di testamento olografi", *Rivista del notariato,* 1956, p. 423; Branca, G.: *Dei testamenti speciali, dalla pubblicazione dei testamenti olografi e dei testamenti segreti*, Zanichelli, Bologna, 1988, p. 122; Navarra, C.: *La pubblicazion*e, cit., *amplius*; Polastri Menni, M.: "Della pubblicazione del testamento olografo", *Rivista del notariato*, 1965, p. 272.

16 Cicu, A.: *Il testamento*, cit., p. 76, il quale sottolinea come "una volta pubblicato gli effetti non si producono dalla data della pubblicazione, bensì dalla data dell'apertura della successione". In giurisprudenza la finalità della pubblicazione quale atto preparatorio esterno necessario per la sua esecuzione è stata affermata da Cass. 22 giugno 2005, n. 13487, *Vita Notarile*, 2005, p. 982; *Giustizia Civile*, 2005, p. 2950; *Rivista del notariato*, 2006, p. 110.

Tuttavia, con ciò non si deve escludere la possibilità di dare esecuzione volontaria ad un testamento che non sia stato pubblicato, poiché tale attività non costituisce effettivamente requisito di validità o di efficacia della scheda testamentaria[17].

In effetti, la pubblicazione costituisce presupposto indefettibile per poter far valere le disposizioni contenute nel testamento. Nel senso che prima di tale adempimento non è possibile pretendere l'esecuzione.

Da ciò deriverebbe l'interesse di natura prettamente privatistica alla pubblicazione.

Va precisato, tuttavia, che, al di là della formulazione letterale della norma, emerge che quest'ultima non si deve ritenere diretta esclusivamente a consentire l'esecutività delle disposizioni di ultima volontà.

Infatti, secondo l'opinione preferibile, la pubblicazione del testamento non è da riconnettersi al solo soddisfacimento dell'eventuale interesse individualistico di coloro che sono interessati alla successione del testatore.

Riguarda, invece, un interesse di natura superiore: assicurare la conoscibilità delle disposizioni di ultima volontà[18].

All'apertura della successione, pertanto, al fine di dare agli interessati alla successione del *de cuis* la possibilità di conoscere il contenuto del testamento lo stesso viene "divulgato" mediante pubblicazione.

La pubblicazione dei testamenti è, quindi, funzionale non già ad integrare l'efficacia o l'esistenza stessa delle volontà testamentaria ma è strumentale, tra l'altro, a veicolare il contenuto della sceda per darne conoscenza a coloro che potrebbero essere interessati alla successione del *de cuius* e consentire di far valere il testamento stesso in un eventuale giudizio.

Trattandosi, nella sostanza, di una formalità estrinseca al negozio testamentario stesso, si deve ritenere che la mancanza non incida né sulla validità dell'atto di ultima volontà né, tampoco, sulla efficacia dello stesso.

Si può affermare, quindi, che l'interesse a conoscere le disposizioni di ultima volontà del *de cuius* non riguarda il testatore o i soli eredi testamentari, ma si

17 In tal senso cfr. Cass. 24 febbraio 2004, n. 3636, *Vita Notarile*, 2004, p. 983 e *Rivista del notariato*, 2005, p. 193, nella quale si evidenzia come la pubblicazione non rappresenta un requisito di validità o di efficacia del testamento, quanto piuttosto un atto preparatorio esterno indispensabile per l'esecuzione coattiva.

18 Natale, A.: "Il patto di non pubblicare il testamento", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, p. 162, in cui si legge che lo scopo primario della pubblicazione non è quello di assicurare la eseguibilità delle disposizioni di ultima volontà, bensì quello di dare notizia dell'esistenza di un testamento olografo o segreto, notizia diretta *in incertam personam*.

estende ad una collettività di persone, tant'è che può qualificarsi come interesse pubblico[19].

Significativa al riguardo è l'espressione utilizzata da autorevole dottrina[20], la quale definisce la pubblicazione della scheda testamentaria come "mezzo per far conoscere in giro l'atto *mortis causa*, per farlo uscire dal nascondiglio, perché ne abbia conoscenza chiunque sappia che da esso possa trarre diritti od oneri o perdita di posizioni vantaggiose".

Tale posizione pare essere perfettamente conforme anche alla natura giuridica del testamento. Questo ultimo inteso quale negozio unilaterale non recettizio e quindi, non specificatamente destinato ad un soggetto determinato.

Gli eredi o legatari, infatti, non possono considerarsi quali esclusivi destinatari delle disposizioni in esso contenute.

Non esiste, pertanto, un interesse esclusivo solo degli eredi ad avere conoscenza delle disposizioni di ultima volontà, bensì un interesse pubblico generalizzato. Il quale trascende la sfera giuridico – patrimoniale dell'erede o legatario e che viene, appunto, concretamente realizzato mediante la pubblicazione della scheda testamentaria quale forma di pubblicità assimilabili alla pubblicità-notizia.

V. IL PATTO DI NON PUBBLICAZIONE DEL TESTAMENTO OLOGRAFO.

Appare preliminarmente opportuno chiarire che cosa debba intendersi con l'espressione "patto di non pubblicazione" ed indi, indagare i termini di ammissibilità di un siffatto accordo.

Il patto di non pubblicazione del testamento olografo è un contratto atipico, tra soggetti aventi interesse ad una medesima successione, concluso al tempo della morte del testatore[21].

19 Sostengono la natura obbligatoria della pubblicazione quale operazione diretta al soddisfacimento di un preminente interesse pubblico Azzariti, F.S., Martinez, G., Azzariti, G.: *Successione per causa di morte e donazioni*, Cedam, Padova, 1977, p. 420; Polastri Menni, M., "Della pubblicazione", cit., p. 272; Criscuoli, G.: *Il testamento*, cit., pag. 9; Bigliazzi Geri, L.: *Il testamento*, cit., p. 183; Cicu, A.: *Il testamento*, cit., p. 55.

20 Branca, G.: *Dei testamenti speciali*, cit., p. 122.

21 Sul patto di non pubblicazione del testamento olografo Branca, G.: Dei testamenti, cit.; Natale, A.: "I vincoli dettati dal testatore alla pubblicazione della scheda", *Famiglia persone e successioni,* 2009, p. 990; Natale, A: "Il divieto di pubblicazione del testamento olografo", in Bonilini, G.: *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 743; Natale, A.: "Il patto", cit., p. 161; Ragazzini, L.: "Obbligo di pubblicazione", cit., p. 1517; Trabucchi, A.: "L'autonomia testamentaria", cit., p. 39. Sia consentito, altresì, citare Ciarleglio, M., Di Benedetto, G.: "Spigolature in tema di patto di non pubblicazione di testamento olografo", *Rivista Notarile*, 2013, n. 4, p. 13.

Secondo autorevole dottrina[22], il citato accordo deve essere concluso tra tutti i soggetti interessati alla medesima successione (anche non contemplati espressamente nel testamento) e con la partecipazione di tutti i successibili *ex lege*. All'accordo deve partecipare, altresì, l'eventuale detentore materiale della scheda testamentaria[23].

Esso si sostanzia, pertanto, in un accordo, espressione della libertà negoziale delle parti[24], plurilaterale con comunione di scopo, destinato a rimanere privato poiché non trasfondibile in un atto pubblico.

Detto accordo comporta l'assunzione dell'obbligazione di non fare consistente nell'impegno a non presentare la scheda testamentaria ad un notaio, affinchè questi provveda alla pubblicazione.

Si consegue così l'effetto della devoluzione dell'asse ereditario, non già sulla base delle disposizioni vergate all'interno della scheda testamentaria, ma sulla base delle sole norme che regolano la successione legittima[25].

Potrebbe, infatti, accedere che, nonostante la presenza di un valido testamento, gli eredi abbiano interesse a devolvere l'asse ereditario secondo legge e non già a partire dalle disposizioni di ultima volontà dettate dal *de cuius*.

La nostra indagine richiede preliminarmente l'analisi di un aspetto fondamentale dal quale deriva poi la scelta in ordine all'ammissibilità o meno della pattuizione in esame.

In particolare, è necessario approfondire le considerazioni appena svolte sulla finalità gli interessi a cui tende la pubblicazione del testamento olografo.

Fino al momento in cui la scheda non viene pubblicata, rimane generalmente "chiusa in un cassetto". Tuttavia, ci si interroga: chi è legittimato a "liberare la scheda dal cassetto"?

22 Santarcangelo, G.: "Il testamento olografo", in Iberati, L: *Testamento e patti successori*, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 227.

23 Mascheroni, A.: "La non pubblicazione", cit., p. 182.

24 Sull'autonomia privata ed il suo riconoscimento giuridico, si v. Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1952, p. 39.

25 Il patto di non pubblicare il testamento olografo può essere concluso dai soggetti interessati anche verbalmente nel caso in cui nell'asse ereditario non siano compresi beni immobili per i quali è necessaria la trascrizione ai fini dell'opponibilità dell'acquisto nei confronti dei terzi. Detto patto, avente ad oggetto un'obbligazione di non *facere*, per essere valido richiedere la partecipazione di tutti i soggetti coinvolti, cioè interessati alla successione.

Analizzando la formulazione letterale dell'art. 620 cod. civ., emerge la distinzione tra obbligo di deposito[26] e pubblicazione. Il comma primo, della norma da ultimo citata, infatti, prevede che "chiunque è in possesso di un testamento olografo deve presentarlo ad un notaio per la pubblicazione". Mentre per quanto concerne la pubblicazione è utilizzata l'espressione "chiunque crede di avervi interesse".

Pertanto, per il deposito del testamento si prescinde dall'esistenza di un interesse del depositante.

Al contrario, per la pubblicazione si richiede la presenza di un interesse, anche per ragioni di opportunità e per evitare la pubblicazione di testamenti che talora potrebbero persino essere stati precedentemente revocati dal testatore[27]. Interesse questo che, come già evidenziato, non può dirsi circoscritto ai soli soggetti contemplati nella scheda testamentaria.

Partendo da tale presupposto, poiché la conoscenza della disposizione testamentaria ha portata generale, si deve necessariamente dedurre che essa soddisfi un interesse sottratto alla disponibilità delle parti. Interesse che, in quanto generale, non può essere in alcun modo escluso sulla base di un mero accordo tra privati.

A ciò si aggiunga la sacralità che assumono le ultime volontà del testatore contenute nella scheda testamentaria.

Infatti, se si ammettesse la validità dell'accordo col quale si scelga di non rendere pubbliche le disposizioni di ultima volontà del testatore, devolvendo l'asse in maniera diversa rispetto a quanto prospettato dal *de cuius*, non si farebbe altro che violare il principio della sacralità della volontà testamentaria accolto nella nostra tradizione giuridica e che certamente rappresenta un cardine del sistema successorio.

L'accordo con il quale i soggetti interessati alla successione convengono di non dare esecuzione, in ogni caso e senza alcuna valutazione degli interessi in gioco nella fattispecie concreta, alle ultime volontà manifestate dal *de cuius* all'interno del testamento deve, ad avviso di chi scrive, considerarsi nullo per illeceità della causa[28].

26 Navarra, C.: *La pubblicazione*, cit., p. 60, il quale evidenzia che a carico del possessore della scheda testamentaria non vi è un onere, ma un vero e proprio obbligo di presentarla al notaio, non appena avuto notizia della morte del testatore. Tale obbligo, però, non è accompagnato da alcuna sanzione per l'ipotesi di ritardo o inadempimento.

27 Navarra, C.: *La pubblicazione*, cit., p. 47.

28 In questi termini Natale, A.: "La rilevanza dell'errore nella divisione transattiva", *Famiglia persone e* successioni, 2007, p. 44. *Contra* si v. Azzariti, G.: *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del codice civile*, Esi, Napoli, 1990, p. 434, nota n. 188, nella quale l'Autore sostiene la validità di un contratto di divisione realizzato senza la preventiva pubblicazione del testamento.

Tuttavia, è opportuno precisare che la conclusione qui sostenuta non può considerarsi come valida in senso assoluto, giacché vi sono delle ipotesi particolari in cui la validità del patto non è contestabile.

Ci riferiamo all'ipotesi del testamento col quale il *de cuius* opera una ripartizione dell'asse ereditario in base alle norme che regolano la successione legittima. Cioè, in altri termini, all'ipotesi in cui il testatore divide il patrimonio ereditario tra gli eredi legittimi in proporzione alle quote previste dalla vocazione *ex lege*.

In siffatta ipotesi, non può dubitarsi della validità del patto col quale gli eredi contemplati nel testamento e più in generale tutti coloro che siano interessati alla successione del *de cuius* decidano di non procedere alla sua pubblicazione.

Un siffatto accordo potrebbe essere funzionale a conseguire un vantaggio di natura economico. Poichè evitando le spese relative alla pubblicazione del testamento gli interessanti alla successione e tra questi gli eredi realizzano un effettivo risparmio.

In tal senso va considerato che un accordo di questo tipo non sacrificherebbe in alcun modo le ultime volontà del *de cuius*, atteso che l'asse verrebbe comunque devoluto conformemente a quanto da questi stabilito e cioè secondo le quote della vocazione *ex lege*.

Altra ipotesi, in cui può sostenersi la validità di un patto di non pubblicazione del testamento olografo, riguarda le disposizioni a contenuto non patrimoniale inserite nella scheda testamentaria, salvo quanto si dirà in seguito.

In questi casi gli interessati alla successione e tra questi particolarmente gli eredi legittimi, di comune accordo, possono scegliere di non pubblicare il testamento.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di una scheda testamentaria recante al proprio interno espressioni c.d. "infamanti" o c.d. "canzonatorie".

Invero, nel caso in cui il testamento contenesse solo disposizioni a contenuto non patrimoniale verrebbe meno l'eventuale illeceità della causa del patto di non pubblicazione nei termini esposti.

La successione del *de cuius* sarebbe, infatti, in tal caso, regolata sulla base delle norme che disciplinano la successione legittima[29].

29 Si pensi all'ipotesi in cui il testamento contenga una disposizione infamante, sia essa a titolo universale che particolare. In questo caso, il patto di non pubblicazione potrebbe essere un valido strumento nelle mani degli eredi per evitare l'obbligo al risarcimento dei danni conseguenti alla pubblicazione della scheda testamentaria nella quale la disposizione è contenuta. Cfr. in tal senso Trabucchi, A.: "Ancora sulla capacità a fare testamento", *Giurisprudenza italiana*, 1961, n. 1, c. 1304, in cui si afferma: "Il testamento deve essere considerato il regno dell'arbitrio, e una disposizione che favorisca un capriccio, non è meno valida, e

In questa fattispecie, il patto di non pubblicazione del testamento olografo non recante disposizioni attributive ma contenente solo espressioni infamanti o canzonatorie sarebbe da ritenersi pienamente ammissibile.

Con riferimento alla fattispecie da ultimo considerata, la validità del patto di non pubblicare trova conferma normativa nell'ultimo capoverso dell'art. 620 cod. civ., che ammette la possibilità, qualora il testamento sia stato effettivamente pubblicato di ottenere, mediante provvedimento dell'autorità giudiziaria, la cancellazione dei periodi o frasi non aventi carattere patrimoniale dal testamento[30].

Cioè, in altri termini, si consente la possibilità di cancellare all'interno del testamento frasi o periodi non aventi natura attributiva ma che talora possano essere contrari all'ordine pubblico ed al buon costume.

Tuttavia, va ricordato che, come già accennato, non di tutte le disposizioni testamentarie a contenuto non patrimoniale può omettersi la pubblicazione.

Si pensi, ad esempio, ad un testamento che contenga una dichiarazione di riconoscimento di figlio naturale.

La mancata pubblicazione pregiudicherebbe il riconoscimento figlio e ciò in evidente contrasto col principio generale d'irrevocabilità del riconoscimento del figlio naturale realizzato mediante testamento.

Oppure, ad esempio, si consideri l'ipotesi del testamento nullo.

E', infatti, noto che finanche il testamento nullo possa essere eseguito. In tal senso, si consideri che lo stesso legislatore, ai sensi e per gli effetti dell'art. 590 cod. civ., prevede la possibilità per gli eredi, i quali riconoscono la causa di nullità dell'atto di ultima volontà, di sanarlo mediante esecuzione volontaria.

Si aggiunga infine che, nelle ipotesi innanzi individuate, per le quali può sostenersi l'ammissibilità del patto di non pubblicare, ai fini della validità dello

giuridicamente giustificata della disposizione più santa; nessun negozio è più aperto alla scelta individuale dei motivi, diciamo pure dell'arbitrio, come il testamento"; Giampiccolo, G.: *Il contenuto*, cit., p. 242, nota 42.

30 Il legislatore con la norma di cui all'art. 620 cod. civ., ultimo capoverso, ha voluto evitare che attraverso la pubblicazione del testamento vengano diffuse espressioni che dovrebbero essere, invece, tenute riservate, in quanto integranti reati di ingiuria e diffamazione. In tal senso si v. Branca, G.: *Dei testamenti,* cit., p. 143, in cui si legge: "affermazioni non offensive per terzi, ma rivelatrici di intimità familiare da non stendere all'aria come panni lavati o rilevatori di segreti, che è bene restino tali per la gente, possono essere tagliate". Tuttavia, lo stesso Autore da ultimo citato sembra ammettere la validità del patto di non pubblicazione quando le offese sono così collegate alla disposizione tanto da non potere essere cancellate senza occultare anche la volontà del testatore. La giurisprudenza si è occupata raramente del problema *de quo*. In questi termini si segnala Pret. Roma 28 gennaio 1952, *Foro Italiano*, 1952, voce "Testamento", n. 43, in cui si è affermato che vanno cancellate le disposizioni non patrimoniali che contengono divulgazione di fatti intimi. Non rientrano tra le disposizioni a carattere intimo quelli aventi ad oggetto il riconoscimento di figlio naturale.

stesso, si richiedere l'accordo di tutti i soggetti interessati alla successione del *de cuius*.

Pertanto, non solo dei soggetti espressamente considerati dal *de cuius* nel testamento e quindi interessati alla devoluzione testamentaria dell'asse, ma anche degli eredi *ex lege*, dei legatari e dei debitori del patrimonio ereditario ed eventualmente, se persona diversa da coloro già citati, anche del terzo possessore della scheda testamentaria[31].

In caso contrario, l'accordo, così come innanzi prospettato, non pare attuabile.

Anzi, il comportamento del possessore del testamento che occulti la scheda testamentaria, all'insaputa degli altri soggetti interessati alla devoluzione dell'asse ereditario, potrebbe integrare gli estremi del reato di cui all'art. 490 cod. pen., nell'ipotesi in cui detto comportamento sia stato posto in essere col fine specifico di procurare a sé o ad altri un vantaggio o anche di recare un danno[32].

Affinchè la condotta sia perseguibile penalmente è necessario che l'occultamento del testamento sia stato posto in essere dal possessore della scheda all'insaputa degli altri soggetti interessati alla devoluzione dell'asse.

Solo in questa ipotesi, infatti, sarebbe configurabile il dolo specifico quale elemento per aversi il reato di cui alla norma da ultimo citata.

Con riferimento all'ipotesi considerata, in particolare, il dolo consisterebbe nella consapevolezza che, in conseguenza della condotta illecita, il testamento occultato o soppresso non potrà essere reso conoscibile e pertanto, reso pubblico nei confronti sia dei soggetti contemplati nella scheda testamentaria, sia dei soggetti eventualmente interessati alla successione, sia della collettività in generale, stante l'interesse generale alla pubblicazione di cui già si è fatto cenno.

Ulteriore aspetto è dato dal rapporto tra il patto di non pubblicazione della scheda testamentaria olografa e l'indegnità a succedere.

31 Branca, G.: *Dei testamenti*, cit., p. 87.

32 Gradassi, F.: "Il patto di non pubblicare il testamento olografo", *Rivista del notariato*, 1994, p. 1014. In giurisprudenza cfr. Cass. 16730/1983, in cui si sostiene che l'erede testamentario che distrugge il testamento olografo è punibile, ai sensi dell'art. 490 cod. pen., sulla base del presupposto che, non avendo il potere esclusivo di disposizione, non ha il diritto di distruggere il testamento stesso, ma è, anzi, tenuto alla pubblicazione del medesimo; Cass. pen. 7 luglio 1983, *Rivista penale*, 1984, p.. 401, in cui si afferma che "L'erede testamentario, che sopprima il testamento olografo, risponde del reato punito dall'art. 490 cod. pen. L'erede, infatti, abbia o meno accettato l'eredità, non ha diritto di distruggere il testamento stesso, del quale non ha potere esclusivo di disposizione, ma è tenuto viceversa a provvedere a renderlo pubblico, appena abbia notizia della morte del testatore"; Cass pen 24 gennaio 1989, in *Rivista penale*, 1900, p. 173. Cendon, P.: *Commentario al codice civile, artt. 456-712*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1137, il quale rileva che secondo parte della dottrina l'ipotesi penalmente rilevante di cui agli artt. 490 – 491 cod. pen. Sarebbe configurabile nel solo caso in cui il testamento non venga presentato per la pubblicazione entro il termine stabilito dal giudice.

L'atto di celare la scheda testamentaria posto in essere dal possessore di questa potrebbe essere presupposto dell'indegnità di cui all'art. 463, n. 5, cod. civ.

Si è utilizzata intenzionalmente un'espressione dubitativa poiché, ad avviso di chi scrive, nel caso di specie, non è configurabile alcuna forma di indegnità.

L'art. 463, n. 5, cod. civ., considera indegno "*chi ha soppresso, celato, o alterato il testamento dal quale la successione sarebbe regolata*".

In *thesi*, il patto di non pubblicare configura un'ipotesi di celamento del testamento riconducibile alla fattispecie di indegnità contemplata dalla norma di cui ante.

Tuttavia, da un'analisi più dettagliata fondata sulla *ratio* posta a fondamento delle disposizioni relative all'indegnità a succedere sembra derivano conseguenze diverse[33].

L'indegnità è, infatti, una sanzione civilistica, il cui scopo è quello di evitare la successione di colui che si è reso responsabile di una condotta riprovevole nei confronti del *de cuius*.

A ben vedere, nelle ipotesi innanzi analizzate, nelle quali si è ammessa la validità del patto, non si verificano gli estremi della condotta che il legislatore intende civilisticamente punire.

Tutte le parti interessate alla successione del *de cuius* sono pienamente consapevoli dell'esistenza del testamento e tutte manifestano espressamente consenso ad assumere l'obbligo di non presentare la scheda ai fini della pubblicazione.

Dunque, quando tutti i soggetti interessati convengono di non pubblicare il testamento olografo, dando, al contempo, esecuzione alla volontà del *de cuius*, al fine di realizzare un risparmio di spesa, non si configurerebbe alcuna ipotesi di indegnità, dato che la volontà testamentaria non verrebbe disattesa[34] ma eseguita senza far ricorso alla pubblicazione del testamento stesso.

33 Cass. 30 maggio 1984, n. 3309, *Foro italiano*, 1984, voce, "successione ereditaria", n. 28; *Massimario di giurisprudenza italiana*, 1984, ove si esclude che la violazione dell'obbligo di pubblicazione può dar luogo a indegnità: "Affinchè determini indegnità a succedere, il fatto della soppressione o dell'alterazione del testamento, ovvero del suo celamento (peraltro non ravvisabile nella violazione dell'obbligo *ex* art. 62 cod. civ. del possessore di testamento olografo di presentarlo ad un notaio per la pubblicazione appena avuta notizia della morte del testatore), deve incidere, non sul testamento invalido, ma su un atto destinato a regolare la successione, e cioè, su uno scritto che per i suoi requisiti intrinseci ed estrinseci sia un testamento efficiente, diretto a stabilire o modificare o completare le ultime volontà del testatore sia in ordine alla chiamata a succedere, sia circa la disposizione dei beni".

34 Gradassi, F.: "Il patto", cit., il quale ammette la validità del patto di non pubblicare anche nel caso in cui i soggetti interessati alla successione intendono realizzare una cessione di quota ereditaria. *Contra* si v. Marmocchi, E.: *Forma dei testamenti*, in Rescigno, P.: *Trattato breve delle successioni e donazioni*, Cedam,

L'indegnità è, invece, senza alcun dubbio, configurabile quando il testamento venga occultato e cioè venga tenuto nascosto agli altri soggetti interessati alla successione per realizzare un individuale vantaggio.

VI. CONCLUSIONI.

In conclusione, sebbene si riconosca una ammissibilità "marginale" di un siffatto patto, va osservato come sia sempre più frequente la stipula e come pertanto, fattispecie controverse si pongano sempre più spesso all'attenzione degli interpreti.

L'indagine fin qui condotta ci consente di sostenere che il patto di non pubblicare il testamento non può avere ad oggetto qualsiasi forma testamentaria ma solo esclusivamente uno o più testamenti olografi del medesimo testatore e purchè manifestino consenso tutti gli interessati alla successione e nel pieno rispetto del principio di sacralità delle ultime volontà del *de cuius*.

Viceversa, in tutti i casi in cui la scelta di non pubblicare violi la sacralità della volontà testamentaria, il patto deve ritenersi nullo.

Il patto deve ritenersi, altresì, non ammissibile quando la scheda testamentaria olografa sia in possesso del notaio, stante l'obbligo *ex lege* esistente in capo al notaio, di procedere alla pubblicazione anche in assenza di una parte richiedente.

Padova, 1996, p. 856, il quale non ritiene condivisibili le conclusioni cui è pervenuta la dottrina prevalente. Infatti, secondo l'Autore, se è vero che la norma che impone la pubblicazione è imperativa, il patto di non pubblicare il testamento olografo si pone, di per sé stesso, in contrasto con essa, senza che occorra indagare sulla liceità o meno dell'accordo. Sicché appare preferibile escludere la liceità del patto di non pubblicazione del testamento olografo.

BIBLIOGRAFIA.

Azzariti, F.S., Martinez, G., Azzariti, G.: *Successione per causa di morte e donazioni*, Cedam, Padova, 1977, p. 420.

Azzariti, G.: *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del codice civile*, Esi, Napoli, 1990, p. 434.

Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1952, p. 39.

Bianca, G.: *Dei testamenti speciali. Della pubblicazione dei testamenti olografi e dei testamenti segreti,* Zanichelli, Bologna, 1988, p. 128.

Bigliazzi Geri, L.: *Il testamento*, Giuffrè, Milano, 1976.

Bonilini, G.: *Il testamento. Lineamenti*, Cedam, Padova, 1995.

Branca, G.: *Dei testamenti speciali, dalla pubblicazione dei testamenti olografi e dei testamenti segreti*, Zanichelli, Bologna, 1988, p. 122.

Cariota Ferrara, L.: *Le successioni per causa di morte*, Esi, Napoli, 1962, p. 40.

Carresi, F.: "Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici", *Rivista di diritto civile*, 1957, p. 265.

Ciarleglio, M., Di Benedetto, G.: "Spigolature in tema di patto di non pubblicazione di testamento olografo", *Rivista Notarile*, 2013, n. 4, p. 13.

Cicu, A.: *Il testamento*, Giuffrè, Milano, 1945.

Criscuoli, G.: *Il testamento*, Giuffrè, Milano, 1970.

Delle Monache, S.: *Successione necessaria e tutela dei legittimari*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 4.

Gabrielli, G.: "L'oggetto della conferma ex art 590 c.c.", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,* 1964, p. 1421.

Gabrielli, G.: "Rapporti familiari e libertà di testare", *Familia*, 2001, p. 11.

Gangi, C.: *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1952.

Giampiccolo, G.: *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà,* Giuffrè, Milano, 1954.

Giuliani, A.: "Questioni in tema di pubblicazione di testamento olografi", *Rivista del notariato,* 1956, p. 423.

Gradassi, F.: "Il patto di non pubblicare il testamento olografo", *Rivista del notariato*, 1994, p. 1014.

Lipari, N.: *Autonomia privata e testamento*, Giuffrè, Milano, 1966.

Marmocchi, E.: *Forma dei testamenti*, in Rescigno, P.: *Trattato breve delle successioni e donazioni*, Cedam, Padova, 1996, p. 856.

Mascheroni, A.: "La non pubblicazione del testamento olografo per il patto tra eredi o per divieto del de cuius", *Notariato*, 2011, n. 2, p. 182.

Mengoni, L.: *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 45.

Natale, A.: "I vincoli dettati dal testatore alla pubblicazione della scheda", *Famiglia persone e successioni,* 2009, p. 990.

Natale, A.: "Il patto di non pubblicare il testamento", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, p. 162.

Natale, A.: "La rilevanza dell'errore nella divisione transattiva", *Famiglia persone* e successioni, 2007, p. 44.

Natale, A: "Il divieto di pubblicazione del testamento olografo", in Bonilini, G.: *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 743.

Navarra, C.: *La pubblicazione del testamento*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 48.

Pasetti, G.: *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Cedam, Padova, 1953.

Polastri Menni, M.: "Della pubblicazione del testamento olografo", *Rivista del notariato*, 1965, p. 272.

Ragazzini, L.: "Obbligo di pubblicazione e nullità dell'olografo", *Vita notarile*, 2001, p. 1517.

Santarcangelo, G.: "Il testamento olografo", in Iberati, L: *Testamento e patti successori*, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 227.

TRABUCCHI, A.: "Ancora sulla capacità a fare testamento", *Giurisprudenza italiana*, 1961, n. 1, c. 1304.

TRABUCCHI, A.: "L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative", *Rivista di diritto civile*, 1970, n. 1, p. 41.

IL DIRITTO DI ABITAZIONE DEL CONIUGE SUPERSTITE: IL SUPERAMENTO DEI CONFINI DELLA SUCCESSIONE TESTAMENTARIA

THE RIGHT OF RESIDENCE OF THE SURVIVING SPOUSE: OVERCOMING THE BOUNDARIES OF TESTAMENTARY SUCCESSION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2558-2579

Giuliano
MATTACE

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Al coniuge, come all'unito civilmente, sono riservati il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e il diritto di uso dei mobili che la corredano se di proprietà del de cuius o comuni. Tali ultimi diritti presentano aspetti peculiari, in quanto la riserva riguardo ad essi ha ad oggetto non una quota di beni, ma diritti reali limitati, configurando un'ipotesi di legati ex lege.

PALABRAS CLAVE: Diritto di uso e abitazione; coniuge; successione legittima; eredi; trascrizione.

ABSTRACT: *The spouse as well as the civilly united have the right of residence in the house used as a family residence and the right to use the furniture that accompanies it if owned by the deceased or municipalities. These latter rights have peculiar aspects as the reservation regarding them does not concern a portion of assets, but limited real rights, configuring a hypothesis of legacies pursuant to law.*

KEY WORDS: *Right of use and housing; spouse; legitimate succession; heirs; transcription.*

SUMARIO.- I. PREMESSA.- II. PRESUPPOSTI APPLICATIVI.- III. OGGETTO E CONTENUTO DEI DIRITTI DI ABITAZIONE ED USO.- IV. L'APPLICABILITA' DELL'ART. 540 COMMA 2 C.C. ALLA SUCCESSIONE LEGITTIMA.- V. MODALITA' DI DETERMINAZIONE DEI DIRITTI DI RISERVA *EX* ART. 540 C.C. NELLA SUCCESSIONE LEGITTIMA.- VI. PROFILI CRITICI ALLA RICOSCTRUZIONE DELLE SEZIONI UNITE.- VII. PROFILI CRITICI DI OPERATIVITA' DELLA NORMA NELLA SUCCESSIONE *AB INTESTATO*.- VIII. LA POSIZIONE DEL CONVIVENTE DI FATTO E DELL'UNITO CIVILMENTE.- IX. CAUSE ESTINTIVE DEI DIRITTI *EX* ART. 54O, SECONDO COMMA, C.C.- X. LA TRASCRIVIBILITA' DELL' ACQUISTO DEI DIRITTI DI ABITAZIONE E DI USO DA PARTE DEL CONIUGE SUPERSTITE.- XI. LA PROPOSTA DI RIFORMA FORMULATA DALLA COMMISSIONE SISDiC.- XII. CONCLUSIONI.

I. PREMESSA.

La disposizione di cui al comma 2 dell'art. 540 c.c. si inserisce nell'ambito del processo di riforma del diritto di famiglia operato con la L. n. 151/1975 il quale, in ossequio a principi e valori costituzionali[1], ha portato, in materia successoria, a sostituire il precedente usufrutto *uxorio* riservato al coniuge superstite su una parte del patrimonio del *de cuius,* con la spettanza ad esso della proprietà di una quota variabile dell'asse ereditario, nonché, in aggiunta i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni.

L'unico limite di carattere qualitativo all'autonomia negoziale del testatore si trova nelle norme che disciplinano la successione del coniuge superstite.

Anteriormente alla riforma del diritto di famiglia del 1975 al coniuge non era riservata una quota di eredità, ma solo il diritto di usufrutto, in omaggio ad una concezione compatibile con un'idea di famiglia basata sul vincolo di sangue.

Lasciare la residenza familiare al coniuge significava pregiudicare l'unità del patrimonio familiare.

Pertanto il legislatore aveva al coniuge superstite un diritto di usufrutto temporaneo, destinato a estinguersi alla sua morte nell'ottica di attribuire al coniuge superstite le risorse necessarie per far fronte agli ultimi anni della propria

1 Si è evidenziato in dottrina come la riforma della disciplina successoria in materia di diritti spettanti al coniuge superstite si sia posta in linea con la nuova concezione costituzionale della famiglia quale sede in cui si esplica la personalità dell'individuo ed in cui assumono rilievo non solo i vincoli di sangue, ma anche i legami affettivi, nonché quale luogo in cui si realizza una sostanziale uguaglianza patrimoniale tra tutti i componenti del nucleo familiare. Si veda su tutti Bonilini, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2022 p. 124 ss.

• Giuliano Mattace
Dottorando di ricerca Università degli studi di Perugia. E-mail: giulianomattace@gmail.com

vita e, allo stesso tempo, garantire l'integrità del patrimonio familiare, destinato a trasmettersi ai discendenti in linea retta.

Il tramonto della concezione romanistica della *familia,* basata sul solo vincolo di sangue, rendeva anacronistica la posizione del coniuge, "essendo indubbio che è la famiglia la sede principale in cui si esplica la personalità dell'individuo, ed essendo sicuro, inoltre, che meritano attenzione sia i vincoli di sangue, sia quelli di sentimento, particolarmente vissuti nel rapporto coniugale".

Tuttavia oggi viene ritenuto eccessivo il favore accordato al coniuge superstite, specialmente rispetto ai figli del *de cuius*.

Infatti occorre sottolineare i vantaggi che la posizione successoria del coniuge presenta rispetto alla posizione dei figli: il coniuge consegue in piena proprietà una quota almeno pari a quella dei figli e anche superiore se questi sono in numero maggiore a due ed inoltre il coniuge ha il diritto di cumulare alla quota di legittima[2] i diritti di abitazione e uso.

La *ratio* di tale normativa di favore è quella di consentire al coniuge di continuare a vivere nel luogo e fra i ricordi ove si è svolta la sua vita familiare.

Così ricostruita dal punto di vista dell'evoluzione storica la disciplina successoria del coniuge superstite, è possibile interrogarsi sulla natura giuridica di tale tipo di successione.

Una prima tesi dottrinale ritiene trattarsi di un legato: il coniuge superstite è titolare dei diritti di abitazione e di uso automaticamente al momento dell'apertura della successione, senza necessità di accettazione, anche ove rinunzi all'eredità.

Ove il coniuge sia a sua volta erede si configurerà un prelegato[3] *ex* art. 661 c.c., potendo il coniuge, quale coerede, prelevare dalla massa ereditaria, anteriormente alla divisione, i diritti in esame.

Seguendo un'altra tesi poco condivisibile, si tratterebbe di una successione a titolo universale su un bene determinato assimilabile all'*institutio ex re certa*.

2 Nell'ambito della vasta bibliografia in tema, si indicano qui, senza alcuna pretesa di completezza: Andrini, M. C.: Voce *Legittimari*, *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990; Azzariti, G.: "Successione dei legittimari e successione dei legittimi", *Giur. sist. civ.* e *comm*., Torino, 1997; Mengoni, L.: *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, *Tratt. dir. civ.* e *comm*., Milano, 2000; Capozzi, G.: *Successioni* e *donazioni*, Milano, 2002; Bianca, C. M.: *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005; Poletti, A.: "A proposito del diritto di abitazione del coniuge superstite", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 403; Spatuzzi, A.: "Confini applicativi ed interpretativi ai diritti di abitazione ed uso del coniuge superstite", *Notariato*, 2021, II, p. 188 ss.

3 "Ritengo trattarsi di prelegato" Ravazzoni, A.: "I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite", *Dir. fam.* e *pers*., 1978, p. 233 ss. Così, anche, Carraro, L.: *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979, p. 114 ss. Densa di originalità la tesi sostenuta da Cantelmo, V. E.: "La situazione giuridica del coniuge superstite", *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 52.

Tale ricostruzione non considera però che l'acquisto dei diritti in esame avviene automaticamente al momento dell'apertura della successione a titolo particolare *ex* art. 649 c.c.

Secondo un altro orientamento infine i diritti di cui all'art. 540 c.c., comma 2, formerebbero oggetto di una c.d. successione anomala, in deroga al principio di unità secondo cui tutti i beni della massa ereditaria sono sottoposti alla medesima disciplina successoria.

II. PRESUPPOSTI APPLICATIVI.

L'attribuzione dei diritti di abitazione e di uso presuppone che la casa adibita a residenza familiare sia di proprietà del defunto, o comune, al momento dell'apertura della successione.

Sotto il profilo oggettivo[4] la norma è interpretata nel senso di ricomprendere qualunque diritto reale a contenuto più esteso di quelli di abitazione e di uso[5].

Incertezze interpretative riguardano, invece, i profili soggettivi.

La norma richiede che la casa adibita a residenza familiare e i mobili che la corredano siano di proprietà esclusiva del defunto o comuni[6].

Il legislatore si è riferito all'ipotesi più semplice, ossia quella di comproprietà[7] tra i coniugi[8].

Occorre, però, tenere presente la differente ipotesi in cui la casa ed i mobili siano in comproprietà con un terzo.

4 Cfr. Perego, E.: "I presupposti della nascita dei diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite", *Riv. dir. civ.*, 1980, p. 707 ss.

5 Falzone Calvisi, M. G.: *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, Napoli, 1979, p. 132; Gargano, A.: "Il coniuge superstite: un erede scomodo? I diritti di uso e abitazione", *Riv. Not.*, 1980, p. 1623. In maniera parzialmente diversa Perego, E.: "I diritti di abitazione ed uso spettanti al coniuge superstite", *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 556 ss.; il quale precisa che il diritto di abitazione non sorga qualora il coniuge defunto abbia donato a terzi l'immobile.
Nel merito, poi, v. Trib. Taranto, 4 settembre 1991, *DeJure online,* la quale riconosceva i diritti al coniuge nei limiti e in ragione della quota del *de cuius*: "quando oggetto del diritto di abitazione riconosciuto dall'art. 540 c.c. al coniuge superstite sulla casa adibita a residenza familiare è un immobile di cui il defunto era titolare non esclusivo ma insieme ad altri tale diritto trova limite ed attuazione in ragione della quota di proprietà del coniuge defunto".

6 In giurisprudenza, cfr. Corte d'Appello Cagliari, 26 settembre 2005, *DeJure online*.

7 Altra questione, inerente alla menzionata parte del comma secondo dell'art. 540, su cui si sono registrate opinioni contrastanti in dottrina ha riguardato la applicabilità della disposizione al caso in cui il coniuge defunto risulti titolare di altro diritto reale, diverso dal diritto di proprietà, ma comunque con contenuto più ampio di quello di abitazione, come nell'ipotesi del diritto di usufrutto.

8 Critico verso il favorevole trattamento successorio del coniuge, giudicato eccessivamente penalizzante per gli altri familiari, si è mostrato: Mengoni, L.: *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit, p. 148 ss., il quale cita, come esempio da imitare, la legge tedesca.

Parte della dottrina ritiene che la contitolarità cui fa riferimento l'art. 540 c.c. ricomprenda anche questo caso, dato che il diritto del terzo comproprietario rimane comunque impregiudicato[9].

Per altra parte della dottrina, e per la giurisprudenza più recente, è inammissibile che il terzo comproprietario trovi la sua quota gravata di un diritto reale spaziale.

Si osserva, infatti, che i diritti di abitazione e di uso possono trovare concreta realizzazione solo se la casa e l'arredamento appartenevano al *de cuius,* oppure in comunione a quest'ultimo e all'altro coniuge.

Ove per l'indivisibilità dell'immobile questo sia assegnato ad altro condividente, o si proceda alla vendita all'incanto, al coniuge deve attribuirsi l'equivalente monetario di quei diritti[10].

III. OGGETTO E CONTENUTO DEI DIRITTI DI ABITAZIONE ED USO.

Oggetto del diritto di abitazione è la casa adibita a residenza familiare, identificata con il luogo in cui si è svolta prevalentemente la vita familiare fino alla morte[11].

Oggetto del diritto di uso è qualsiasi cosa mobile che si trovi all'interno della casa in funzione dell'abitare.

Sono esclusi quei beni che, pur destinati alla funzione dell'arredare, costituiscono in realtà forme di investimento o strumenti per l'attività lavorativa, in relazione al tenore di vita della famiglia ed alla professione svolta dal coniuge[12].

Occorre evidenziare che i diritti di cui all'art. 540, comma 2, c.c. siano gli stessi diritti previsti dagli artt. 1021 ss. c.c.

Da questo consegue, per alcuni autori, la diretta applicabilità della disciplina generale dei diritti in questione.

Per altri la *ratio* ispiratrice dell'art. 540, comma 2, c.c., che si esprime nella protezione di interessi affettivi ed etici, oltre che economici, impedisce l'applicazione

9 Cass. civ., 22 luglio 1991, n. 8171, *DeJure online*: "i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare, previsti in favore del coniuge superstite, presuppongono per la loro concreta realizzazione l'appartenenza della casa e del relativo arredamento al *de cuius* o in comunione a costui e l'altro coniuge, non potendo estendersi a carico di quote di soggetti estranei all'eredità nel caso di comunione degli stessi beni tra il coniuge defunto e tali altri soggetti".

10 Musolino, G.: "Diritti di abitazione e di uso in favore del coniuge superstite", *Riv. Not.*, 2005, p. 632 ss. In giurisprudenza su tutte, v. Cass. civ., 27 febbraio 1998, n. 2159, *DeJure online*.

11 Musolino, G.: "Diritti di abitazione", cit., p. 644 ss.

12 Ferri, L.: "I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 372 ss.

degli artt. 1021 e 1022 c.c. nella parte in cui limitano la misura dei predetti diritti ai bisogni del titolare e della sua famiglia.

Il diritto che si acquista dal coniuge per successione appare definito dalla misura in cui la casa era destinata alla residenza familiare.

Pertanto il coniuge[13] non può essere costretto a ridurre l'esercizio del suo diritto alla parte dell'immobile sufficiente a soddisfare il suo bisogno abitativo[14].

Altra parte della dottrina ritiene, al contrario, che il diritto di abitazione dovrebbe essere riconosciuto al coniuge superstite limitatamente ai bisogni suoi e della sua famiglia[15].

Infatti il diritto deve corrispondere allo stato di fatto esistente al momento dell'apertura della successione.

Quanto al divieto di alienare o dare in locazione i diritti di abitazione e di uso, previsto in generale dall'art. 1024 c.c. la dottrina lo ritiene per lo più applicabile anche ai diritti spettanti al coniuge superstite: come è stato chiarito anche dalla giurisprudenza di legittimità[16], in quanto l'art. 1024 c.c. non è norma di ordine pubblico, essa può essere derogata per accorda tra il nudo proprietario e l'abitatore[17].

IV. L'APPLICABILITA' DELL'ART. 540 COMMA 2 C.C. ALLA SUCCESSIONE LEGITTIMA.

Le Sezioni Unite della Cassazione si inseriscono nel dibattito dottrinario precedentemente esposto, rafforzando ulteriormente la ricostruzione secondo cui la successione del coniuge superstite nei diritti di abitazione e di uso darebbe vita ad un prelegato *ex lege*.

13 Sulla pari dignità sociale e sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, Perlingieri, P.: *Riflessioni «sull'unità della famiglia»*, *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, p. 9 ss. Più diffusamente, Id: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2001, p. 111 ss.

14 Bianca, C. M.: *La proprietà*, Milano, 2016, p. 634 ss.

15 Cass. civ., 13 marzo 1999, n. 2263, *DeJure online*, p. 237: "ai diritti reali di abitazione della casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la arredano, attribuiti al coniuge superstite dall'art. 540, comma 2, c.c. non si applicano gli artt. 1021 e 1022 c.c. nella parte in cui limitano il diritto in relazione al fabbisogno del titolare"; Trib. Palermo, 13 giugno 2003, *ivi*: "in caso di diritto di abitazione attribuito al coniuge superstite non si applicano gli artt. 1021 e 1022 c.c. nella parte in cui limitano il diritto di abitazione al fabbisogno del titolare".

16 Cass. civ., 31 luglio 1989, n. 3565, *DeJure online*: "Il divieto di cessione dei diritti di uso e di abitazione, sancita dall'art. 1024 c.c., non è di ordine pubblico e pertanto può essere oggetto di deroga ove espressamente convenuta tra il proprietario costituente e l'usuario, senza che la stessa possa desumersi, implicitamente, per il solo fatto che questo ultimo, violando la norma, ceda il suo diritto a terzi".

17 Mengoni, L.: *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., p. 188 ss.

La Suprema Corte era stata chiamata a dissipare i dubbi circa l'applicazione, nell'ambito della successione *ab intestato*, della disciplina a tutela dei legittimari e, in caso di soluzione affermativa, dei criteri di determinazione dei diritti *ex* art. 540 comma 2 c.c.

Le Sezioni Unite confermano la tesi della piena estensione applicativa della disciplina in tema di successione necessaria anche nell'ambito della successione legittima.

Il dubbio si era posto alla luce di un'analisi ragionata della disciplina delle successioni complessivamente considerata al fine di trovare una coerenza di sistema.

Nello specifico i dubbi in merito erano frutto di una lettura sistematica delle norme contenute negli artt. 581 e 582 c.c., dalla norma dedicata alla successione del coniuge putativo *ex* art. 584 c.c. e, in ultimo, dalla normativa sui diritti riservati ai legittimari *ex* art. 540 c.c.

Dal confronto tra queste norme era evidente che, mentre in tema di successione del coniuge putativo il legislatore richiamava espressamente l'art. 540 comma 2 c.c., un medesimo richiamo ai diritti *ex* art. 540 comma 2 c.c., disciplinata dalla norma contenuta nel capo dedicato ai legittimari, non si rinviene nelle disposizioni in tema di successione legittima.

Questo si prestava a due diverse interpretazioni: una lettura concludeva per l'inapplicabilità nell'ambito delle successioni legittime della disciplina a tutela dei legittimari; una diversa interpretazione maggiormente garantista, superando il dato formale-letterale in chiave di coerenza sistematica, concludeva per l'applicabilità nell'ambito delle successioni legittime della disciplina a tutela dei legittimari.

Successivamente a fugare ogni dubbio è intervenuta la Corte Costituzionale[18], che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 581, 582 c.c. per violazione del principio di uguaglianza.

Ad avviso della Corte Costituzionale la piena applicazione dei diritti di riserva *ex* art. 540 c.c., anche in tema di successione legittima è già diritto vivente, nonostante il mancato richiamo espresso.

Secondo la Corte il mancato richiamo all'art. 540 c.c. da parte dell'art. 581 c.c. non sarebbe una disattenzione del legislatore, bensì avrebbe l'implicita intenzione di specificare che i diritti in esame competono al coniuge unicamente nella sua qualità di legittimario e non prescindendo da essa.

18 In tal senso Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, *Foro it.*, 1991, I, C. 466.

Ragionando diversamente, infatti, il coniuge putativo godrebbe, ai fini successori, di un trattamento migliore rispetto al coniuge legato da vincolo matrimoniale valido.

V. MODALITA' DI DETERMINAZIONE DEI DIRITTI DI RISERVA *EX* ART. 540 C.C. NELLA SUCCESSIONE LEGITTIMA.

A questo punto occorre interrogarsi sulla modalità di calcolo dei diritti di abitazione e di uso che spettano al coniuge superstite[19].

Come vedremo tale questione riveste un'importanza non solo teorica, ma anche pratica, di notevole importanza.

Un primo indirizzo sostiene l'applicazione dell'art. 553 c.c., norma di collegamento tra la successione legittima e la successione necessaria, che dispone, in caso di concorso di legittimari con altri successibili, la riduzione proporzionale delle porzioni di questi ultimi nei limiti in cui è necessario per integrare la quota riservata ai legittimari.

Tali diritti devono essere attribuiti in aggiunta alla quota di riserva con la conseguenza che essi gravano sulla disponibile. Tuttavia l'eventuale dispensa dall'imputazione per tali attribuzioni opererà solo nei limiti della disponibile, cosicché, qualora tali diritti oltrepassino la quota disponibile, essi potranno incidere sulla legittima dei figli solo dopo che la legittima del coniuge si sia rivelata insufficiente a soddisfarli. Nell'ipotesi invece che il valore della quota *ab intestato* risulti superiore rispetto alla quota di riserva maggiorata del valore dei diritti di abitazione ed uso, i diritti del coniuge troveranno realizzazione automatica nella quota a lui spettante in base alla successione legittima.

Secondo un altro orientamento, i diritti di abitazione e di uso del coniuge si configurerebbero nella successione legittima come prelegati, cumulandosi alla sua quota come prevista dagli artt. 581, 582 c.c.

Pertanto il valore capitale di tali diritti attribuiti al coniuge viene detratto dalla massa ereditaria, che poi viene divisa tra tutti i coeredi secondo le norme della successione legittima, non tenendo conto, di conseguenza, di tale attribuzione.

La Corte di Cassazione, con la pronuncia a Sezioni Unite del 27 febbraio 2013, n. 4847, ha ritenuto che i diritti in esame vadano attribuiti al coniuge nella

19 Tedesco, V. G.: "I diritti di abitazione del coniuge superstite nella successione legittima", *Giust. civ.*, 2010, p. 383 ss.

successione legittima in aggiunta alla quota a lui spettante ai sensi degli artt. 581 e 582 c.c. secondo un meccanismo assimilabile al prelegato.

Secondo i giudici della Suprema Corte non è condivisibile l'impostazione che, partendo dall'art. 553 c.c., disciplina il concorso tra legittimari ed eredi legittimi prevedendo la riduzione proporzionale delle porzioni spettanti a questi ultimi sull'asse ereditario nei limiti in cui è necessario per integrare le quote riservate ai primi, in quanto i diritti di abitazione ed uso sono comunemente assimilati a legati o prelegati *ex lege* e dunque non si configurano quali quote.

La suddetta riduzione delle porzioni degli eredi legittimi *ex* art. 553 c.c. opera poi sul piano quantitativo, mentre il riconoscimento al coniuge dei suddetti diritti si realizza in senso qualitativo con l'attribuzione ad esso di un bene determinato e quindi con la preclusione per gli altri eredi del godimento della casa già adibita a residenza familiare dei coniugi.

Inoltre, secondo la Corte, vi sarebbe una parziale incompatibilità tra gli artt. 553 c.c. e 540 c.c.: la prima disposizione prevede che, nel determinare la quota riservata ai legittimari al fine della eventuale riduzione proporzionale delle porzioni spettanti agli eredi legittimi, i legittimari devono imputare alla quota riservata il valore delle donazioni o dei legati ricevuti dal defunto, mentre l'art. 540 comma 2 c.c., nel disporre che tali diritti gravano anzitutto sulla disponibile, ha previsto una dispensa da tale imputazione.

L'orientamento che, quindi, prospetta l'attribuzione dei diritti in questione al coniuge nella successione legittima ai sensi dell'art. 540 comma 2 c.c., legittimando tale assunto sulla base della norma di raccordo di cui all'art. 553 c.c. tra successione legittima e successione necessaria, non sembra farsi carico di tale difficoltà di coordinamento.

La Corte di Cassazione ritiene che le modalità di attribuzione dei diritti di abitazione ed uso nella successione legittima devono prescindere dal procedimento di imputazione previsto dall'art. 540 comma 2 c.c.

Pertanto i diritti in questione devono essere riconosciuti pienamente, con i conseguenti riflessi di carattere successorio in ordine alla effettiva consistenza patrimoniale dell'asse ereditario[20].

Di conseguenza, ai fini del calcolo di tali diritti, occorrerà stralciare il valore capitale di essi secondo modalità assimilabili al prelegato e, successivamente, dare luogo alla divisione tra tutti gli eredi, secondo le norme della successione legittima,

20 Rossi, T.: "*I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite tra incertezze applicative e prospettive di riforma*", *Annali Società degli studiosi del diritto civile, 7*, 2021 p. 99 ss.

della massa ereditaria, dalla quale viene detratto il suddetto valore, rimanendo compreso nell'asse il valore della nuda proprietà della casa familiare e dei mobili che la corredano.

VI. PROFILI CRITICI ALLA RICOSCTRUZIONE DELLE SEZIONI UNITE.

La ricostruzione della Suprema Corte non è pienamente condivisibile: non è convincente ritenere che i diritti di abitazione e di uso nella successione legittima debbano prescindere dal procedimento di imputazione dettato dall'art. 540, comma 2, c.c.

La Corte, inoltre, sembra trattare la successione necessaria come un *tertium genus* di vocazione, estendendo il criterio di calcolo previsto in tema di prelegato in netto contrasto con la lettera dell'art. 540, comma 2, c.c.

Non può, infatti, essere sottaciuto che la pronuncia della Corte limita fortemente l'autonomia testamentaria e, dunque, l'autonomia privata, facendo gravare i diritti di abitazione e di uso indistintamente sulla quota di tutti i successibili, tradendo la *ratio* dell'art. 540 secondo comma c.c.

È stato osservato acutamente da autorevole dottrina, ed in modo condivisibile, che un ragionevole bilanciamento dei princìpi costituzionali imporrebbe soluzioni diverse in presenza di figli e coniugi, capaci di valorizzare l'autonomia testamentaria quale strumento indispensabile per la realizzazione della personalità dell'individuo.

Risulta poco convincente anche il richiamo all'istituto del prelegato.

Ex art. 661 c.c., l'attribuzione ad uno dei coeredi grava proporzionalmente e indistintamente su tutti gli eredi, mentre nella fattispecie *de quo* i diritti dovrebbero gravare in primo luogo, sulla quota di riserva del coniuge stesso e, in via subordinata sulla quota dei figli.

La soluzione più condivisibile sarebbe stata quella di calcolare la quota disponibile comprendendo i diritti di abitazione e di uso dei coniugi, seguendo il meccanismo dell' art. 540, comma 2, c.c.

Tale norma, del resto, istituendo una riserva qualitativa a favore del coniuge è applicabile a prescindere dal titolo legale o negoziale di vocazione.

VII. PROFILI CRITICI DI OPERATIVITA' DELLA NORMA NELLA SUCCESSIONE *AB INTESTATO*.

L'aspetto del nuovo trattamento successorio del coniuge, che è stato oggetto di maggiori incertezze, è quello riguardante il significato dell'assenza, nell'ambito delle norme regolanti la successione legittima, di una norma analoga a quella dell'art. 540, comma 2, c.c., dettata in materia di successione legittima.

Il legislatore richiama detta disposizione solo nell'art. 584 c.c., riguardante la posizione ereditaria del coniuge putativo. Questa lacuna normativa ha suscitato numerosi tentativi di soluzione.

Parte della dottrina riconduceva la problematica ad un semplice difetto di tecnica legislativa in cui era incorso il legislatore della riforma, deducendo la spettanza dei diritti di abitazione e di uso anche al coniuge non putativo, in aggiunta alla quota riconosciutagli quale erede legittimo: egli potrà ottenere quanto gli spetta mediante la riduzione automatica, in sede di divisione del compendio ereditario, delle altre quote[21].

Tuttavia, aderendo a tale soluzione, si lascerebbe aperto il campo ad inique sperequazioni a vantaggio del coniuge ed a scapito dei chiamati in concorso, specialmente se si tratti di altri legittimarii.

Deve convenirsi, dunque, con l'opinione maggioritaria, secondo cui l'omissione rilevata nel testo normativo si giustifica perfettamente all'interno del quadro globale del nuovo diritto successorio: si traduce nella precisa volontà legislativa di evitare che tali diritti pervengano al coniuge in aggiunta alle quote del patrimonio stabilite dagli artt. 581 e 582 c.c[22].

Occorre evidenziare come anche la giurisprudenza ha recepito le medesime conclusioni[23].

Pertanto, ove il coniuge risulti destinatario di una quota uguale o superiore rispetto alla sua riserva complessiva, da calcolarsi sommando il valore di quei diritti

21 Così, Azzariti, G.: "Il diritto di abitazione sulla casa già adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano da parte del coniuge superstite", *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2380 ss.

22 Un'autorevole conferma circa la correttezza dell'interpretazione contraria al cumulo dei diritti di abitazione ed uso alla quota intestata è venuta dalla Corte Costituzionale, che, rilevando la qualità di legittimario comunque riconosciuta all'attuale coniuge del *de cuius*, ha ritenuta manifestamente infondati i sospetti di incostituzionalità della disciplina in oggetto.
V. Corte cost., 5 maggio 1988, n. 527, *DeJure online*.

23 Cfr.: Cass., 6 aprile 2000, n. 4329, *DeJure online*; Corte d'Appello Roma, 7 novembre 2006, *ivi*; ha negato che i diritti di abitazione siano compresi nella quota intestata, spettante al coniuge, Cass., 5 maggio 2008, n. 11018, *ivi*.

alla porzione di cui al primo comma dell'art. 540 c.c., i diritti di abitazione ed uso si configurano in sede divisionale, come legati in conto alla quota intestata.

In caso contrario questi potrà pretendere, quale *minimum* dovuto, la riserva complessiva, senza necessità di agire in riduzione[24].

Quanto al funzionamento del meccanismo successorio in tale ultima ipotesi, se, da un alto, si afferma che la casa familiare cade in comunione fra tutti i chiamati, limitatamente alla nuda proprietà, dall'altro, si distingue a seconda che il coniuge concorra con legittimari o non legittimari e si ripropone, per la prima evenienza l'inquadramento dei diritti di abitazione ed uso nello schema del prelegato[25].

VIII. LA POSIZIONE DEL CONVIVENTE DI FATTO E DELL'UNITO CIVILMENTE.

La seconda decade del nuovo secolo è contrassegnata da importanti interventi normativi che hanno determinato il mutamento dello schema tradizionale dei rapporti affettivi, stemperando il legame tra matrimonio e famiglia. In particolare la l. n.76 del 2016 ha introdotto un nuovo istituto di diritto di famiglia, ovverosia le unioni civili fra persone dello stesso sesso e ha regolato l'istituto delle convivenze. Iniziando proprio da queste ultime la l. n.76 del 2016 afferma che si intendono conviventi di fatto "due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile", ove per l'accertamento della "stabile convivenza" si fa riferimento alla registrazione anagrafica, pur con l'avvertenza che tuttavia quest'ultima non è assorbente, ben potendo la convivenza essere dimostrata anche con altri strumenti.

Il legislatore, pur avendo previsto in capo ai conviventi una serie di diritti, tuttavia, non considera il convivente erede legittimo , per cui, salvo il caso di successione testamentaria e nei limiti di legge, non ha alcun diritto sull'eredità del partner.

Pertanto il rapporto di convivenza non attribuisce al convivente superstite un titolo idoneo a possedere o detenere l'immobile adibito a casa familiare, né

24 Tedesco, V. G.: "I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite nella successione legittima", *Giust. civ.*, 2001, II, p. 383 ss.
Per il principio generale, secondo cui se l'eredità è intestata, i legittimari cumulano il titolo della successione legittima e quello della successione necessaria, il primo assorbe il secondo, nella misura in cui risulti più favorevole v., Bonilini, G.: *Manuale di diritto ereditario*, cit., p. 186.

25 Si tratta della distinzione proposta da Mengoni, L.: *Successioni per causa di morte. Successione legittima,* cit., p. 180 ss., anche nell'ambito della successione necessaria.

il diritto di abitazione ex art. 540 c.c. comma 2, riservato al coniuge dalla legge ereditaria[26].

In caso di cessazione della convivenza per morte del convivente proprietario, si estingue anche il diritto avente ad oggetto la detenzione qualificata sull'immobile, così che nessuna pretesa può essere avanzata nei confronti degli eredi legittimi.

Egli, però, subentra nell'eventuale contratto di locazione del partner defunto e ha il diritto di abitazione della casa familiare per due anni o, se la convivenza dura da più di 2 anni, per un periodo pari alla durata della convivenza, ma non superiore a 5 anni (se il superstite ha figli minori o disabili, il diritto di abitazione dura almeno 3 anni).

Occupiamoci ora dell'unito civilmente. Pur nel contesto sociale e politico a tutti noto il legislatore ha raccolto la richiesta di tutela ricorrendo a un istituto del tutto nuovo che replica lo schema tipico del matrimonio e ad esso in gran parte si richiama, stabilendo analoghi diritti e obblighi reciproci ad eccezione del dovere di fedeltà.

L'unione civile è a tutti gli effetti un istituto analogo al matrimonio e quindi idonea a conferire alle parti dell'unione uno *status.*

Questo è confermato, oltre che dalle evidenti similitudini, anche dal comma 20 della legge che introduce la cd. clausola di equivalenza, per cui tutte le norme che contengono la parola nozze, moglie, marito o coniuge, vengono applicate anche all'unione civile.

Come per il coniuge quindi l'unito civilmente è erede necessario, quindi, per legge, ha diritto ad una quota dell'eredità di quest'ultimo; ha diritto alla pensione di reversibilità e subentra nel contratto di locazione del defunto e, per quello che qui ci interessa, ha il diritto di abitazione della casa coniugale *ex* art.540.

IX. CAUSE ESTINTIVE DEI DIRITTI *EX* ART. 540, SECONDO COMMA, C.C.

Ulteriori questioni sorgono in relazione all'applicabilità ai diritti *de quo* dell'art. 1026 c.c., che richiama, con riguardo a cause di estinzione, le disposizioni sull'usufrutto ove compatibili.

La dottrina maggioritaria ritiene tuttavia inapplicabili l'abuso e la prescrizione ventennale, in quanto si introdurrebbero limiti non contemplati dalla legge[27].

26 Crotti, L.: "*La casa coniugale e del convivente: profili successori", Vita Notarile*, 2, 2016, p. 939 ss.

27 Mirone, A.: *I diritti successori del coniuge*, Napoli, 1984, p. 139 ss.

Ipotesi più volte affrontata è poi quella in cui il coniuge abbandoni la residenza familiare stabilmente.

In giurisprudenza si ritiene applicabile l'art. 1026 c.c. per escludere che i diritti di abitazione e di uso si estinguano qualora il coniuge superstite trasferisca altrove la sua residenza, in quanto la norma non prevede l'estinzione per tacita rinunzia[28].

Secondo parte della dottrina, al contrario, l'estinzione potrebbe intervenire quando il coniuge beneficiario lasci disabitata la casa per lungo tempo, per mancanza di un effettivo bisogno[29].

Un caso controverso riguarda le nuove nozze del coniuge superstite.

Parte della dottrina ritiene che il diritto *de quo* si estingue[30].

Altra parte[31], valorizzando la componente patrimoniale del lascito, nel silenzio della legge, ritiene che la permanenza dei due diritti sia conseguenza necessaria di essa, dato che non è prevista un estinzione per rinunzia tacita e ciò anche quando la decadenza sia stata prevista per tale ipotesi dal testatore.

X. LA TRASCRIVIBILITA' DELL' ACQUISTO DEI DIRITTI DI ABITAZIONE E DI USO DA PARTE DEL CONIUGE SUPERSTITE.

Si è discusso in dottrina in merito alla trascrivibilità dell'acquisto del diritto di abitazione da parte del coniuge superstite, giungendo l'opinione maggioritaria ad affermare la possibilità della trascrizione di un tale acquisto ai sensi dell'art. 2648 c.c., la quale, non menzionando la particolare ipotesi in esame, prevede in generale la trascrivibilità dei legati aventi ad oggetto diritti reali su beni immobili.

Tuttavia, trattandosi di un legato *ex lege,* problematico è risultato il profilo dell'individuazione del titolo utile ai fini della trascrizione.

28 Su tutti, Perego, E.: "I presupposti della nascita di diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite", *Riv. dir. civ.*, 1975, p. 1427.

29 Trib. Verona, 12 dicembre 1989, *DeJure online*: "Il diritto del coniuge superstite all'abitazione nella casa adibita a residenza familiare ed all'uso dei mobili che la arredano non si estingue qualora egli trasferisca altrove la sua residenza, essendo applicabili le disposizione degli artt. 1014, 1015, 1026 c.c., che non prevedono l'estinzione del diritto di usufrutto di uso e di abitazione a causa di tacita rinunzia".

30 In questo senso, Mengoni, L.: *Successioni per causa di morte. Successione legittima*., cit., p. 159.

31 Su questa linea interpretativa, Trib. Taranto, 14 luglio 1978, *DeJure online*, per cui: "i diritti di abitazione e di uso di cui all'art. 540 comma 2, c.c. hanno carattere patrimoniale, fanno parte della riserva, spettano integralmente al coniuge superstite anche se superano le sue esigenze, e sono di intensità tale che, pur gravando sulla disponibile, ove questa non sia sufficiente, impegnano la quota riservata al coniuge e, al limite, la quota riservata ai figli: il testatore non può pertanto prevederne la decadenza nell'ipotesi di passaggio a nuove nozze del proprio coniuge".

In assenza di una disposizione testamentaria eventualmente attributiva del diritto di abitazione al coniuge, con la possibilità di trascrizione dell'acquisto sulla base di un estratto autentico del testamento, diverse sono state le soluzioni prospettate in dottrina.

Si è sostenuto che titolo idoneo potrebbe ritenersi l'atto di notorietà attestante la sussistenza del diritto di abitazione, oppure la dichiarazione di successione o il certificato di denunciata successione o ancora il certificato di morte presentato unitamente alla nota di trascrizione.

Preferibile è tuttavia la tesi che ha ritenuto necessario per la trascrizione dell'acquisto *de quo*, un atto pubblico di accettazione del legato, redatto al solo fine di trascrivere tale acquisto, con l'ulteriore specificazione che la stessa accettazione, per quanto non essenziale all'acquisto del legato, comporterebbe il venir meno per il coniuge della facoltà di rinunziarvi, rendendo l'acquisizione irrevocabile.

A questo punto occorre indagare quale finalità va riconosciuta alla trascrizione di tale acquisto.

La possibilità che alla suddetta trascrizione venisse ricondotta una funzione dichiarativa, inerente, dunque, a profili di opponibilità dell'acquisto, è stata ipotizzata con riferimento all'ipotesi di un possibile conflitto fra il coniuge, legatario *ex lege* del diritto di abitazione, e gli aventi causa dell'erede, al quale sia stata attribuita per testamento la piena proprietà dell'immobile.

Occorre evidenziare come in realtà nell'ipotesi prospettata non sia applicabile l'art. 2644 c.c., in quanto non può ritenersi ricorrere una situazione di conflitto fra acquirenti dal medesimo autore di diritti fra loro incompatibili da risolvere in base alle norme sugli effetti della trascrizione.

Alla luce di un quadro così ricostruito, la trascrizione dell'acquisto del diritto di abitazione a cui il coniuge superstite è chiamato dovrà ritenersi preordinata alla finalità, tipica della pubblicità degli acquisti *mortis causa*, di garantire la continuità delle trascrizioni *ex* art. 2650 c.c., finalità a cui va ad affiancarsi l'ulteriore scopo di impedire che i terzi aventi causa dell'erede possano avvalersi della disciplina di cui all'art. 534 c.c. per tutelare il proprio acquisto[32].

32 Fondamentale sul punto la consultazione di, Gabrielli, G.: "Questioni recenti in tema di pubblicità immobiliare", *Contr. impr.*, 1989, p. 817.

XI. LA PROPOSTA DI RIFORMA FORMULATA DALLA COMMISSIONE SISDIC.

Sul tema oggetto della presente analisi è intervenuta anche la Commissione SISDiC proponendo l'elaborazione di una normativa che andrebbe a sostituire quella attualmente in vigore.

La proposta prevede che i legati aventi ad oggetto i diritti di abitazione e uso gravino sulla quota di riserva del coniuge e, ove questa non sia sufficiente, per il rimanente sulla sola quota disponibile.

In tal modo si raggiungerebbe una tutela del coniuge tale da non pregiudicare in modo irragionevole la quota dei figli[33]. In tale ottica, si propone in sostanza di ammettere la derogabilità dell'assegnazione da parte del testatore e la previsione della monetizzazione della mancata riserva, con conversione del diritto di abitazione in equivalente monetario. Tutto ciò permetterebbe, inoltre, una maggiore tutela della libertà testamentaria[34].

Inoltre, pur non essendo questa la sede per la trattazione di tale ulteriore profilo è encomiabile l'attenzione che la Commissione rivolge alla materia *de quo,* alla concorrenza di interessi rilevanti ascrivibili a soggetti molto meritevoli di tutela, si pensi tra i tanti ai figli portatori di handicap[35].

La Commissione ha infine preso una posizione netta sul diritto di abitazione del coniuge separato, equiparando la posizione successoria del coniuge separato senza addebito a quella quella del coniuge separato con addebito. Occorre valorizzare l'*effettività* della residenza familiare, considerata alla stregua di un presupposto oggettivo al fine di riconoscere in capo al coniuge i diritti disciplinati dall'art. 540, comma 2, c.c.

Ciò, in un quadro evolutivo caratterizzato dalla frantumazione del modello unitario di famiglia e dalla proliferazione di molteplici tipologie di famiglie.

Presupposto soggettivo per l'attribuzione dei diritti di cui al comma 2 dell'art. 540 c.c., come detto, è rappresentato dalla sussistenza dello *status* di coniuge nel beneficiario dell'attribuzione.

33 *Annali S.I.S.Di.C. n. 6/2021.*

34 Perlingieri, G.: "Proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite", *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 1224 ss.

35 Cfr. Cicero, C.: "Sulla riforma del diritto di abitazione del coniuge e la conservazione dei rapporti affettivi", *Riv. not.*, VI, 2021, p. 1283 ss.

Dovrà, dunque, escludersi l'acquisto di tali diritti nel caso in cui ricorra una sentenza di scioglimento di matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso passata in giudicato.

Il medesimo acquisto dovrà, inoltre, essere escluso nell'ipotesi in cui al momento dell'apertura della successione risulti passata in giudicato una sentenza di nullità del matrimonio.

Inoltre tale riserva non spetta al coniuge separato con addebito, risultando lo stesso titolare soltanto di un diritto di credito ad un assegno vitalizio, ove all'apertura della successione goda degli alimenti a carico del coniuge deceduto; discussa è, invece, la soluzione da adottare con riguardo al coniuge separato senza addebito. A tale soggetto la disposizione di cui all'art. 548 c.c. riconosce gli stessi diritti successori del coniuge non separato.

Nella moltitudine di opinioni dottrinarie si è negli anni inserita la giurisprudenza, la quale, in diverse occasioni, ha ravvisato nella separazione personale dei coniugi un ostacolo insormontabile al sorgere dei diritti di abitazione e di uso di cui all'art. 540 c.c.

Si trova così recentemente affermato che in caso di separazione personale dei coniugi o di cessazione della convivenza, l'impossibilità di individuare una casa adibita a residenza familiare faccia venir meno il presupposto soggettivo richiesto ai fini dell'attribuzione dei diritti in parola.

Altra questione legata al presupposto soggettivo dello *status* di coniuge richiesto in capo al beneficiario dell'attribuzione *ex* art. 540 c.c. ha riguardato l'estendibilità di tale attribuzione al convivente *more uxorio* superstite.

Sul punto è opportuno richiamare la giurisprudenza tanto costituzionale quanto di legittimità, la quale, evidenziata la differenza tra la posizione di convivente e quella di coniuge, ha negato l'applicabilità dell'art. 540 c.c. al primo.

Il percorso argomentativo tracciato dalla giurisprudenza, si è sostanzialmente fondato sulla considerazione del differente presupposto della successione *mortis causa* cui si ricollega l'applicazione della norma.

In diverse pronunce si legge che i diritti attribuiti al coniuge dall'art. 540 secondo comma c.c. sono oggetto di una vocazione a titolo particolare, collegata alla vocazione a titolo universale a una quota di eredità, cioè presuppongono nel legatario la qualità di legittimario, cui la legge riserva una quota di eredità.

La condizione del convivente superstite è stata di recente incisa in senso migliorativo dalla L. 20 maggio 2016, n. 76, in base alla quale, in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza, al convivente di fatto spetta il diritto ad abitare nell'immobile per due anni o per un periodo pari alla convivenza, se superiore a due anni, ma comunque per non più di cinque anni.

Secondo parte della giurisprudenza, alla base dell'attribuzione dei diritti di abitazione e di uso non deve ritenersi esservi il bisogno di un alloggio, bensì altro tipo di interessi non patrimoniali legati principalmente alla qualità di legittimario di tale soggetto, nella previsione volta a riconoscere al convivente *more uxorio* il diritto temporaneo di permanere nella casa di comune residenza sembrerebbe, invece, riscontrare la risposta ad un'esigenza strettamente abitativa dello stesso.

L'assenza in capo al convivente di fatto della qualità di erede, nonché il carattere temporalmente limitato del diritto a questo attribuito, spingono ad individuare alla base della medesima attribuzione uno scopo riconducibile alla necessità di tutelare il soggetto nei suoi bisogni abitativi, garantendo lo stesso rispetto a possibili richieste restitutorie dei successori del convivente defunto per un periodo di tempo congruo ed utile alla ricerca di una nuova abitazione.

Alla luce dell'istituzione delle unioni civili fra persone dello stesso sesso, è opportuno, in conclusione, fare un cenno anche al partner dell'unione civile in relazione all'attribuibilità ad esso dei diritti *de quo*.

In virtù della L. n. 76/2016 occorre ricordare che alle unioni civili sono applicabili, fra le altre, le norme sulla tutela dei legittimari e sulle successioni legittime.

Da ciò consegue che anche alla persona unita civilmente potranno essere riconosciuti i diritti dell'art. 540 c.c., laddove ricorrano tutti i presupposti previsti dalla medesima disposizione.

Al partner dell'unione civile, nell'ipotesi di nullità dell'unione e sua buona fede, risulterà applicabile anche la disciplina di cui all'art. 584 c.c.

Con lo scioglimento dell'unione civile, infine, si determinerà la perdita dei diritti successori della parte unita civilmente e dunque, anche il venir meno della spettanza ad essa dei diritti di abitazione e di uso.

XII. CONCLUSIONI.

In definitiva andrebbe valorizzata l'effettività della residenza familiare, considerata alla quale n presupposto al fine di riconoscere al coniuge i diritti

disciplinati dall'art. 540, comma 2, c.c. Tutto ciò, in un quadro caratterizzato dalla proliferazione di molteplici tipologie di famiglie

In altri termini la stessa nozione di famiglia ha visto, in questi anni, mutare i propri confini: famiglia non è solo quella legittima, quella naturale bensì qualunque gruppo che costituisca un continuum, di valori, di affetti e di convivenza, all'interno del quale la singola persona umana può sviluppare in pienamente la propria personalità.

BIBLIOGRAFIA.

ANDRINI, M. C.: *Voce Legittimari*, *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990.

Annali S.I.S.Di.C. n. 6/2021.

AZZARITI, G.: "Successione dei legittimari e successione dei legittimi", *Giur. sist. civ.* e *comm.*, Torino, 1997.

BIANCA, C. M.: *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005.

BIANCA, C. M.: *La proprietà*, Milano, 2016, p. 634 ss.

BONILINI, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2022 p. 124 ss.

CANTELMO, V. E.: "La situazione giuridica del coniuge superstite", *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 52.

CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, Milano, 2002;

CARRARO, L.: *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979, p. 114 ss.

CICERO, C.: "Sulla riforma del diritto di abitazione del coniuge e la conservazione dei rapporti affettivi", *Riv. not.*, VI, 2021, p. 1283 ss.

CROTTI, L.: "La casa coniugale e del convivente: profili successori", *Vita Notarile*, 2016, p. 939 ss.

FERRI, L.: "I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 372 ss.

GABRIELLI, G.: "Questioni recenti in tema di pubblicità immobiliare", *Contr. impr.*, 1989, p. 817.

GARGANO, A.: "Il coniuge superstite: un erede scomodo? I diritti di uso e abitazione", *Riv. Not.*, 1980, p. 1623.

MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 2000.

MIRONE, A.: *I diritti successori del coniuge*, Napoli, 1984, p. 139 ss.

MUSOLINO, G.: "Diritti di abitazione e di uso in favore del coniuge superstite", *Riv. Not.*, 2005, p. 632 ss.

PEREGO, E.: "I diritti di abitazione ed uso spettanti al coniuge superstite", *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 556 ss.

PEREGO, E.: "I presupposti della nascita dei diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite", *Riv. dir. civ.*, 1980, p. 707 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2001, p. 111 ss., p. 919 ss.

PERLINGIERI, G.: "Proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite", *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 1224 ss.

POLETTI, A.: "A proposito del diritto di abitazione del coniuge superstite", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 403.

RAVAZZONI, A.: "I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite", *Dir. fam. e pers.*, 1978, p. 233 ss.

SPATUZZI, A.: "Confini applicativi ed interpretativi ai diritti di abitazione ed uso del coniuge superstite", *Notariato*, 2021, II, p. 188 ss.

TEDESCO, V. G.: "I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite nella successione legittima", *Giust. civ.*, 2001, II, p. 383 ss.

LA SOSPENSIONE DALLA SUCCESSIONE *EX* ART. 463 BIS C.C. E LE DISPOSIZIONI IN FAVORE DEGLI ORFANI PER CRIMINI DOMESTICI

THE SUSPENSION FROM SUCCESSION UNDER ARTICLE 463A OF THE CIVIL CODE AND THE PROVISIONS IN FAVOR OF ORPHANS FOR DOMESTIC CRIMES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2580-2607

Giorgia Anna
PARINI

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La legge n. 4/2018 ha introdotto nell'ordinamento italiano l'art. 463 bis c.c., in base al quale sono sospesi dalla successione il coniuge, anche legalmente separato, la parte dell'unione civile, il figlio, i fratelli e le sorelle, che siano indagati per l'omicidio volontario o tentato nei confronti dell'altro coniuge, dell'altra parte dell'unione civile, di uno o entrambi i genitori, oppure del fratello o della sorella, fino al decreto di archiviazione o alla sentenza definitiva di proscioglimento. La norma mira, dunque, a evitare che l'indagato per determinati crimini possa giovarsi dell'eredità del de cuius nel tempo necessario ad addivenire, eventualmente, alla pronuncia di indegnità. La previsione però non è scevra da problematiche interpretative che devono indurre l'interprete a indagare.

PALABRAS CLAVE: Sospensione dalla successione; eredità; violenza domestica.

ABSTRACT: *Law No. 4/2018 introduced into the Italian legal system article 463 bis of the Italian Civil Code, according to which certain members of the family consortium, who are under investigation for voluntary or attempted murder, are suspended from the succession. Thus, the provision aims to prevent the suspect from benefiting from the inheritance of the de cuius before the pronouncement of unworthiness. The provision, however, is not free from interpretive problems that must prompt the interpreter to investigate.*

KEY WORDS: *Suspension from succession; inheritance; domestic violence.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. GLI ORFANI SPECIALI E LA LEGGE 11 GENNAIO 2018, N. 4.- III. LA SOSPENSIONE DALLA SUCCESSIONE DI CUI ALL'ART. 463 BIS C.C. – IV. AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA MISURA DELLA SOSPENSIONE DALLA SUCCESSIONE.- V. GLI EFFETTI DELLA SOSPENSIONE DALLA SUCCESSIONE.- VI. BREVI CONCLUSIONI.

I. INTRODUZIONE.

Con la legge 11 gennaio 2018, n. 4 "Modifiche al codice civile, al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici" sono state introdotte misure a tutela (in particolare, ma non solo, nonostante la rubrica della legge) dei figli, minorenni o maggiorenni economicamente non autosufficienti, rimasti orfani di un genitore a seguito di omicidio commesso da specifici componenti del *consortium* familiare[1]. Tale intervento normativo, che si inserisce nel quadro degli strumenti mediante i quali si cerca di reagire al drammatico fenomeno della violenza domestica e più ampiamente del femminicidio[2], si palesa di sicuro interesse, giacché si connota per un approccio multidisciplinare e pone l'attenzione sul delicato aspetto delle ripercussioni subite da soggetti deboli, bisognevoli di particolare tutela, che – a seguito di tali tragici episodi – rimangono orfani.

Nello specifico, per quanto è qui di interesse, in virtù dell'art. 5 della legge n. 4/2018 è stato inserito nel codice civile – nel Capo III, dedicato all'indegnità a succedere – il nuovo art. 463 *bis* c.c., in base al quale sono sospesi dalla successione il coniuge, anche legalmente separato, la parte dell'unione civile, il figlio, i fratelli e le sorelle, che siano indagati per l'omicidio volontario o tentato nei confronti dell'altro coniuge, dell'altra parte dell'unione civile, di uno o entrambi i genitori, oppure del fratello o della sorella, fino al decreto di archiviazione o alla sentenza definitiva di proscioglimento. La previsione mira, dunque, a impedire all'autore di crimini domestici di ottenere vantaggi economici conseguenti alla propria efferata condotta nel tempo necessario ad addivenire alla eventuale pronuncia di

1 Rileva, del tutto condivisibilmente, come le misure previste dalla legge si inseriscano a pieno in quel *trend* giurisprudenziale che ammetteva, ancor prima del suo riconoscimento giuridico, un percorso parallelo di creazione della famiglia per le coppie omosessuali, Martone, I: "La «sospensione dalla successione» tra vecchie e nuove questioni del diritto *mortis causa*", *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 130.

2 Interessante è la lettura del comunicato alla Presidenza del Senato del 26 maggio 2016, d.d.l. 2424 dal quale traspare come il fine perseguito è fornire una efficace tutela dei familiari in caso di episodi di omicidio o femminicidio.

• Giorgia Anna Parini
Ricercatore a tempo determinato senior di tipo b presso l'Università degli Studi di Verona. E-mail: giorgiaanna.parini@univr.it

indegnità[3]; stando così le cose, questi non potrà adire neanche temporaneamente l'eredità della vittima e disporre della stessa.

Peculiare appare sin da subito l'ambito di applicazione della misura, che risulta differente non solo rispetto a quello dell'indegnità, ma anche a quello degli altri strumenti introdotti dalla legge n. 4/2018: quanto a tale ultimo aspetto, come si vedrà nel proseguo, non solo non vengono considerate le ipotesi nelle quali autori della condotta siano il coniuge divorziato, la parte dell'unione civile che sia cessata, oppure il convivente di fatto; ma – a contrario e in senso espansivo dell'operatività – la sospensione opererà a prescindere dalla presenza di orfani di crimini domestici[4].

Tra gli aspetti della nuova disposizione, forieri di incertezze ermeneutiche, emergono l'individuazione dei presupposti costitutivi e degli effetti della sospensione dalla successione, questioni che offrono all'interprete anche l'occasione di confrontarsi con alcune note *querelle*s, quali la natura dell'istituto dell'indegnità a succedere – istituto al quale la misura di recente introduzione è strettamente correlato – e l'ammissibilità della c.d. giacenza *pro quota*, che hanno dato vita nel tempo a un vivace dibattito dottrinale.

Nonostante le criticità, la novella rappresenta un'evoluzione del diritto successorio che, malgrado la sua rigidità, è stato protagonista di plurimi interventi del legislatore riguardanti i diritti successori degli stretti congiunti, aventi come *trait d'union* proprio il verificarsi di peculiari condotte biasimevoli, agite dagli stessi. Di là dalla modifica citata, infatti, si ricordano la previsione di una nuova causa di indegnità mediante l'inserimento all'art. 463 c.c. dell'ipotesi n. 3 *bis* in ragione della quale è indegno chi, essendo decaduto dalla responsabilità genitoriale nei confronti della persona della cui successione si tratta a norma dell'art. 330 c.c., non è stato reintegrato nella responsabilità genitoriale alla data di apertura della successione

3 Sostiene trattarsi di una misura *latu sensu* cautelare: Astone, A.: *Sospensione dalla successione e indegnità a succedere. L'orizzonte ermeneutico dell'art. 463* bis *c.c.*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 121; Omodei Salè, R.: "Il nuovo istituto della «sospensione dalla successione» (art. 463 *bis* c.c.)", *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1145, nonché Galluzzo, F.: "Sulla «sospensione dalla successione» e sull'ammissibilità della giacenza parziale", *Dir. fam. succ.*, 2021, p. 72. Si riferisce genericamente a una anticipazione della difesa del patrimonio della vittima Ramuschi, M.: "La sospensione dalla successione ereditaria", *Vita not.*, 2018, p. 967.

4 Rileva tale aspetto Omodei Salè, R.: "Il nuovo istituto della «sospensione dalla successione» (art. 463 *bis* c.c.)", cit., p. 1145.

della medesima[5]; nonché l'introduzione all'art. 448 *bis* c.c. della possibilità di esclusione dalla successione mediante diseredazione[6].

II. GLI ORFANI SPECIALI E LA LEGGE 11 GENNAIO 2018, N. 4.

Come è noto, la legge n. 4/2018 2018 si inserisce all'interno di un quadro più ampio di misure tese a reagire al drammatico e complesso fenomeno della violenza nei confronti dei familiari e del femminicidio. In precedenza, tra gli interventi di maggiore rilievo si ricorda il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito con modifiche nella legge, 15 ottobre 2013, n. 119, recante "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza in genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province", mediante il quale è stata data attuazione a quanto previsto dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (c.d. Convenzione di Istanbul).

La citata Convenzione ha contribuito ad alimentare la riflessione concernente le ripercussioni che la violenza agita nel contesto familiare può avere nei confronti dei bambini[7] e, dunque, sulla situazione delle vittime secondarie, che in precedenza erano invisibili: nello specifico, oggetto di attenzione è stato il drammatico fenomeno della c.d. "violenza assistita", che colpisce i minori quando condotte

5 Come è noto, l'intervento riformatore è avvenuto a opera dell'art. 1 della legge 8 luglio 2005, n. 137, successivamente modificato dall'art. 105, 1 comma, del D.Lgs., 28 dicembre 2013, n. 154. Sul punto si vedano Bonilini, G: "L'ampliamento del catalogo dei casi di indegnità a succedere", *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 296 ss.; Zaccaria, A: "Modificato l'art. 463 cod. civ.: introdotta una nuova causa di indegnità", *Studium iuris*, 2005, p. 1150 ss.; Omodei Salè, R.: "La decadenza dalla potestà genitoriale quale nuova causa di indegnità a succedere", *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 735 ss.; Landini, S: "Indegnità a succedere e decadenza dalla potestà genitoriale nell'art. 463 c.c. modificato dalla L. n. 137/2005", *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 71; Albanese, A: "L'indegnità a succedere dopo la l. 8 luglio 2005, n. 137", *Contr. impr.*, 2006, p. 854 ss.; Magri, G.: "Una nuova causa di indegnità", *Familia*, 2005, p. 1141 ss.; Natale, A: "L'indegnità a succedere", in AA.VV., *Trattato delle successioni e delle donazioni*, (diretto da G. Bonilini) I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 959 ss.

6 Sull'art. 448 *bis* c.c. si vedano tra i tanti: Pastore, D: "Riflessioni sulla diseredazione", *Vita not.*, 2011, p. 1181 ss.; Paradiso, M: "Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 575 ss.; Oliviero, F: "Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448 *bis* c.c.", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 43 ss.; Mendola, A: "Il superamento dell'incompatibilità tra successione necessaria e diseredazione alla luce dell'art. 448 *bis* c.c.", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1533 ss.; Perlingieri, G.: "La diseredazione e il pensiero di Alberto Trabucchi, *Dir. fam. pers. succ.*, 2017, p. 341 ss.; Sicchiero, G: "La diseredazione *ex* art. 448 *bis* cod. civ.: cinque diverse tesi a confronto", *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 1265 ss.; Galletti, M.: "Esclusione dalla successione, regole devolutive e rimedi nel sistema dell'art. 448 *bis* c.c.", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1080 ss.); Castellani, G: "Esclusione dalla successione *ex* art. 448 *bis* c.c. e diseredazione. Spunti di riflessione", in AA.VV., *Autonomia della famiglia e controlli. Prime riflessioni*, (a cura di G. Castellani, A. Cordiano, G.A. Parini, M. Vivirito Pellegrino), Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017, p. 249 ss.

7 Nello specifico, nel Preambolo della Convenzione di Istanbul si riconosce che i bambini sono vittime di violenza domestica anche in quanto testimoni di violenze all'interno della famiglia. V. nello specifico poi gli artt. 13 "Sensibilizzazione" e 26 "Protezione e supporto ai bambini testimoni di violenza" della convenzione di Istanbul.

violente siano commesse nel contesto familiare in modo da costringerli a essere spettatori passivi – diretti o indiretti[8] – di una quotidiana aggressività[9].

Purtroppo, la violenza, laddove non arginata tempestivamente, può sfociare in episodi tragici, quali il decesso della vittima, eventualità che rende estremamente delicata la situazione di quei soggetti che, in ragione dell'occorso, diventano "orfani di crimini domestici" e a tutela dei quali (ma non solo, nonostante il tenore della rubrica della legge) è intervenuto il legislatore con la citata legge n. 4/2018[10]: a tal proposito, occorre osservare come nel testo normativo non sia rinvenibile una definizione, avente portata generale, del concetto di "orfani di crimini domestici", ma ciò si desuma dalla lettura dell'art. 1 (gratuito patrocinio), ove è sancito trattarsi de "i figli minori o i figli maggiorenni economicamente non autosufficienti rimasti orfani di un genitore a seguito di omicidio commesso in danno dello stesso genitore dal coniuge, anche legalmente separato o divorziato, dall'altra parte dell'unione civile, anche se questa è cessata, ovvero dalla persona che è o è stata legata da relazione affettiva e stabile convivenza"[11]. Sebbene taluni reputino che nella nozione di "orfani di crimini domestici" non andrebbero ricompresi solamente i figli, rimasti privi della figura genitoriale a seguito dell'occorso, ma anche gli stretti congiunti in ragione dell'ambito di applicazione delle misure introdotte, talvolta suscettibile di ricomprendere anche questi ultimi[12], in realtà, tale soluzione non convince giacché lo stesso significato letterale dell'espressione porta a considerarla riferibile solamente a chi ha perso il genitore. Che, poi, alcuni degli strumenti possano essere impiegati anche a tutela degli stretti congiunti è un dato di fatto, che, però, non può portare a definire tali soggetti quali "orfani di crimini domestici".

Tali orfani sono, poi, definiti "speciali" in ragione delle particolari circostanze nelle quali sono stati privati degli affetti più cari, suscettibili di riverberare

8 Sul punto Mazzaglia, S: *Il "danno invisibile" nella violenza assistita da minori tra aspetti penali, civili e psicologici*, Gaia, Roma, 2010, p. 13, rileva come gli effetti della violenza su chi assiste non siano connessi solo alla circostanza dell'essere direttamente presenti quando vengono perpetrati tali atti. Infatti, può accadere che i bambini siano spettatori attivi della violenza oppure che prendano consapevolezza di ciò che sta accadendo, osservando gli effetti stessi della violenza esercitata su una delle figure genitoriali. Di conseguenza, i maltrattamenti vengono assorbiti di riflesso dal minore come se fossero stati diretti a lui specificatamente in quanto si instaura tra il minore e il genitore maltrattato un rapporto simbiotico in cui non solo assiste alla scena di violenza ma è vittima egli stesso.

9 Depalmas, C., Cilio, M.G.: *La voce nel silenzio. La violenza assistita*, Aracne editrice, Roma, 2012, p. 38.

10 Rileva la delicatezza di tali aspetti Folla, N.: "Orfani di crimini domestici: ora una legge li tutela, li sostiene e rompe il silenzio che li circonda", *Fam. dir.*, 2018, p. 517.

11 Sull'asserita discriminazione che, nei fatti, si crea tra bambini parimenti privati della presenza di uno o di entrambi i genitori a cagione di qualità differenti riferibili all'assassino e, dunque, a situazioni esterne a sé e, perciò, potenzialmente fonti di dubbi di legittimità costituzionale, osservano come l'individuazione dei destinatari della novella in parola rappresenti piuttosto un segno inequivocabile della volontà politica di riconoscere la specificità e l'autonomia di tali categorie, così peculiari da non poter essere equiparate alle altre Tribisonna, F. e Baraghini, F.: "Legge in materia di protezione degli orfani per crimini domestici: un ulteriore passo avanti nella tutela dei minori?", *Familia*, 2018, p. 124.

12 Ritengono che nella nozione di orfani di crimini domestici andrebbero ricompresi anche gli stretti congiunti Busani, A. e Currao, A.: "Sospensione dalla successione e indegnità a succedere dichiarata dal giudice penale", *Notariato*, 2020, p. 146.

conseguenze estremamente gravi sotto diversi versanti (psicologici, economici, relazionali, sociali, etc.); peraltro, a seguito di tali eventi, quantomeno sovente, i figli perdono – per ragioni opposte e differenti – entrambe le figure genitoriali (una, in quanto vittima, e l'altra, poiché colpevole di un crimine efferato)[13]. Non si tratta però di un dato imprescindibile, in quanto – salvo che per l'applicazione di alcune specifiche previsioni[14] – non necessariamente il figlio della vittima è anche figlio del coniuge (etc.), che si è reso autore della drammatica condotta.

Chiaramente, nelle ipotesi nelle quali i genitori dovessero ricoprire rispettivamente i ruoli della vittima e del carnefice, si porrebbe anche – in presenza di soggetti minorenni – la necessità di ricorrere ad altri istituti giuridici, quali la decadenza dalla responsabilità o addirittura, la dichiarazione di abbandono, qualora sia accertata la situazione di abbandono dei minori perché privi di assistenza morale e materiale non solo da parte dei genitori, ma anche dei parenti tenuti a provvedervi[15].

Come già accennato, il legislatore nel 2018, coerentemente con gli obblighi assunti mediante la Convenzione di Istanbul, ha introdotto una serie di misure, civilistiche, penalistiche o di natura processuale, tese (non solo) a fornire una tutela ai figli della vittima, ma – più ampiamente – una efficace tutela ai familiari in caso di episodi di omicidio o femminicidio[16].

Tra gli strumenti tesi a supportare, nello specifico, l'orfano di crimini domestici, si riconsideri, in *primis*, il riconoscimento del patrocinio a spese dello Stato anche in deroga ai limiti di reddito (art. 1) in relazione ai procedimenti penali e a tutti i procedimenti civili derivanti dal reato, compresi quelli di esecuzione forzata[17],

13 Sul punto v. Baldry, A.C.: *Orfani speciali. Chi sono, dove sono, con chi sono. Conseguenze psicosociali sui figli e figlie del femminicidio*, Giuffrè, Milano, 2018, *passim.* Rileva come tali soggetti si trovino a essere, dunque, orfani due volte Bellanova, L.: "La "nuova" tutela degli orfani per crimini domestici (l. 11 gennaio 2018, n. 4)", *Studium iuris*, 2018, p. 1294.

14 Tale rapporto tra l'autore della condotta violenta e il figlio della vittima è, infatti, espressamente richiesto solamente dell'art. 7, comma 1 *ter*, della legge n. 4/2018, in materia di pensione di reversibilità, che sancisce che"i figli minorenni o maggiorenni economicamente non autosufficienti sono destinatari, senza obbligo di restituzione e per il solo periodo della sospensione di cui al comma 1 *bis*, sino a quando sussistono i requisiti di legge per la titolarità in capo a loro del diritto allo stesso tipo di prestazione economica, della pensione di reversibilità o indiretta ovvero dell'indennità una tantum del genitore per il quale è stata formulata la richiesta di rinvio a giudizio per l'omicidio volontario dell'altro genitore".

15 Come è noto, tale previsione, che mira a salvaguardare il diritto del minore di crescere ed essere educato all'interno della famiglia di origine, amplia l'indagine che dovrà essere, dunque, estesa anche al nucleo familiare allargato. Tra le ultime v. Cass., 2 settembre 2021, n. 23797, in *Onelegale.it*. Sebbene l'art. 8 legge adozione non chiarisca chi siano tali soggetti, nell'alveo di tale previsione vanno ricompresi i parenti fino al quarto grado secondo quanto ricavabile dai plurimi richiami che la legge adozione compie ad essi, e in particolare in virtù di quanto sancito all'art. 9, comma 4, 10, comma 2, 11, comma 1, e 12, comma 1. Ne deriva che non viene stimato in condizione di abbandono il minore che riceva la necessaria assistenza – anziché dai genitori – dai parenti entro il quarto grado con i quali sussistano rapporti significativi. Tra i tanti v. Piccinni, A: "Sub art. 8 l. n. 184/83", in *Commentario del codice civile*, (diretto da E. Gabrielli), III, *Della famiglia. Leggi collegate*, Utet, Torino, 2018, p. 602 e ss.

16 V. comunicato alla Presidenza del Senato del 26 maggio 2016, d.d.l. 2424.

17 L'art. 1 della legge ha modificato il T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materie di spese di giustizia aggiungendo, all'art. 76 del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, il seguente comma 4 *quater*:"I figli minori

nonché dell'assistenza gratuita di tipo medico-psicologico, a cura del Servizio sanitario nazionale, per tutto il tempo occorrente al pieno recupero dell'equilibrio psicologico (art. 9); viene, poi, sancita la facoltà di cambiare il cognome, ove coincidente con quello del genitore condannato in via definitiva (art. 13). Infine, il legislatore pone l'attenzione sul profilo dell'affidamento del minore rimasto orfano, privilegiando la continuità delle relazioni affettive tra il minore e i parenti fino al terzo grado e, in presenza di fratelli o sorelle, la continuità affettiva tra gli stessi[18].

Per quanto attiene alle modifiche riguardanti il versante penalistico volte a tutelare, in generale, i familiari, l'art. 2 della citata legge n. 4/2018 interviene sulla fattispecie di omicidio aggravato dalle relazioni personali di cui all'art. 577 c.p., equiparando la posizione del coniuge, del partner civile e del convivente della vittima a quella del padre o del figlio, colpevoli di tale reato, sancendo anche in dette ipotesi la pena dell'ergastolo[19]. Inoltre, il legislatore – al fine precipuo di salvaguardare il diritto dell'orfano speciale di ottenere il *quantum* spettante a titolo risarcitorio – con l'art. 3 ha inciso poi sulla misura del sequestro conservativo di cui all'art. 316 c.p., introducendo il comma 1 *bis* che impone al pubblico ministero che procede per omicidio del coniuge, anche legalmente separato o divorziato, della parte dell'unione civile (anche se l'unione è cessata) o della persona legata all'imputato da relazione affettiva o stabile convivenza, di verificare la presenza di figli della vittima (minorenni o maggiorenni non economicamente autosufficienti) e di richiedere, in ogni stato e grado del procedimento, il sequestro conservativo dei beni dell'indagato a tutela del diritto al risarcimento dei figli della vittima[20]. E ciò anche in mancanza delle esigenze cautelari previste dall'art. 316, 1 comma, c.p.

Ancora, mediante l'art. 4, comma 1, della legge n. 4/2018 è stato modificato l'art. 539 c.p.p. che attualmente consente – se le prove acquisite non consentono

o i figli maggiorenni economicamente non autosufficienti rimasti orfani di un genitore a seguito di omicidio commesso in danno dello stesso genitore dal coniuge, anche legalmente separato o divorziato, dall'altra parte dell'unione civile, anche se l'unione civile è cessata, o dalla persona che è o è stata legata da relazione affettiva e stabile convivenza possono essere ammessi al patrocinio a spese dello Stato, anche in deroga ai limiti di reddito previsti, applicando l'ammissibilità in deroga al relativo procedimento penale e a tutti i procedimenti civili derivanti dal reato, compresi quelli di esecuzione forzata".

18 Su tali aspetti v. Cordiano, A.: "Minori in condizione di disagio o di particolare vulnerabilità", in AA.VV., *Manuale di diritto civile minorile*, (a cura di A. Cordiano e R. Senigaglia), Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2022, p. 239 ss. Si deve ricordare poi il Decreto, 21 maggio 2020 n. 71, che riconosce l'erogazione di misure di sostegno agli orfani di crimini domestici e di reati di genere e alle famiglie affidatarie.

19 È prevista, invece, la pena della reclusione da ventiquattro a trenta anni, se il fatto è commesso contro il coniuge divorziato, l'altra parte dell'unione civile, ove cessata, la persona legata al colpevole da stabile convivenza o relazione affettiva, ove cessate, il fratello o la sorella, l'adottante o l'adottato nei casi regolati dal titolo VIII del libro primo del Codice Civile, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta.

20 La misura può essere adottata già durante la fase delle indagini preliminari. V. sulla misura Crepaldi, G.: "Il "nuovo" sequestro conservativo: tra ragioni di allarme sociale ed un inedito ruolo del pubblico ministero. Profili di un'incostituzionalità", *Giurisprudenza Penale web*, n. 3, 2020, p. 11. Criticano tale strumento, accusandolo di limitare interessi costituzionalmente rilevanti, quali il diritto di proprietà o di libera iniziativa economica – sin dalla fase delle indagini preliminari Tribisonna, F. e Baraghini, F.: "Legge in materia di protezione degli orfani per crimini domestici: un ulteriore passo avanti nella tutela dei minori?", cit., p. 128.

la liquidazione del danno – anche d'ufficio al giudice, in presenza di figli della vittima minorenni o maggiorenni non economicamente autosufficienti, che si siano costituiti parte civile, di disporre una condanna generica e rimettere le parti davanti giudice civile, provvedendo anche ad assegnare a loro favore a titolo di provvisionale una somma pari almeno al 50% del presumibile danno che sarà liquidato poi in sede civile[21].

Sono stati, poi, previsti strumenti civilistici, rilevanti sotto il versante successorio, quali l'art. 463 *bis* c.c. "Sospensione dalla successione", che sarà oggetto di attenzione nel proseguo; nonché l'attribuzione – a opera dell'art. 6 della legge "Diritto alla quota di riserva in favore di figli orfani per crimini domestici" – della quota di riserva di cui all'art. 18, comma 2, della legge 12 marzo 1999, n. 68, anche ai figli orfani di un genitore a seguito di omicidio commesso in danno del genitore medesimo dal coniuge, anche se legalmente separato o divorziato, dall'altra parte dell'unione civile, anche se l'unione civile è cessata, o dalla persona legata da relazione affettiva e stabile convivenza, condannati ai sensi dell'art. 577, 1 comma, n. 1, ovvero 2 comma, c.p. Infine, la legge sancisce la sospensione dal diritto alla pensione di reversibilità o indiretta ovvero all'indennità *una tantum* per i soggetti per i quali sia stato richiesto il rinvio a giudizio[22] per l'omicidio volontario nei confronti dell'altro coniuge, anche legalmente separato o divorziato, ovvero dell'altra parte dell'unione civile, anche se l'unione civile è cessata, fino alla sentenza definitiva (art. 7)[23].

III. LA SOSPENSIONE DALLA SUCCESSIONE DI CUI ALL'ART. 463 *BIS* C.C.

Come accennato, la legge n. 4/2018 ha introdotto all'art. 463 *bis* c.c. la sospensione dalla successione, inserendola all'interno del capo concernente

21 In questo caso, se i beni dell'imputato erano già sottoposti a sequestro conservativo, con la sentenza di primo grado il sequestro si converte in pignoramento nei limiti della provvisionale accordata. Nutrono qualche perplessità sulla fattibilità in questa sede di un calcolo così preciso e complesso con gli scarni strumenti a disposizione Tribisonna, F. e Baraghini, F.: "Legge in materia di protezione degli orfani per crimini domestici: un ulteriore passo avanti nella tutela dei minori?", cit., p. 127.

22 Si tratta di una rilevante innovazione se si considera che, in precedenza, il soggetto, rinviato a giudizio per omicidio, poteva ottenere dagli enti previdenziali la pensione di reversibilità o indiretta o un'indennità *una tantum* della vittima durante l'iter processuale, giacché la legge 27 luglio 2011, n. 125 sanciva la perdita del diritto in caso di omicidio solo a seguito di sentenza passata in giudicato.

23 L'art. 7 prevede, tuttavia, che in caso di passaggio in giudicato della sentenza di proscioglimento, sono dovuti gli arretrati dal giorno della maturazione del diritto, ad eccezione dell'ipotesi di cui al comma 1 *ter*. La norma da ultimo richiamata sancisce che"1 *ter*. I figli minorenni o maggiorenni economicamente non autosufficienti sono destinatari, senza obbligo di restituzione e per il solo periodo della sospensione di cui al comma 1-bis, sino a quando sussistono i requisiti di legge per la titolarità in capo a loro del diritto allo stesso tipo di prestazione economica, della pensione di reversibilità o indiretta ovvero dell'indennità una tantum del genitore per il quale è stata formulata la richiesta di rinvio a giudizio per l'omicidio volontario dell'altro genitore. Infine, l'art. 7, *quinquies*, prevede che"Quando pronuncia sentenza di condanna per il delitto di omicidio, aggravato ai sensi dell'art. 577, primo comma, numero 1), e secondo comma, del codice penale, il giudice condanna al pagamento, in favore dei soggetti di cui al comma 1 *ter*, di una somma di denaro pari a quanto percepito dal condannato, a titolo di indennità *una tantum* ovvero a titolo di pensione di reversibilità o indiretta, sino alla data della sospensione di cui al comma 1 *bis*".

l'indegnità a succedere, e il nuovo art. 537 *bis* c.p.p., rubricato proprio "Indegnità a succedere"[24]. Come anticipato, la sospensione dalla successione riguarda il coniuge, anche legalmente separato, e la parte dell'unione civile, indagati per l'omicidio volontario o tentato nei confronti dell'altro coniuge o dell'altra parte dell'unione civile; nonché – in virtù del 2 comma del citato articolo – la persona indagata per l'omicidio volontario o tentato nei confronti di uno o entrambi i genitori, del fratello o della sorella.

Tale misura, strettamente temporanea, mira a "congelare" la situazione fino al decreto di archiviazione o alla sentenza definitiva di proscioglimento[25] oppure – a contrario – al verificarsi dei presupposti dell'indegnità, alla quale la sospensione dalla successione è strettamente connessa. L'opportunità di introdurre un istituto di tale fatta è riconducibile al modo di operare della sanzione sancita dall'art. 463 c.c.[26]: nonostante i contrasti concernenti l'inquadramento della figura nell'ambito delle categorie civilistiche[27], risulta del tutto prevalente, infatti, l'opinione secondo

24 Stima che, a ben vedere, la misura miri anche a prevenire e reprimere comportamenti biasimevoli Serafin, M.: "*Indignus non potest capere*? Il nuovo art. 463 *bis* c.c. tra sospensione dalla successione e natura giuridica dell'indegnità", *Jus civile*, 2019, p. 459.

25 Stima trattarsi di una nuova sanzione civile Galluzzo, F.: "Sulla «sospensione dalla successione» e sull'ammissibilità della giacenza parziale", cit., p. 69.

26 È interessante, infatti, scorrere il comunicato alla Presidenza del Senato del 26 maggio 2016, d.d.l. 2424 per comprendere come l'introduzione della sospensione dalla successione si basi proprio sul considerare che"l'indegnità è una sorta di sanzione civile che opera come causa di esclusione dall'eredità solo in virtù di una sentenza costitutiva […]. Alla luce di quanto esposto si ritiene, pertanto, necessario introdurre una normativa che sospenda dall'asse ereditario il soggetto rinviato a giudizio in attesa di condanna definitiva e disponga la dichiarazione di indegnità a succedere con la sentenza di condanna in sede penale garantendo così una più efficace tutela dei figli che potranno avere riconosciuto direttamente il diritto all'esclusione del condannato senza dover ricorrere ad un autonomo processo civile per la declaratoria di indegnità".

27 Secondo un'opinione minoritaria, l'indegnità a succedere integrerebbe – nella disciplina del codice del 1942 – una forma di incapacità a succedere, che opera *ipso iure* e impedisce proprio la vocazione ereditaria: nei predetti termini Barbero, D.: "Natura giuridica dell'indegnità a succedere", *Foro pad*., 1950, I, c. 845; Cicu, A.: "Successioni per causa di morte. Parte generale[2ª]", in *Trattato di diritto civile* e *commerciale*, (diretto da A. Cicu e F. Messineo), Giuffrè, Milano, 1961, p. 83 e 91; Ferri, G.B.: "Successioni in generale[2ª]", in *Commentario al codice civile*, (a cura di A. Scialoja e G. Branca), Zanichelli, Bologna-Roma, 1980, p. 169. Nei medesimi termini ritiene che l'indegnità sia una forma di incapacità successoria, che postula una mera pronuncia dichiarativa del giudice, Bianca, C.M.: *Diritto civile. Le successioni*[5], 2.2, 2015, Giuffrè, Milano, p. 25 ss. In base a tale ricostruzione, l'indegno sarebbe incapace di succedere *ipso iure* fin dall'apertura della successione, con la conseguenza che la sentenza che accerta l'indegnità avrebbe natura meramente dichiarativa. Partendo dall'assunto per il quale sarebbe certamente peculiare una incapacità a succedere relativa, operante solamente in relazione alla successione del soggetto nei cui confronti è stata serbata la condotta che ha dato origine all'indegnità, la dottrina maggioritaria reputa invece che l'indegnità a succedere, a differenza dell'incapacità a succedere, non impedisca la chiamata, ma comporti meramente la rimozione dell'acquisto successorio – su domanda di parte e per sentenza, costitutiva, del giudice – in ossequio, altresì, alla massima *indignus potest capere sed non potest retinere* (Bonilini, G.: *Manuale di diritto ereditario* e *delle donazioni*[4], Utet, Torino, 2006, 46). Stimano che l'indegnità sia una causa di esclusione *ex post* dall'eredità o dal legato anche: Salis, L.: "L'indegnità a succedere", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 933 ss.; Barassi, L.: *Le successioni per causa di morte*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 67; Coviello JR., L.: *Diritto successorio*, Bari, 1962, p. 67 e p. 158; Azzariti, F.S., Martinez, G., Azzariti, G.: *Successioni per causa di morte* e *donazioni*, Cedam, Padova, 1979, VII ed., p. 34; Monosi, S.: "L'indegnità a succedere", in AA.VV., *Successioni* e *donazioni*, (a cura di P. Rescigno), I, Cedam, Padova, 1994, p. 137.; Palazzo, A.: "Le successioni"[2], in *Trattato di diritto privato*, (a cura di G. Iudica e P. Zatti), I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 219 s. In particolare, l'indegno avrebbe una posizione analoga al chiamato sottoposto a condizione risolutiva secondo Toti, B.: "Le recenti novità in materia di indegnità a succedere", *Dir. succ. fam*., 2020, p. 214. Nei medesimi termini anche Ramuschi, M.: "La sospensione dalla successione ereditaria", cit., p. 971 ss. Sposa una tesi intermedia secondo la quale l'indegnità integrerebbe un difetto di legittimazione ricettiva all'acquisto, che esclude *ab initio* la legittimazione all'esercizio del potere di accettazione, e che postula la necessità di una pronuncia

la quale, diversamente dall'incapacità a succedere, l'indegnità non impedisce – all'origine e *ipso iure ipso iure* – la chiamata, ma, integrando una causa di esclusione della successione, comporta esclusivamente la rimozione dall'acquisto in conformità al brocardo, richiamato anche nella relazione al codice civile, *indignus potest capere sed non potest retinere*[28].

L'indegnità non integra, dunque, un automatismo al verificarsi di determinate condotte, ma postula una pronuncia giudiziale costitutiva, operante come causa di rimozione[29]. Seguendo tale prospettiva, solamente a seguito della pronuncia l'indegno sarebbe chiamato a restituire quanto ottenuto, compresi i frutti pervenuti a seguito dell'apertura della successione ai sensi dell'art. 464 c.c., previsione che attua una sorta di assimilazione dell'indegno al possessore di mala fede. Proprio l'ultima norma citata, tuttavia, potrebbe intricare la ricostruzione della natura della misura, in quanto il retroagire degli effetti sino al momento dell'apertura della successione non pare del tutto coerente con la supposta natura costitutiva della sentenza di indegnità[30].

La questione – non certo irrilevante se si considerano anche le conseguenze in punto prescrizione delle situazioni giuridiche sottese – è ancor più enigmatica allo stato attuale: ai sensi dell'art. 537 *bis* (Indegnità a succedere) c.p.p., introdotto dall'art. 5, 2 comma, della legge n. 4/2018, "quando pronuncia (in sede penale) sentenza di condanna per uno dei fatti previsti dall'articolo 463 del codice civile, il giudice "dichiara" l'indegnità dell'imputato a succedere"[31], con la conseguenza

del giudice Salvestroni, U.: "Della capacità di succedere. Dell'indegnità", in *Il Codice civile. Commentario*, (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2012, p. 50 ss.

28 È importante evidenziare come, nel codice civile del 1942, l'indegnità viene collocata in un Capo differente rispetto a quello relativo alla capacità a succedere (il Capo II del Titolo I): nello specifico, all'indegnità è dedicato il Capo III. In conformità a tale scelta, nella Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942 viene, infatti, specificato come l'indegnità non determini una vera e propria incapacità, ma una causa di esclusione operativa a seguito della pronuncia del giudice: *Codice civile. Libro delle successioni e donazioni con la relazione ministeriale a sua maestà il re imperatore*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1941, p. 12 s. Evidenzia come l'attuale collocazione codicistica delle due discipline escluda in radice l'idea dell'indegnità come *species* dell'incapacità a succedere Martone, I.: "La «sospensione dalla successione» tra vecchie e nuove questioni del diritto *mortis causa*", cit., p. 135.

29 Nei medesimi termini Albanese, A: "L'indegnità a succedere dopo la l. 8 luglio 2005, n. 137", cit., p. 862; Martone, I.: "La «sospensione dalla successione» tra vecchie e nuove questioni del diritto *mortis causa*", cit., p. 130. In giurisprudenza, stimano che l'indegnità non sia uno *status* connaturato al soggetto che si assume essere indegno a succedere, ma una qualificazione di un comportamento del soggetto medesimo, che deve essere data dal giudice a seguito dell'accertamento del fatto che integra quella determinata ipotesi di indegnità dedotta in giudizio, e che si sostanzia in una vera e propria sanzione civile di carattere patrimoniale avente un fondamento pubblicistico, tra le tante Cass., 25 febbraio 2019, n. 5411, in *Giur. it.*, 2020, p. 52 ss.; Cass., 29 novembre 2016, n. 24252, in *Onelegale.it*; Cass., 5 marzo 2009, n. 5402, in *Onelegale.it*; Cass., 29 marzo 2006, n. 7266, in *Onelegale.it*; Cass., 17 luglio 1974, n. 2145, in *Giur. it.*, 1976, I, p. 144). Nei predetti termini: Trib. Cuneo sez. I, 14 gennaio 2021, n. 33, in banca dati *Dejure*; Trib. Arezzo, 25 luglio 2019, n. 656, in banca dati *Dejure*; Cass., 21 giugno 1993, n.6859, in banca dati *Dejure*; Trib. Palermo sez. II, 22 febbraio 2019, in banca dati *Dejure*.

30 Evidenzia tale aspetto Sicchiero, G.: "L'indegnità a succedere prima e dopo la novella del 2018", *Giur. it.*, 2020, p. 55.

31 In realtà, al dato letterale occorre non dare troppo peso, in quanto si palesa a tratti contraddittorio. L'art. 463 c.c. afferma, infatti, anche che l'indegno"è escluso dalla successione" (e quindi non è dall'origine incapace di succedere). Rileva, quanto a tale ultimo aspetto, come non vada sopravvalutato il dato letterale

che l'indegnità non risulta ulteriormente rimessa (almeno necessariamente) a una iniziativa del soggetto interessato agli effetti della stessa[32]. Il fatto che non ora bastante la condanna penale, insieme all'espressione letterale "dichiarare l'indegnità" di cui al testo normativo, ha spinto parte della dottrina a rimettere nuovamente in discussione l'inquadramento dell'istituto regolato dall'art. 463 c.c. all'interno delle categorie generali[33]. In realtà, le modifiche intercorse, pure certamente suggestive nel dare nuova linfa alla riflessione, non paiono, tuttavia, determinanti nel sovvertire la natura della misura, così come ricostruita nel codice del 1942 e descritta nella relazione del Guardasigilli Grandi, ove si afferma testualmente che "il criterio informatore del progetto per cui la indegnità non determina una vera e propria incapacità, ma una causa di esclusione operativa in virtù di una sentenza del giudice, secondo il principio *indignus potest capere sed non potest retinere* ha raccolto l'adesione della commissione"[34]. E ciò a maggiore ragione se si considera che la condanna penale è meramente eventuale, potendo l'indegnità operare anche in ipotesi che non integrano fatti penalmente rilevanti – pensiamo alle ipotesi del n. 3 *bis* dell'art. 463 c.c. – oppure anche in mancanza dell'esercizio dell'azione penale o in caso di prescrizione del reato[35]. Peraltro, si consideri che l'indegnità non è uno *status*, una qualifica intrinseca del soggetto, ma è conseguenza di una condotta che, come tale, deve essere valutata dal giudice al fine di comprendere se essa giustifichi o meno l'estrema reazione che l'ordinamento prevede disciplinando l'istituto dell'indegnità[36].

Galluzzo, F.: "Sulla «sospensione dalla successione» e sull'ammissibilità della giacenza parziale", cit., p. 75, spec. nota 32.

32 L'ultimo comma dell'art. 5 della legge n. 4/2018 prevede, altresì, che al 2 comma dell'art. 444 c.p.p. è aggiunto, in fine, il seguente periodo:"Si applica l'articolo 537 *bis*", previsione che amplia l'ambito di applicazione dell'art. 537 *bis* c.p.p. anche a dette ipotesi.

33 Nei predetti termini v. Omodei Salè, R.: "Il nuovo istituto della «sospensione dalla successione» (art. 463 bis c.c.)", cit., p. 1169 ss.

34 *Codice civile. Libro delle successioni e donazioni con la relazione ministeriale a sua maestà il re imperatore*, cit., p. 12 s.

35 Rimangono, tuttavia, numerose faccende aperte. È, infatti, fonte di contrasti l'individuazione dei soggetti legittimati ad agire: se chiunque vi abbia interesse anche solo morale oppure soltanto coloro che hanno al riguardo un interesse di natura patrimoniale (i chiamati in subordine e, in via surrogatoria, i loro creditori). Parte della giurisprudenza stima la legittimazione a chiedere la pronuncia di indegnità spettante a coloro che sono potenzialmente idonei a subentrare all'indegno nella delazione ereditaria e, quindi, anche al coerede che potrebbe beneficiare dell'accrescimento della propria quota qualora i successibili per diritto di rappresentazione in luogo del suddetto indegno non possano o non vogliano accettare l'eredità (Cass., 19 marzo 2018, n. 6747 in banca dati *Dejure*; App. Firenze sez. I, 3 giugno 2005, n. 871, in banca dati *Dejure*). Controversa è anche l'individuazione dei soggetti che traggono vantaggio dalla pronuncia di indegnità. Stima, tra i tanti, che la sentenza produca i suoi effetti solamente nei confronti di chi è parte in causa Calvo, R.: "L'indegnità", in AA.VV., *Diritto delle successioni e delle donazioni*[2], (a cura di R. Calvo e G. Perlingieri), I, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2013, p. 124. Per evitare problematicità di tale fatta, parte della giurisprudenza reputa sussistente un litisconsorzio necessario, trattandosi di azione volta ad ottenere una pronuncia relativa ad un rapporto giuridico unitario ed avente ad oggetto l'accertamento, con effetto di giudicato, della qualità di erede che, per la sua concettuale unità, è operante solo se la decisione è emessa nei confronti di tutti i soggetti del rapporto successorio (Cass., 18 gennaio 2022, n. 1443, in banca dati *Dejure*).

36 Nei predetti termini Sicchiero, G.: "L'indegnità a succedere prima e dopo la novella del 2018", cit., p. 55. In giurisprudenza v., tra le tante, Cass., 5 marzo 2009, n. 5402, cit.; Cass., 29 marzo 2006, n. 7266, cit.

IV. AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA MISURA DELLA SOSPENSIONE DALLA SUCCESSIONE.

La sospensione dalla successione si differenzia rispetto all'indegnità, alla quale è strettamente connessa, non solo per il carattere temporaneo degli effetti, ma anche per il diverso e più ristretto ambito di applicazione[37]. Si osserva, infatti, come – sotto il versante dei soggetti destinatari della misura – non tutti i potenziali indegni potranno essere preventivamente sospesi dalla successione, ma solamente quelli legati da determinati rapporti con il *de cuius* (il coniuge, anche se legalmente separato, la parte dell'unione civile, il figlio, il fratello e la sorella), indagati per omicidio volontario o tentato. In questo senso – in virtù della pretesa tassatività delle ipotesi di sospensione dalla successione al pari di quelle nelle quali è possibile incorrere in indegnità a succedere – la previsione non opererà, a esempio, nei confronti di chi abbia ucciso il *de cuius* senza essere legato allo stesso da legami familiari; oppure nei confronti del coniuge che colposamente abbia cagionato la morte del partner[38].

La misura, nel silenzio normativo, può trovare applicazione anche laddove sia indagato un minore per omicidio volontario o tentato: tale eventualità potrebbe verificarsi qualora un minorenne abbia compiuto un gesto di tale fatta nei confronti di uno o entrambi i genitori, del fratello o della sorella, oppure del coniuge (dopo essere stato ammesso al matrimonio ai sensi dell'art. 84 c.c.). Più complesso è, invece, ipotizzare un minore sospeso dalla successione per omicidio tentato o consumato del partner di un'unione civile, in quanto – come è noto – il legislatore non ha espressamente previsto, in relazione a tale istituto, la possibilità di formare un'unione civile prima del diciottesimo anno di età[39].

La sospensione dalla successione si applica, poi, solamente in caso di omicidio volontario consumato o tentato del *de cuius*; diversamente, non si farà ricorso a tale misura temporanea in presenza delle altre condotte suscettibili di determinare un'indegnità a succedere: si pensi ai delitti contro la personalità fisica diversi rispetto all'omicidio volontario consumato o tentato oppure di delitti contro la morale del *de cuius* oppure di attentato alla sua libertà testamentaria[40]. Tale scelta trova la

37 Critica la scelta del legislatore di non equiparare l'ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni Toti, B.: "Le recenti novità in materia di indegnità a succedere", cit., p. 218 s.

38 Esclude la possibilità di una interpretazione analogica, oltretutto in *malam partem*, della norma sull'indegnità, così come una correlativa lettura estensiva dell'art. 463 *bis*, 1 comma, primo inciso, c.c., in virtù del principio, consolidato di tassatività dei casi d'indegnità Serafin, M.: "*Indignus non potest capere*? Il nuovo art. 463 *bis* c.c. tra sospensione dalla successione e natura giuridica dell'indegnità", cit., p. 461. Nei medesimi termini Toti, B.: "Le recenti novità in materia di indegnità a succedere", cit., p. 221.

39 Rileva puntualmente tale aspetto e ritiene che, nonostante il silenzio della legge, sia possibile contrarre unione civile prima della maggiore età, Perlingieri, G.: "Profili alimentari e successori", in AA.VV., *Manuale di diritto civile minorile*, (a cura di A. Cordiano e R. Senigaglia), Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2022, p. 389 ss.

40 Sul carattere tassativo delle ipotesi di indegnità, tra i tanti, Cicu, A.: "Successioni per causa di morte. Parte generale[2ª]", cit., p. 91; Palazzo, A.: "Le successioni"[2], cit., p. 218; Bonilini, G.: "L'ampliamento del catalogo

propria ragion d'essere nel fatto che l'esigenza di sospendere dalla successione in tempi celeri sussiste, in particolare, a fronte di quelle ipotesi che determinano una ravvicinata – sotto il versante temporale – apertura della successione; inoltre, appare coerente con il contesto nel quale è inserito lo strumento di recente introduzione, integrato da una legge contenente un quadro di misure efficaci per tutelare gli orfani di crimini domestici e, più in generale, i familiari in caso di episodi di omicidio o femminicidio.

È sorto, però, l'interrogativo circa l'opportunità di inserire anche il tentativo nel novero delle fattispecie criminose che danno luogo all'applicazione dell'art. 463 *bis* c.c., postulando l'apertura della successione la morte del *de cuius*. A ben vedere, però, tale soluzione, che è conformata con quella effettuata dal legislatore con riferimento all'indegnità, è condivisibile ed è riferibile a diverse situazioni concrete, quali quelle ove l'evento morte si sia verificato, ma non sia causalmente riconducibile alla condotta del sospeso, il quale può, dunque, essere chiamato unicamente a rispondere per il tentativo di omicidio; oppure, alle diverse ipotesi nelle quali la morte non sopraggiunga subito e, dunque, la successione non si apra immediatamente. In questo ultimo caso, la sospensione varrà per la successione futura, circostanza che però – quantomeno sovente – priverà di utilità la misura anticipatoria, in quanto, a fronte del decorso del tempo, sarà intervenuta la pronuncia di indegnità.

Come già accennato, poi, l'ambito di operatività della sospensione dalla successione diverge rispetto a quello di alcuni degli strumenti introdotti dalla legge n. 4/2018 in ragione della diversa funzione che gli stessi perseguono[41]: come già accennato, la sospensione dalla successione – a differenza di alcune delle previsioni della legge citata – opera a prescindere dalla sussistenza di orfani del crimine domestico, con la conseguenza che potranno essere anche soggetti diversi da tali figli in condizione di peculiare debolezza a beneficiare degli effetti del meccanismo. Stando così le cose, la misura – sempre a differenza di altre contenute nella legge – non risulta tesa necessariamente a tutelare le prerogative degli orfani speciali, la cui presenza è meramente eventuale, ma a fornire un'efficace protezione ai familiari in caso di omicidio o femminicidio. In quest'ottica non convince, peraltro, l'opinione di chi afferma che l'istituto neo introdotto rappresenti, come l'indegnità

dei casi d'indegnità a succedere", *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 295. In giurisprudenza v.: Cass., 28 aprile 2022, n. 13266, in banca dati *Dejure*.

41 Ricordiamo, infatti, a titolo esemplificativo che l'ammissione al gratuito patrocinio – ai sensi dell'art. 1 della legge – è riconosciuta solamente a favore dei figli minori o i figli maggiorenni economicamente non autosufficienti rimasti orfani di un genitore a seguito di omicidio commesso in danno dello stesso genitore dal coniuge, anche legalmente separato o divorziato, dall'altra parte dell'unione civile, anche se questa è cessata, ovvero dalla persona che è o è stata legata da relazione affettiva e stabile convivenza". Di contro, la sospensione dal diritto alla pensione di reversibilità o indiretta ovvero all'indennità *una tantum* è prevista all'art. 7 per i soggetti per i quali sia stato richiesto il rinvio a giudizio per l'omicidio volontario nei confronti dell'altro coniuge, anche legalmente separato o divorziato, ovvero dell'altra parte dell'unione civile, anche se l'unione civile è cessata, fino alla sentenza definitiva.

a succedere[42], una sanzione dell'ordinamento giustificata dalla riprovevolezza della condotta del soggetto agente[43]: a ben vedere, la sospensione dalla successione – più che una sanzione comminata a fronte di una condotta che non è ancora stata oggetto di un definitivo accertamento – pare un rimedio a tutela degli altri familiari, diretto a evitare che il "sospeso" possa compiere atti di gestione relativi al patrimonio ereditario sino a che la vicenda non sarà chiarita.

Sempre guardando al diverso ambito di applicazione, il legislatore non ha – con riferimento all'art. 463 *bis* c.c. – effettuato alcun riferimento all'ex coniuge, alla parte dell'unione civile che sia cessata o alla persona legata da una semplice relazione affettiva o stabile convivenza: se – di primo acchito – tale esclusione potrebbe trovare la propria ragion d'essere nel fatto che l'unito civilmente e il coniuge perdono con lo scioglimento del vincolo i diritti successori – ma non il diritto alla pensione di reversibilità, a un assegno a carico dell'eredità e a una percentuale dell'indennità di fine rapporto[44] – e che la legge n. 76/2016 non ha

42 Stima che la sospensione dalla successione sia una sanzione Maistrello, A.: "*sub* art. 463 *bis* c.c.", in *Commentario breve al codice civile*, (a cura di G. Cian), Padova, 2020, p. 546. Sulla funzione della indegnità a succedere occorre osservare come si tratterebbe di una pena, che prescinde dalla condanna penale, sopravvive all'estinzione del reato e può essere fatta valere indipendentemente da questo, Ferri, G.B.: "Successioni in generale[2ª]", cit., p. 182. Reputano trattarsi, nello specifico, di una pena privata (Bianca, C.M.: *Diritto civile. Le successioni*[5], 2.2, cit., p. 24 s.; Albanese, A.: "L'indegnità a succedere dopo la l. 8 luglio 2005, n. 137", cit., p. 855. V. anche Bosetti, F.G.: "L'indegnità a succedere: una ipotesi di "pena privata"", in AA.VV., *Le pene private*, (a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi), Giuffrè, Milano, 1985, p. 223 ss.; Moscati, E.: "Studi di diritto successorio", in AA.VV., *La didattica del diritto successorio*, (a cura di S. Mazzamuto e E. Moscati), Giappichelli, Torino, 2013, p. 111). Ragionano di sanzione civile Criscuoli, G.: *Le obbligazioni testamentarie*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 255, e Calvo, R.: "L'indegnità", cit., p. 123. Stima l'indegnità sanzione di natura squisitamente civilistica e con fondamento pubblicistico Ramuschi, M.: "La sospensione dalla successione ereditaria", cit., p. 967. In giurisprudenza, l'indegnità viene descritta come una sanzione civile con fondamento pubblicistico (tra le tante v.: Cass., 25 febbraio 2019, n. 5411, in banca dati *Plurisonline*; Cass., 29 marzo 2006, n. 7266, in banca dati *Plurisonline*; Cass., 3 luglio 1974, n. 1997, in *Foro it.*, 1974, I, c. 2291; Trib. Ivrea, 24 luglio 2014, n. 415, in banca dati *Plurisonline*). Il carattere pubblicistico è sostenuto, tra gli altri, da Azzolina, Se le norme sull'indegnità a succedere siano di ordine pubblico", *Foro pad.*, 1946, I, c. 682; recentemente, Musolino, G.: "L'indegnità a succedere", *Riv. not.*, II, 2003, p. 1296. Trattandosi di una sanzione personale, l'indegnità dispiega i suoi effetti esclusivamente nei confronti dell'indegno e non si trasmette ad altri: tra i tanti v. Martone, I.: "La «sospensione dalla successione» tra vecchie e nuove questioni del diritto *mortis causa*", cit., p. 139. In tale senso, occorre considerare anche che, secondo il disposto dell'art. 465 c.c."colui che è escluso per indegnità dalla successione non ha sui beni della medesima, che siano devoluti ai suoi figli, i diritti di usufrutto o di amministrazione che la legge accorda ai genitori". Tale previsione fa ben comprendere come l'indegnità non impedisca l'acquisto da parte dei figli dell'indegno.

43 Così Perlingieri, G.: "Profili alimentari e successori", cit., p. 389 ss. Nei medesimi termini anche Toti, B.: "Le recenti novità in materia di indegnità a succedere", cit., p. 210 s. e Bellanova, L.: "La "nuova" tutela degli orfani per crimini domestici (l. 11 gennaio 2018, n. 4)", cit., p. 1296.

44 Giova, infatti, precisare che ai sensi dell'art. 9, 2 comma, della legge divorzio l'ex coniuge rispetto al quale è stata pronunciata sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ha diritto, se non passato a nuove nozze e sempre che sia titolare di assegno ai sensi dell'art. 5, alla pensione di reversibilità, sempre che il rapporto da cui trae origine il trattamento pensionistico sia anteriore alla sentenza. Come già accennato nei paragrafi precedenti, la legge n. 4/2018 prevede, però, la sospensione dalla pensione di reversibilità o indiretta all'art. 7, misura che presenta un diverso ambito di applicazione rispetto alla misura di cui all'art. 463 *bis* c.c. Però, occorre ricordare anche che, ai sensi dell'art. 9 *bis* legge divorzio, a colui al quale è stato riconosciuto il diritto alla corresponsione periodica di somme di denaro a norma dell'art. 5, qualora versi in stato di bisogno, il tribunale, dopo il decesso dell'obbligato, può attribuire un assegno periodico a carico dell'eredità tenendo conto dell'importo di quelle somme, della entità del bisogno, dell'eventuale pensione di reversibilità, delle sostanze ereditarie, del numero e della qualità degli eredi e delle loro condizioni economiche. Infine, ai sensi dell'art. 12 *bis* legge divorzio il coniuge nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ha diritto, se non passato a nuove nozze e in quanto sia titolare di assegno ai sensi dell'art.

riconosciuto diritti successori al convivente di fatto, a seguito di una più attenta riflessione non si può tacere che tale scelta desta perplessità, giacché tali soggetti potrebbero comunque essere beneficiari di lasciti testamentari[45].

Con tutta probabilità si tratta di una "svista" del legislatore, che ha considerato esclusivamente gli eredi *ex lege*, giacché non si può ritenere che le condotte serbate da tali soggetti siano meno biasimevoli rispetto a quelle eventualmente tenute dal coniuge o dall'unito civilmente e che, dunque, debbano giustificare una reazione inferiore da parte dell'ordinamento[46]. Parimenti, sono state del tutto ignorate le ipotesi nelle quali tali condotte siano tenute ai danni di un figlio, pure essendo le stesse estremamente riprovevoli.

V. GLI EFFETTI DELLA SOSPENSIONE DALLA SUCCESSIONE.

Il legislatore, nell'introdurre la sospensione dalla successione, non ha delineato con precisione quali siano gli effetti della stessa, salvo precisare che "in tal caso si fa luogo alla nomina di un curatore ai sensi dell'articolo 528". Come già accennato, però, il *nomen* prescelto fa pensare a una sorta di cristallizzazione nella situazione, tesa a evitare che il soggetto subentri nel patrimonio della vittima e si avvantaggi delle conseguenze a esso favorevoli sottese al proprio deplorevole gesto[47].

In particolare, nel silenzio normativo e operando sempre un parallelismo con l'indegnità a succedere, deve stimarsi che l'istituto incida sulla delazione ereditaria – ovvero sulla offerta ad un soggetto di subentrare nei rapporti giuridici già facenti

5, ad una percentuale dell'indennità di fine rapporto percepita dall'altro coniuge all'atto della cessazione del rapporto di lavoro anche se l'indennità viene a maturare dopo la sentenza. Il legislatore non pare aver considerato che l'ex coniuge (e l'ex unito civilmente) potrebbero godere di tali diritti). Come è noto, ai sensi dell'art. 1, comma 25, della legge Cirinnà, i citati articoli della legge divorzio si applicano, in quanto compatibili, anche agli uniti civilmente.

45 Rileva tale aspetto anche Omodei Salè, R.: "Il nuovo istituto della «sospensione dalla successione» (art. 463 *bis* c.c.)", cit., p. 1146. In presenza di testamento, tuttavia, occorre che la sua redazione sia avvenuta quando il testatore non era a conoscenza della causa di indegnità: diversamente, la previsione dell'indegno tra i successori configurerebbe una"riabilitazione implicita" *ex* art. 466, comma 2°, c.c. secondo Albanese, A: "L'indegnità a succedere dopo la l. 8 luglio 2005, n. 137", cit., p. 856. A tal riguardo, invece, Bianca, C.M.: *Diritto civile. Le successioni*[5], 2.2, cit., p. 28 ss., osserva, ponendosi in contrasto con la possibilità di una riabilitazione implicita, che la volontà di riabilitare l'indegno deve risultare in modo espresso, ma non esige formule rigorose. Tale soluzione è condivisibile visto l'inciso dell'art. 466 c.c."lo ha espressamente abilitato con atto pubblico o con testamento". Sulla riabilitazione dell'indegno v., tra i tanti: Bonilini, G.: "La riabilitazione dell'indegno", *Studium Juris*, 1997, p. 1141 ss.; Salvestroni, U.: "Osservazioni sulla riabilitazione dell'indegno", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 879.

46 Stima che, in virtù di una interpretazione sistematica ed assiologica, la portata della norma andrebbe estesa anche a tali soggetti Astone, A.: *Sospensione dalla successione e indegnità a succedere. L'orizzonte ermeneutico dell'art. 463* bis *c.c.*, cit., p. 121. In senso contrario, Serafin, M.: "*Indignus non potest capere*? Il nuovo art. 463 *bis* c.c. tra sospensione dalla successione e natura giuridica dell'indegnità", cit., p. 462, in quanto si tratterebbe di un elenco tassativo di ipotesi ove è consentita la sospensione.

47 Sul punto Di Marzio, M.: "*sub* art. 463 *bis*", in *Codice civile commentato*, in banca dati *Dejure*, evidenzia che "non è agevole intendere [...] che cosa il legislatore abbia inteso dire con la formula inedita, espressa in un italiano approssimativo mutuato dal linguaggio burocratico, 'sono sospesi dalla successione', la quale richiama piuttosto l'idea delle fatture e pratiche in sospeso, se non dei carichi sospesi".

capo al *de cuius* – rendendola inefficace fino al decreto di archiviazione o alla sentenza definitiva di proscioglimento[48].

Sebbene sia chiaro il *dies ad quem* nel quale cessano gli effetti della misura, foriera di dilemmi interpretativi è, tuttavia, l'individuazione del momento a partire dal quale l'istituto produce i suoi effetti; parimenti, è controversa la necessità o meno – affinché possa operare la sospensione dalla successione – che il beneficiario del lascito non abbia ancora accettato l'eredità.

Quanto al primo aspetto, sebbene diverse siano le teorie che si sono diffuse[49], l'inciso di cui all'ultimo comma dell'art. 463 *bis* c.c. secondo il quale "Il pubblico ministero, compatibilmente con le esigenze di segretezza delle indagini, comunica senza ritardo alla cancelleria del tribunale del circondario in cui si è aperta la successione l'avvenuta iscrizione nel registro delle notizie di reato, ai fini della sospensione di cui al presente articolo" porta a sostenere che la sospensione non possa dispiegare i propri effetti prima che venga effettuata la comunicazione del Pubblico Ministero[50], strumento che, tuttavia, non pare del tutto idoneo ai fini della conoscibilità per i terzi[51]. Tale aspetto palesa, inoltre, un'evidente discrasia tra la disciplina della sospensione dalla successione e quella dell'indegnità, che, come è noto, prescinde dall'accertamento del reato in sede penale; diversamente, siccome gli effetti della misura di cui all'art. 463 *bis* c.c. sono subordinati alla comunicazione del Pubblico Ministero conseguente all'avvenuta iscrizione nel registro delle notizie di reato, è esclusa la sospensione dalla successione nei casi in cui venga percorsa esclusivamente la via civilistica[52].

48 In senso contrario, Di Marzio, M.: "*sub* art. 463 *bis*", cit., il quale sostiene che la sospensione non inciderebbe sulla delazione ereditaria giacché l'offerta del patrimonio al chiamato si verifica al momento stesso dell'apertura della successione: sicché, quando il pubblico ministero interviene, la delazione ereditaria ha già avuto luogo.

49 Ritengono che la sospensione si verifichi al momento all'emissione, da parte del Tribunale del provvedimento dichiarativo della sospensione, il quale conterrà, altresì, la nomina del curatore Galluzzo, F.: "Sulla «sospensione dalla successione» e sull'ammissibilità della giacenza parziale", cit., p. 79; Oliviero, F.: "Sospensione dalla successione" e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4", *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 328; Serafin, M.: "*Indignus non potest capere*? Il nuovo art. 463 *bis* c.c. tra sospensione dalla successione e natura giuridica dell'indegnità", cit., p. 464.

50 Così Ramuschi, M.: "La sospensione dalla successione ereditaria", p. 974. In particolare, Omodei Salè, R.: "Il nuovo istituto della «sospensione dalla successione» (art. 463 *bis* c.c.)", cit., p. 1145. Così anche Busani, A. e Currao, A.: "Sospensione dalla successione e indegnità a succedere dichiarata dal giudice penale", cit., p. 149. Stima irragionevole subordinare gli effetti della misura a tale evento, ritenendo che la legge ponga un vincolo di fatto non conoscibile e rispetto al quale l'essenza di vincoli è ciò che si apprende consultando i registri deputati alla loro pubblicità generale, cioè quelli immobiliari, Sicchiero, G.: "L'indegnità a succedere prima e dopo la novella del 2018", cit., p. 57. In senso contrario, Oliviero, F.: "Sospensione dalla successione e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4", cit., p. 328, ritiene che la sospensione intervenga allorché il tribunale civile – presa conoscenza della *notitia criminis* ai sensi dell'art. 463 *bis*, 3 comma, c.c. – emetta il provvedimento, avente efficacia costitutiva, dichiarativo della sospensione e di contestuale nomina del curatore dell'eredità giacente.

51 A tale riguardo Sicchiero, G: "La diseredazione *ex* art. 448 *bis* cod. civ.: cinque diverse tesi a confronto", cit., p. 57, si chiede se si possa pensare che il notaio debba controllare il registro delle successioni, quando magari nemmeno vi sia pubblica notizia delle indagini, ammesso che il notaio sia tenuto a conoscere queste notizie.

52 Non si può stimare, però, che tale previsione incida anche sull'indegnità, rendendo per la stessa imprescindibile la condanna in sede penale, condanna che, peraltro, potrebbe non essere ulteriormente

In relazione, invece, alla seconda questione, non vi è dubbio che – laddove il chiamato non abbia ancora, al momento della comunicazione del Pubblico Ministero, accettato l'eredità e, dunque, conseguito la qualità di erede – un'eventuale accettazione sarebbe priva di effetti in virtù dell'istituto introdotto nel 2018, in quanto, come già accennato, sono sospesi gli effetti della delazione: in tale circostanza, il soggetto sospeso dalla successione non potrebbe neppure esercitare i diritti spettanti al chiamato che non abbia ancora accettato *ex* art. 460 c.c., in quanto l'ultimo comma della norma citata esclude espressamente che il chiamato possa compiere gli atti indicati nei commi precedenti quando si è provveduto alla nomina di un curatore dell'eredità a norma dell'art. 528 c.c., eventualità che, in caso di sospensione, si deve puntualmente verificare, come vedremo nel proseguo. In questo senso, per certi versi la situazione del soggetto appare assimilabile a quella dell'erede sotto condizione sospensiva[53].

Più complesse sono, invece, le ipotesi nelle quali la comunicazione del Pubblico Ministero avvenga cronologicamente in un momento successivo rispetto a quello dell'accettazione: secondo taluni, in situazioni di tale fatta, la misura della sospensione dalla successione non produrrebbe ulteriormente effetti in ragione del fatto che con l'accettazione si verifica una confusione tra i patrimoni e si chiude la procedura successoria[54].

Tale soluzione non convince, però, per diverse ragioni: in prima battuta, tale tendenza darebbe eccessivo peso all'espressione "sospensione dalla successione", ritenendo che – una volta accettata l'eredità – la successione si sia conclusa[55]. Inoltre, andrebbe a limitare oltremodo l'ambito applicativo della misura, senza trovare soccorso nel dato normativo, ove non è rinvenibile alcun riferimento alla pretesa necessità che non sia intervenuta una accettazione. Più propriamente, invece, considerando trattarsi di un istituto strettamente collegato a quello dell'indegnità, deve ritenersi che, proprio come questa ultima, operi anche nei confronti di chi ha già accettato l'eredità[56]. Peraltro – diversamente opinando – si

possibile in ragione – ad esempio – dell'estinzione del reato per prescrizione. In questi termini anche Ramuschi, M.: "La sospensione dalla successione ereditaria", cit., p. 977 s.

53 Nei predetti termini: Oliviero, F.: "Sospensione dalla successione" e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4", cit., p. 318; Omodei Salè, R.: "Il nuovo istituto della «sospensione dalla successione» (art. 463 *bis* c.c.)", cit., p. 1152, nonché Ramuschi, M.: "La sospensione dalla successione ereditaria", cit., p. 976. In senso contrario, Di Marzio, M.: "*sub* art. 463 *bis*", cit., ove si afferma che"escluso che la norma introduca un'ipotesi di incapacità a succedere, in mancanza di qualsiasi elemento per sostenere una simile opinione, essa certo non incide sulla delazione ereditaria, per l'ovvia ragione che l'offerta del patrimonio al chiamato si verifica al momento stesso dell'apertura della successione: sicché, quando il pubblico ministero interviene, la delazione ereditaria ha già avuto luogo". Chiaramente, tale affermazione postula l'abbracciare la tesi secondo la quale la condizione sospensiva apposta alla chiamata sospende la delazione (tra i tanti, Bonilini, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*[2], cit., p. 204).

54 Di Marzio, M.: "*sub* art. 463 *bis*", cit.

55 Sostiene ciò Di Marzio, M.: "*sub* art. 463 *bis*", cit.

56 Rileva come non trascurabili esigenze di simmetria depongano nel senso della necessità di individuare un ambito temporale di operatività della "sospensione" congruente rispetto a quello dell'indegnità, che può essere dichiarata in ogni tempo, a prescindere dall'avvenuta accettazione Perlingieri, G.: "Profili

creerebbe un'irragionevole disparità di trattamento tra chiamato ed erede[57]; inoltre, si potrebbe spingere a comportamenti opportunistici il chiamato, indotto, conscio delle proprie responsabilità, ad accettare rapidamente l'eredità al fine di sottrarsi dalle conseguenze pregiudizievoli dell'istituto da ultimo introdotto. Peraltro, sarebbe complesso, basandosi su tale approccio, comprendere la posizione del legatario che, come è noto, non deve accettare il legato, ma può rinunciarvi. E non vi è dubbio che la sospensione dalla successione, come l'indegnità, colpisca anche i legati e non solo le chiamate all'eredità[58].

In tali ipotesi, tuttavia, essendo intervenuta l'accettazione, la sospensione inciderà non solo sulla delazione, determinandone una inefficacia sopravvenuta, ma anche sulla possibilità di disporre dei diritti ormai acquistati sui beni caduti in successione[59]. Il problema diviene, nel tale caso, quello delle conseguenze sugli atti eventualmente già compiuti dal soggetto sospeso dalla successione, anche considerando le esigenze di tutela dei terzi aventi causa: in tale ipotesi non convince operare un'assimilazione *tout court* della situazione a quella dell'erede sottoposto a condizione risolutiva[60], giacché la presenza di tale elemento accidentale può essere verificata dal terzo acquirente (e dal notaio chiamato a redigere il contratto)[61]; diversamente, se la sospensione è successiva rispetto all'atto traslativo, il terzo avente causa dal sospeso non avrebbe potuto preventivamente venire a conoscenza della situazione neppure verificando con diligenza la questione. Per ovviare a tale inconveniente, la dottrina prevalente assimila la vicenda a quella di chi contrae con

alimentari e successori", p. 389 ss. Nei medesimi termini Ramuschi, M.: "La sospensione dalla successione ereditaria", cit., p. 976; Serafin, M.: "*Indignus non potest capere*? Il nuovo art. 463 *bis* c.c. tra sospensione dalla successione e natura giuridica dell'indegnità", cit., p. 470; Oliviero, F.: "Sospensione dalla successione e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4", cit., p. 320; Omodei Salè, R.: "Il nuovo istituto della «sospensione dalla successione» (art. 463 *bis* c.c.)", cit., p. 1152.

57 Perlingieri, G.: "Profili alimentari e successori", cit., p. 389 ss.

58 V., tra i tanti Criscuoli, G.: *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 259. Sul punto, Cass., 5 novembre 1992, n. 11979, in *Mass. giur. it*., 1992, afferma che l'indegnità a succedere, nei casi di cui all'art. 463 c. c., travolge anche il legato che sia stato fatto per riconoscenza o per remunerazione, non essendo applicabile al riguardo il principio della irrevocabilità dettato per le donazioni remuneratorie dall'art. 805 c. c.

59 Nei predetti termini Busani, A. e Currao, A.: "Sospensione dalla successione e indegnità a succedere dichiarata dal giudice penale", cit., p. 151; nonchè Serafin, M.: "*Indignus non potest capere*? Il nuovo art. 463 *bis* c.c. tra sospensione dalla successione e natura giuridica dell'indegnità", cit., p. 470 s. In senso solo parzialmente conforme Oliviero, F.: "Sospensione dalla successione e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4", cit., p. 321 s., il quale stima che la sospensione non inciderebbe con efficacia retroattiva sulla delazione, ma priverebbe solamente il sospeso dai poteri di godimento e di disposizione sui beni acquistati in forza della successione.

60 Se alla disposizione testamentaria è apposta una condizione risolutiva e l'evento si verifica, ciò determina la conseguente caducazione degli atti dispositivi compiuti (Bonilini, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*[2], cit., p. 204; Bianca, C.M.: *Diritto civile. Le successioni*[5], 2.2, cit., p. 391). E ciò indipendentemente dalla buona o dalla mala fede del terzo.

61 Sul punto, Lupo, M.: "*Sub* art. 633 c.c., in *Codice Civile commentato*, (a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli), in banca dati *Onelegale*, osserva come dal coordinamento dell'art. 2648 c.c., che prescrive la trascrizione dell'accettazione dell'eredità o dell'acquisto del legato aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà o la costituzione di diritti reali immobiliari, con gli artt. 2660 n. 6 e 2659, si evince che nella nota di trascrizione occorre fare menzione della condizione apposta alla disposizione testamentaria, salvo che al momento in cui l'atto si trascrive la condizione sospensiva si sia già verificata o la condizione risolutiva sia mancata.

l'erede apparente[62], soluzione che – pure risultando convincente per molti versi – incontra, però, un ostacolo nel fatto che le conseguenze della sospensione dalla successione sono strettamente temporanee e potrebbero venire meno a seguito di un decreto di archiviazione o alla sentenza definitiva di proscioglimento.

Infine, laddove sussistano i presupposti dell'istituto di recente introduzione, l'art. 463 *bis* c.c. impone la nomina di un curatore ai sensi dell'art. 528 c.c.: la scelta del legislatore di specificare che deve trattarsi proprio di un "curatore ai sensi dell'art. 528 c.c." spinge a indagare l'estensione di tale richiamo per comprendere se è riferito solamente alla procedura prevista per la nomina del curatore dell'eredità giacente e agli obblighi gravanti sullo stesso oppure anche ai presupposti previsti in relazione all'istituto della giacenza dell'eredità[63] dal 1 comma dell'art. 528 c.c.[64]. Sposare tale ultima tesi, peraltro, imporrebbe un confronto con la *vexata quaestio* concernente l'ammissibilità di una giacenza *pro quota*[65].

62 Stima che gli atti compiuti *medio tempore* dal sospeso debbano subire le conseguenze di cui all'art. 534 c.c. e che, tenendo fermi gli atti di ordinaria amministrazione, per quelli di straordinaria si debba distinguere tra atti compiuti a titolo gratuito o a titolo oneroso in relazione ai quali sarà rilevante la buona o mala fede del terzo, Ramuschi, M.: "La sospensione dalla successione ereditaria", cit. p. 976. Nei medesimi termini, reputa che all'indegno andrebbe applicata la disciplina prevista per l'erede apparente con la conseguenza che gli atti dispositivi a titolo oneroso verranno meno soltanto quando risulti accertata la malafede dell'acquirente, Martone, I: "La «sospensione dalla successione» tra vecchie e nuove questioni del diritto *mortis causa*", cit., p. 140, nota 47.

63 Non è chiaro se l'istituto della giacenza dell'eredità postuli meramente la non ancora intervenuta accettazione dell'eredità e, dunque, si applichi anche in tutte le situazioni ove non sussista una delazione attuale (Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, pt. 2, Giuffrè, Milano, 1952, p. 452); oppure, se – secondo la visione prevalente (*ex multis*, v. Trimarchi, V.M.: *L'eredità giacente*, cit., p. 38 ss.; Lipari, M.: "L'eredità giacente", cit., p. 343 ss.) – la giacenza dell'eredità rappresenti un istituto strettamente ancorato alla sussistenza dei requisiti di cui all'art. 528 c.c. ovvero l'esistenza di un chiamato, che non si trovi nel possesso dei beni ereditari e che non abbia accettato l'eredità. In senso parzialmente difforme, ritiene che solamente la mancata accettazione dell'eredità rappresenti *conditio sine qua non* della giacenza ereditaria Astone, A.: *Sospensione dalla successione e indegnità a succedere. L'orizzonte ermeneutico dell'art. 463* bis *c.c.*, cit., p. 22 e p. 32.

64 Sull'eredità giacente v., tra i tanti, Nicolò, R.: "Eredità giacente", *Foro it.*, 1940, I, c. 203 ss.; Trimarchi, V.M.: *L'eredità giacente*, Giuffrè, Milano, 1954, *passim*; Cariota Ferrara, L. "Questioni in tema di eredità giacente", in *Scritti Minori*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 1986, p. 543 ss.; Azzariti, G.: "L'eredità giacente", in *Trattato di diritto privato*, (diretto da P. Rescigno), 5, I, Utet, Torino, 1982, p. 185 ss.; Palazzo, A.: "Eredità giacente", in *Le successioni*, I, *Disposizioni generali*, in AA.VV., *Il diritto privato nella giurisprudenza*, (a cura di P. Cendon), Utet, Torino, 2000, p. 241 ss.; Zanni, M.: "L'eredità giacente: classicità dell'istituto e attualità delle problematiche", *Riv. not.*, 2003, p. 925 ss.; Romano, C.: "L'amministrazione cautelare del patrimonio ereditario", in AA.VV., *Diritto delle successioni e delle donazioni*[2], (a cura di R. Calvo e G. Perlingieri), I, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2013, p. 95 ss.

65 La dottrina sul punto è divisa: taluni (tra i tanti v. Lipari, M.: "L'eredità giacente", in AA.VV.: *Successioni e donazioni*, (a cura di P. Rescigno), I, Cedam, Padova, 1994, p. 343 ss.) sostengono, infatti, che, laddove vi sia anche solo un chiamato che abbia accettato non vi sarebbe necessità di nominare un curatore *ex* art. 528 c.c. che provveda alla amministrazione e gestione dell'eredità. Nei medesimi termini, esclude la possibilità di una giacenza *pro quota* Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 2, *Diritto delle successioni per causa di morte, principii di diritto privato internazionale. Codici e norme complementari*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 319 ss. In giurisprudenza v.: Cass., 5 luglio 1990, n. 7076, banca dati *Dejure*; Cass., 19 aprile 2000, n. 5133, in banca dati *Dejure*; Cass., 22 febbraio 2001, n. 2611, *Giur. it.*, 2002, c. 61. In senso contrario, ammettono la giacenza *pro quota*: Carraro, L.: "Eredità giacente «*pro quota*»", *Giur. it.*, 1947, I, 2, p. 527; Cicu, A.: "Successioni per causa di morte. Parte generale[2]", p. 145 ss., Miranda, L.M.: "La giacenza parziale d'eredità: la *ratio* dell'ammissibilità", *Familia*, 2002, p. 215 ss.; Bilotti, E. "L'eredità giacente *pro quota*", *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 460. La giurisprudenza, invece, tende a escludere la giacenza *pro quota*: Cass., 22 febbraio 2001, n. 2611, *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 454 ss. Così anche Trib. Napoli, 15 gennaio 1947, *Giur. it.*, 1948, I, 2, p. 454 ss., e Trib. Milano, 28 marzo 1961, *Giur. it.*, 1962, I, 2, p. 500 ss. Per una puntuale indagine della giurisprudenza sussistente sul punto v. Galluzzo, F.: "Sulla «sospensione dalla successione» e sull'ammissibilità della giacenza parziale", cit., p. 95 ss.

Quanto al primo aspetto, deve stimarsi che la sospensione dalla successione prescinda dai presupposti previsti dal 1° comma dell'art. 528 c.c.: a tale convinzione si giunge considerando che, dalla formulazione letterale della norma (463 *bis* c.c.), emerge lampante come la nomina del curatore non sia un'eventualità alla quale ricorrere eventualmente per fare fronte a esigenze di conservazione e amministrazione del patrimonio ereditario nel periodo intercorrente tra l'apertura della successione e l'accettazione dell'eredità, ma un atto dovuto (e non discrezionale per il giudice) al verificarsi (meramente) dei presupposti della sospensione dalla successione, teso a estromettere dalla gestione il soggetto indagato per determinati reati[66]. In questo senso, la nomina del curatore andrà attuata anche in mancanza di quelli che sarebbero i presupposti dell'eredità giacente e, dunque, anche se il sospeso ha già accettato l'eredità e si trova nel possesso (materiale e non solo giuridico) dei beni ereditari[67].

Sempre sulla base dell'assunto per il quale la nomina del curatore nell'ipotesi di sospensione è un atto dovuto, è possibile affrontare anche il secondo interrogativo, affermando che il giudice non può esimersi dal provvedere alla nomina del curatore neppure alla presenza di altri coeredi che abbiano accettato l'eredità: il curatore sarà, dunque, chiamato – nell'ipotesi oggetto di indagine – ad amministrare esclusivamente la quota di eredità (e anche i legati) del sospeso, senza incidere su quelle altrui[68].

VI. BREVI CONCLUSIONI.

Il breve *excursus* realizzato ha fatto emergere come la legge n. 4/2018, contenente disposizioni in favore degli orfani di crimini domestici, rappresenti un ulteriore e significativo passo nel cammino diretto ad arginare il drammatico fenomeno della violenza nei contesti familiari.

Tra le diverse misure introdotte per tutelare i familiari in caso di episodi di omicidio o femminicidio, spiccano quelle che coinvolgono il sistema successorio, tra

66 Non sono richiesti i presupposti per aversi eredità giacente secondo: Oliviero, F.: "Sospensione dalla successione e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4", cit., p. 329; Ramuschi, M.: "La sospensione dalla successione ereditaria", cit., p. 982; Serafin, M.: "*Indignus non potest capere*? Il nuovo art. 463 *bis* c.c. tra sospensione dalla successione e natura giuridica dell'indegnità", cit., p. 474 s.; Maistrello, A.: "sub *art. 463* bis *c.c.*, cit., p. 546.

67 In favore di tale assunto si consideri peraltro il significato che tale presupposto assume nella disciplina della eredità giacente: ai sensi dell'art. 485 c.c. sono, infatti, attribuiti precisi termini per il chiamato nel possesso dei beni per domandare l'inventario, altrimenti si considera erede puro e semplice, circostanza che farebbe venire meno lo stato di giacenza.

68 Ritengono che il legislatore, mosso dall'intento di riconoscere una speciale tutela alle vittime di crimini domestici, abbia ritenuto possibile in dette ipotesi ammettere una giacenza *pro quota* Busani, A. e Currao, A.: "Sospensione dalla successione e indegnità a succedere dichiarata dal giudice penale", cit., p. 151. Nei medesimi termini: Di Marzio, M.: "*sub* art. 463 *bis*", cit.; nonché Omodei Salè, R.: Il nuovo istituto della «sospensione dalla successione» (art. 463 *bis* c.c.)", cit., p. 1158 e Martone, I: "La «sospensione dalla successione» tra vecchie e nuove questioni del diritto *mortis causa*", cit., p. 153.

le quali figura la sospensione dalla successione. La formulazione non impeccabile e in parte lacunosa del nuovo art. 463 *bis* c.c. crea, tuttavia, evidenti problemi interpretativi su aspetti estremamente rilevanti, quali i presupposti e gli effetti dello strumento, che rischiano di essere forieri di una profonda conflittualità successiva e di vanificare in parte l'efficacia della misura.

A ogni modo, alcuni vuoti normativi possono essere colmati applicando, in quanto compatibili, le norme dettate con riferimento all'indegnità a succedere, istituto al quale la sospensione della successione è strettamente connesso: considerato anche che un approccio di senso inverso sarebbe contrario al principio di ragionevolezza, si deve – a tacer d'altro – ammettere la possibilità di riabilitare il sospeso, anche se saranno estremamente limitate le ipotesi ove ciò sarà, in concreto, possibile. Nello specifico, la riabilitazione postula – ai sensi dell'art 466 c.c. – che il *de cuius* abbia espressamente riabilitato il soggetto con atto pubblico o testamento e, dunque, per scongiurare gli effetti della misura è necessario il perdono della persona offesa, che non può certamente essere preventivo rispetto alla condotta biasimevole[69]. Ne deriva che la riabilitazione sarà possibile solamente quando l'evento morte non consegua immediatamente alla condotta e il *de cuius* faccia in tempo a riabilitare il soggetto sospeso prima del decesso[70].

Al di là di tali rilievi, certamente apprezzabile è la tendenza dell'ordinamento a reagire mediante diverse misure nei confronti dell'omicidio consumato o tentato di determinati componenti della famiglia al fine di cercare di arginare episodi di violenza nei contesti familiari, che – allo stato attuale – rappresentano un fenomeno sempre meno sommerso e di particolare allarme sociale.

69 Escludono la possibilità di un perdono anticipato: Coviello JR., L.: *Diritto successorio*, cit., p. 196; Serafin, M.: "*Indignus non potest capere*? Il nuovo art. 463 *bis* c.c. tra sospensione dalla successione e natura giuridica dell'indegnità", cit., p. 459.

70 Stima che la riabilitazione sia configurabile solamente nelle ipotesi di sospensione per delitto tentato, Omodei Salè, R.: "Il nuovo istituto della «sospensione dalla successione» (art. 463 *bis* c.c.)", cit., p. 1165. Nei predetti termini anche Busani, A. e Currao, A.: "Sospensione dalla successione e indegnità a succedere dichiarata dal giudice penale", cit., p. 152, i quali affermano che, in ipotesi di tale fatta, il giudice penale abbia un impedimento al pronunciare l'indegnità a succedere.

BIBLIOGRAFIA.

ALBANESE, A: "L'indegnità a succedere dopo la l. 8 luglio 2005, n. 137", *Contr. impr.*, 2006, p. 854 ss.

ASTONE, A.: *Sospensione dalla successione e indegnità a succedere. L'orizzonte ermeneutico dell'art. 463* bis *c.c.*, Giappichelli, Torino, 2019.

AZZARITI, G.: "L'eredità giacente", in *Trattato di diritto privato*, (diretto da P. RESCIGNO), 5, I, Utet, Torino, 1982.

AZZARITI, F.S., MARTINEZ, G., AZZARITI, G.: *Successioni per causa di morte e donazioni*, Cedam, Padova, 1979, VII ed.

BALDRY, A.C.: *Orfani speciali. Chi sono, dove sono, con chi sono. Conseguenze psicosociali sui figli e figlie del femminicidio*, Giuffrè, Milano, 2018.

BARASSI, L.: *Le successioni per causa di morte*, Giuffrè, Milano, 1947.

BARBERO, D.: "Natura giuridica dell'indegnità a succedere", *Foro pad.*, 1950, I, c. 843 ss.

BELLANOVA, L.: "La "nuova" tutela degli orfani per crimini domestici (l. 11 gennaio 2018, n. 4)", *Studium iuris*, 2018, p. 1294 ss.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile. Le successioni*[5], 2.2, 2015, Giuffrè, Milano.

BILOTTI, E. "L'eredità giacente *pro quota*", *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 456 ss.

BONILINI, G: "L'ampliamento del catalogo dei casi di indegnità a succedere", *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 294 ss.

BONILINI, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*[4], Utet, Torino, 2006.

BOSETTI, F.G.: "L'indegnità a succedere: una ipotesi di "pena privata"", in AA.VV., *Le pene private*, (a cura di F.D. BUSNELLI e G. SCALFI), Giuffrè, Milano, 1985, p. 223 ss.

BUSANI, A. e CURRAO, A.: "Sospensione dalla successione e indegnità a succedere dichiarata dal giudice penale", *Notariato*, 2020, p. 145 ss.

CALVO, R.: "L'indegnità", in AA.VV., *Diritto delle successioni e delle donazioni*[2], (a cura di R. CALVO e G. PERLINGIERI), I, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2013, p. 119 ss.

Cariota Ferrara, L. "Questioni in tema di eredità giacente", in *Scritti Minori*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 1986, p. 543 ss.

Carraro, L.: "Eredità giacente «*pro quota*»", *Giur. it.*, 1947, I, 2, p. 527 ss.

Castellani, G: "Esclusione dalla successione *ex* art. 448 *bis* c.c. e diseredazione. Spunti di riflessione", in AA.VV., *Autonomia della famiglia e controlli. Prime riflessioni*, (a cura di G. Castellani, A. Cordiano, G.A. Parini, M. Vivirito Pellegrino), Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017, p. 249 ss.

Cicu, A.: "Successioni per causa di morte. Parte generale[2"], in *Trattato di diritto civile e commerciale*, (diretto da A. Cicu e F. Messineo), Giuffrè, Milano, 1961.

Cordiano, A.: "Minori in condizione di disagio o di particolare vulnerabilità" in AA.VV., *Manuale di diritto civile minorile*, (a cura di A. Cordiano e R. Senigaglia), Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2022, p. 229 ss.

Coviello JR., L.: *Diritto successorio*, Bari, 1962.

Crepaldi, G.: "Il "nuovo" sequestro conservativo: tra ragioni di allarme sociale ed un inedito ruolo del pubblico ministero. Profili di un'incostituzionalità", *Giurisprudenza Penale web*, n. 3, 2020.

Criscuoli, G.: *Le obbligazioni testamentarie*, Giuffrè, Milano, 1965.

Depalmas, C., Cilio, M.G.: *La voce nel silenzio. La violenza assistita*, Aracne editrice, Roma, 2012.

Di Marzio, M.: "*sub* art. 463 *bis*", in *Codice civile commentato*, in banca dati *Dejure*.

Ferri, G.B.: "Successioni in generale[2"], in *Commentario al codice civile*, (a cura di A. Scialoja e G. Branca), Zanichelli, Bologna-Roma, 1980.

Folla, N.: "Orfani di crimini domestici: ora una legge li tutela, li sostiene e rompe il silenzio che li circonda", *Fam. dir.*, 2018, p. 517 ss.

Galletti, M.: "Esclusione dalla successione, regole devolutive e rimedi nel sistema dell'art. 448 *bis* c.c.", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1080 ss.

Galluzzo, F.: "Sulla «sospensione dalla successione» e sull'ammissibilità della giacenza parziale", *Dir. fam. succ.*, 2021, p. 72 ss.

Landini, S: "Indegnità a succedere e decadenza dalla potestà genitoriale nell'art. 463 c.c. modificato dalla L. n. 137/2005", *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 67 ss.

Lipari, M.: "L'eredità giacente", in AA.VV.: *Successioni e donazioni*, (a cura di P. Rescigno), I, Cedam, Padova, 1994.

Lupo, M.: "*Sub* art. 633 c.c., in *Codice civile commentato*, (a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli), in banca dati *Onelegale*.

Magri, G.: "Una nuova causa di indegnità", *Familia*, 2005, p. 1141 ss.

Maistrello, A.: "*sub* art. 463 *bis* c.c.", in *Commentario breve al codice civile*, (a cura di G. Cian), Padova, 2020, p. 545 ss.

Martone, I: "La «sospensione dalla successione» tra vecchie e nuove questioni del diritto *mortis causa*", *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 145 ss.

Mazzaglia, S: *Il "danno invisibile" nella violenza assistita da minori tra aspetti penali, civili e psicologici*, Gaia, Roma, 2010.

Mendola, A: "Il superamento dell'incompatibilità tra successione necessaria e diseredazione alla luce dell'art. 448 *bis* c.c.", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1533 ss.

Monosi, S.: "L'indegnità a succedere", in AA.VV., *Successioni e donazioni*, (a cura di P. Rescigno), I, Cedam, Padova, 1994, p. 137 ss.

Moscati, E.: "Studi di diritto successorio", in AA.VV., *La didattica del diritto successorio*, (a cura di S. Mazzamuto e E. Moscati), Giappichelli, Torino, 2013, p. 111 ss.

Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 2, *Diritto delle successioni per causa di morte, principii di diritto privato internazionale. Codici e norme complementari*, Giuffrè, Milano, 1952.

Miranda, L.M.: "La giacenza parziale d'eredità: la *ratio* dell'ammissibilità", *Familia*, 2002, p. 215 ss.

Musolino, G.: "L'indegnità a succedere", *Riv. not.*, II, 2003, p. 1296 ss.

Natale, A.: "L'indegnità a succedere", in AA.VV., *Trattato delle successioni e delle donazioni*, (diretto da G. Bonilini) I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 959 ss.

Nicolò, R.: "Eredità giacente", *Foro it.*, 1940, I, c. 203 ss.

Oliviero, F: "Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448 *bis* c.c.", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 43 ss.

Oliviero, F.: "Sospensione dalla successione" e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4", *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 310 ss.

Omodei Salè, R.: "La decadenza dalla potestà genitoriale quale nuova causa di indegnità a succedere", *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 735 ss.

Omodei Salè, R.: "Il nuovo istituto della «sospensione dalla successione» (art. 463 *bis* c.c.)", *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1144 ss.

Palazzo, A.: "Eredità giacente", in *Le successioni*, I, *Disposizioni generali*, in AA.VV., *Il diritto privato nella giurisprudenza*, (a cura di P. Cendon), Utet, Torino, 2000, p. 241 ss.

Palazzo, A.: "Le successioni"[2], in *Trattato di diritto privato*, (a cura di G. Iudica e P. Zatti), I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 219 ss.

Paradiso, M: "Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 557 ss.

Pastore, D: "Riflessioni sulla diseredazione", *Vita not.*, 2011, p. 1181 ss.

Perlingieri, G.: "La diseredazione e il pensiero di Alberto Trabucchi, *Dir. fam. pers. succ.*, 2017, p. 341 ss.

Perlingieri, G.: "Profili alimentari e successori", in AA.VV., *Manuale di diritto civile minorile*, (a cura di A. Cordiano e R. Senigaglia), Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2022, p. 375 ss.

Piccinni, A: "Sub art. 8 l. n. 184/83", in AA.VV., *Commentario del codice civile*, (diretto da E. Gabrielli), III, *Della famiglia. Leggi collegate*, Utet, Torino, 2018, p. 602 ss.

Ramuschi, M.: "La sospensione dalla successione ereditaria", *Vita not.*, 2018, p. 965 ss.

Romano, C.: "L'amministrazione cautelare del patrimonio ereditario", in AA.VV., *Diritto delle successioni e delle donazioni*[2], (a cura di R. Calvo e G. Perlingieri), I, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2013, p. 87 ss.

Salis, L.: "L'indegnità a succedere", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 933 ss.

SALVESTRONI, U.: "Osservazioni sulla riabilitazione dell'indegno", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 879 ss.

SALVESTRONI, U.: "Della capacità di succedere. Dell'indegnità", in *Il Codice civile. Commentario*, (fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI), Giuffrè, Milano, 2012.

SERAFIN, M.: "*Indignus non potest capere*? Il nuovo art. 463 *bis* c.c. tra sospensione dalla successione e natura giuridica dell'indegnità", *Jus civile*, 2019, p. 457 ss.

SICCHIERO, G: "La diseredazione *ex* art. 448 *bis* cod. civ.: cinque diverse tesi a confronto", *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 1265 ss.

SICCHIERO, G.: "L'indegnità a succedere prima e dopo la novella del 2018", *Giur. it.*, 2020, p. 54 ss.

TOTI, B.: "Le recenti novità in materia di indegnità a succedere", *Dir. succ. fam.*, 2020, p. 207 ss.

TRIBISONNA, F. e BARAGHINI, F.: "Legge in materia di protezione degli orfani per crimini domestici: un ulteriore passo avanti nella tutela dei minori?", *Familia*, 2018, p. 123 ss.

TRIMARCHI, V.M.: *L'eredità giacente*, Giuffrè, Milano, 1954.

ZACCARIA, A: "Modificato l'art. 463 cod. civ.: introdotta una nuova causa di indegnità", *Studium iuris*, 2005, p. 1150 ss.

ZANNI, M.: "L'eredità giacente: classicità dell'istituto e attualità delle problematiche", *Riv. not.*, 2003, p. 925 ss.



PAREJAS DE HECHO Y ANIMALES DE COMPAÑÍA TRAS LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE

UNMARRIED COUPLES AND PET ANIMALS AFTER LAW 17/2021, OF DECEMBER 15

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2608-2631

Tania
VÁZQUEZ
MUIÑA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, sigue la senda instaurada por el TFUE y otros ordenamientos jurídicos próximos, y reconoce a los animales su cualidad de seres sensibles. En el presente trabajo se pretenden analizar las principales novedades introducidas por dicho texto normativo en relación a los animales de compañía y el Derecho de Familia, abordando cuestiones como el olvido por parte del legislador de las parejas de hecho o si debería considerarse a los animales como cargas del matrimonio, entre otros interrogantes.

PALABRAS CLAVE: Animales; seres sintientes; crisis familiares; parejas de hecho.

ABSTRACT: *Law 17/2021, of December 15, modifying the Civil Code, the Mortgage Law and the Law of Civil Procedure, on the legal regime of animals, follows the path established by TFUE and other nearby legal systems, and recognizes animals their quality of sentient beings. In the present work we intend to analyze the main novelties introduced by said normative text in relation to companion animals and Family Law, addressing issues as the forgetfulness by the legislator of unmarried couples or if they should be considered as burdens of marriage, among other questions.*

KEY WORDS: *Animals; sentient beings; family crises; unmarried couples.*

SUMARIO.- I. LA NECESIDAD DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE.- II. ¿LOS ANIMALES COMO TERTIUM GENUS O COMO BIEN SINGULAR? LA POSICIÓN MODERADA DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE.- III. PAREJAS DE HECHO Y ANIMALES DE COMPAÑÍA TRAS LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE.- 1. Introducción.- 2. El animal de compañía y su función de acompañamiento.- 3. Las parejas de hecho: el olvido del legislador.- IV. OTROS OLVIDOS DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE: ¿SON LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA CARGAS DEL MATRIMONIO?- V. CONCLUSIONES.

I. LA NECESIDAD DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE.

Gracias a la promulgación de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales[1], por fin nuestro ordenamiento jurídico ha abandonado la premisa, cartesiana y anacrónica, según la cual los animales eran considerados meras cosas, y ha pasado a reconocer de manera expresa que los animales son seres sensibles o seres sintientes. Así lo proclama actualmente el art. 333 bis de nuestro Código Civil, que ha sido modificado a través del cuerpo normativo citado, estableciendo en su apartado primero que "los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección".

Esta reforma era absolutamente necesaria por varios motivos. En primer lugar, porque la relación entre los seres humanos y los animales ha experimentado una notable evolución desde el proceso codificador español, época en la que nuestro Código Civil se hizo eco del pragmatismo romano, convirtiéndose, en consecuencia, el animal, en poco más que una cosa susceptible de posesión y de apropiación. Desde ese momento, hemos visto a los animales integrados siempre desde la perspectiva del Derecho Patrimonial, ya sea desde la posesión, la propiedad, el usufructo, el derecho de uso, la ocupación, la compraventa o el examen de los vicios redhibitorios, entre otros aspectos, pero nunca regulando qué son, en definitiva, los animales, o qué representan[2].

1 En adelante, Ley 17/2021, de 15 de diciembre.

2 Fernández Domingo, J. I.: "Evolución histórica en la consideración de los animales: del mundo clásico a la actualidad", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho Civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dirigido por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2022, p. 27.

• Tania Vázquez Muiña
Prof.ª Derecho Civil en RCU María Cristina (UCM), Acreditada a Prof.ª Contratada Doctora. Correo electrónico: vazquezmuina.tania@gmail.com

En segundo lugar, esta reforma devenía necesaria porque con ella se adecúa, por fin, nuestro ordenamiento jurídico al contenido del art. 13 TFUE que consagra la consideración de los animales como seres sensibles o sintientes. En concreto, dicho precepto establece que "Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles (…)".

Respecto a esto último, no puede olvidarse que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea es considerado como Tratado Constitutivo, cuya función es similar a la de las Constituciones de los Estados miembros[3]. Así lo afirma el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea que afirma que los Tratados Constitutivos tienen la categoría de "carta constitucional fundamental", refiriéndose en concreto al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado CEE), cuya denominación actual, tras diversas reformas, es la de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[4].

Y si a ello se añade que el propio texto de la Constitución Española prohíbe expresamente una interpretación cerrada y autosuficiente de su contenido, en virtud de los arts. 93 y 10.2 CE, que permiten y ordenan acoger principios y normas ajenas al ordenamiento español, procede sostener que el art. 13 TFUE forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, y conservando, además, su propio rango constitucional en nuestra estructura interna. Así, por la vía indirecta de la integración del Derecho europeo, el principio de bienestar animal recogido en el art. 13 TFUE ha pasado a ser parte de nuestro ordenamiento jurídico, conservando su propio rango constitucional, y todo ello avalado por el propio texto de la Constitución Española que prohíbe expresamente una interpretación cerrada y autosuficiente de su contenido[5].

Por otra parte, la reforma introducida por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, se antojaba ya imprescindible con el objetivo de poner fin a las contradicciones existentes entre el Derecho Privado y el Derecho Público en esta materia. En este sentido, piénsese en las innumerables disposiciones administrativas destinadas a la

3 Alonso García, E.: "El bienestar de los animales como seres sensible-sintientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español", *Diario La Ley*, 2018, p. 12.

4 Sentencia Tribunal Justicia, 23 abril 1986, Asunto 294/83, Los Verdes contra el Parlamento Europeo, en donde se afirmaba lo siguiente en relación al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado CEE), cuya denominación actual es la de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tras diversas reformas: "En este sentido, es pertinente subrayar, en primer lugar, que la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado" (párrafo 23).

5 Castro Álvarez, C.: *Los animales y su estatuto jurídico. Protección y utilización de los animales en el Derecho*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 131 y 132; Alonso García, E.: "El bienestar de los animales", cit., p. 10.

protección de los animales o en las normas penales que castigan, cada vez de una manera más severa, las conductas que atentan contra los animales (por ejemplo, el delito de abandono contenido en el art. 337 CP). Desde luego, carece de toda lógica que el ordenamiento jurídico impusiese al ciudadano innumerables normas de conducta respecto del trato que se ha de dispensar a los animales, y al mismo tiempo, que estos pudieran ser considerados un bien mueble, exactamente igual que un coche o un escritorio, en el seno de cualquier disputa civil[6].

Así lo afirma el propio legislador en el Preámbulo primero de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, al manifestar que "La actual regulación de los bienes del Código Civil dota a los animales del estatuto jurídico de cosas, en concreto con la condición de bienes muebles. Resulta paradójico que el Código Penal ya distinguiera en 2003 entre los daños a los animales domésticos y a las cosas, reforma sobre la que se profundizó en 2015, mientras que el Código Civil sigue sin reconocer que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad".

En nuestra opinión, consideramos acertada la reforma del régimen jurídico de los animales en nuestro Código Civil, reforma con la que España sigue las líneas marcadas por otros ordenamientos jurídicos próximos, que ya han modificado sus Códigos Civiles para adaptarlos a la mayor sensibilidad social hacia los animales existente en nuestros días, y también para reconocer su cualidad de seres vivos dotados de sensibilidad. Como bien expone el legislador en el Preámbulo primero de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, dichos países son: Austria, Alemania, Suiza, Bélgica, y de manera más reciente, Francia (2015) y Portugal (2017). De entre ellos destacan Alemania y Suiza, por haber incluso elevado la protección de los animales a rango constitucional; comportamiento que bien haría nuestro legislador constituyente en emular, pues sería deseable que el principio de bienestar y protección animal, junto a su condición de seres sensibles-sintientes, gozara de un reconocimiento propio y expreso en nuestra Carta Magna, y no sólo por la vía indirecta de la integración del art. 13 TFUE a nuestro ordenamiento jurídico.

De hecho, ya hay Comunidades Autónomas que han reconocido de manera expresa esta cuestión, como Canarias, que en el art. 35 de la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, manifiesta que: "En los términos que se fijen por la ley, de acuerdo con la Constitución y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las administraciones públicas canarias velarán por el mantenimiento y la salvaguarda de los animales, además de reconocerlos como seres que sienten y con derecho a no ser utilizados en actividades que conlleven maltrato o crueldad (…)".

6 Fernández Benavides, M.: "La reforma del régimen jurídico de los animales. A propósito de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre", *El Notario del Siglo XXI*, 2022, nº 104, julio-agosto, párrafo octavo.

II. ¿LOS ANIMALES COMO TERTIUM GENUS O COMO BIEN SINGULAR? LA POSICIÓN MODERADA DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE.

Con la reforma que introduce la Ley 17/2021, de 15 de diciembre –que será, sin duda, la primera de muchas, pues el ser humano está adoptando posturas cada vez más sensibles y empáticas hacia los animales, como bien demuestran los textos normativos europeos y los propios textos de los Estados miembros sobre la materia–, se pretende dotar a los animales de su propio estatuto jurídico, diferente al de las cosas y al de las personas, reconociéndoles como un "tertium genus", una tercera categoría jurídica, en la que ni son cosas ni son personas, sino seres sensibles. Todo ello sin caer en la tentación o en el error de convertir a los animales en sujetos de derechos.

Entre la doctrina, secunda esta posición Rogel Vide al afirmar que los animales no son cosas, ni tampoco personas, son algo intermedio a las unas y a las otras, un tercer género por decirlo así, al que hay que tratar como tal, siendo necesario reflejar en los códigos esta singularidad, como ya sucede en el Código Civil catalán y portugués[7].

En efecto, el Código Civil portugués, en el cual se inspira nuestra Ley 17/2021, de 15 de diciembre, contempla en su art. 201-B que "Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção juridica em virtude da sua natureza". Y el Código Civil catalán en su art. 511-1, apartado tercero, establece que "Los animales, que no se consideran cosas, están bajo la protección especial de las leyes. Solo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza". Nótese la diferencia de la formulación usada por un código y por otro: mientras que el portugués emplea una formulación positiva, pues asevera que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad, el catalán utiliza una enunciación negativa al afirmar que los animales no son cosas o no son bienes, al igual que hicieron las primeras reformas de los Códigos Civiles europeos (Austria, Alemania y Suiza). A este respecto, nuestro legislador ha optado por seguir las fórmulas más recientes de los Códigos Civiles francés y portugués, que prefieren una descripción positiva de la esencia de los animales[8]. Ello muy probablemente se deba no sólo a que son las reformas más próximas en el tiempo, y por ende, las que mejor reflejarán el sentir de la sociedad, sino que provienen de unos países con cuyos ordenamientos jurídicos tenemos más similitud, pues compartimos el modelo de Código Civil napoleónico, y no el modelo de Código Civil germánico.

Como bien afirma Aláez Corral, opinión que suscribimos, es posible que el legislador español haya escogido el camino marcado por Francia y Portugal,

7 Rogel Vide, C.: *Personas, animales y derechos*, Reus, Madrid, 2018, p. 76.

8 Ley 17/2021, de 15 de diciembre, Preámbulo I.

fundamentalmente por dos motivos: por un lado, porque son las dos reformas más recientes y, por tanto, las que pueden tener más y mejor en cuenta las expectativas de la sociedad en esta segunda década del siglo XXI. A este respecto, piénsese que los otros países europeos que ya habían abordado la reforma del estatuto jurídico civil de los animales (Alemania, Austria y Suiza) lo habían hecho a principios de la década de 2000 y, por tanto, casi dos décadas desde que lo hicieran. Pero, por otro lado, además, es posible que se hayan escogido estos dos países porque los mismos pertenecen al modelo de Código Civil napoleónico al que también pertenece nuestro Código Civil, y no al modelo de Código Civil germánico de Alemania, Austria y Suiza. Ello hace que las soluciones y fórmulas escogidas por los ordenamientos francés y portugués puedan encajar mejor con la estructura y contenido del Código Civil español[9].

Volviendo a la cuestión del estatuto jurídico de los animales reconocido por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, consideramos que dotar a los animales de su propio estatuto jurídico, diferente al de las personas y al de las cosas, sería más bien un objetivo a medio-largo plazo por el momento, pues, como sostiene Cerdeira Bravo de Mansilla, el actual régimen establecido por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, se mantiene en una posición moderada, prudente, que ni siquiera estima a los animales como una suerte de tertium genus, entre personas y cosas, sino como un bien singular, diverso de las demás cosas, pero sin personificarlos[10].

Estas dos posiciones –que los animales alcancen la categoría de "tertium genus" y que sean considerados un bien singular– bien podrían denominarse posiciones moderadas en cuanto al régimen o estatuto jurídico que se debería reconocer a los animales, y quizá sean los dos estadios por los que el legislador pretende hacer pasar a nuestro ordenamiento jurídico, siendo el primero de los expuestos la meta a llegar, y el segundo, el actual régimen proclamado por el legislador en la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, el cual, esperemos, se vaya perfilando con el tiempo, como el agua va alisando las aristas de las piedras en el río, siendo el resultado final que en nuestro ordenamiento jurídico existan tres categorías: las personas, los animales y las cosas, cada uno de ellos con su propio régimen jurídico, y sin que los animales lleguen a ser considerados sujetos de derechos.

Como decíamos, este parece que es el objetivo del legislador, pues en el apartado segundo del Preámbulo de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, se refleja lo siguiente: "(…) se concreta que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad, lo que no excluye que en determinados aspectos se aplique

9 Aláez Corral, B.: "Algunas claves de la reforma del Estatuto Jurídico Civil del animal en España", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, p. 50.

10 Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "¿Es el animal doméstico parte del hogar? Su repercusión en Derecho de Familia", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho Civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dirigido por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2022, pp. 333 y 334.

supletoriamente el régimen jurídico de los bienes o cosas. De este modo, los animales están sometidos solo parcialmente al régimen jurídico de los bienes o cosas, en la medida en que no existan normas destinadas especialmente a regular las relaciones jurídicas en las que puedan estar implicados animales, y siempre que dicho régimen jurídico de los bienes sea compatible con su naturaleza de ser vivo dotado de sensibilidad y con el conjunto de disposiciones destinadas a su protección. Lo deseable de lege ferenda es que ese régimen protector vaya extendiéndose progresivamente a los distintos ámbitos en que intervienen los animales, y se vaya restringiendo con ello la aplicación supletoria del régimen jurídico de las cosas".

En esta manifestación puede observarse con claridad que la voluntad y el deseo del legislador es que los animales gocen de su propio régimen jurídico, diferenciado del de las personas y, por supuesto, del de las cosas, además de que se tenga siempre presente, a todos los efectos, su consideración de seres sensibles o sintientes. Ahora bien, todo ello sin perjuicio de que, por el momento, les será aplicable el régimen jurídico de los bienes o cosas en la medida en que no existan normas especialmente destinadas a regular las relaciones jurídicas en las que puedan estar implicados los animales. En otras palabras, parece que actualmente los animales no tienen aún su propio estatuto jurídico, que se irá delimitando en un futuro, pues el legislador no acaba de desligarlos completamente del régimen jurídico de los cosas. En consecuencia, quizá los animales sean, tras la Ley 17/2021, más bien, una especie de bien singular, que se irá alejando cada vez más del régimen jurídico de las cosas, para pasar a detentar un régimen con unas fisionomías o particularidades propias.

Por supuesto, un animal jamás ostentará derechos, como el derecho al honor y a la intimidad familiar, ni el derecho a la libertad de cátedra, ni podrá exigir que se respete su libertad ideológica, religiosa y de culto, ni podrán recaer sobre él deberes y obligaciones, entre otras cuestiones, pero, como indicaba Rogel Vide, en supuestos de crisis de relación entre las personas a las que los animales han acompañado, debería existir una especie de derecho de visita, un derecho, por decirlo así, de contacto con el animal en cuestión, aparte de que el propio régimen singular sensible de los animales conlleva la necesidad de que los dueños hagan todo lo posible por asegurar el bienestar de los mismos[11]. En efecto, somos las personas las que tenemos derecho a visitar a nuestros animales de compañía, acontecida una crisis familiar, y somos las personas quienes tenemos la responsabilidad o el deber de actuar teniendo siempre presente el carácter sensible de los animales, procurando en todo momento su bienestar y protección. Basándonos en Ortiz Fernández, consideramos que esto último nos sitúa en un contexto similar o parejo a las relaciones paternofiliales, de tal manera que estamos ante un verdadero

11 Rogel Vide, C.: *Personas, animales*, cit., p. 76.

derecho-deber, al igual que con las potestades, como evidencia la nueva regulación establecida por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, relativa a los procesos de crisis matrimonial, que se abordará más adelante, al reconocer una auténtica guarda y custodia para los animales[12].

Que los animales lleguen a tener su propio estatuto jurídico diferente de las cosas y de las personas, no significa que pasen a ser sujetos de derechos. Como afirmaba Yzquierdo Tolsada, opinión que suscribimos, podrán acometerse estas u otras reformas, pero siempre sin necesidad de colocar a los animales bajo la condición de sujetos de derechos. En este sentido, mejor que sigan siendo objeto de derechos, si bien con un especial tratamiento y protección que estimule el espíritu cívico de todos. Los que maltratan a los animales de compañía merecen, sin duda, ser castigados severamente por su falta de escrúpulos, pero para decir esto no hace falta nada más[13].

La posición de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, no es la de reconocer a los animales como sujetos de derechos. Si así fuera, no se entendería la redacción del art. 333 y 333 bis del Código Civil, que establecen, respectivamente, que "Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. También pueden ser objeto de apropiación los animales, con las limitaciones que se establezcan en las leyes" (art. 333 CC), y que "El propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él" (art. 333 bis CC, apartado segundo). Asimismo, el apartado segundo del Preámbulo de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, que, por su parte, manifiesta lo siguiente: "En nuestra sociedad los animales son, en general, apropiables y objeto de comercio. Sin perjuicio de ello, la relación de la persona y el animal (sea este de compañía, doméstico, silvestre o salvaje) ha de ser modulada por la cualidad de ser dotado de sensibilidad, de modo que los derechos y facultades sobre los animales han de ser ejercitados atendiendo al bienestar y la protección del animal, evitando el maltrato, el abandono y la provocación de una muerte cruel o innecesaria".

III. PAREJAS DE HECHO Y ANIMALES DE COMPAÑÍA TRAS LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE.

1. Introducción.

Así las cosas, a principios de 2022 entraba en vigor la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, y con ello, la reforma del estatuto jurídico de los animales, contando

12 Ortiz Fernández, M.: "Reflexiones en torno a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre: La protección de los animales como "seres sintientes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, nº 17, pp. 407, 410 y 415.

13 Yzquierdo Tolsada, M.: "Perros y gatos inembargables, peces y cacatúas intransferibles, caballos e iguanas indivisibles", *El Notario del Siglo XXI*, 2017, nº 104, julio-agosto (versión online).

únicamente con el voto en contra del Grupo Parlamentario VOX. Esta reforma supone un avance incuestionable en materia de bienestar y protección animal en nuestro país, al contar desde entonces con una herramienta estatal sobre la materia. Sin embargo, dicho avance no está exento de deficiencias. En el presente apartado abordaremos una de las grandes ausencias en la Ley 17/2021, de 15 de diciembre: qué ocurre con los animales domésticos cuando la crisis acontece en el seno de una pareja de hecho, para lo cual resultará interesante estudiar en primer lugar qué debe entenderse por animal de compañía.

2. El animal de compañía y su función de acompañamiento.

La Ley 17/2021, de 15 diciembre, no nos ofrece una definición de animal de compañía, a pesar de que dicho concepto aparece en numerosos preceptos de su reforma. Ante la ausencia de un marco legal específico sobre la definición de animal de compañía, han sido –y van tener que seguir siendo–, las legislaciones autonómicas las que, con el fin de regular los aspectos administrativos de su tenencia responsable y protección, han elaborado clasificaciones o listados de los animales que ostentarían la categoría de animales de compañía, si bien con formulaciones no siempre idénticas, y por ende, no coincidentes, lo que provoca una gran inseguridad jurídica[14].

En efecto, la Ley 17/2021, de 15 diciembre, menciona al animal de compañía a lo largo de todo su articulado, pero no lo define, como si se tratara de una realidad sobradamente conocida e unívoca. El problema radica en que no es así en absoluto, puesto que, como se ha indicado, las definiciones proporcionadas por las legislaciones autonómicas no son coincidentes, de tal manera que no se sabe con exactitud qué animal pertenece a dicha categoría y, además, el que lo es en una Comunidad Autónoma puede no serlo en otra[15]. A ello se añade que las leyes autonómicas, y sus correspondientes definiciones, son administrativas y, por tanto, aunque orientativas, no pueden ser determinantes en otras ramas jurídicas, ni mucho menos en el ámbito civil, en particular en la ley objeto del presente estudio[16].

14 Vivas Tesón, I.: *Las inmisiones por tenencia de animales de compañía en inmuebles de régimen de propiedad horizontal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 76 y 78.

15 Vivas Tesón, I.: *Las inmisiones por tenencia,* cit., p. 77; Vivas Tesón I.: "Si los animales son seres sintientes, ¿es posible prohibir la tenencia de un animal de compañía en una vivienda?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2022, nº 41, p. 50.

16 García Mayo, M.: "El concepto de animal doméstico y de compañía", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho Civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dirigido por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2022, p. 154. Mucho más contundente se muestra Vivas Tesón, I.: *Las inmisiones por tenencia,* cit., p. 82, al afirmar lo siguiente: "En nuestra opinión, el Derecho civil debería afrontar la regulación de la tutela y tenencia de animales con categorías y definiciones únicas. Ante su inacción, está siendo el Derecho administrativo el que, incomprensiblemente, se está ocupando de una materia que no le corresponde, asumiendo, en consecuencia, una función que no le es propia. Ello es, a todas luces, inadmisible".

Al contrario de lo que se sostuvo en un trabajo anterior[17], consideramos, siguiendo a Vivas Tesón, que debe ser la función de acompañamiento y no la especie, lo que determine si un animal ha de ser considerado como de compañía o no, puesto que, al igual que un perro no siempre tiene que ser un animal de compañía –piénsese en aquellos que integran las unidades caninas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Cuerpos de Policía, Bomberos, equipos de rescate, etc. –, puede darse la posibilidad de que un cerdo pueda ser un animal de compañía, como de hecho ocurre con aquellas personas que tienen como mascota un cerdo vietnamita[18].

La utilización de la función de acompañamiento como uno de los criterios más fuertes, e incluso determinantes a nuestro juicio, para considerar a un animal como de compañía o no, es seguido por el Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987, y vigente en España desde 2018. Dicho texto define en su art. 1 el animal de compañía como "todo aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía". Entre la doctrina, comparte esta postura De Torres Perea, para quien "la regulación de los animales de compañía no puede realizarse por especies, sino por la función que ejerce el animal"[19]. Asimismo, García Mayo, que considera que lo que hace al animal de compañía es la función que cumple, en la cual se presume un afecto del ser humano hacia el animal[20].

Así pues, habría sido deseable que el legislador hubiera incluido en el texto definitivo de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, el contenido de la enmienda núm. 85 realizada por el Grupo Parlamentario Socialista, por la cual se proponía que en el Código Civil se incluyera la siguiente disposición, en lo que actualmente es el art. 333 bis: "Sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y, en todo caso, a los efectos de este código, será considerado animal de compañía todo aquel que, con independencia de su especie o de su condición de salvaje, domesticado o doméstico, vive con las personas, principalmente en el hogar, con el fin fundamental de la compañía, sin perjuicio de las prohibiciones legales sobre tenencia de determinadas especies"[21].

17 Vázquez Muiña, T.: "Y Nietzsche ganó la batalla: por fin tenemos una ley estatal que reconoce a los animales como seres sensibles. Crisis familiares y animales de compañía a propósito de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre", *Revista Boliviana de Derecho*, 2022, nº 34, pp. 756, 760 y 761. En este trabajo se sostenía que el criterio determinante era la especie del animal, para poder considerarlo de compañía o no.

18 Vivas Tesón, I.: *Las inmisiones por tenencia,* cit., pp. 78, 81 y 82.

19 De Torres Perea, J. M.: *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: De su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, Reus, Madrid, 2020, p. 160.

20 García Mayo, M.: "El concepto de animal", cit., p. 153.

21 Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de la Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. Enmienda núm. 85. El texto de las enmiendas puede encontrarse en el siguiente enlace: https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-167-4.PDF#page=1

Según dicho grupo parlamentario, incluir qué se entiende por animal de compañía se revela como absolutamente necesario, dado que en la actualidad existe una absoluta disparidad y discrepancia normativa y jurisprudencial sobre lo que ha de entenderse por animal de compañía, abocando a una completa confusión entre las definiciones aportadas por los diferentes textos normativos, tanto comunitarios como nacionales y autonómicos. Por este motivo, el cual compartimos, se hacía necesaria una definición en el Código Civil de animal de compañía, aunque fuera de manera amplia y abierta, tanto a los efectos de su aplicación como de homogenizar criterios[22].

Así, por el momento, ante la ausencia de una definición de animal de compañía de carácter estatal, tendrán que ser los jueces quienes, caso por caso, al aplicar la correspondiente legislación autonómica, decidan si un animal ha de ser considerado de compañía o no[23].

Por otra parte, otra de las cuestiones que cabe poner de manifiesto es que los conceptos de animal de compañía y animal doméstico no tienen por qué ser siempre coincidentes. A este respecto, únicamente si hay animus revertendi entonces el animal de compañía será, además, un animal doméstico[24]. Así también parece que lo consideraba el Grupo Parlamentario Socialista en la enmienda núm. 85, ya expuesta, al proponer que "será considerado animal de compañía todo aquel que, con independencia de su especie o de su condición de salvaje, domesticado o doméstico, vive con las personas, principalmente en el hogar, con el fin fundamental de la compañía".

3. Las parejas de hecho: el olvido del legislador.

Una vez publicada la reforma legal sobre el régimen o estatuto jurídico de los animales, uno de los primeros interrogantes que se nos plantean es si los preceptos relativos al régimen de guardia y custodia de los animales en el contexto de una crisis matrimonial son aplicables o no a las parejas de hecho. Tras examinar el Preámbulo de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, parece que, en un primer momento, la respuesta, lamentablemente, debería ser negativa, es decir, que dichos preceptos no serían de aplicación a los supuestos con parejas de hecho, pues en el mencionado Preámbulo se manifiesta lo siguiente: "Esta reforma se hace precisa no sólo para adecuar el Código Civil a la verdadera naturaleza de los animales, sino también a la naturaleza de las relaciones, particularmente las de convivencia, que se establecen entre estos y los seres humanos. En base a lo

22 **Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de la Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. Enmienda núm. 85.**

23 Vivas Tesón I.: "Si los animales" cit., p. 51.

24 García Mayo, M.: "El concepto de animal", cit., pp. 153 y 154.

anterior, se introducen en las normas relativas a las crisis matrimoniales preceptos destinados a concretar el régimen de convivencia y cuidado de los animales de compañía, cuestión que ya ha sido objeto de controversia en nuestros tribunales. Para ello se contempla el pacto sobre los animales domésticos y se sientan los criterios sobre los que los tribunales deben tomar la decisión de a quién entregar el cuidado del animal, atendiendo a su bienestar".

Como ya se comentó en anteriores trabajos[25], las modificaciones introducidas por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, recaen todas ellas sobre normas cuyo ámbito de aplicación es la crisis matrimonial, es decir, nulidad, separación y divorcio. Ello, por supuesto, no deja de ser loable, pues ya requería la sociedad de una herramienta de ámbito estatal que regulara este tipo de situaciones bajo el prisma vertebrador del carácter sensible de los animales. Sin embargo, hubiese sido deseable que todas estas medidas no hubieran quedado únicamente circunscritas o relegadas al ámbito de las crisis matrimoniales y se hubieran hecho extensivas a las parejas de hecho, pues la finalidad protectora o tuitiva que se pretende conseguir con todas estas previsiones, en última instancia, es la misma, a saber: la protección del lazo afectivo existente entre seres humanos y animales, que ha nacido fruto de la convivencia de los mismos como familia, y que acontece indistintamente tanto en supuestos de matrimonio como de pareja de hecho. A este respecto, como bien apunta la Sentencia Tribunal Roma, 5 diciembre 2016, desde el punto de vista del animal y el de los dueños, resulta absolutamente irrelevante si los propietarios están casados o no, pues el afecto que la mascota siente por los propietarios, y viceversa, es ajeno al régimen legal de la pareja[26].

Ahora bien, esto último no deja de ser una propuesta de lege ferenda, pues la realidad es que el legislador estatal no ha incluido a las parejas de hecho en la reforma introducida a través de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre. Es decir, no ha creado un régimen específico para este modelo de familia. Este olvido podría ser, en cierto modo, comprensible, dado que las uniones de hecho están reguladas a nivel autonómico, no a nivel nacional[27]. Sin embargo, esto no dejan de ser conjeturas, pues el legislador no ha justificado el olvido de las parejas de hecho en ninguna parte del texto de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre.

25 Vázquez Muiña, T.: "Animales y crisis de pareja. El régimen de la comunidad de bienes y el derecho de visita", *Actualidad Civil*, 2021, nº 12, p. 9; Vázquez Muiña, T.: "Y Nietzsche ganó", cit., pp. 752-754.

26 El contenido de la sentencia ha sido extraído de Pittalis, M.: "Cessation of non-marital cohabitation and shared custody of pets", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, 2019, vol. 10, núm. 1, p. 206: "In this respect, the Court added that «from the dog's point of view, which is the factor who ultimately counts, it is irrelevant whether their 'owners' are married or not: the affection the pet feels for both owners ignores the legal regime of the couple» that the dog, moreover, is not able to perceive".

27 Bastante Granell, V.: "Parejas de hecho y animales de compañía", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho Civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dirigido por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2022, p. 443.

La cuestión es que, de ahora en adelante, en el seno de cualquier procedimiento matrimonial, podremos solicitar la guarda y custodia del animal de compañía y establecer medidas concretas que, es más, podrán verse modificadas en caso de que el bienestar del animal o las circunstancias que determinaron el régimen original se vean alteradas (art. 91 CC). Sin embargo, eso no va a ocurrir fuera de los procedimientos matrimoniales. En estos casos, no quedará otra opción que, por la vía del art. 333.1 bis CC –que, recordemos, señala: "Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección"–, remitirnos a los preceptos del Código Civil sobre la comunidad de bienes[28], donde encontramos el nudo gordiano de la cuestión: ¿puede aplicarse el régimen de la comunidad de bienes a los casos de ruptura de una pareja de hecho, sin mengua del principio de bienestar animal y respetando la naturaleza de seres sensibles de los animales?

En primer lugar, observamos que el legislador ha modificado el contenido del art. 404 CC, probablemente siendo consciente del vacío en su reforma sobre las parejas de hecho. Así, el actual art. 404 CC presenta la siguiente redacción:

"Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio. En caso de animales de compañía, la división no podrá realizarse mediante su venta, salvo acuerdo unánime de todos los condueños. A falta de acuerdo unánime entre los condueños, la autoridad judicial decidirá el destino del animal, teniendo en cuenta el interés de los condueños y el bienestar del animal, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute y cuidado del animal si fuere necesario, así como las cargas asociadas a su cuidado".

Una de las primeras conclusiones a las que se llega tras la lectura del precepto, es que dicho artículo es de aplicación a los casos de titularidad conjunta de manera general, independientemente de la relación que una a los condueños; de tal manera que será de aplicación tanto si los condóminos son parejas de hecho, como si son compañeros de piso, amigos u otro tipo de familiares (hermanos, etc.).

Asimismo, advertimos que en el caso de las parejas de hecho, dependiendo del supuesto, se da preferencia a la titularidad dominical sobre el animal de compañía frente al bienestar del mismo. Así ocurre cuando todos los condueños estén de acuerdo unánimemente en vender el animal y en repartirse el precio (art. 404 CC, párrafo segundo). No ocurre del mismo modo en los casos de ruptura matrimonial, en donde el art. 94 bis CC establece que "la autoridad judicial confiará para su

28 López Tur, T.: "La guarda y custodia de los animales de compañía", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2021, nº 18-19, p. 89.

cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado".

Secundando la opinión de Bastante Granell, consideramos que este trato distinto supone un trato discriminatorio para los animales de compañía de las parejas de hecho, que ostentarían una categoría inferior a la de las mascotas tenidas por un matrimonio, ya que estas últimas estarían menos cosificadas al ver protegido su principio de bienestar animal y su naturaleza de seres sensibles en cualquier situación, ya sea un proceso de mutuo acuerdo o no, y con independencia de quien ostente la titularidad dominical del animal[29].

En el caso de las parejas de hecho, el supuesto en el que primaría el bienestar del animal en detrimento de la titularidad dominical sería el caso de cotitularidad y desacuerdo entre los condóminos sobre el destino del animal. En esta situación, el art. 404 CC, párrafo tercero, establece que será la autoridad judicial la que decidirá el destino del animal, teniendo en cuenta el interés de los condueños y el bienestar del animal, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute y cuidado del animal si fuere necesario, así como las cargas asociadas a su cuidado.

Observamos en este párrafo tercero que los intereses a ponderar por parte del juez serán, por una parte, el interés de los condueños y, por otro, el bienestar del animal, lo cual es positivo, pero quizá hubiese sido deseable también tener presente el interés de los miembros de la familia, de manera general, no sólo el interés de los condueños. De lo contrario, llevando a cabo una aplicación literal del precepto en el caso de ruptura de una pareja de hecho sin acuerdo sobre el animal, quedarán excluidos otros intereses como bien podrían ser los de los hijos, lo cual no nos parece correcto, pues entre los hijos y los animales también se habrán creado lazos afectivos fruto de la convivencia, que bien merecen ser tenidos en cuenta, e incluso no en pocas ocasiones será el principio de interés superior del menor el que determinará el régimen de tenencia y visitas de los animales[30].

29 Bastante Granell, V.: "Parejas de hecho", cit., p. 457. En el mismo sentido, López Tur, T.: "La guarda y custodia", cit., p. 89, que afirma que en caso de matrimonio al animal se le dota de una especial protección, cosa que no ocurre con la pareja de hecho.

30 Sobre la prevalencia del interés superior del menor en estos casos, postura que compartimos, cabe señalar la opinión De Torres Perea, para quien en estos supuestos, todos los intereses en juego quedarán supeditados al interés superior del menor, en caso de que el matrimonio tenga hijos menores. A este respecto, se deberá tener muy en cuenta el informe que haga el profesional cualificado (psicólogo), en el que sin duda se reflejará el lazo afectivo entre el menor (o los menores) y el animal, y las posibles consecuencias perjudiciales o no para el menor en caso de romperlo. Esto en la práctica será lo determinante para decidir, resultando que muy difícilmente podrá apartarse de dicho informe la autoridad judicial, y de hacerlo habrá

Llegados a este punto, y habiendo concluido que en los casos de ruptura de una pareja de hecho, de manera general, no quedan debidamente salvaguardados ni el principio de bienestar animal, ni los intereses de todos los miembros de la familia, estimamos que deberían aplicarse las previsiones contenidas en la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, sobre crisis matrimoniales, a los supuestos de pareja de hecho, con el objetivo de que ni los propios miembros de la familia ni los animales de compañía sufran un trato discriminatorio, precisamente porque la aplicación de las normas sobre comunidad de bienes, a pesar de la reforma introducida por el legislador, no parece que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a la protección de los animales, excepción que contenía el propio art. 333. 1 bis CC.

En este sentido se posiciona López Tur, para quien la modificación llevada a cabo por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, debería haberse extendido a las parejas de hecho, parejas en general, o incluso a otros convivientes, otorgando la protección al animal de compañía en todos los casos por igual, pues lo contrario no va en consonancia con el carácter protector de la reforma hacia el animal de compañía, al mismo tiempo que puede generar confusión y problemática a nivel judicial[31].

Es verdad que el propio Tribunal Supremo, en su STS 15 enero 2018, ha afirmado que "la interpretación del Tribunal Constitucional ha reforzado la línea jurisprudencial de esta sala de que no cabe aplicar por analogía legis las normas del matrimonio a los supuestos de ruptura de la convivencia more uxorio o unión de hecho"[32]; sin embargo, no es menos cierto que existen situaciones en las que el legislador ha equiparado el matrimonio y la pareja de hecho (vid. art. 175.4 CC, art. 12.4 LAU, art. 16.1.b LAU, por citar algunos ejemplos). Así pues, estimamos, siguiendo a Bastante Granell, que, mientras no se lleve a cabo por el legislador una previsión expresa sobre las parejas de hecho, subsanando las deficiencias anteriormente señaladas, lo correcto sería una aplicación analógica de las normas sobre el matrimonio[33].

En su defecto, sería adecuado, al menos, que se intentaran suplir los vacíos o deficiencias apuntados a través de una aplicación sociológica de las normas sobre comunidad de bienes, de tal manera que se tenga presente el principio de bienestar animal, tanto si existe consenso sobre el destino del animal de compañía, como si existe desacuerdo (art. 3.1 CC); para ello, la autoridad judicial velará por que se salvaguarde debidamente el bienestar del animal y los intereses de

de fundamentarlo en el propio interés del menor (De Torres Perea, J. M.: *El nuevo estatuto*, cit., pp. 149 y 150).

31 López Tur, T.: "La guarda y custodia", cit., pp. 89 y 90.

32 STS 15 enero 2018 (ES:TS:2018:37), FD 4º.

33 Bastante Granell, V.: "Parejas de hecho", cit., pp. 457-459.

todos los miembros de la familia. A ello se añadiría el reconocimiento, mediante una aplicación analógica (art. 4.1 CC), de los derechos de comunicación y visita reconocidos en el ámbito de familia, pues resulta innegable la existencia de unos lazos afectivos que unen, no sólo a los humanos entre sí, sino también a estos con los animales, fruto de la convivencia mutua. Y todo ello teniendo en cuenta que se trata de una auténtica guarda y custodia del animal, es decir, de un derecho-deber, por lo que no procedería su venta, ni aun estando de acuerdo todos los condóminos en ello[34].

IV. OTROS OLVIDOS DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE: ¿SON LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA CARGAS DEL MATRIMONIO?

Tras la reforma operada por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, el art. 1362 CC enumera los gastos que han de sufragarse con el patrimonio ganancial en los siguientes términos:

"Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas:

1.ª El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia.

La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación.

2.ª La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes.

3.ª La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges.

4.ª La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge".

De la lectura del precepto se observa, en primer lugar, que tras la reforma llevada a cabo por el legislador, no se aprecia ninguna referencia a los animales a lo largo de todo el artículo, lo cual es un vacío que sería deseable haber abordado

34 En este sentido, Vázquez Muiña, T.: "Animales y crisis", cit., pp. 10 y 11; Vázquez Muiña, T.: "Y Nietzsche ganó", cit., p. 753.

debidamente en la reforma. A pesar de ello, consideramos que cabría entender incluidos dentro de los gastos a cubrir con la sociedad de gananciales, la tenencia y el cuidado de los animales de compañía, ya sea el animal de ambos cónyuges ya sea de uno solo de ellos, en la línea expresada por los apartados segundo y tercero del art. 1362 CC. En nuestra opinión, con la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, la voluntad del legislador es la de sentar y consolidar unas bases y unos principios en virtud de los cuales los animales de compañía forman parte de la familia, son un miembro más de la misma, ya sea durante la existencia del matrimonio como en su extinción.

Tal conclusión se comprende mejor si se examinan los preceptos relativos a los animales de compañía en los contextos de crisis matrimoniales. Así, por ejemplo, el art. 90.1.b) bis CC, en donde se regula el contenido mínimo que ha de tener todo convenio regulador, que manifiesta que dicho convenio deberá contener el destino de los animales de compañía, el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado, así como las cargas asociadas al cuidado del animal. En la misma línea se encuentra el art. 94 bis CC, que preceptúa que será la autoridad judicial quien confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal.

Estimamos que, en un ejercicio de coherencia, los animales de compañía deberían ser considerados cargas durante el matrimonio, dado que, de manera expresa, en las crisis matrimoniales se reconoce la importancia que estos tienen en el seno de la familia, al imponer a los cónyuges la obligación de llevar a cabo un régimen de guarda y custodia, con derechos de comunicación y visita asociados para el cónyuge no custodio, así como el reparto de las cargas vinculadas al cuidado del animal (gastos veterinarios, entre otros). No parece congruente considerar el cuidado del animal de compañía una carga cuando la pareja se separa y no cuando ésta aún está unida. De hecho, podría incluso sostenerse que el cuidado del animal es una carga en las situaciones de crisis familiar, precisamente porque ya lo era antes cuando subsistía el vínculo de la pareja[35].

V. CONCLUSIONES.

Primera. Las novedades introducidas por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, en relación al nuevo régimen jurídico de los animales y su incidencia en el Derecho

35 Comparten la misma postura, Moreno Mozo, F: "Animales de compañía y cargas del matrimonio", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho Civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dirigido por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2022, pp. 366 y 367; Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "¿Es el animal doméstico", cit., pp. 357 y 358.

de Familia, eran absolutamente necesarias, en primer lugar, porque en pleno siglo XXI no se podía seguir considerando a los animales como meros bienes o cosas. A este respecto, devenía necesario abandonar ese pensamiento cartesiano y romano que imperaba en nuestro ordenamiento, y reflejar de manera expresa la condición de seres sensibles de los animales, reconociéndoles su propio estatuto jurídico, diferente del de las personas y del de las cosas. Por otra parte, la reforma introducida por la Ley 17/2021, de 15 diciembre, dota de coherencia interna a nuestro ordenamiento jurídico, en tanto reconoce el principio de bienestar animal; este principio está recogido en el art. 13 TFUE y forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, conservando su propio rango constitucional. También es coherente con la legislación autonómica y con textos normativos de carácter estatal, como el Código Penal, además de secundar la postura mantenida por países de nuestro entorno.

Segunda. La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, no convierte a los animales en sujetos de derechos; al contrario, estos siguen ostentando la categoría de objeto de derecho, si bien se les reconoce su cualidad de seres sensibles. Ello los convierte en un bien singular, pues, aunque el objetivo a medio-largo plazo del legislador es que los animales dispongan de su propio régimen jurídico, diferente del de las personas y del de las cosas, lo cierto es que aún no los ha desligado completamente del régimen de las cosas.

Tercera. La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, no ofrece una definición de animal de compañía, a pesar de la enmienda núm. 85 realizada por el Grupo Parlamentario Socialista durante la tramitación legislativa, que ofrecía una definición basada en la función de acompañamiento. Sobre esta cuestión, consideramos que la función de acompañamiento se erige como el criterio determinante para concluir si un animal es de compañía o no, siguiendo la definición ofrecida por el Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987. Así, animales de compañía podrán ser tanto los clásicos perros y gatos, como especies más exóticas (hurones, cerdos vietnamitas, etc.), pues lo importante es su función de acompañamiento y no su especie. Por otra parte, cabe señalar que los conceptos de animal de compañía y animal doméstico no tienen por qué ser coincidentes; únicamente coincidirán si el animal de compañía tiene, asimismo, animus revertendi.

Cuarta. Ante la ausencia de definición de animal de compañía, han sido las legislaciones autonómicas las que han desarrollado unos listados o clasificaciones sobre qué se entiende por animal de compañía. Dicha situación se va a tener que seguir manteniendo en el tiempo hasta que se disponga de una definición de animal de compañía en nuestro Derecho Civil común o general que aporte uniformidad. No obstante, no puede olvidarse que dichas definiciones se encuentran en el

terreno de lo administrativo, por lo que pueden orientar, pero no vincular, la actuación en el ámbito civil. Por otra parte, las clasificaciones realizadas por las legislaciones autonómicas no son coincidentes, lo que genera una notable inseguridad jurídica.

Quinta. La reforma introducida por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, en puridad, únicamente sería de aplicación a las situaciones de crisis matrimonial, esto es, nulidad, separación y divorcio, lo que dejaría fuera de su ámbito de aplicación a las parejas de hecho. En consecuencia, a las parejas de hecho les sería aplicable el régimen de la comunidad de bienes, el cual, a pesar de su modificación, no protege adecuadamente ni el principio de bienestar animal, ni los intereses de los diferentes miembros de la familia. Ello provoca que, tanto las mascotas de las parejas de hecho como los propios miembros de la familia, ostenten una categoría inferior y gocen de una menor protección, en comparación con los supuestos de crisis matrimonial. En este sentido, el hecho de que se permita la venta del animal si todos los condóminos están de acuerdo, no parece compatible con el principio de bienestar animal, que ni siquiera se tiene en cuenta, y contrasta con el régimen de guarda y custodia establecido para los supuestos de crisis matrimonial, sea de mutuo acuerdo o no. Por otra parte, en caso de desacuerdo de los condóminos, sólo se protege el interés de estos, pero no el de todos los miembros de la familia, lo que implica que el interés de otros miembros, como los hijos, quedarían excluidos de la ponderación, situación inadmisible en tanto ellos también han creado lazos de afectividad que deben verse debidamente preservados. De hecho, no en pocas ocasiones el interés del menor será el criterio determinante para establecer la guarda y custodia del animal.

Sexta. Con el fin de salvaguardar debidamente tanto el principio de bienestar animal como los intereses de todos los miembros de la familia, debería llevarse a cabo una aplicación analógica de las normas sobre animales y crisis matrimoniales establecidas en la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, a las parejas de hecho. Sólo de esta manera pondrán protegerse adecuadamente ambos bienes jurídicos, tanto en los casos de ruptura con acuerdo o no.

Séptima. En su defecto, sería adecuado, al menos, que se intentaran suplir los vacíos o deficiencias apuntados a través de una aplicación sociológica de las normas sobre comunidad de bienes, de tal manera que se tenga presente el principio de bienestar animal, tanto si existe consenso sobre el destino del animal de compañía, como si existe desacuerdo. Para ello, la autoridad judicial velará por que se salvaguarde debidamente el bienestar del animal y los intereses de todos los miembros de la familia. A ello se añadiría el reconocimiento, mediante una aplicación analógica, de los derechos de comunicación y visita reconocidos en el ámbito de familia, pues resulta innegable la existencia de unos lazos afectivos

que unen, no sólo a los humanos entre sí, sino también a estos con los animales, fruto de la convivencia mutua. Y todo ello teniendo en cuenta que se trata de una auténtica guarda y custodia del animal, es decir, de un derecho-deber, por lo que no procedería su venta, ni aun estando de acuerdo todos los condóminos en ello.

Octava. Estimamos que, en un ejercicio de coherencia, los animales de compañía deberían ser considerados cargas durante el matrimonio, dado que, de manera expresa, en las crisis matrimoniales se reconoce la importancia que estos tienen en el seno de la familia, al imponer a los cónyuges la obligación de llevar a cabo un régimen de guarda y custodia, con derechos de comunicación y visita asociados para el cónyuge no custodio, así como el reparto de las cargas vinculadas al cuidado del animal (gastos veterinarios, entre otros). No parece congruente considerar el cuidado del animal de compañía una carga cuando la pareja se separa y no cuando ésta aún está unida. De hecho, podría sostenerse que el cuidado del animal es una carga en las situaciones de crisis familiar, precisamente porque ya lo era antes cuando subsistía el vínculo de la pareja.

BIBLIOGRAFÍA.

ALÁEZ CORRAL, B.: "Algunas claves de la reforma del Estatuto Jurídico Civil del animal en España", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3.

ALONSO GARCÍA, E.: "El bienestar de los animales como seres sensible-sintientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español", *Diario La Ley*, 2018.

BASTANTE GRANELL, V.: "Parejas de hecho y animales de compañía", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho Civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dirigido por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Reus, Madrid, 2022.

CASTRO ÁLVAREZ, C.: *Los animales y su estatuto jurídico. Protección y utilización de los animales en el Derecho*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "¿Es el animal doméstico parte del hogar? Su repercusión en Derecho de Familia", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho Civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dirigido por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Reus, Madrid, 2022.

DE TORRES PEREA, J. M.: *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: De su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, Reus, Madrid, 2020.

FERNÁNDEZ BENAVIDES, M.: "La reforma del régimen jurídico de los animales. A propósito de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre", *El Notario del Siglo XXI*, 2022, nº 104, julio-agosto.

FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I.: "Evolución histórica en la consideración de los animales: del mundo clásico a la actualidad", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho Civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dirigido por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Reus, Madrid, 2022.

GARCÍA MAYO, M.: "El concepto de animal doméstico y de compañía", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho Civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dirigido por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Reus, Madrid, 2022.

LÓPEZ TUR, T.: "La guarda y custodia de los animales de compañía", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2021, nº 18-19.

MORENO MOZO, F: "Animales de compañía y cargas del matrimonio", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho Civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dirigido por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Reus, Madrid, 2022.

Ortiz Fernández, M.: "Reflexiones en torno a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre: La protección de los animales como "seres sintientes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, nº 17.

Pittalis, M.: "Cessation of non-marital cohabitation and shared custody of pets", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies,* 2019, vol. 10, núm. 1.

Rogel Vide, C.: *Personas, animales y derechos*, Reus, Madrid, 2018.

Vázquez Muiña, T.: "Animales y crisis de pareja. El régimen de la comunidad de bienes y el derecho de visita", *Actualidad Civil*, 2021, nº 12.

Vázquez Muiña, T.: "Y Nietzsche ganó la batalla: por fin tenemos una ley estatal que reconoce a los animales como seres sensibles. Crisis familiares y animales de compañía a propósito de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre", *Revista Boliviana de Derecho*, 2022, nº 34.

Vivas Tesón, I.: *Las inmisiones por tenencia de animales de compañía en inmuebles de régimen de propiedad horizontal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

Vivas Tesón, I.: "Si los animales son seres sintientes, ¿es posible prohibir la tenencia de un animal de compañía en una vivienda?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2022, nº 41.

Yzquierdo Tolsada, M.: "Perros y gatos inembargables, peces y cacatúas intransferibles, caballos e iguanas indivisibles", *El Notario del Siglo XXI*, 2017, nº 104, julio-agosto.



RECENSIONES

ESTELLÉS PERALTA, P.Mª (directora): *De l'autogovern valencià en la memòria col·lectiva al Dret Civil valencià i el nostre ancoratge col·lectiu i singular en la globalització*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 324 pp.



Esta obra tiene como finalidad el análisis jurídico de la problemática en torno a la vigencia y recuperación del Derecho Civil valenciano respetando el marco constitucional y europeísta. Para ello, han colaborado expertos juristas tanto de las áreas del Derecho Civil, del Derecho Constitucional y de Historia del Derecho como Vicente Garrido Mayol, Javier Palao Gil, Vicent Baydal Sala, María Dolores Más Badia, José Ramón Chirivella Vila, Ferran García Mengual, Cristina B. Mosquera Ordóñez, Beatriz Morera Villar y la propia directora de la obra, Pilar María Estellés Peralta.

Las problemáticas y soluciones que aborda esta obra y sus autores son de plena actualidad por cuanto que en marzo de 2021, el Gobierno de España presentó un Proyecto de reforma constitucional para modificar el art. 49 CE relativo a la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad en

España, que obviamente, nada tiene que ver con el Derecho civil valenciano, pero que se está planteando como puerta de entrada para su recuperación; y si se atiende al debate del Estado de la nación del pasado julio de 2022, en el que 181 diputados votaron a favor de tramitación conjunta de ambas reformas, aunque ello no prosperó por otros motivos; o que el 23 septiembre pasado, se presentó una proposición no de ley para su debate y aprobación en la Comisión Constitucional en los próximos meses. Esta obra, en consecuencia, recoge y analizada la problemática en torno a la recuperación del Derecho civil foral valenciano, de plena actualidad e incide una demanda que comparte una parte de la sociedad civil valenciana entre la que se puede mencionar a organizaciones sindicales y empresariales, colegios profesionales, universidades, asociaciones culturales y de consumidores, 541 ayuntamientos que representan a más 5 millones de valencianos, Diputaciones y Federación Valenciana de municipios y Provincias apoyan la reforma constitucional en defensa de un Derecho civil propio.

La obra se estructura en torno a 10 capítulos que abordan desde una perspectiva histórica y comparativa, el análisis histórico-jurídico de la cuestión, el desarrollo constitucional de la materia y las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas contra las leyes civiles forales valencianas aprobadas por la Generalitat a la reivindicación actual e histórica del Derecho Civil valenciano y su anclaje en el marco europeísta y global.

Los autores que han colaborado en esta obra colectiva, plantean a través de sus diversas aportaciones, la necesidad de recuperación del Derecho civil valenciano porque en su opinión, ello supondría un avance para los derechos de los valencianos al ser el Derecho civil el derecho más cercano al ciudadano, a la persona, a sus relaciones familiares, además de constituir una seña de identidad del pueblo valenciano que tiene su fundamento en los Furs, en la Costum del siglo XIII, sin que ello suponga, en su opinión, una quiebra de la Nación española dado que coexisten derechos civiles en seis Comunidades Autónomas junto al Código Civil.

Así, el primero de los capítulos abordado por el profesor Vicente Baydal Sala introduce la cuestión y se centra en el proceso de desarrollo jurídico-político del Reino de Valencia durante la baja edad media y que el autor destaca como el único territorio creado a partir del siglo XIII con el título de reino y dotado un ordenamiento jurídico general propio y distintivo, los Fueros, que se aplicarían hasta la abolición foral decretada por Felipe V de Borbón con los Decretos de Nueva Planta de 1707. En los capítulo 2, 3 4 6 y 10, los profesores Vicente Garrido, Francisco Javier Palao, Cristina Mosquera, Fernando García y Beatriz Morera abordan y analizan las competencias de la Comunidad Valenciana de acuerdo con la Constitución española y el Estatuto de Autonomía valenciano amparadas en los art 7.1 49.1.2.º o en la Disposición Transitoria Tercera EACV y su desarrollo

legislativo, el fracaso de la vía agro-consuetudinaria y los problemas que se puedan derivar de la cohesión de la legislación europea con la estatal y la autonómica. Con todo, los autores plantean y analizan la viabilidad de algunas posibles soluciones como la reforma constitucional - uno de los principales caballos de batalla en esta materia- con el fin de recuperar la competencia para legislar en materia de Derecho civil; o la vía de las transferencias o cesión de competencias en cuyo caso el Estado puede transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante Ley Orgánica, facultades correspondientes a materias de titularidad estatal (art. 150. 1 y 2 CE) aunque en estos casos al no tratarse de competencias propias de la Comunidad Valenciana podrían ser revocadas en cualquier momento, según analiza José Ramón Chirivella Vila en el capítulo 7 de la obra.

En el capítulo 5, la directora y autora de esta obra, la Dra. Pilar María Estellés Peralta aborda con un brillante análisis doctrinal, jurisprudencial y legal, los distintos intentos legislativos en materia autonómica para desarrollar las instituciones civiles propias y los agravios jurídicos comparativos que han supuesto para el pueblo valenciano las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes civiles autonómicas valencianas en materia de Derecho de familia dictadas por el Tribunal Constitucional y que noquearon (en palabras de la autora) cualquier intento de la Generalidad Valenciana para conservar, desarrollar o modificar su Derecho civil foral.

Por otro lado, en el capítulo 8, la Dra. Pilar María Estellés Peralta analiza la situación actual del Derecho civil de familia tras las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en 2016 y concretamente, analiza la autora las repercusiones de la STC 192/2016, de 16 de noviembre que ha privado a la Comunidad Valenciana de una norma reguladora de soluciones más avanzadas que la normativa de Derecho común en favor de los menores en los casos de crisis familiar como la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Todo ello se complementa con el capítulo 9, en el que la Dra. Mª Dolores Más Badía aborda la eficacia del derecho civil valenciano pese a su declaración de inconstitucionalidad, eficacia que todavía afecta a 300.000 valencianos que constituyeron relaciones jurídicas al amparo de las leyes de custodia compartida de hijos en caso de crisis matrimonial, uniones de hecho y también a los que resulta aplicable el régimen supletorio de separación de bienes, que se aplicaba con carácter general durante la vigencia de la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (entre el 1 de julio de 2008 y el 31 de mayo de 2016). De este análisis se infiere que se ha producido una notable ruptura entre la regulación española del Derecho civil y constitucional de esta materia y aquello que históricamente demanda la sociedad valenciana, al decir de los autores.

En consecuencia, y partiendo de estas premisas, considero de gran interés y pertinencia esta obra sobre el Derecho civil foral valenciano y su posible recuperación que con el título *De l'autogovern valencià en la memòria col·lectiva al Dret Civil valencià i el nostre ancoratge col·lectiu i singular en la globalització* ha sido publicada por la editorial Tirant lo Blanch y dirigida por la Dra. Pilar María Estellés Peralta, profesora de Derecho Civil de la Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir" y directora del Departamento de Derecho Privado de dicha universidad. Indudablemente, esta obra colectiva abarca la práctica totalidad de los temas que suscitan las principales discusiones en nuestra doctrina jurídica sobre el Derecho civil foral valenciano, temática con respecto a la que cada vez más voces claman a favor de una solución que atienda a las sensibilidades foralistas valencianas actuales. Aun así, la cuestión sigue sin estar exenta de polémica, pues son múltiples las direcciones que puede adoptar esa "solución" tanto en relación con una posible y compleja reforma constitucional como a través de la transferencia de competencias del Estado, y todo ello queda perfectamente reflejado en la obra dirigida por la Dra. Pilar Estellés y en la diversidad y rigurosidad de todas las propuestas planteadas por los distintos autores que han contribuido a la misma.

Por todo ello, me gustaría concluir estas líneas recomendando esta obra indispensable para cualquier jurista interesado en profundizar en el Derecho civil foral, además de expresar mi deseo personal de que el contenido de la misma sea capaz de dar solución a una problemática que se prolonga más allá de tres siglos.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia

Estellés Peralta, P.Mª: *El régimen de separación de bienes y su liquidación: problemáticas y soluciones en la praxis de los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.



El régimen de separación de bienes y su liquidación: problemáticas y soluciones en la praxis de los tribunales, de Pilar María Estellés Peralta, analiza las problemáticas que se suscitan en relación con el procedimiento para liquidar el régimen de separación de bienes, tema deficientemente regulado por legislador e históricamente polémico en la doctrina al entender que en el régimen de separación de bienes, no hay propiamente bienes comunes sino en copropiedad y se observa a su extinción la existencia de una variedad de deudas que no son conjuntas de la pareja conyugal sino de cada uno de los cónyuges. En consecuencia, la realidad evidencia que hay situaciones que requieren de un proceso liquidatorio y que la extinción de este régimen conyugal puede ser muy compleja en algunos casos, sin embargo, nuestro Derecho no contempla ninguna norma especial que regule el procedimiento para liquidar el régimen de separación de bienes. Ello supone que el tema no ha sido atendido por el legislador civil (aunque lo ha sido

deficientemente por el legislador procesal). Por su parte, la doctrina española mantiene una discusión sobre la necesidad de regular un procedimiento liquidatorio para este régimen económico matrimonial. Entretanto, es la casuística de los tribunales la que resuelve problemas derivados de la extinción de este régimen conyugal, según pone de manifiesto la Dra. Estellés quien realiza en este estudio un análisis profundamente jurisprudencial. Así, desde las primeras páginas de esta obra, la autora nos revela las problemáticas que se plantean en relación con la liquidación de este régimen económico matrimonial y aporta algunas soluciones que el Derecho Civil debiera ser capaz de ofrecer para resolver el conjunto de problemas y litigios que se suscitan como consecuencia de la crisis conyugal y que en la mayoría de los casos aboca a la extinción y liquidación del régimen de separación de bienes, tema nada pacífico.

Así pues, esta obra aporta las distintas soluciones adoptadas en la praxis de nuestros tribunales lo que debe ser valorado muy positivamente al ofrecer una visión del estado de la cuestión que la autora aborda satisfactoriamente ante los diferentes intereses que hay juego, dadas las exigencias y expectativas de los distintos operadores jurídicos y de aquellos que pactaron el régimen de separación de bienes con el ánimo de "ahorrarse" algunos sin sabores, problemas y litigios que, sin embargo, la regulación actual -o mejor la ausencia de ella- no ha sabido evitarles porque no proporciona una respuesta adecuada a sus problemas, en un momento, cual es la crisis conyugal, especialmente delicado a nivel personal y patrimonial. Y todo ello debido a la indeterminación de la propiedad de algunos bienes de los cónyuges o en relación con la titularidad de las deudas, así como la división de los bienes en copropiedad, los derechos de reintegro o reembolso en relación con la contribución al sostenimiento a las cargas del matrimonio, de cantidades "comunes" aplicadas a fines privativos, de las problemáticas que se suscitan en relación con las cuentas bancarias, de las cantidades abonadas con dinero privativo para la adquisición de la vivienda familiar o los reintegros derivados del pago de préstamos, entre otras cuestiones que no siempre se acuerdan amistosamente, más bien, al contrario, una vez producida la crisis matrimonial. Al hilo de ello, destaca la autora a este respecto, que una vez más se ha producido una notable ruptura entre la regulación española del Derecho civil de familia anclada en una realidad inexistente y las necesidades y exigencias de los destinatarios de la norma.

En consecuencia, y partiendo de estas premisas, considero de gran interés y pertinencia esta obra sobre *El régimen de separación de bienes y su liquidación: problemáticas y soluciones en la praxis de los tribunales* publicada por la editorial Tirant lo Blanch, escrita por la Dra. Pilar María Estellés Peralta, profesora de Derecho Civil de la Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir" y directora del Departamento de Derecho Privado de dicha universidad.

La obra se estructura en torno a 5 capítulos, que abordan las diferentes problemáticas de esta materia que requieren de una adecuada reforma legislativa, y que han sido analizadas desde una perspectiva eminentemente práctica por la Profa. Pilar Estellés.

El primer capítulo se centra en una las principales problemáticas en esta materia cual es la necesidad de liquidación del régimen de separación de bienes y los cauces para su liquidación. A tal efecto, la autora analiza la liquidación consensual del régimen mediante la escritura notarial de divorcio como por el convenio regulador y la validez de los pactos liquidatorios en documento privado, así como la liquidación judicial.

El Capítulo 2 aborda lo que la autora denomina la (in) determinación de la propiedad de los bienes y se evidencia que en gran parte de los casos, los cónyuges durante el matrimonio, movidos por la unidad de fines e intereses comunes del matrimonio y la familia, actúan y funcionan, pese al régimen de separación que rige entre ambos, como si de una sociedad de gananciales se tratara haciendo distintas aportaciones, disposiciones, movimientos entre cuentas y pagos sin registro del concepto y motivo de cada uno de ellos, provocando una evidente confusión de patrimonios según ha constatado reiteradamente la jurisprudencia.

En el Capítulo 3 se centra en las problemáticas derivadas de la división de los bienes en copropiedad, en qué casos procede la acción de división de cosa común en relación con los bienes que detenten los cónyuges en comunidad proindiviso y los supuestos de improcedencia del ejercicio de la misma, así como la división de las deudas, todo ello analizado de acuerdo con la jurisprudencia de nuestros tribunales que la autora cita profusamente.

En el Capítulo 4 analiza las problemáticas derivadas de los derechos de reintegro o reembolso que, asimismo, se producen en no pocas ocasiones, en el régimen de separación de bienes y de ello da fe la casuística de nuestros tribunales según pone de manifiesto la autora que desarrolla el amplio abanico de reintegros y reembolsos en relación la contribución al sostenimiento a las cargas del matrimonio, los derivados de las deudas privativas, los reintegro de cantidades "comunes" aplicadas a fines privativos, los reintegros en relación con las cuentas bancarias, con las cantidades abonadas con dinero privativo para la adquisición de la vivienda familiar, los derivados de las deudas privativas contraídas en el ejercicio del comercio, los derivados del pago de préstamos o por enajenación de bienes comunes, etc., que la autora desarrolla de manera excepcional.

Y finalmente, en el tramo final de esta obra, en el Capítulo 5 realiza un extenso análisis comparativo en relación con la pensión por desequilibrio y la compensación del art. 1438 CC ambas compatibles a la liquidación de este régimen matrimonial

y directamente relacionadas relación con la solidaridad postconyugal, analizando las posibles sorpresas en relación con las prestaciones/compensaciones que puede reclamar, en los casos de extinción del régimen de separación de bienes, aquel cónyuge que se dedicó en mayor o menor medida a la familia y sus necesidades y lo compatibilizó o no con una profesión remunerada.

Del extenso análisis que realiza la Dra. Estellés se desprende, la necesidad de proceder a una reforma que actualice nuestro ordenamiento jurídico en esta materia y resuelva las demandas, problemáticas y necesidades de los cónyuges en las crisis de pareja.

Por todo ello, me gustaría concluir estas líneas recomendando esta obra indispensable para cualquier jurista interesado en el Derecho de familia y en la esperanza de que el contenido de la misma sea capaz de mover a nuestro legislador para acometer una reforma tan necesaria.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia

MARTÍNEZ CALVO, J.: *Autorregulación precautoria de la discapacidad. Adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2022, 166 pp.



La obra que tengo el honor de comentar en las próximas páginas obtuvo en su edición XIX el prestigioso Premio Aequitas de "Investigación jurídica sobre personas con discapacidad, personas mayores, inmigrantes, infancia, refugiados u otros grupos que carezcan de la debida protección" convocado por la Fundación Aequitas del Consejo General del Notariado de España, y publicado en la Editorial Universitaria Ramón Areces en 2022, lo cual es prueba más que evidente de que nos encontramos ante un trabajo de una enorme calidad científica y jurídica, a lo que me gustaría sumar tras su lectura que cualquier expectativa que tenga el lector respecto al libro resultarán completamente colmadas una vez lo lean.

Basta acudir a cualquier base de datos para encontrar un gran número de trabajos doctrinales sobre los derechos de las personas con discapacidad tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, pero sin ninguna duda se echaba de menos un

libro como este, que abordase específicamente un tema de enorme importancia jurídico práctica como es el estudio de las medidas voluntarias que, en previsión de una eventual discapacidad futura, cualquier persona puede adoptar respecto a la protección patrimonial o personal que llegado el momento necesitará debido al deterioro de sus facultades.

Como bien se recoge en la monografía, los últimos datos publicados por la Unión Europea acreditan que más de un tercio de las personas mayores de 75 años tienen sus capacidades limitadas, y cuando hablamos de personas mayores de 85 años el porcentaje de personas con capacidades limitadas sube hasta el 72,2%, y precisamente por ello el presente trabajo será de enorme interés para cualquier lector, tenga o no una discapacidad reconocida, dado que parece muy probable que en algún momento formemos parte de esos porcentajes de personas que tienen limitadas sus capacidades al llegar a dichas edades, bien nosotros o nuestros familiares más cercanos.

¿Cómo puedo regular mi vida o mi patrimonio cuando ya no tenga mis plenas facultades para hacerlo por mí mismo? ¿Quién lo hará por mí? ¿Puedo decidir libremente quién será la persona que me apoye y cómo hacerlo?

A todos estos interrogantes jurídicos da respuesta esta obra, la cual, reitero, se centra en el estudio en profundidad de las medidas voluntarias que en previsión de una eventual discapacidad futura cualquier persona puede adoptar tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021[1]

Desde la introducción del estudio se desprende la importancia que ha adquirido la autonomía de la voluntad en el ámbito de la discapacidad tras la ley 8/2021, ya que, si bien ya existía en nuestro sistema alguna medida preventiva como la extinguida autotutela, a partir de entonces la referida norma les otorga una regulación más completa y, muy importante, establece un carácter prevalente de estas medidas voluntarias sobre las medidas de origen legal, ya que a partir de entonces se opta por el cauce de la jurisdicción voluntaria de manera preferente, considerándose esencial la participación de la propia persona en el procedimiento de provisión de apoyos, facilitando que pueda expresar sus preferencias e interviniendo activamente, a lo que hay que sumar que la autoridad judicial debe interesar la información precisa y necesaria antes de adoptar cualquier decisión respecto a los apoyos de la persona en cuestión, a lo que hay que sumar que en la actualidad prima el rechazo hacia los sistemas de representación frente a la primacía absoluta de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad.

1 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Antes de centrarse en el tema de las medidas preventivas de carácter voluntario que da título a la monografía, el autor estudia el resto de manifestaciones de las que se desprende la enorme importancia de la autonomía de la voluntad de la persona con la discapacidad en la actualidad, como, por ejemplo, el apartado que dedica a la legitimación para incoar el procedimiento de provisión de apoyos, así como el derecho a participar en el procedimiento de provisión de apoyos iniciado por otra persona.

Es a partir del capítulo 4, y hasta el último capítulo del libro, el 10, cuando Javier MARTÍNEZ CALVO desgrana por completo las medidas preventivas de carácter voluntario, como son los poderes y mandatos preventivos, la autocuratela y las voluntades anticipadas, estudiando en profundidad el contenido y alcance de cada una de ellas, así como la posible concurrencia de algunas de las medidas, o los mecanismos de control y salvaguarda de las mismas , así como su publicidad en el Registro Civil, en el Registro de la Propiedad y en el Registro de voluntades anticipadas, o, las formas en las que las medidas se pueden revisar, modificar y extinguir.

Y aunque bien podía haber concluido el trabajo con la investigación sobre cada uno de los puntos referidos y resaltando simplemente los aspectos positivos de la Ley 8/2021, valientemente el autor expresa lo que a su entender puede catalogarse como omisiones, imprecisiones y contradicciones de la norma, que ponen incluso de manifiesto según él, la necesidad de promover una reforma legal con la idea de dotar a las medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura de una regulación única y conjunta.

Así, por ejemplo, Javier MARTÍNEZ CALVO trae a colación en el trabajo algunos interrogantes jurídicos que no han sido resueltos por la Ley 8/2021, como, por ejemplo:

- El hecho de que dentro de dicha norma no se hayan pasado a regular también, junto a la autocuratela y los poderes y mandatos preventivos, las denominadas voluntades anticipades, las cuales a día de hoy siguen reguladas en nuestra normativa sanitaria.

- Por qué no se ha exigido que las voluntades anticipadas consten en escritura pública, tal y como ocurre con la autocuratela y los mandatos y poderes preventivos, ya que el Notario podría dar traslado directamente de las voluntades anticipadas al Registro de voluntades anticipadas.

- La contradicción existente entre ciertos artículos del Código civil, por la cual se puede plantear la duda de si los mayores de 16 años que se prevé que vayan a tener necesidad de apoyo cuando sean mayores de edad van a necesitar o no

estar emancipados para hacer una escritura pública de autocuratela o para otorgar poderes y mandatos preventivos, ya que mientras el artículo 254 le faculta a ello, los artículos 255 y 271 solo facultan para ello a los mayores de edad o mayores de dieciséis años emancipados, llegando a plantearse en el libro la posibilidad de que incluso los menores de dieciséis años puedan hacerlo, lo cual parece bastante razonable ya que si un menor que tiene catorce años puede hacer testamento abierto notarial, ¿por qué no va a poder hacer ante Notario una escritura de autocuratela, o de mandatos y poderes preventivos?

- Qué criterios han de seguirse cuando existan varias medidas preventivas que hayan de aplicarse simultáneamente o cuando concurran con otras medidas de apoyo de carácter judicial.

- O, por qué se apostó por la opción de restringir la publicidad de las medidas de apoyo en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad, lo cual dificulta al fin y al cabo la seguridad del tráfico jurídico económico ya que los terceros que se relacionen con las personas con discapacidad no tendrán conocimiento de la existencia de dichas medidas de apoyo si la persona con discapacidad no quiere.

Interrogantes de importantes consecuencias jurídicas para las cuales el autor intenta dar siempre una respuesta, y de este modo Javier MARTÍNEZ CALVO también ofrece al legislador unas valientes propuestas para llevar a cabo, si bien una destaca por encima de todas: que todas las medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad queden reguladas en un único marco legal.

Me gustaría terminar mi recensión felicitando, como no puede ser de otra forma, al autor de esta magnífica obra redactada de forma brillante desde el punto de vista académico y científico, y repleta de reflexiones y propuestas que evidencian su calidad intelectual, así como el compromiso universitario con los estudios más complejos, valientes y necesarios como el comentado.

Pedro Botello Hermosa
Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Málaga

MENDOLA, A.: *Le mobili frontiere della filiazione*, Quaderni di Familia, Pacini Giuridica, 2020, 288 pp.



Mientras me sumergía en el Derecho de familia italiano en búsqueda de materiales que me permitieran avanzar en mis estudios comparativos me topé con una obra que creo que refleja a la perfección la evolución que ha experimentado en los últimos años el derecho de filiación en Italia, tras la obligada equiparación entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales (llevada a cabo con ocasión de la promulgación de la Ley nº 219, del 10 de diciembre de 2012), que ha supuesto una ruptura significativa con el pasado, perceptible en la desvinculación de la relación de filiación del vínculo matrimonial, a la luz de la aparición generalizada de modelos de familia alternativos a este último. Ello me animó a realizar la recensión que ahora me dispongo a redactar, pues permitirá acercar este estudio a muchos investigadores españoles interesados en esta materia, a los que a buen seguro resultará de gran utilidad.

La autora, Angela Mendola, es abogada y profesora de Derecho privado en la Universidad de Salerno (Italia), donde me consta que existe una importante escuela de Derecho de familia y comparado. Precisamente, cabe subrayar que la Dra. Mendola tiene una reconocida trayectoria investigadora en Derecho de familia, materia en la que es experta, como evidencia la extensa producción científica con la que cuenta. Y no cabe duda de que ello le sitúa en una posición óptima para llevar a cabo este estudio.

La monografía ha sido publicada por la editorial Pacini Giuridica, insertándose dentro de su prestigiosa colección Quaderni di Familia, dirigida por el célebre jurista Salvatore Patti, fundador de la European Association for Family and Succession Law y actualmente Profesor Emérito de Derecho Privado en la Universidad Sapienza de Roma; y cuyo comité científico ha estado presidido por el también célebre Cesare Massimo Bianca.

Sin mayor preámbulo, voy a pasar ya al análisis de la obra, que, en general, me ha parecido de lectura fácil, incluso para quienes no tenemos el italiano como lengua materna. A ello contribuye su precisión en el lenguaje y su enorme claridad expositiva. Y es que, su riqueza lingüística (acompañada del empleo de algunas palabras técnicas propias de la materia, lo que resulta inevitable en cualquier investigación científica que pretenda ser rigurosa) no entorpece su comprensión por parte de quieres no estamos completamente familiarizados con el Derecho italiano.

La estructura de la obra resulta bastante coherente, con una sistematización brillante que permite al lector hacer un recorrido por las diversas cuestiones que plantea en la actualidad el derecho de filiación en el ordenamiento jurídico italiano.

Antes de adentrarse en el contenido, el lector puede disfrutar de un prólogo redactado por Antonio Valitutti, Presidente de la sección civil de la Corte Suprema di Cassazione italiana. En su calidad de experto, pone de relieve las principales fortalezas de la obra, introduciendo ya algunos conceptos que preparan al lector para su correcto seguimiento.

A continuación, la autora dedica un breve apartado a exponer los principales objetivos perseguidos con su investigación, que pueden aglutinarse en el objetivo general de comprobar si la unificación pretendida por el legislador italiano se ha alcanzado efectivamente, o si, por el contrario, la disciplina de la filiación solo se ha adaptado parcialmente a las nuevas exigencias éticas y sociales, sin apartarse, no obstante, de los dictados tradicionales; es decir, si se puede hablar realmente de la unidad del estatuto de hijo o si, por el contrario, siguen existiendo subcategorías y, por lo tanto, estatutos jurídicos diferentes entre los hijos nacidos dentro del matrimonio, los hijos nacidos fuera del matrimonio, los hijos adoptivos y los que

la autora denomina hijos "irreconocibles" (enseguida veremos a lo que se refiere). Este apartado permite al lector situarse y le proporciona algunas claves para poder comprender mejor todo el contenido posterior del libro, continuando así con el trabajo preparatorio que anticipaba ya el prólogo de D. Antonio Valitutti. Algo que es de agradecer, como decía, sobre todo por aquellos que procedemos de sistemas jurídicos diferentes al italiano.

Descendiendo ya al fondo de la obra, esta dividida en cinco capítulos, cada uno de ellos con varios subapartados, en los que se van desarrollando diferentes cuestiones, que prácticamente colman los principales problemas y controversias que presenta en la actualidad el derecho de filiación en Italia.

El primer capítulo, con un marcado carácter introductorio y teórico, trae a colación las categorías jurídicas en las que se ha insertado tradicionalmente al nacido y las nuevas prerrogativas con las que cuentan los hijos no matrimoniales, a los que la autora sitúa en un contexto que oscila entre la deseable igualdad y una discriminación "insuperable". Entre otras cuestiones, se aborda la tensión entre el principio del favor legitimitatis y la verdad biológica, así como el sacrificio histórico de los intereses de los hijos no matrimoniales en aras de la protección del principio favor familiae (en cuanto garantista de la unidad familiar legítima). La Dra. Mendola se detiene también en los derechos de los niños a la luz del artículo 30 de la Constitución italiana (que equipara hijos matrimoniales y no matrimoniales), la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su rechazo hacia el trato diferenciado por razón del nacimiento, el estatuto del menor en la doctrina del Tribunal Constitucional italiano o la unificación del estatus filiatorio en los sistemas jurídicos supranacionales, atendiendo a dos premisas principales: el valor de la igualdad y una mayor adaptabilidad al cambio.

Continúa, en el segundo capítulo, refiriéndose a la unificación del estatuto jurídico del menor, aportando una visión crítica de una reforma (la de 2012, ya mencionada) que la autora considera inacabada. Al respecto, pone de manifiesto cómo nos encontramos en un periodo de tránsito desde la familia fundada en el matrimonio (status familiae) hasta la que la Dra. Mendola denomina familia de los hijos (status personae), en la que el hijo adquiere un papel predominante; pero donde todavía existen algunos perfiles discriminatorios de perpetuación de la discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales. Además, se aborda el estatus legal de los adoptados, así como la problemática que se plantea en el caso de aquellos menores nacidos de relaciones incestuosas, y a los que la autora se refiere, en una especie de juego de palabras, como los "irreconocibles".

El tercer capítulo, con un título ciertamente sugerente y que, cuando menos, permite vaticinar su contenido (filiación por elección y nacimiento por contrato), se refiere a la progresiva superación del vínculo genético como criterio absoluto

en la atribución de la paternidad. Al respecto, trae a colación los posibles perfiles problemáticos que puede conllevar la procreación médicamente asistida desde la óptica de los derechos de los nacidos, como, por ejemplo, la tensión entre verdad genética y paternidad biológica, con especial referencia a la fecundación heteróloga (que, a diferencia de la fecundación homóloga, admite la donación de material genético de individuos ajenos a la pareja), llegando incluso a considerar el caso de intercambio accidental de embriones (trayendo a colación un llamativo caso en el que se implantaron por error unos embriones creados in vitro en el útero de una mujer distinta de aquella de la que procedía genéticamente el óvulo, y que un tribunal romano resolvió estableciendo que los menores nacidos eran hijos de la mujer que dio a luz, pese a no proceder de su material genético).

También se ocupa, como no podía ser de otro modo, de las controversias que plantea la llamada maternidad subrogada, en su configuración de práctica contraria al orden público italiano (art. 12.4 de la Ley 40/2004), lo que, entiende la autora, supone un tratamiento discriminatorio del niño nacido, que sufre una posición jurídica no precisa a falta de reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico nacional. Para cerrar el capítulo, dedica unas líneas a una cuestión ciertamente novedosa y que me ha suscitado gran interés: la posibilidad de que los futuros cónyuges pacten, a través de un acuerdo prematrimonial, que, si se encuentran ante cualquier dificultad para procrear, recurrirán a técnicas de reproducción asistida para así garantizar la descendencia común.

El cuarto capítulo se centra en la protección del hijo póstumo en los supuestos de inseminación artificial postmortem, atendiendo a las condiciones de admisión de dicha técnica, así como al estatuto jurídico del menor nacido a través de la misma.

Finalmente, el quinto capítulo examina la llamada filiación "unisex", es decir, la que tiene lugar entre parejas de mismo sexo, en un ordenamiento en el que las parejas homosexuales tienen vetado el acceso a las técnicas de reproducción asistida (art. 5 Ley 40/2004) y en el que, además, no está prevista la adopción por parte de parejas homosexuales (admitida por la jurisprudencia solo en caso de que el nacido sea hijo biológico del otro miembro de la pareja).

Creo que este breve resumen del contenido del libro permite al potencial lector hacerse una idea acerca de su contenido, aunque obviamente este va mucho más allá de lo que he podido anticipar en estas pocas líneas, pues profundiza en todas las cuestiones que aquí simplemente se han descrito.

Quedaré atento a futuros trabajos de la Dra. Mendola, que leeré con altas expectativas. Pero, por el momento, me limitaré a recomendar este libro a

todos aquellos académicos que deseen adentrarse y conocer el funcionamiento y evolución del derecho de filiación en Italia.

Javier Martínez Calvo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

Giovanni Cinà, *Lo spazio del diritto privato tra federalismo e regionalismo. Un'analisi comparatistica*, Padova University Press, 2021, pp. 1-238.



Appena ricevuto il libro di G.C., ho trovato il titolo oltremodo suggestivo e allo stesso tempo indicativo della complessità dell'argomento; ed ero molto curiosa di sapere come l'A. fosse riuscito a svilupparlo, intrecciando fattori (tutti così decisivi ma così complessi e anche contraddittori), in un momento in cui la cosiddetta duttilità del diritto e la fluidità delle interpretazioni giuridiche (e persino la "società liquida") hanno fatto ignorare e addirittura dimenticare gli elementi più basilari della conformazione dello Stato di diritto.

Particolarmente stimolante per me è stato lo sforzo di capire l'approccio con cui l'A. ricostruisce concetti fondamentali del diritto costituzionale partendo dalla sua prospettiva di giusprivatista. Se quest'ultimo deve considerare le numerose norme regionali privatistiche, la cui legittimità non è stata negata dalla Corte costituzionale italiana, il costituzionalista dovrebbe fare uno sforzo (difficile per la mancanza di chiarezza normativa e di una ben definita distribuzione di questa

competenza) per sistematizzare queste "incursioni" regionali nella riserva statale del diritto privato.

Uno sguardo comparatistico, inoltre, permette di individuare situazioni simili anche in Germania e Spagna, che, a differenza della Francia centralista, offrono elementi che possono essere confrontati con il caso italiano. Tuttavia, anche nelle molte similitudini a livello storico e istituzionale, sia l'ordinamento tedesco – in quanto i pur ampi spazi di manovra offerti ai *Länder* nel settore giusprivatistico sono stati sostanzialmente obliterati dalla normativa federale nel frattempo intervenuta – sia quello spagnolo – in quanto le rivendicazioni delle singole *Comunidades Autonomas* trovano fondamento in una profonda tradizione storica, culturale, linguistica, senz'altro giuridica, quando non etnica – presentano ciascuno peculiarità comunque così marcate da rendere allora attraente un confronto con la tradizione di *common law*. Tali ordinamenti, infatti, in virtù di un potere legislativo diffuso risultano senz'altro più tolleranti verso istanze centrifughe e, se organizzati in senso federale – come gli Stati Uniti –, consentono all'A. di individuare attraverso il prisma della comparazione le diverse sollecitazioni alla base del costante bilanciamento tra centro e periferia.

Come non potrebbe essere altrimenti, l'A. inizia esponendo le caratteristiche più salienti delle due grandi tradizioni giuridiche occidentali e si sofferma sull'importanza che hanno avuto le circostanze storiche nello sviluppo di prospettive così diverse. In un ampio e dettagliato percorso storico-giuridico, quindi, vengono inizialmente poste le premesse per un'analisi comparatistica delle criticità emergenti da una normazione giusprivatistica di fonte non statale.

Una prima conclusione è ovvia: il concetto di diritto privato non è univoco[1]. Forse sarebbe possibile intendere la giustizia correttiva come appartenente alla sfera privata e la giustizia distributiva alla sfera pubblica; oppure l'autonomia privata, nei sistemi di *civil law* come fonte di "quell'area del diritto tipicamente aperta all'autoregolamentazione che si esplica nel diritto dei contratti, a nulla rilevando l'inderogabilità di alcune norme"; mentre nei sistemi di *common law*, come fonte di quelle regole individuali che trovano compiutezza nel contratto in sé, sicché "il carattere imperativo di alcune norme le fa ricadere nel campo del diritto pubblico" (p. 55). Ciò ci porta ad accettare concetti diversi, non solo del diritto privato, ma anche del diritto, e persino dello Stato.

La difficoltà di sistematizzazione è data dalla ineludibile propensione del giudice a decidere sul caso concreto: non è possibile parlare di un vero e proprio "diritto privato regionale", perché il principio di uguaglianza impedisce differenze

1 *Cfr.* Durban Martin, I.: *La España asimétrica. Estado autonómico y pluralidad de legislaciones civiles*, Tirant, 2019, sulla concezione in Spagna dell'idea di "*legislación civil*", il cui uso è paragonabile a quello della giurisprudenza italiana sull'"ordinamento civile".

di disciplina che, se si verificano in casi specifici, saranno accettate solo quando sia manifesta la ragionevolezza dell'eccezione. Al massimo, è possibile trovare decisioni specifiche che applicano tale eccezione "ragionevole", anche se la dottrina critica la perdurante ambiguità della Corte costituzionale che impedisce un minimo di sistematizzazione (p. 75). Detto questo, nulla impedisce che ci sia una disciplina regionale di matrice privatistica in specifiche ipotesi, ovviamente in connessione ad una competenza regionale, sia essa concorrente o residuale. Di conseguenza, la declinazione necessariamente casistica del tema, porta l'A. ad un'analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale, svolta per così dire sfogliando i libri del codice civile.

Il problema del diritto alla salute e del diritto all'integrità fisica e psichica è complesso e suggestivo, e alcune regioni italiane sono state più intraprendenti o attive del legislatore statale, che quindi è stato inizialmente superato da alcune di esse (pp. 80 ss.).

Nell'ambito del diritto di famiglia, le decisioni più interessanti riguardano senza dubbio la diversità dei modelli familiari, che richiede di prendere in considerazione preliminarmente le due tipologie di statuti regionali, speciali o ordinari. Se le disposizioni degli statuti speciali potrebbero superare il limite dell'uguaglianza, questo non è il caso di quelli ordinari (pp. 100 ss.).

Quanto al diritto di proprietà, che ha perso il suo tradizionale carattere assoluto, proprio a livello locale esso ha dato luogo anche a casi molto dibattuti, come quelli relativi, ad esempio, alla distanza minima degli edifici, che le regioni sembrerebbero legittimate anche a estendere, o legati al territorio (alla "terra"[2]) e cioè in materia di caccia, pesca, raccolta di funghi, *etc*., che hanno facilmente superato il test di ragionevolezza della Corte.

Infine, ci sono molte altre pronunce in materia di obbligazioni e contratti in cui la Corte ha mantenuto seri dubbi sulla potestà legislativa delle regioni; ma si tratta di casi che forniscono, secondo l'A., interessanti riflessioni su sviluppi futuri in cui la Corte lascia intravedere i suoi dubbi e le sue contraddizioni.

Peraltro, l'A. non ritiene ragionevole o appropriato un confronto generale tra l'ordinamento italiano e quello americano, dove la prospettiva del rapporto tra centro e periferia è invertita (p. 175). Ma a colpire l'attenzione è come la questione venga affrontata sia dallo Stato federale che dagli Stati federati, i quali hanno ben presto abbandonato l'iniziale federalismo duale, orientandosi verso un federalismo cooperativo. L'A. sceglie quindi di concentrarsi sull'analisi della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali, ritenendola "il prisma ideale attraverso cui (…) impostare

2 *Cfr.* Benedetti, A.M.: *Il diritto privato delle Regioni*, Il Mulino, 2008, 271 (citato dall'A. a p. 117).

la comparazione con l'ordinamento italiano, focalizzandola su quell'area del diritto privato considerata più resistente alle istanze locali e dunque più sensibile ad esigenze di uniformità" (pp. 155-169).

Grazie all'interpretazione sostanziale della clausola di *due process*, si è raggiunta una dottrina della tutela dei diritti fondamentali, secondo cui per legittimare le eccezioni alla competenza statale non sono necessarie né una rigida distribuzione delle competenze né una particolare attenzione alle ragioni dell'uniformità, bensì risulta decisiva la ricerca, caso per caso, del livello ottimale della normazione.

Questo viene illustrato attraverso una serie di casi significativi che l'A. seleziona. L'equilibrio da mantenere tra l'applicazione delle clausole generali e la sovranità legislativa degli Stati fornisce una serie di considerazioni davvero curiose. Nel federalismo cooperativo statunitense, la federazione e gli Stati concorrono alla disciplina di materie privatistiche come il matrimonio e le relazioni familiari, la libertà di scelta della donna e il diritto alla vita del nascituro, l'autonomia individuale e la sfera sessuale, e l'autodeterminazione e il diritto alla salute. Di tutti questi profili, il più complesso e dibattuto è stato senza dubbio quello relativo all'aborto, che in alcune occasioni ha portato a una vera e propria frattura della Corte Suprema ove le opinioni dei singoli giudici sono state molteplici (pp. 188-192).

Insomma, anche se il federalismo americano ha portato apparentemente ad un certo accentramento, permettendo alla federazione di intervenire anche in materie privatistiche, in realtà, questo risultato deriva dall'aver stabilito garanzie più ampie per i diritti fondamentali e la loro effettiva tutela giurisdizionale; senza che questo, però, abbia permesso di annullare le competenze degli Stati in tali materie.

L'A. afferma giustamente che "Il rapporto tra diritto privato e Stato trova le origini moderne nell'Epoca dei Lumi e da lì derivano molti dei preconcetti che rendono più difficoltosa una serena riflessione sulle fonti privatistiche non statuali. Se l'ingresso nell'ordinamento di norme sovranazionali è, seppur con una certa diffidenza, ormai comunemente accettato come la naturale conseguenza di vivere in un contesto sempre più globalizzato, lo stesso non si può dire delle norme di provenienza regionale. Ciò avviene in modo particolare per il diritto privato che durante l'Illuminismo ha raggiunto nel Codice l'apice di scientificità e sistematizzazione e a cui si fa molta fatica ancora oggi a rinunciare" (p. 207).

Per questo motivo, sostiene l'A., nell'attuale ordinamento giuridico italiano, riconosciuti l'autonomia pubblica e il pluralismo, il codice civile non può essere l'unica fonte del diritto privato, né la sua uniformità può essere considerata violata dal fatto che le regioni regolino profili giusprivatistici specifici che ampliano e integrano il diritto nazionale senza contraddirlo.

Nel momento in cui si traggono le conclusioni del confronto con l'esperienza americana, si vede che le criticità evidenziate derivano dall'ostinazione della Corte costituzionale a considerare il diritto privato come una "materia", mentre negli Stati Uniti il valore da ricercare è la migliore collocazione della disciplina di ogni materia, il suo sviluppo ottimale in ogni specifica ipotesi e caso, senza che i giudici siano costretti a considerare il diritto privato come, appunto, una materia in sé o come l'opera di competenze trasversali della federazione, che soffocherebbe ogni possibilità di collaborazione tra i due livelli di governo.

Questa impostazione, che può rappresentare un cambiamento nella prospettiva tradizionale del diritto privato, è tuttavia la cosa più logica da fare in un sistema federale o quasi-federale, presieduto da una regolamentazione multilivello e dal principio dell'autonomia politica. Ciò porta alla mente la situazione verificatasi in Spagna con riguardo alla Comunità Valenciana[3] nonché il parallelismo tra l'idea italiana di "ordinamento civile" e la nostra "*legislación civil*"[4]. In Italia, come in Spagna, si assiste ad un confronto (conflitto in realtà) tra soggetti pubblici con poteri legislativi suddivisi in competenze su materie. Negli Stati Uniti, la difesa dei diritti fondamentali, anche nei suoi ineludibili profili privatistici, si realizza mediante la clausola di *due process*: "In entrambi gli ordinamenti, quindi, la natura e*ffettivamente* discriminatoria della regola non può derivare dalla rottura dell'uniformità normativa, ma dal grado di *minor* tutela che essa offre rispetto ad una soglia minima di protezione incastonata rispettivamente nell'art. 3 Cost. e nella clausola di *due process*" (pp. 210-211).

L'A. conclude questo ottimo lavoro osservando la diversa posizione processuale delle Regioni e dello Stato come parti del giudizio di legittimità costituzionale: il fatto che lo Stato possa impugnare la legge regionale per qualsiasi vizio di costituzionalità (quindi non solo per un vizio di competenza legislativa), mentre la Regione possa ricorrere contro la legge statale soltanto se invade la competenza legislativa regionale, si fonda necessariamente sul presupposto che lo Stato sia il vero guardiano della costituzionalità. Non è così negli Stati Uniti, dove l'inesistenza di un giudizio astratto per la definizione di intangibili competenze legislative, pone l'accento sui diritti delle parti e sul giudice come responsabile dell'applicazione del *due process*. Egli cioè deve rispondere ai problemi sollevati, in termini di diritti soggettivi e non di competenze legislative specifiche. In questo modo, il criterio della ragionevolezza gioca anche un ruolo diverso nell'iter logico-argomentativo giurisdizionale, assumendo negli Stati Uniti il carattere di "postulato generico di

3 *Cfr.* Sánchez Ferriz, R.: *Lectura "constitucional" del artículo 149.1.8ª de la Constitución (sobre la competencia de la Generalitat Valenciana en materias de derecho civil)*, Tirant lo Blanch, 2013.

4 *Cfr.* Durban Martin, I.: *La España asimétrica*, cit.

legalità in modo da esigere che gli atti del potere pubblico [siano] compatibili con la nozione di un diritto giusto"[5].

Ancora una volta, c'è una spiegazione storica e politica: il "federalismo" italiano di disgregazione non è in grado di superare facilmente l'uniformità dei codici, mentre negli Stati Uniti sono le unità politiche preesistenti che hanno ceduto competenze all'Unione senza perdere la propria sovranità. Questo, insieme all'esistenza di meccanismi e tecniche giuridiche molto diverse nel controllo di costituzionalità, spiega le analogie e le differenze qui evidenziate: "Sia la Corte Suprema sia la Corte costituzionale, dunque, utilizzano una tecnica decisoria basata sul canone di ragionevolezza, laddove la *case law* della prima ne ha elaborato una versione trina ma costantemente applicata, mentre la giurisprudenza della seconda ne ha adottato una versione unitaria ma impiegata solo occasionalmente". Una migliore applicazione di questo canone da parte della Corte costituzionale d'altronde "richiederebbe un'interpretazione della clausola dell'ordinamento civile come limite, e non come materia, ma soprattutto la volontà di abbandonare di tanto in tanto il 'tepore dell'uniformità'" (p. 218).

Remedio Sánchez Ferriz
Catedrática dell'Università di Valencia

5 *Cfr.* Belloso Martin, N.: *Temi di teoria giuridica: L'interpretazione della costituzione e dei diritti fondamentali*, in *Annali del seminario giuridico (2005-2006)*, VII, Giuffrè, 2007, 72 (citato dall'A. a p. 216).

